



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA NACIÓN ARGENTINA

EN HOMENAJE AL
25º ANIVERSARIO DE LA
SANCIÓN DE LA REFORMA DE LA
CONSTITUCIÓN NACIONAL

25

años

sentencias

1994 - 2019

Corte Suprema de Justicia de la Nación

Vigésimo quinto aniversario de la sanción de la reforma de la Constitución Nacional : 25 años - 25 sentencias / 1a ed . - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2019.

Libro digital, PDF/A

Archivo Digital: descarga y online

ISBN 978-987-1625-67-3

1. Jurisprudencia. I. Título.

CDD 342



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA NACIÓN ARGENTINA

Presidente

Carlos Fernando Rosenkrantz

Vicepresidenta

Elena I. Highton de Nolasco

Ministro

Juan Carlos Maqueda

Ministro

Ricardo Luis Lorenzetti

Ministro

Horacio Rosatti

6	Punición de los Delitos de Lesa Humanidad “Arancibia Clavel” (Fallos: 327:3312)
101	Punición de los Delitos de Lesa Humanidad “Simón” (Fallos: 328:2056)
252	Punición de los Delitos de Lesa Humanidad “Mazzeo” (Fallos: 330:3248)
318	Ley Penal Más Benigna en Delitos de Lesa Humanidad “Batalla” (Fallos 341:1768)
361	Jerarquía de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos “Girolodi” (Fallos: 318:514)
366	Jerarquía de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos “Ministerio de Relaciones Exteriores” (Fallos: 340:47)
379	Validez de la Reforma Constitucional “Schiffrin” (Fallos: 340:257)
431	Federalismo Fiscal y Coparticipación Federal “Santa Fe” (Fallos: 338:1356)
451	Federalismo de Concertación “La Pampa c/ Mendoza” (Fallos: 340:1695)
481	Autonomía Municipal “Ponce” (Fallos: 328:175)
511	Autonomía Municipal “Intendente Municipal Capital” (Fallos: 337:1263)
517	Autonomía Municipal “Telefónica Argentina S.A.” (Fallos: 342:1061)
555	Estatus Jurídico de la Ciudad de Buenos Aires “Bazán” (Fallos: 342:509)
565	Estatus Jurídico de la Ciudad de Buenos Aires “GCBA” (Fallos: 342:533)

590	Consejo de la Magistratura y Jurado de Enjuiciamiento “Rizzo” (Fallos: 336:760)
620	Decretos de Necesidad y Urgencia “Consumidores Argentinos” (Fallos: 333:633)
636	Delegación Legislativa “Colegio Público de Abogados” (Fallos: 331:2406)
650	Derecho Ambiental “Mendoza” (Fallos: 329:2316)
664	Defensa del Patrimonio Histórico y Cultural “Zorrilla” (Fallos: 336:1390)
678	Procesos Colectivos y Derecho de los Consumidores y Usuarios “Halabi” (Fallos: 332:111)
698	Debido Proceso Penal. Derecho a la Doble Instancia “Casal” (Fallos: 328:3399)
729	Derecho a la Libertad Religiosa y de Conciencia “Castillo” (Fallos: 340:1795)
772	Derecho de Consumidores y Usuarios “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad” (Fallos: 339:1077)
820	Derechos de los Vulnerables “García” (Fallos: 342:411)
843	Discriminación Laboral “Álvarez” (Fallos: 333:2306)

PUNICIÓN DE LOS DELITOS DE LESA HUMANIDAD

“ARANCIBIA CLAVEL” (FALLOS: 327:3312)

En este destacado precedente la Corte reconoció el carácter imprescriptible de los delitos de lesa humanidad. Indicó que la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad sólo afirmaba la imprescriptibilidad, lo que importaba el reconocimiento de una norma ya vigente (*ius cogens*) en función del derecho internacional público de origen consuetudinario. De esta manera, no se forzaba la prohibición de irretroactividad de la ley penal, sino que se reafirmaba un principio instalado por la costumbre internacional, que ya tenía vigencia al tiempo de comisión de los hechos.

Enlaces destacados

» Ver más

- › Reseña
- › Versión Word

» Dictamen

» Doctrina del fallo

El fallo fue decidido por el voto conjunto de los jueces ZAFFARONI y HIGHTON DE NOLASCO, los votos propios de los jueces PETRACCHI, BOGGIANO y MAQUEDA y con las disidencias propias de los jueces BELLUSCIO, FAYT y VÁZQUEZ.

Principales ejes temáticos del fallo

- » La excepción a la regla de la prescripción, está configurada por aquellos actos que constituyen crímenes contra la humanidad, ya que se trata de supuestos que no han dejado de ser vivenciados por la sociedad entera dada la magnitud y la significación que los atañe. Ello hace que no sólo permanezcan vigentes para las sociedades nacionales sino también para la comunidad internacional misma (Voto de los jueces Zaffaroni y Highton de Nolasco).
- » La Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad sólo afirma la imprescriptibilidad, lo que importa el reconocimiento de una norma ya vigente (*ius cogens*) en función del derecho internacional público de origen consuetudinario. De esta manera, no se fuerza la prohibición de irretroactividad de la ley penal, sino que se reafirma un principio instalado por la costumbre internacional, que ya tenía vigencia al tiempo de comisión de los hechos (Voto de los jueces Zaffaroni y Highton de Nolasco).
- » El Estado argentino ha asumido frente al orden jurídico interamericano no sólo un deber de respeto a los derechos humanos, sino también un deber de garantía, y desde este punto de vista, la aplicación de las disposiciones de derecho interno sobre prescripción constituye una violación del deber del Estado de perseguir y sancionar, y consecuentemente, compromete su responsabilidad internacional (Voto de los jueces Zaffaroni y Highton de Nolasco).
- » La Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad no sólo es aplicable a los autores y partícipes (cómplices o instigadores) de tales crímenes, sino que la punibilidad se anticipa ya a la preparación

misma de tales delitos. Esta construcción se corresponde con la de “conspiracy”, característica del derecho anglosajón, que constituye lo que se denomina “ofensas anticipadas”, en las cuales la protección penal se adelanta a los estadios de preparación del delito (Voto del juez Petracchi).

» Los delitos de lesa humanidad nunca han sido prescriptibles en el derecho internacional ni en el derecho argentino, en consecuencia, la Convención no fue celebrada para crear la imprescriptibilidad de delitos que por su naturaleza no eran susceptibles de prescribir, sino para proveer un sistema internacional bajo el cual el delincuente no pueda encontrar un refugio ni en el espacio ni en el tiempo. El derecho internacional consuetudinario ha sido juzgado como integrante del derecho interno argentino (Voto del juez Boggiano).

» El castigo a los crímenes de lesa humanidad proviene directamente de los principios surgidos del orden imperativo internacional y se incorporan con jerarquía constitucional como un derecho penal protector de los derechos humanos que no se ve restringido por algunas de las limitaciones de la Constitución Nacional para el castigo del resto de los delitos. La consideración de aspectos tales como la tipicidad y la prescriptibilidad de los delitos comunes debe ser efectuada desde esta perspectiva que asegura tanto el deber de punición que le corresponde al Estado Nacional por su incorporación a un sistema internacional que considera imprescindible el castigo de esas conductas, como así también la protección de las víctimas frente a disposiciones de orden interno que eviten la condigna persecución de sus autores (Voto del juez Maqueda).

» Es jurídicamente inaceptable postular que en ausencia de normas constitucionales o legales que calificaran de antemano a los hechos como delitos de lesa humanidad y los consideraran imprescriptibles, igualmente correspondiera aplicarles esa calificación y esa consecuencia porque así lo disponía el derecho penal internacional al cual nuestro país aún no se había adherido (Disidencia del juez Belluscio).

» La aplicación de la costumbre internacional a fin de atribuir imprescriptibilidad a las conductas imputadas por su calidad de crímenes de lesa humanidad, contrariaría las exigencias de que la ley penal deba ser cierta —exhaustiva y no general—, stricta —no analógica— y, concretamente en relación al sub lite, scripta —no consuetudinaria—, pues las fuentes difusas —como característica definitoria de la costumbre internacional— también son claramente incompatibles con el principio de legalidad (Disidencia del juez Fayt).

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 24 de agosto de 2004.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por el Estado y el Gobierno de Chile en la causa Arancibia Clavel, *Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita* y otros —causa n° 259—”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 6 condenó a Enrique Lautaro Arancibia Clavel a la pena de reclusión perpetua, como autor del delito previsto en el

art. 210 bis, incs. a, b, d, f y h, del Código Penal (asociación ilícita agravada, versión ley 23.077) en concurso real con el de participación necesaria en el homicidio agravado por el uso de explosivos y con el concurso premeditado de dos o más personas de Carlos José Santiago Prats y Sofía Esther Cuthbert Chiarleoni (art. 80, incs. 2° y 4° del Código Penal, según ley 20.642).

2°) Que a raíz del recurso interpuesto por la defensa la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal casó parcialmente el fallo mencionado, en cuanto había condenado por asociación ilícita agravada y declaró extinguida la acción penal por prescripción respecto del delito de asociación ilícita simple, sobreseyendo a Arancibia Clavel por este hecho.

Contra dicha decisión, la querrela —en representación del gobierno de Chile— interpuso el recurso extraordinario, cuya denegación originó la presente queja.

3°) Que en lo que aquí interesa la sentencia del tribunal oral tuvo por acreditado que Enrique Lautaro Arancibia Clavel tomó parte a partir de marzo de 1974 y hasta el 24 de noviembre de 1978 de una asociación ilícita (la Dirección de Inteligencia Nacional —DINA exterior—, dependiente del gobierno de facto de Chile), que contaba con al menos 10 miembros, y cuya actividad consistía en la persecución de opositores políticos al régimen de Pinochet exiliados en Argentina. Esto incluía secuestros, sometimiento a interrogatorios bajo tormentos, sustracción de sus identificaciones para su reutilización previa falsificación, etc. Dentro de la organización, Arancibia Clavel, tenía por función formar en Buenos Aires una red paralela de informantes que aportaran datos sobre los perseguidos. Asimismo, estuvo presente durante el allanamiento y la aplicación de torturas a la ciudadana chilena Laura Elgueta, fueron encontrados en su poder documentos de identidad utilizados para dificultar la identificación de los asesinados, utilizaba identidades falsas y ocultaba sus actividades de inteligencia aparentando ser empleado del Banco de Estado de Chile.

5°) Que, en contra de ello, la Cámara de Casación afirmó que la conducta atribuida a Arancibia Clavel, por sus características, y con seguridad, al menos entre 1976 y 1978, “jamás pudo contribuir a poner en peligro la vigencia de la Constitución Nacional”, en el sentido de poder contribuir efectivamente a afectar el sistema republicano y democrático, y concluyó que, por lo tanto, no resultaba aplicable el tipo penal del art. 210 bis, versión ley 23.077. Por su parte, el tipo penal en que sí podría haber resultado subsumible (art. 210 bis, versión ley 21.338) ya no se encontraba vigente, con lo cual sólo podía entrar en consideración el tipo básico del art. 210, por ser “la única disposición penal que define el comportamiento tanto al tiempo de iniciarse la ejecución del hecho como en el intermedio y en el del juzgamiento”. Respecto de dicho delito, sin embargo, resolvió que la acción penal se encontraba prescripta, por cuanto desde la fecha en que Arancibia dejó de cometer el delito (la de su detención, el 24 de noviembre de 1978) hasta la de su llamado a prestar declaración indagatoria (15 de mayo de 1989) transcurrieron más de diez años (arg. arts. 59, inc. 3°, 62, inc. 2°, 63, 67 párr. 4 y 210 del Código Penal).

6°) Que con relación a este último punto el *a quo* rechazó la posición de los querellantes con respecto a la imprescriptibilidad de los hechos imputados a Arancibia Clavel, por tratarse delitos de lesa humanidad, sobre la base de que en la sentencia no quedaban comprendidos los delitos que pudieren haber cometido los miembros de la banda, sino únicamente el haber integrado una asociación ilícita. Dicha conducta —afirmó— de ningún modo se ha demostrado que pueda encajar dentro de los “crímenes de lesa humanidad”

que definió como “...los asesinatos, exterminación, sometimiento a esclavitud, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil o durante la guerra, o persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, en ejecución o conexión con cualquier crimen de jurisdicción del Tribunal, sean o no una violación de la legislación interna del país donde hubieran sido perpetrados...”. En su opinión, sólo se cuenta hasta el momento con definiciones inseguras, y “habrá de verse si acaso permitan superar la aludida inseguridad las definiciones que acuña el estatuto de la Corte Penal Internacional...”.

7º) Que la querrela fundó sus agravios ante esta Corte en el exceso de jurisdicción en que habría incurrido la cámara al resolver la inaplicabilidad del art. 210 bis a la conducta del imputado, cuando la cuestión no había sido expresamente planteada por la defensa, y cuestionó por arbitraria la interpretación que el *a quo* realizara de dicha norma y de la garantía de la ley penal más benigna.

8º) Que tanto la cuestión relativa a la forma de introducción del planteo de la defensa, así como la atinente a la subsunción de la conducta imputada a Arancibia Clavel en el tipo penal previsto actualmente en el art. 210 bis del Código Penal de la Nación, remiten al examen de cuestiones de derecho procesal y común, ajenos a la vía del art. 14 de la ley 48. Por otra parte, y en cuanto al planteo de la arbitraria interpretación de la ley penal efectuada por el *a quo*, cabe destacar que tal arbitrariedad no se vislumbra en la sentencia impugnada, toda vez que la Cámara de Casación efectuó un análisis correcto de las exigencias del tipo penal aplicable, y por demás fundado, con lo que el agravio del recurrente, en este sentido, sólo se limita a fundar su discrepancia con el criterio adoptado.

9º) Que si bien el agravio relativo a la imprescriptibilidad de las conductas imputadas a Arancibia Clavel, por su calidad de crímenes de lesa humanidad, fue introducido por la querrela ante la Cámara de Casación y no fue mantenido explícitamente en esta instancia, corresponde que sea tratado por la Corte toda vez que la prescripción de la acción penal constituye una cuestión de orden público y la omisión de su consideración puede comprometer la responsabilidad del Estado argentino frente al orden jurídico interamericano. Asimismo, cabe señalar que como la sentencia impugnada ha tratado este tema que configura una cuestión federal, resulta inoficioso todo examen respecto de la forma y oportunidad de su introducción y mantenimiento en el proceso (Fallos: 306:1047).

10) Que la apreciación de la Cámara de Casación relativa a que la conducta de Arancibia Clavel de tomar parte en la asociación ilícita que integraba “de ningún modo se ha demostrado que pueda encajar dentro de los ‘crímenes de lesa humanidad’” no puede compartirse. Se pretende dar sustento a tal afirmación en la circunstancia de que el objeto de la sentencia apelada no incluye los delitos que pudieran haber cometido los miembros de la banda —ni siquiera el homicidio de Prats y su esposa, objeto de otro recurso—, sino tan solo la imputación por el art. 210, Código Penal, hecho que no estaría comprendido en ninguna de las definiciones de delitos de lesa humanidad que transcribe, y a las que califica, además, de “inseguras”.

11) Que, estrictamente, y a partir de las propias definiciones utilizadas por el *a quo* correspondía calificar a la conducta de Arancibia Clavel como un delito de lesa humanidad, pues la agrupación de la que formaba parte estaba destinada a perseguir a los opositores políticos de Pinochet, por medio de homicidios, desaparición forzada de personas y tormentos —sobre cuyo carácter no caben dudas— con la aquiescencia de funcionarios esta-

tales. En efecto, de acuerdo con el texto del Estatuto de Roma que en la resolución apelada cita sólo en su art. 7, queda alcanzada toda forma posible de intervención en esta clase de hechos. Así, no sólo quedan incluidas las formas “tradicionales” de participación (art. 25, inc. 3, aps. a, b y c), sino que expresamente menciona el contribuir “de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común” (art. 25, inc. 3º, ap. d), cuando dicha contribución es efectuada “con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte” (ap. d, supuesto i).

12) Que, por otro lado, si lo que estaba en discusión era la imprescriptibilidad de una asociación ilícita cuyo objeto era la comisión de tales crímenes, el instrumento normativo que debía regir la interpretación era la “Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad” (conf. ley 24.584 y decreto 579/2003), que adquirió jerarquía constitucional por ley 25.778.

13) Que en este sentido no podría sostenerse que si los homicidios, la tortura y los tormentos, la desaparición forzada de personas, son delitos contra la humanidad, el formar parte de una asociación destinada a cometerlos no lo sea, pues constituiría un contrasentido tal afirmación, toda vez que este último sería un acto preparatorio punible de los otros.

Así, por ejemplo lo estatuyen los arts. 2, y 3 inc. b de la Convención para Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, que incluye dentro de los actos castigados la “asociación para cometer genocidio”.

De igual forma, se ha dicho que “la desaparición forzada de personas constituye una violación múltiple y continuada de numerosos derechos reconocidos en la Convención y que los estados partes están obligados a respetar y garantizar”, y ello sin perjuicio de la ley positiva del Estado que se trate, pues si bien no existía al tiempo de los hechos “ningún texto convencional en vigencia, aplicable a los Estados Partes en la Convención, que emplee esta calificación, la doctrina y la práctica internacionales han calificado muchas veces las desapariciones como un delito contra la humanidad” (conf. Caso Velásquez Rodríguez, sentencia del 29 de julio de 1988 Serie C Nº 4; luego reiterado en el caso Godínez Cruz, sentencia del 20 de enero de 1989, Serie C Nº 5; y recientemente en el caso Blake, sentencia del 24 de enero de 1998, Serie C Nº 36, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Asimismo, conf. Preámbulo de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas).

Desde esta perspectiva, podría afirmarse que la ratificación en años recientes de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas por parte de nuestro país sólo ha significado, como ya se adelantara, la reafirmación por vía convencional del carácter de lesa humanidad postulado desde antes para esa práctica estatal, puesto que la evolución del derecho internacional a partir de la segunda guerra mundial permite afirmar que para la época de los hechos imputados el derecho internacional de los derechos humanos condenaba ya la desaparición forzada de personas como crimen de lesa humanidad. Esto obedece a “que la expresión desaparición forzada de personas no es más que un *nomen iuris* para la violación sistemática de una multiplicidad de derechos humanos, a cuya protección se había comprometido internacionalmente el Estado argentino desde el comienzo mismo del desarrollo de esos derechos en la comunidad internacional una vez finalizada la guerra (Carta de Naciones Unidas del 26 de junio de 1945, la Carta de Organización de los

Estados Americanos del 30 de abril de 1948, y la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre del 2 de mayo de 1948)” (dictamen del señor Procurador General en la causa M.960.XXXVII “Massera, Emilio Eduardo s/ incidente de excarcelación”, sentencia del 15 de abril de 2004).

Por otra parte el art. 7.1, inc. h, del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, considera como crimen de lesa humanidad la “Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos o de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte...”.

Finalmente, luego de definir los crímenes imprescriptibles, el art. II de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, dispone “Si se cometiere alguno de los crímenes mencionados en el artículo I, las disposiciones de la presente Convención se aplicarán a los representantes de la autoridad del Estado y a los particulares que participen como autores o cómplices o que inciten directamente a la perpetración de alguno de esos crímenes, o que conspiren para cometerlos, cualquiera sea su grado de desarrollo, así como a los representantes de la autoridad del Estado que toleren su perpetración”.

14) Que del plexo normativo internacional transcripto se desprende que dentro de la clasificación de los crímenes contra la humanidad, también se incluye el formar parte de una organización destinada a cometerlos, con conocimiento de ello.

15) Que Arancibia Clavel fue condenado por el delito de asociación ilícita, toda vez que el tribunal de juicio dio por probado que el incuso formaba parte de un grupo destinado a perseguir reprimir y exterminar sistemáticamente a opositores políticos del régimen dictatorial instaurado en la República de Chile, a partir de septiembre de 1973 (DINA exterior), que operaba dentro del territorio nacional, y abarcó la comisión de homicidios, desapariciones forzadas, tormentos, falsificación de documentos, disposición de armas y explosivos, entre otros; asumiendo como función el encausado, al menos, el facilitar y apoyar los delitos del grupo por medio de la consolidación de una “red de informantes” y “contactos” con funcionarios policiales y militares destinados a obtener datos sobre posibles perseguidos y, en su caso, a garantizar la impunidad de los autores materiales de crímenes de lesa humanidad.

16) Que los delitos como el genocidio, la tortura, la desaparición forzada de personas, el homicidio y cualquier otro tipo de actos dirigidos a perseguir y exterminar opositores políticos —entre los que debemos contar el formar parte de un grupo destinado a llevar adelante esta persecución—, pueden ser considerados crímenes contra la humanidad, porque atentan contra el derecho de gentes tal como lo prescribe el art. 118 de la Constitución Nacional.

17) Que en consecuencia el formar parte de un grupo dedicado a perpetrar estos hechos, independientemente del rol funcional que se ocupe, también es un crimen contra la humanidad.

18) Que definida la asociación ilícita para perpetrar hechos considerados delitos de lesa humanidad, también pasa a ser un delito contra la humanidad, resta por verificar si la acción penal se encuentra prescripta o no.

19) Que el instituto de la prescripción de la acción penal, está estrechamente ligado al principio de legalidad, por lo tanto no sería susceptible de aplicación una ley *ex post facto* que alterase su operatividad, en perjuicio del imputado.

El rechazo de la retroactividad de disposiciones penales posteriores al hecho, las llamadas leyes *ex post facto*, que impliquen un empeoramiento de las condiciones de los encausados ha constituido doctrina invariable en la jurisprudencia tradicional de la Corte. En el caso “Mirás” (Fallos: 287:76, y sus numerosas citas sobre el punto) se señaló expresamente que tal principio alcanza también a la prescripción de la acción penal. Se dijo en esa ocasión: “el instituto de la prescripción cabe sin duda alguna en el concepto de ‘ley penal’, desde que ésta comprende no sólo el precepto, la sanción, la noción del delito y la culpabilidad, sino todo el complejo de las disposiciones ordenadoras del régimen de extinción de la pretensión punitiva”.

20) Que el fundamento común del instituto de la prescripción, independientemente del objeto al que aluda —de la acción o de la pena—, es la inutilidad de la pena en el caso concreto, en los que el transcurso del tiempo entre el hecho y el juicio, o entre la condena y su ejecución, hace que la persona imputada no sea la misma, como así también que el hecho sometido a la jurisdicción pierda vigencia vivencial conflictiva, para pasar a ser un mero hecho históricoanecdótico. En definitiva escapa a la vivencia de sus protagonistas y afectados.

21) Que la excepción a esta regla, está configurada para aquellos actos que constituyen crímenes contra la humanidad, ya que se tratan de supuestos que no han dejado de ser vivenciados por la sociedad entera dada la magnitud y la significación que los atañe. Ello hace que no sólo permanezcan vigentes para las sociedades nacionales sino también para la comunidad internacional misma.

En este sentido se ha dicho que “Tanto los ‘crímenes contra la humanidad’ como los tradicionalmente denominados ‘crímenes de guerra’ son delitos contra el “derecho de gentes’ que la comunidad mundial se ha comprometido a erradicar” (Fallos: 318:2148, voto de los jueces Nazareno y Moliné O’Connor).

22) Que en razón de que la aprobación de la “Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad” y su incorporación con jerarquía constitucional (ley 25.778) se produjo con posterioridad a la comisión de los hechos de la causa corresponde examinar la cuestión relativa a si la regla que establece la imprescriptibilidad de la imputación por el delito de asociación ilícita se aplicaría al *sub lite* retroactivamente o si ello lesiona el principio *nulla poena sine lege*.

23) Que el fundamento de la imprescriptibilidad de las acciones emerge ante todo de que los crímenes contra la humanidad son generalmente practicados por las mismas agencias de poder punitivo operando fuera del control del derecho penal, es decir, huyendo al control y a la contención jurídica. Las desapariciones forzadas de personas en nuestro país las cometieron fuerzas de seguridad o fuerzas armadas operando en función judicial; los peores crímenes nazis los cometió la Gestapo (Geheimnis Staatspolizei o policía secreta del

Estado); la KGB estalinista era un cuerpo policial. No es muy razonable la pretensión de legitimar el poder genocida mediante un ejercicio limitado del mismo poder con supuesto efecto preventivo.

Por ello, no puede sostenerse razonablemente que sea menester garantizar la extinción de la acción penal por el paso del tiempo en crímenes de esta naturaleza.

24) Que el caso que nos ocupa no escapa a estas consideraciones ya que quedó demostrado que Arancibia Clavel formaba parte de una asociación denominada DINA exterior, que dependía directamente de la Dirección de Inteligencia Nacional del Estado chileno, y operaba en el territorio de la República Argentina. Es decir, que pertenecía a una agencia ejecutiva que operaba al margen del control jurisdiccional y del control del poder punitivo, no sólo dentro de las fronteras del Estado chileno, sino también fuera de él.

25) Que la doctrina de la Corte señalada en el precedente “Mirás” (Fallos: 287:76), se mantuvo inalterada a lo largo del tiempo y continúa vigente para la interpretación del instituto de la prescripción de la acción penal para el derecho interno, pero fue modificada con respecto a la normativa internacional en el precedente “Priebke” (Fallos: 318: 2148), en el cual el gobierno italiano requirió la extradición de Erich Priebke para su juzgamiento por hechos calificables por tratados internacionales como “genocidio” y “crímenes de guerra”, pero respecto de los cuales, desde la perspectiva del derecho interno, la acción penal se encontraba prescripta. A pesar de ello, esta Corte hizo lugar a la extradición, por entender que, conforme la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, no resultaban aplicables las reglas de la prescripción de la acción penal previstas en el Código Penal.

26) Que el Preámbulo de la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad señala que una de las razones del establecimiento de la regla de la imprescriptibilidad fue la “grave preocupación en la opinión pública mundial” suscitada por la aplicación a los crímenes de guerra y de lesa humanidad de las normas de derecho interno relativas a la prescripción de los delitos ordinarios, “pues impide el enjuiciamiento y castigo de las personas responsables de esos crímenes”. A ello se agrega el texto del art. IV, de conformidad con el cual los Estados Partes “se comprometen a adoptar, con arreglo a sus respectivos procedimientos constitucionales, las medidas legislativas o de otra índole que fueran necesarias para que la prescripción de la acción penal o de la pena, establecida por ley o de otro modo, no se aplique a los crímenes mencionados en los arts. I y II de la presente Convención y, en caso de que exista, sea abolida”. Tales formulaciones, si bien no resultan categóricas con respecto a la retroactividad de la convención, indican la necesidad de un examen de la cuestión de la prescripción diferenciada, según se trate o no de un delito de lesa humanidad.

27) Que la convención citada, constituye la culminación de un largo proceso que comenzó en los primeros años de la década de 1960 cuando la prescripción amenazaba con convertirse en fuente de impunidad de los crímenes practicados durante la segunda guerra mundial, puesto que se acercaban los veinte años de la comisión de esos crímenes.

28) Que esta convención sólo afirma la imprescriptibilidad, lo que importa el reconocimiento de una norma ya vigente (*ius cogens*) en función del derecho internacional público de origen consuetudinario. De esta manera, no se fuerza la prohibición de irretroactividad

de la ley penal, sino que se reafirma un principio instalado por la costumbre internacional, que ya tenía vigencia al tiempo de comisión de los hechos.

29) Que en rigor no se trata propiamente de la vigencia retroactiva de la norma internacional convencional, toda vez que su carácter de norma consuetudinaria de derecho internacional anterior a la ratificación de la convención de 1968 era *ius cogens*, cuya función primordial “es proteger a los Estados de acuerdos concluidos en contra de algunos valores e intereses generales de la comunidad internacional de Estados en su conjunto, para asegurar el respeto de aquellas reglas generales de derecho cuya inobservancia puede afectar la esencia misma del sistema legal” (Fallos: 318:2148, voto de los jueces Nazareno y Moliné O’Connor).

Desde esta perspectiva, así como es posible afirmar que la costumbre internacional ya consideraba imprescriptibles los crímenes contra la humanidad con anterioridad a la convención, también esta costumbre era materia común del derecho internacional con anterioridad a la incorporación de la convención al derecho interno.

30) Que las cláusulas de los tratados modernos gozan de la presunción de su operatividad, “por ser, en su mayoría, claras y completas para su directa aplicación por los Estados partes e individuos sin necesidad de una implementación directa”; y además, “la modalidad de aceptación expresa mediante adhesión o ratificación convencional no es exclusiva a los efectos de determinar la existencia del *ius cogens*. En la mayoría de los casos, se configura a partir de la aceptación en forma tácita de una práctica determinada” (Fallos: 318:2148, voto del juez Bossert).

31) Que al momento de los hechos, el Estado argentino ya había contribuido a la formación de la costumbre internacional a favor de la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad (conf. Fallos: 318:2148, voto del juez Bossert, considerando 88 y siguientes).

32) Que de acuerdo con lo expuesto y en el marco de esta evolución del derecho internacional de los derechos humanos, puede decirse que la Convención de Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad, ha representado únicamente la cristalización de principios ya vigentes para nuestro Estado Nacional como parte de la Comunidad Internacional.

33) Que en consecuencia los hechos por los cuales se condenó a Arancibia Clavel, ya eran imprescriptibles para el derecho internacional al momento de cometerse, con lo cual no se da una aplicación retroactiva de la convención, sino que ésta ya era la regla por costumbre internacional vigente desde la década del ‘60, a la cual adhería el Estado argentino.

34) Que comprendido entonces que para la época en que fueron ejecutados los hechos investigados eran considerados crímenes contra la humanidad por el derecho internacional de los derechos humanos vinculante para el Estado argentino, de ello se deriva como lógica consecuencia la inexorabilidad de su juzgamiento y su consiguiente imprescriptibilidad, como fuera expresado en el precedente publicado en Fallos: 318: 2148.

35) Que este criterio ha sido sostenido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al manifestar “Esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables

de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos...las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puedan tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en el Perú...” (conf. CIDH, caso “Barrios Altos”, sentencia del 14 de marzo de 2001, serie C N° 75).

36) Que en virtud del precedente mencionado, tomando en cuenta que el Estado argentino ha asumido frente al orden jurídico interamericano no sólo un deber de respeto a los derechos humanos, sino también un deber de garantía: “en principio, es imputable al Estado toda violación a los derechos reconocidos por la Convención, cumplida por un acto del poder público o de personas que actúan prevalidas de poderes que ostentan por su carácter oficial. No obstante, no se agotan allí las situaciones en las cuales un Estado está obligado a prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos, ni los supuestos en que su responsabilidad puede verse comprometida por efecto de una lesión a esos derechos. En efecto, un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la trasgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención” (CIDH, caso “Velázquez Rodríguez”, sentencia del 29 de julio de 1988, considerando 172, serie C N° 4).

A partir de dicho fallo quedó claramente establecido el deber del Estado de estructurar el aparato gubernamental, en todas sus estructuras del ejercicio del poder público, de tal manera que sus instituciones sean capaces de asegurar la vigencia de los derechos humanos, lo cual incluye el deber de prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la convención. Desde este punto de vista, la aplicación de las disposiciones de derecho interno sobre prescripción constituye una violación del deber del Estado de perseguir y sancionar, y consecuentemente, compromete su responsabilidad internacional (conf. CIDH, caso “Barrios Altos”, sentencia del 14 de marzo de 2001, considerando 41, serie C N° 75; caso “Trujillo Oroza vs. Bolivia” – Reparaciones, sentencia del 27 de febrero de 2002, considerando 106, serie C N° 92; caso “Benavides Cevallos” – cumplimiento de sentencia, resolución del 9 de septiembre de 2003, considerandos 6° y 7°).

37) Que en virtud de las consideraciones realizadas corresponde declarar que el hecho que diera lugar a la condena de Arancibia Clavel por el delito de asociación ilícita, reviste la calidad de crimen contra la humanidad y, por lo tanto, resulta imprescriptible.

38) Que, en tales condiciones, a pesar de haber transcurrido el plazo previsto por el art. 62 inc. 2° en función del art. 210 del Código Penal corresponde declarar que la acción penal no se ha extinguido respecto de Enrique Lautaro Arancibia Clavel, por cuanto las reglas de prescripción de la acción penal previstas en el ordenamiento jurídico interno quedan desplazadas por el derecho internacional consuetudinario y por la “Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad” (leyes 24.584 y 25.778).

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

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI (*según su voto*)– AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO (*en disidencia*)– CARLOS S. FAYT (*en disidencia*)– ANTONIO BOGGIANO (*según su voto*)– ADOLFO ROBERTO VÁZQUEZ (*en disidencia*)– JUAN CARLOS MAQUEDA (*según su voto*)– E. RAÚL ZAFFARONI – ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO.

VOTO DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI

Considerando:

1º) Que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 6 condenó a Enrique Lautaro Arancibia Clavel a la pena de reclusión perpetua, como autor del delito previsto en el art. 210 bis, incs. a, b, d, f y h, del Código Penal (asociación ilícita agravada, versión ley 23.077) en concurso real con participación necesaria en el homicidio agravado por el uso de explosivos y con el concurso premeditado de dos o más personas de Carlos José Santiago Prats y Sofía Esther Cuthbert Chiarleoni (art. 80, incs. 2º y 4º del Código Penal, según ley 20.642).

2º) Que a raíz del recurso interpuesto por la defensa la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal casó parcialmente el fallo mencionado, en cuanto había condenado por asociación ilícita agravada y declaró extinguida la acción penal por prescripción respecto del delito de asociación ilícita simple y sobreseyó en la causa y respecto de Arancibia Clavel.

Contra dicha decisión, la querrela —en representación del gobierno de Chile— interpuso el recurso extraordinario, cuya denegación originó la presente queja.

3º) Que en lo que aquí interesa la sentencia del tribunal oral tuvo por acreditado que Enrique Lautaro Arancibia Clavel tomó parte a partir de marzo de 1974 y hasta el 24 de noviembre de 1978 de una asociación ilícita (la Dirección de Inteligencia Nacional —DINA exterior—, dependiente del gobierno de facto chileno), que contaba con al menos 10 miembros, y cuya actividad consistía en la persecución de opositores políticos al régimen de Pinochet exiliados en Argentina. Esto incluía secuestros, sometimiento a interrogatorios bajo tormentos, sustracción de sus identificaciones para su reutilización previa falsificación, etc. Dentro de la organización, Arancibia Clavel tenía por función formar en Buenos Aires una red paralela de informantes que aportaran datos sobre los perseguidos. Asimismo, estuvo presente durante el allanamiento y la aplicación de torturas a la ciudadana chilena Laura Elgueta, fueron encontrados en su poder documentos de identidad utilizados para dificultar la identificación de los asesinados, utilizaba identidades falsas y ocultaba sus actividades de inteligencia aparentando ser empleado del Banco de Estado de Chile.

4º) Que al calificar la conducta de Arancibia Clavel de haber tomado parte en la asociación precedentemente descrita el tribunal oral consideró, de conformidad con la posición postulada por el querellante, que resultaba aplicable al caso el tipo previsto en el art. 210 bis, Código Penal, en su redacción actual, que reprime más gravemente las asociaciones ilícitas que reúnan al menos dos características particulares (i.a. diez o más miembros, organización militar, disposición de armas de guerra o explosivos, uno o más miembros ofi-

ciales o suboficiales de las fuerzas armadas o de seguridad, apoyo de funcionarios públicos), cuando la acción contribuya a poner en peligro la vigencia de la Constitución Nacional. Como fundamento para aplicar el texto actual, tuvo en cuenta que en los delitos permanentes (como la asociación ilícita) la ley aplicable al momento de comisión es la vigente al momento del cese de la conducta delictiva; en el caso, el art. 210 bis vigente en 1978 prevía un tipo penal más gravoso (versión ley 21.338: “*Se impondrá reclusión o prisión de cinco a doce años, si la asociación dispusiere de armas de fuego o utilizare uniformes o distintivos o tuviere una organización de tipo militar. La pena será de reclusión o prisión de cinco a quince años, si la asociación dispusiera de armas de guerra y tuviere una organización de tipo militar. Los cabecillas, jefes, organizadores o instructores serán reprimidos de ocho a veinticinco años de reclusión o prisión. La misma pena se impondrá si la asociación estuviere organizada total o parcialmente con el sistema de células*”), que, por aplicación de la ley más benigna (art. 2, Código Penal) quedaba desplazado por el actual art. 210 bis.

5º) Que, en contra de ello, la cámara de casación afirmó que la conducta atribuida a Arancibia Clavel, por sus características, y con seguridad, al menos entre 1976 y 1978, “jamás pudo contribuir ‘a poner en peligro la vigencia de la Constitución Nacional’”, en el sentido de poder contribuir efectivamente a afectar el sistema republicano y democrático, y concluyó que, por lo tanto, no resultaba aplicable el tipo penal del art. 210 bis, versión ley 23.077. Por su parte, el tipo penal en que sí podría haber resultado subsumible (art. 210 bis, versión ley 21.338) ya no se encontraba vigente, con lo cual sólo podía entrar en consideración el tipo básico del art. 210, por ser “la única disposición penal que define el comportamiento tanto al tiempo de iniciarse la ejecución del hecho como en el intermedio y en el del juzgamiento”. Respecto de dicho delito, sin embargo, resolvió que la acción penal se encontraba prescripta, por cuanto desde la fecha en que Arancibia dejó de cometer el delito (la de su detención, el 24 de noviembre de 1978) hasta la de su llamado a prestar declaración indagatoria (15 de mayo de 1989) transcurrieron más de diez años (arg. arts. 59, inc. 3º, 62, inc. 2º, 63, 67 párr. 4 y 210 del Código Penal).

6º) Que con relación a este último punto el *a quo* rechazó la posición de los querellantes con respecto a la imprescriptibilidad de los hechos imputados a Arancibia Clavel, por tratarse de delitos de lesa humanidad, sobre la base de que en la sentencia no quedaban comprendidos los delitos que pudieren haber cometido los miembros de la banda, sino únicamente el haber integrado una asociación ilícita. Dicha conducta —afirmó— de ningún modo se ha demostrado que pueda encajar dentro de los “crímenes de lesa humanidad” que definió como “...los asesinatos, exterminación, sometimiento a esclavitud, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil o durante la guerra, o persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, en ejecución o conexión con cualquier crimen de jurisdicción del Tribunal, sean o no una violación de la legislación interna del país donde hubieran sido perpetrados...”. En su opinión, sólo se cuenta hasta el momento con definiciones inseguras, y “habrá de verse si acaso permitan superar la aludida inseguridad las definiciones que acuña el estatuto de la Corte Penal Internacional...”.

7º) Que la querrela fundó sus agravios ante esta Corte en el exceso de jurisdicción en que habría incurrido la cámara al resolver la inaplicabilidad del art. 210 bis a la conducta del imputado, cuando la cuestión no había sido expresamente planteada por la defensa, y cuestionó por arbitraria la interpretación que el *a quo* realizara de dicha norma y de la garantía de la ley penal más benigna.

8º) Que tanto la cuestión relativa a la forma de introducción del planteo de la defensa así como la atinente a la subsunción de la conducta imputada a Arancibia Clavel en el tipo penal previsto actualmente por el art. 210 bis del Código Penal remiten al examen de cuestiones de derecho procesal y común ajenas a la vía del art. 14 de la ley 48.

9º) Que a pesar de lo indicado en el considerando que antecede el recurso extraordinario resulta procedente, en la medida en que se encuentra en cuestión la inteligencia y aplicación de la “Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad”.

10) Que el agravio relativo a la imprescriptibilidad de las conductas imputadas a Arancibia Clavel por su calidad de crímenes de lesa humanidad fue introducido por la querrela ante la Cámara de Casación, y aun cuando no fue mantenido explícitamente en esta instancia, corresponde su tratamiento ante esta Corte, por cuanto la prescripción de la acción penal constituye una cuestión de orden público, y la omisión de su consideración puede comprometer la responsabilidad del Estado argentino frente al orden jurídico interamericano.

11) Que la apreciación de la Cámara de Casación relativa a que la conducta de Arancibia Clavel de tomar parte en la asociación ilícita que integraba “de ningún modo se ha demostrado que pueda encajar dentro de los ‘crímenes de lesa humanidad’” resulta insostenible. Se pretende dar sustento a tal afirmación en la circunstancia de que el objeto de la sentencia apelada no incluye los delitos que pudieran haber cometido los miembros de la banda —ni siquiera el homicidio de Prats y su esposa, objeto de otro recurso—, sino tan sólo la imputación por el art. 210, Código Penal, hecho que no estaría comprendido en ninguna de las definiciones de delitos de lesa humanidad que transcribe, y a las que califica, además, de “inseguras”.

12) Que, estrictamente, ya a partir de las propias definiciones utilizadas por el *a quo* correspondía calificar a la conducta de Arancibia Clavel como un delito de lesa humanidad, en tanto la agrupación de la que formaba parte estaba destinada a perseguir a los opositores políticos de Pinochet, por medio de homicidios, desaparición forzada de personas y tormentos —sobre cuyo carácter no caben dudas— con la aquiescencia de funcionarios estatales. En efecto, de acuerdo con el texto del Estatuto de Roma que en la resolución apelada cita sólo en su art. 7, queda alcanzada toda forma posible de intervención en esta clase de hechos. Así, no sólo quedan incluidas las formas “tradicionales” de participación (art. 25, inc. 3, ap. a, b y c), sino que expresamente menciona el contribuir “*de algún otro modo* en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común” (art. 25, inc. 3, ap. d), cuando dicha contribución es llevada a cabo “con el propósito de llevar a cabo la actividad o [propósito] delictivo del grupo, cuando una u otra entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte” (ap. d, supuesto i).

13) Que, por otro lado, si lo que estaba en discusión era la imprescriptibilidad de una asociación ilícita cuyo objeto era la comisión de tales crímenes, el instrumento normativo que debía regir la interpretación era la “Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad” (conf. ley 24.584 y decreto 579/2003), que adquirió jerarquía constitucional por ley 25.778.

14) Que, en este sentido, el instrumento internacional mencionado no sólo es aplicable a los autores y partícipes (sean cómplices o instigadores) de crímenes de lesa huma-

nidad, sino que la punibilidad se anticipa ya a la preparación misma de tales delitos. Así, el art. II establece que la convención es aplicable a “los representantes de la autoridad del Estado y a los particulares que participen como autores, cómplices o que inciten directamente a la perpetración de alguno de esos crímenes, o que conspiren para cometerlos, cualquiera que sea su grado de desarrollo, así como a los representantes de la autoridad del Estado que toleren su perpetración”.

15) Que tal construcción se corresponde con la de la “*conspiracy*”, característica del derecho anglosajón, que constituye lo que se denomina “ofensas anticipadas”, en las cuales la protección penal se adelanta a los estadios de preparación del delito, a fin de proceder en contra de aquellos que ya han manifestado suficientemente su disposición al delito, y al mismo tiempo, para actuar frente a “los peligros particulares y constantes que derivan de la actividad grupal” (Wayne R. La Fave/Austin W. Scott Jr., *Criminal Law*, 2a. ed., St. Paul, Minn., 1986, pág. 525). Ella consiste, únicamente, en el acuerdo para tomar parte en cualquier acto ilegal (conf. George P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law*, Nueva York, 2000, pág. 218) y entre sus requisitos se mencionan la existencia de un acuerdo entre dos o más personas —que es justamente en lo que consiste el delito—, y la finalidad de alcanzar un cierto objetivo, que, en la definición del *common law* implica la realización de una acción ilegal, o incluso, de una legal mediante la utilización de medios ilegales (La Fave/Scott, op. cit., pág. 525). La infracción, por lo demás, es independiente de aquellas que constituyen su objeto, por lo cual no colabora quien ayuda a cometer un delito sustantivo, sino que es necesario ayudar en la conspiración misma, esto es, en la comisión del acto de acuerdo (La Fave/Scott, op. cit., pág. 534), de tal modo que alguien puede convertirse en conspirador si la asistencia que brinda es la de acercar a dos o más personas con la intención de que lleguen a un acuerdo para la comisión de un crimen.

16) Que aun cuando tal construcción sólo presente coincidencias parciales con la figura de la asociación ilícita prevista en nuestra legislación (art. 210, Código Penal), ambas comparten el carácter de “delitos de preparación”, susceptibles de ser alcanzados por la consecuencia de la imprescriptibilidad. Así, la redacción de la convención es lo suficientemente amplia como para que quede abarcada por ella la conducta de quien presta su colaboración en forma permanente a una agrupación destinada a perseguir opositores políticos por los medios que utilizaba la DINA, asumiendo como función, al menos, el facilitar y apoyar los delitos del grupo por medio de la consolidación de una “red de informantes” y “contactos” con funcionarios policiales y militares destinados a obtener datos sobre los posibles perseguidos y, en su caso, a garantizar la impunidad de los autores materiales de crímenes de lesa humanidad.

17) Que en razón de que la aprobación de la “Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad” y su incorporación con jerarquía constitucional (ley 25.778) se produjo con posterioridad a la comisión de los hechos de la causa corresponde examinar la cuestión relativa a si la regla que establece la imprescriptibilidad de la imputación por el delito de asociación ilícita puede ser aplicada al *sub lite* retroactivamente o si ello lesiona el principio *nulla poena sine lege*.

18) Que el Preámbulo de la convención citada señala que una de las razones del establecimiento de la regla de la imprescriptibilidad fue “la grave preocupación en la opinión pública mundial” suscitada por la aplicación a los crímenes de guerra y de lesa humanidad

de las normas de derecho interno relativas a la prescripción de los delitos ordinarios, “pues impide el enjuiciamiento y castigo de las personas responsables de esos crímenes”. A ello se agrega el texto del art. IV, de conformidad con el cual los Estados Partes “se comprometen a adoptar, con arreglo a sus respectivos procedimientos constitucionales, las medidas legislativas o de otra índole que fueran necesarias para que la prescripción de la acción penal o de la pena, establecida por ley o de otro modo, no se aplique a los crímenes mencionados en los arts. I y II de la presente Convención y, en caso de que exista, sea abolida” (sin destacar en el original). Tales formulaciones, si bien no resultan categóricas con respecto a la retroactividad de la convención, indican la necesidad de un examen de la cuestión de la prescripción diferenciada, según se trate o no de un delito de lesa humanidad.

19) Que en la doctrina y jurisprudencia argentinas se ha entendido tradicionalmente que el principio de legalidad abarca a todos los presupuestos de la punibilidad y no sólo a la descripción de la conducta típica en sentido estricto. En consecuencia, también los plazos de prescripción han de estar legalmente determinados con carácter previo, y no cabe prorrogarlos retroactivamente, tanto si antes del acto de prórroga ha expirado el plazo como en el caso contrario. Dejando a un lado la discusión acerca de si el instituto de la prescripción de la acción tiene naturaleza eminentemente procesal o material, lo decisivo es que el Estado, al prorrogar los plazos de prescripción amplía su competencia para punir con posterioridad a la comisión de los hechos: “El comportamiento punible y la medida de la pena no se deben determinar bajo la impresión de hechos ocurridos, pero aún por juzgar, ni como medio contra autores ya conocidos, sino por anticipado y con validez general, mediante una ley determinada, dictada con anterioridad al hecho” (conf. Günther Jakobs, Derecho Penal. Parte general, Madrid, 1995, 4/9).

20) Que el rechazo de la retroactividad de disposiciones penales posteriores al hecho, las llamadas leyes “ex post facto”, que impliquen un empeoramiento de las condiciones de los encausados ha constituido doctrina invariable en la jurisprudencia tradicional de la Corte. En el caso “Mirás” (Fallos: 287:76, y sus numerosas citas sobre el punto) se señaló expresamente que tal principio alcanza también a la prescripción de la acción penal. Se dijo en esa ocasión: “el instituto de la prescripción cabe sin duda alguna en el concepto de ‘ley penal’, desde que ésta comprende no sólo el precepto, la sanción, la noción del delito y la culpabilidad, sino todo el complejo de las disposiciones ordenadoras del régimen de extinción de la pretensión punitiva”.

21) Que esta doctrina se mantuvo inalterada a lo largo del tiempo y sólo se modificó parcialmente al plantearse la cuestión desde la perspectiva del derecho internacional, en la extradición de “Erich Priebke” (Fallos: 318:2148), quien era requerido por Italia para su juzgamiento por hechos calificables por tratados internacionales como “genocidio” y “crímenes de guerra”, pero respecto de los cuales, desde la perspectiva del derecho interno, la acción penal se encontraba prescripta. A pesar de ello, la mayoría de esta Corte hizo lugar a la extradición, por entender que, conforme la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, no resultaban aplicables las reglas de la prescripción de la acción penal previstas en el Código Penal.

22) Que en mi disidencia en ese caso consideré que la criminalidad *lato sensu* que deriva de las calificaciones de “delitos de lesa humanidad” —en general— del derecho de gentes no resulta suficiente para producir efectos como los que se pretendía, en la medida en que no

exista una previsión de pena en sentido estricto, independiente de la subsunción en los tipos penales del derecho interno. Tal como lo expresé, no es posible combinar ambas categorías e incorporar la imprescriptibilidad prevista en el derecho internacional a los tipos generales del código penal. Desde otro punto de vista, y si bien en ese momento la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad aún no se encontraba debidamente incorporada al orden jurídico interno también rechazé su posible aplicación retroactiva con efecto derogatorio del art. 62, Código Penal.

23) Que tal solución, sin embargo, a la luz de la evolución de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya no puede ser mantenida frente al derecho internacional. Ello por cuanto el Estado argentino ha asumido frente al orden jurídico interamericano no sólo un deber de respeto de los derechos humanos, sino también un deber de garantía: “en principio, es imputable al Estado toda violación a los derechos reconocidos por la Convención, cumplida por un acto del poder público o de personas que actúan prevalidas de poderes que ostentan por su carácter oficial. No obstante, no se agotan allí las situaciones en las cuales un Estado está obligado a prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos, ni los supuestos en que su responsabilidad puede verse comprometida por efecto de una lesión a esos derechos. En efecto, un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la transgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por la falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención” (caso “Velázquez Rodríguez”, sentencia del 29 de julio de 1988, considerando 172, serie C N° 4). A partir de dicho fallo quedó claramente establecido el deber del Estado de estructurar el aparato gubernamental, en todas sus estructuras del ejercicio del poder público, de tal manera que sean capaces de asegurar la vigencia de los derechos humanos, lo cual incluye el deber de prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la convención. Desde este punto de vista, la aplicación de las disposiciones de derecho interno sobre prescripción constituye una violación del deber del Estado de perseguir y sancionar, y consecuentemente, compromete su responsabilidad internacional (conf. caso “Barrios Altos”, sentencia del 14 de marzo de 2001, considerando 41, serie C N° 75; caso “Trujillo Oroza vs. Bolivia” – Reparaciones, sentencia del 27 de febrero de 2002, considerando 106, serie C N° 92; caso “Benavides Cevallos” – cumplimiento de sentencia, resolución del 9 de septiembre de 2003, considerandos 6° y 7°).

24) Que, en tales condiciones, a pesar de haber transcurrido el plazo previsto por el art. 62 inc. 2° en función del art. 210 del Código Penal corresponde declarar que la acción penal no se ha extinguido respecto de Enrique Lautaro Arancibia Clavel, por cuanto las reglas de prescripción de la acción penal previstas en el ordenamiento jurídico interno quedan desplazadas por la “Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad” (leyes 24.584 y 25.778).

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

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI.

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ANTONIO BOGGIANO

Sumario: Sentencia de la cámara. Fundamentos de la sentencia de la cámara. Agravios. Cuestiones de Derecho procesal y común. Imprescriptibilidad. Gravedad institucional. Desarrollo del derecho internacional y la Constitución Nacional. La Carta de las Naciones Unidas y los Derechos Humanos. Referencia. No incorporación, recepción ni adaptación. Tratados de derechos humanos y Constitución Nacional. Juicio constituyente. Condiciones de vigencia de los tratados y bloque de constitucionalidad. Jurisdicción interna y Derechos Humanos. Juicio de compatibilidad entre constitución y tratados. Incorporación de normas internacionales al derecho interno. Práctica constitucional del art. 27. Interpretación del los tratados sobre derechos humanos. La Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad. Arbitrariedad de la sentencia de cámara. La conducta enrostrada y su tipificación como crimen de lesa humanidad. Terrorismo. Barbarie o vandalismo. Asociación ilícita para cometer delitos del *ius gentium*. No hay conflicto de leyes en el tiempo. Imprescriptibilidad y retroactividad. Derecho interno como hecho ante el derecho internacional. El caso *Priebke*. Derecho Internacional Consuetudinario y Derecho Interno Argentino. Responsabilidad del Estado por violación del *ius cogens*. Actualidad del orden público. Crímenes de lesa humanidad y retroactividad. Distintas hipótesis de prescriptibilidad e imprescriptibilidad. Derecho de gentes.

Considerando:

1º) Que la Cámara Nacional de Casación Penal, por su Sala I, casó parcialmente el fallo del Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 6 en cuanto había condenado a Enrique Lautaro Arancibia Clavel como autor del delito de asociación ilícita agravada. Declaró extinguida la acción penal por prescripción respecto del delito de asociación ilícita simple. Contra dicho pronunciamiento la querrela interpuso el recurso extraordinario cuya denegación origina la presente queja.

2º) Que la Cámara juzgó que la conducta atribuida a Arancibia Clavel no es subsumible en el art. 210 bis del Código Penal, en la versión de la ley 23.077 ni en la de la 21.338. Lo primero, porque no se advertía que se hubiera puesto en riesgo la vigencia de la Constitución Nacional; lo segundo porque la norma no estaba vigente. Juzgó además que, si bien podía considerarse aplicable el tipo básico previsto por el art. 210 del Código Penal, la acción estaba prescripta por cuanto desde la fecha en que el encartado dejó de cometer el delito hasta la de su llamado a prestar declaración indagatoria transcurrieron más de diez años (arg. arts. 59, inc. 3; 62, inc. 2; 63; 67 párr. 4 y 210 del Código Penal). Y finalmente consideró que el hecho imputado no encuadraba en las definiciones del Estatuto de Tribunal Militar Internacional de Nuremberg y la Convención sobre Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad.

3º) Que los representantes de Chile, aquí querellantes, tachan de arbitraria la sentencia de la Cámara de Casación por entender que carecía de jurisdicción para revisar la inteligencia que el tribunal oral realizó del art. 210 bis del Código Penal. Cuestionaron, asimismo, la interpretación que realizó de dicha norma y de la garantía de la ley penal más benigna. Sostuvieron que de haber aplicado aquella figura la acción no estaría prescripta.

4º) Que tanto la cuestión relativa a la forma de introducción del planteo de la defensa así como lo atinente a la subsunción de la conducta imputada a Arancibia Clavel en el tipo penal previsto en el art. 210 bis del Código Penal, remiten al examen de cuestiones de derecho procesal y común ajenos a la vía del art. 14 de la ley 48, sin que se advierta un caso de arbitrariedad que justifique la intervención del Tribunal.

5°) Que si bien el agravio relativo a la imprescriptibilidad de las conductas imputadas a Arancibia Clavel por su calidad de crímenes de lesa humanidad no fue mantenido en esta instancia es imprescindible juzgarlo ya que la prescripción de la acción penal es de orden público. Sobre todo porque la sentencia impugnada ha tratado el punto que configura una cuestión federal y es inoficioso todo examen respecto de las formas y oportunidad de su introducción y mantenimiento en el proceso.

6°) Que la apelación extraordinaria viene preñada de una cuestión de tal magnitud que reviste el carácter de gravedad institucional por hallarse en tela de juicio la extinción de un proceso penal cuyo objeto versa sobre la investigación de un delito de lesa humanidad contrario al derecho internacional. En tales circunstancias ceden todos los límites y restricciones procesales para el ejercicio de la jurisdicción de esta Corte que ha de velar por la responsabilidad internacional de la Nación. En caso de tal gravedad y trascendencia internacional ningún ápice formal puede frustrar la más plena jurisdicción de esta Corte (art. 280 Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

7°) Que el derecho internacional, como todo el derecho, está en movimiento y lo que era antes reconocido como derecho internacional consuetudinario viene ahora configurándose como derecho convencional de fijación y reconocimiento en una gran cantidad de instrumentos internacionales. Los crímenes de guerra y delitos contra la humanidad lesionan el derecho internacional y están regidos eminentemente por la Constitución Nacional, pues la Convención sobre la Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad de 1968, tiene jerarquía constitucional y debe tenerse, en cuanto a su jerarquía normativa, como la Constitución misma.

8°) Que desde los albores de la interpretación de la Carta de las Naciones Unidas algunos estados sostuvieron que toda la materia de derechos humanos había salido del ámbito de la jurisdicción interna de los estados. Consideraban que los arts. 1 (3); 55, c y 56 de la Carta imponen obligaciones a los estados miembros. Tal posición fue confirmada por la Asamblea General en sus resoluciones sobre el Apartheid en Sudáfrica tras desestimar por abrumadora mayoría la alegación de aquel país basada en el art. 2 (7) de la Carta. Parece hoy prevalecer la caracterización de la problemática sobre derechos humanos como asunto de interés para todos los estados y que la Carta los había previsto como materia de interés internacional.

La República Argentina al conferir jerarquía constitucional a los tratados internacionales sobre derechos humanos tal como lo hace el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional presenta un fenómeno jurídico que puede considerarse como *referencia* al derecho internacional de los derechos humanos (*Monges Fallos*: 319:3148).

Tal “referencia” significa en primer lugar que se remite a un tratado vigente internacionalmente y del cual la Argentina es Estado Parte. Solo a un tratado vigente tanto internacionalmente como en la Argentina, el Congreso luego puede otorgarle jerarquía constitucional. La referencia implica que el tratado se aplica tal como rige en el derecho internacional y no porque se haya *incorporado* haciéndolo interno. Tampoco se ha operado una *recepción* de los tratados por incorporación judicial a pesar de no estar vigentes para la Argentina como ha sido de práctica en Holanda. Tampoco hay *adaptación* de los tratados por vía de una redacción constitucional similar a la de los tratados sin seguirlo tal cual rige internacionalmente. Tanto la incorporación, la recepción como la adaptación son métodos

de nacionalización de los tratados. El art. 75 inc. 22 dispone una *referencia* y no alguno de los citados métodos de nacionalización. En materia de derechos humanos la reforma de 1994 ha seguido una orientación internacionalista a fin de alcanzar la mayor uniformidad posible en las decisiones evitando todo amorío con soluciones de *genius loci* particularista.

9º) Que en el citado precedente *Monges* esta Corte estableció que: “...el artículo 75, inc. 22, mediante el que se otorgó jerarquía constitucional a los tratados...establece, en su última parte, que aquéllos ‘no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos’”. Ello indica que los constituyentes han efectuado un juicio de comprobación, en virtud del cual han cotejado los tratados y los artículos constitucionales y han verificado que no se produce derogación alguna, juicio que no pueden los poderes constituidos desconocer o contradecir” (considerando 20). “Que de ello se desprende que la armonía o concordancia entre los tratados y la Constitución es un juicio constituyente. En efecto, así lo han juzgado al hacer referencia a los tratados que fueron dotados de jerarquía constitucional y, por consiguiente, no pueden ni han podido derogar la Constitución pues esto sería un contrasentido insusceptible de ser atribuido al constituyente, cuya imprevisión no cabe presumir” (considerando 21). “Que, de tal modo, los tratados complementan las normas constitucionales sobre derechos y garantías, y lo mismo cabe predicar respecto de las disposiciones contenidas en la parte orgánica de la Constitución...aunque el constituyente no haya hecho expresa alusión a aquélla, pues no cabe sostener que las normas contenidas en los tratados se hallen por encima de la segunda parte de la Constitución. Por el contrario, debe interpretarse que las cláusulas constitucionales y las de los tratados tienen la misma jerarquía, son complementarias y, por lo tanto, no pueden desplazarse o destruirse recíprocamente” (considerando 22).

10) Que esta doctrina —reafirmada en la causa “Petric” Fallos: 321:885, entre muchas otras—, resulta aplicable a los tratados sobre derechos humanos, como el que se halla en juego en la especie, que adquieren jerarquía constitucional con arreglo a lo dispuesto en el último párrafo del citado art. 75, inc. 22 de la Ley Fundamental.

En rigor, cuando el Congreso confiere jerarquía constitucional al tratado hace un juicio constituyente por autorización de la Constitución misma según el cual al elevar al tratado a la misma jerarquía que la Constitución estatuye que éste no sólo es arreglado a los principios de derecho público de la Constitución sino que no deroga norma alguna de la Constitución sino que la complementa. Tal juicio constituyente del Congreso Nacional no puede ser revisado por esta Corte para declarar su invalidez sino sólo para hallar armonía y complemento entre tales tratados y la Constitución. En último análisis tal juicio constituyente del Congreso no implica ni puede introducir reforma alguna de la Constitución pues el tratado no deroga norma alguna de la Constitución y solo complementa los derechos y garantías en ella declarados. Si tal armonía y concordancia debe constatar, es obvio, con mayor razón que el tratado también se ajusta al art. 27 de la Constitución.

No se trata, por ende, de una estricta reforma constitucional, porque el tratado al que se le confiere jerarquía constitucional no modifica, altera o deroga la Constitución sino que la complementa y confirma con normas que si bien pueden desarrollar o hacer explícitos los derechos y garantías constitucionales guardan siempre el espíritu de tales derechos. Por analogía, el Congreso hace un juicio constituyente de armonía de todos estos preceptos

que no pueden entrar en colisión o tener preeminencia pues constituyen la Constitución misma. Y es la Constitución la que confiere poderes al Congreso para elevar el tratado a la jerarquía constitucional. Y no puede afirmarse que tal facultad (art. 75 inc. 22) quebranta la rigidez del art. 30 porque jamás podría razonablemente afirmarse que el art. 75 inc. 22 de la Constitución lesiona el art. 30. Porque no hay normas constitucionales inconstitucionales. Las cláusulas de la Constitución no pueden interpretarse en contradicción unas con otras, ni jerarquizando unas sobre las otras. Obviamente, cabe distinguir los distintos ámbitos de aplicación según las materias de las normas constitucionales.

Esta Corte no tiene jurisdicción para enervar la vigencia de normas que han sido jerarquizadas constitucionalmente en virtud de un procedimiento establecido en la misma Constitución.

Otra cosa sería si se declarara inválida la reforma constitucional que faculta al Congreso a conferir aquella jerarquía a ciertos tratados. Empero, nadie en su sano juicio ha afirmado siquiera que tal facultad del Congreso conferida por la reforma de 1994 fuese inconstitucional.

No es necesario que sea el poder constituyente el que confiera directamente tal jerarquía constitucional a ciertos tratados sobre derechos humanos, si aquél ha asignado tal poder al Congreso con mayorías especiales. Es claro que éste no podría dotar de jerarquía constitucional a un tratado que lesione un principio constitucional. Es más, sería inconcebible que el poder constituyente no pudiese reformar el mismo art. 30 de la Constitución.

11) Que los “referidos tratados” no se han “incorporado” a la Constitución argentina convirtiéndose en derecho interno, sino que por voluntad del constituyente tal remisión lo fue “en las condiciones de su vigencia” (art. 75, inc. 22). Mantienen toda la vigencia y vigor que internacionalmente tienen y éstas le provienen del ordenamiento internacional en modo tal que “la referencia” que hace la Constitución es a tales tratados tal como rigen en el derecho internacional y, por consiguiente, tal como son efectivamente interpretados y aplicados en aquel ordenamiento (causa “*Girolodi*” de Fallos: 318: 514, considerando 11). Ello implica también, por conexidad lógica razonable, que deben ser aplicados en la Argentina tal como funcionan en el ordenamiento internacional incluyendo, en su caso, la jurisprudencia internacional relativa a esos tratados y las normas de derecho internacional consuetudinario reconocidas como complementarias por la práctica internacional pertinente. La referencia a los Tratados – Constitución incluye su efectiva vigencia en el derecho internacional como un todo sistemático (causa “*Arce*” de Fallos: 320:2145, considerando 7º). Los estados y entre ellos la Argentina han reducido grandemente el ámbito de su respectiva jurisdicción interna por vía de acuerdo con muchos tratados y declaraciones sobre derechos humanos y participando en la formación de un delineado cuerpo de derecho consuetudinario internacional sobre derechos humanos (ver Simma, *Human Rights in the United Nations at Age Fifty*, 1995, págs. 263280 y Simma y otros en *The Charter of the United Nations a Commentary*, 2da. Ed. Vol. 1, pág. 161, nota 123). Además y concordantemente “los derechos básicos de la persona humana” son considerados de *ius cogens*, esto es, normas imperativas e inderogables de derecho internacional consuetudinario (*Barcelona Traction Lights and Power Company Ltd*, ICJ Reports 1970, pág. 32, parágrafo 33).

12) Que no es posible sostener que el derecho interno argentino sobre derechos humanos resulte obsoleto, particularmente en lo que se relaciona con la manera de hacer

eficaces o ejecutar tales derechos en el orden interno, lo cual implica el funcionamiento de estructuras de gobierno y seguridad. Aun así, el derecho internacional puede tener una última palabra respecto de los resultados de la implementación de los derechos humanos. Cada vez se oyen más opiniones según las cuales los derechos humanos no pertenecen ya al exclusivo ámbito de la jurisdicción interna de los estados (ver I. Oesterdahl, *Threat to the Peace*, 1998, pág. 33). Los órganos de las Naciones Unidas han demandado a los gobiernos remedios a las violaciones de específicos derechos humanos. Aunque se ha alegado también en contra de una invocación “selectiva”. Aun gobiernos y grupos de interés poderosos han sido denunciados por usar selectivamente los reclamos sobre derechos humanos como armas políticas adversariales (*Fortalecimiento de las actividades de las Naciones Unidas en la esfera de los derechos humanos, mediante el fomento de la cooperación internacional, e importancia de la no selectividad, imparcialidad y la objetividad*, 6 A, Res. 46/129, dic. 17, 1991). Con todo, no puede afirmarse como principio general que la no interferencia en cuestiones internas se extienda a la tutela de los derechos humanos (Simma y otros *The Charter*, citado en el considerando precedente, vol. 1, pág. 162).

13) Que la Constitución y los tratados con jerarquía constitucional tienen la misma supremacía. Es diáfano que ello es así, pues no cabe la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de una norma de un tratado con jerarquía constitucional; en cambio, se debe declarar la inconstitucionalidad, en su caso, de un tratado que no ostente aquella jerarquía como ocurrió, antes de la reforma de 1994, en el caso “Washington Julio Efraín Cabrera” (Fallos: 305:2150).

Si los tratados con jerarquía constitucional tuviesen rango inferior a la Constitución debería declararse su inconstitucionalidad en caso de colisión. Pero tal colisión no puede suscitarse (Fallos: 319:3148). En la Constitución Nacional no hay “normas constitucionales inconstitucionales” (*verfassungswidrige Verfassungsnormen*). La decisión constituyente fundamental del último párrafo del inc. 22 del art. 75 de la Constitución Nacional impone a esta Corte y a los tribunales inferiores de la Nación y las provincias asegurar el más pleno alcance a los nuevos reconocimientos de derechos humanos contenidos en los tratados internacionales a los que se ha conferido jerarquía constitucional.

14) Que, en el señalado orden de ideas, cabe recordar que una norma consuetudinaria del derecho de gentes, prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos, debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas (Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Cinco Pensionistas*, sentencia del 28 de febrero de 2003, parr. 164, serie C N° 98; *Caso Cantos* 28 de noviembre de 2002, parr. 59, serie C N° 97; *Caso Hilaire, Constantine y Benjamín*, sentencia 21 de junio de 2002, parr. 111, serie C N° 94).

15) Que, según la cláusula constitucional acerca del contenido normativo de los tratados internacionales, el Poder Ejecutivo no puede firmar tratados contrarios a los principios de derecho público de la Constitución (art. 27 Constitución Nacional). Empero, en la vida constitucional argentina esta cláusula ha pasado por complejas vicisitudes. Así, el 1° de octubre de 1856 la Confederación Argentina adhirió a la Declaración de París que prohibió el corso (República Argentina, *Tratados, Convenciones, Protocolos, Actos y Acuerdos Internacionales*, t. III págs. 24 y sgtes.). Sin embargo, la abolición en el derecho internacional de las patentes de corso produjo, probablemente, una derogación tácita del art. 67 inc. 22

y del art. 86 inc. 18 de la Constitución originaria de 1853 sobre las respectivas facultades del Congreso y del presidente de la República.

Un año después, el 29 de abril de 1857 Alberdi mismo firmó un tratado con España que reconocía el principio del *ius sanguinis* para los hijos de españoles nacidos en el país (República Argentina, *op. cit.* T. VIII págs. 50 y sgtes.).

El principio de la nacionalidad argentina *imperdible* no tiene jerarquía constitucional y el derecho a *cambiar* de nacionalidad sí lo tiene (Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 20, inc. 3). Si tuviese aquella jerarquía debería complementarse con el derecho a renunciar a la nacionalidad argentina pues cambiar de nacionalidad significa tácitamente tomar una abandonando la otra. El principio de imperdibilidad de la nacionalidad argentina tiene un fin de protección de la persona para el caso de pérdida de una nacionalidad extranjera. Bien es verdad que si se perdiera una nacionalidad extranjera después de haber renunciado a la nacionalidad argentina debería reconocerse el derecho a recobrar ésta. Tras frustrarse la aprobación del tratado de 1856, el mismo Alberdi firmó uno nuevo el 9 de junio de 1859 (República Argentina, *op. cit.*, t. VIII págs. 60 y sgtes.). Este tratado sí fue aprobado por el Congreso y el canje de los instrumentos de ratificación fue el 27 de junio de 1860. El tratado remitía a la ley de la Confederación de 7 de octubre de 1857 que hacía excepción al principio del *ius soli* permitiendo a los hijos de españoles nacidos en la Argentina optar por la nacionalidad de sus padres. Con la incorporación del Estado de Buenos Aires a la Confederación aquel tratado con España fue sustituido por otro firmado el 21 de septiembre de 1863 (República Argentina, *op. cit.*, t. VIII pág. 71 y sgtes. y Ravignani, *Asambleas Constituyentes Argentinas*, Buenos Aires 1937 t. IV pág. 875 y sgtes.; pág. 1050 y sgtes.).

En otro orden de asuntos la adecuación a los principios de derecho público constitucionales del acuerdo entre la Santa Sede y la República Argentina de 1966 puede estudiarse en Zavala Ortiz, *Negociaciones para el Acuerdo entre la Santa Sede y la República Argentina*, Buenos Aires, 1966.

También se suscita la cuestión de la competencia de la Nación para celebrar tratados internacionales en materias que son de competencia exclusiva de las provincias según la Constitución. En la práctica constitucional el Estado federal, que conduce las relaciones exteriores de la Nación, tiene facultades para celebrar tratados aun en materias que la Constitución reserva a las provincias. Hay tratados por los cuales la Argentina ha cedido a un Estado extranjero fracciones de territorios provinciales sin el consentimiento de las provincias. Así, el tratado de límites con Bolivia del 9 de julio de 1925 sin el consentimiento de Salta y Jujuy. Después de la reforma de 1994 las provincias pueden celebrar tratados en materia de su competencia. Pero tales facultades provinciales no pueden juzgarse exclusivas y concurren con la jurisdicción nacional para celebrar tratados internacionales aun en materias puramente locales.

Bien se advierte pues que no es dable adoptar una hermenéutica asaz dogmática del art. 27 de la Constitución Nacional con prescindencia de las valoraciones históricas que obligan a tomar en cuenta los nuevos desarrollos del derecho internacional.

Aquella inteligencia dogmática y en cierto modo obsoleta de la supremacía soberana del derecho interno hubiese hecho imposible por cierto adherir a la Convención America-

na sobre Derechos Humanos y a la jurisdicción de su Corte que se hicieron bien antes de la Reforma de 1994, por ley 23.054.

16) Que los tratados internacionales sobre derechos humanos deben ser interpretados conforme al derecho internacional, pues es éste su ordenamiento jurídico propio. Aquéllos están más estrechamente conexos con el derecho internacional y, por esa vía, con la interpretación y aplicación que pueda hacer de ellos la jurisprudencia internacional. De nada serviría la referencia a los tratados hecha por la Constitución si su aplicación se viera frustrada o modificada por interpretaciones basadas en uno u otro derecho nacional. Por ejemplo si el principio de imprescriptibilidad (art. I de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad) se viera supeditado y por ende enervado, por el principio de legalidad del art. 18 de la Constitución Nacional. O si el derecho de réplica (art. 14, Convención Americana sobre Derechos Humanos) se viera en la práctica derogado por el art. 14 de la Constitución Nacional. Precisamente el fin universal de aquellos tratados sólo puede resguardarse por su interpretación conforme al derecho internacional, lo contrario sería someter el tratado a un fraccionamiento hermenéutico por las jurisprudencias nacionales incompatible con su fin propio.

17) Que para decidir sobre la prescripción invocada corresponde determinar si el delito que por el que se acusa a Arancibia Clavel encuadra en la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad. Al respecto, el art. I de ésta establece: “Los crímenes siguientes son imprescriptibles, *cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido...*b) los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, así como la expulsión por ataque armado u ocupación y los actos inhumanos debido a la política de ‘apartheid’ y el delito de genocidio definido en la Convención de 1948 para la prevención y la sanción del delito de genocidio aun si esos actos no constituyen una violación del derecho interno del país donde fueron cometidos”. De acuerdo con el art. II “si se cometiere alguno de los crímenes mencionados en el artículo I las disposiciones de la presente Convención se aplicarán a los representantes de la autoridad del Estado y a los particulares que participen como autores o cómplices o que inciten directamente a la perpetración de alguno de esos crímenes, o que conspiren para cometerlos, cualquiera que sea su grado de desarrollo, así como a los representantes de la autoridad del Estado que toleren su perpetración”.

En razón de tal referencia normativa, corresponde examinar el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg al cual remite la citada Convención. Según el art. 6 (c) del citado Estatuto, debe entenderse por crímenes de lesa humanidad los “asesinatos, exterminaciones, sometimiento a esclavitud, deportación, y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil antes o durante la guerra, o persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, en ejecución o conexión con cualquier crimen de jurisdicción del Tribunal sean o no una violación de la legislación interna del país donde hubieran sido perpetrados. Los jefes, organizadores, instigadores y cómplices participantes en la formulación o ejecución de un plan común o conspiración para cometer alguno de los antedichos delitos son responsables por todos los actos realizados por cualquier persona en ejecución de dicho plan”.

18) Que respecto de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad la Cámara Nacional de Casación Penal afirmó que “no debe perderse de vista que esta sentencia no comprende los delitos que pudieren haber cometido los miembros de la banda —ni siquiera el doble homicidio calificado por el que en la instancia anterior fue condenado el aquí acusado— sino la acción atribuida a este último de tomar parte en la asociación ilícita, adecuada al tipo básico de nuestro derecho penal común, que de ningún modo se ha demostrado que pueda encajar dentro de los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, según la definición dada en el estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, del 8VIII1945 y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (1) del 13II1946 y 95 (1) del 2XII1946” cuyo texto transcribió. Después de citar doctrina afirmó la imposibilidad de arribar a una definición segura en la materia y añadió que “Habrá de verse si acaso permitan superar la aludida inseguridad las definiciones que acuña el estatuto de la Corte Penal Internacional (art. 5° y ss, especialmente, el art. 7°) hecho en Roma el 17 de julio de 1998”.

19) Que, como se advierte, la sentencia impugnada carece de fundamentación suficiente sobre el punto pues se limita a una afirmación dogmática sin efectuar análisis alguno de la conducta punible en relación con los hechos de la causa establecidos por el tribunal y a sostener que no existe una definición segura en las convenciones internacionales.

20) Que de la definición dada por la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Crímenes de Lesa Humanidad, surgen los elementos necesarios para determinar si la conducta reprochada en autos constituye delito de ese tipo. En efecto, de ella se desprende la conexidad entre el homicidio —y otros delitos o actos inhumanos— y la persecución política y la conspiración para cometerlos en la formulación y ejecución de un plan común. También se incluye, dentro de la calificación de los crímenes de lesa humanidad, el formar parte de una organización destinada a cometerlos. En este sentido adquiere particular relevancia la participación de los representantes de la autoridad del Estado y los particulares como autores o cómplices que inciten o que conspiran para cometer cualquiera de los crímenes que allí se mencionan (arts. I y II).

21) Que el art. 6 (c) de la Carta o Estatuto del Tribunal Internacional más arriba citado, al definir los crímenes de lesa humanidad incluye a “otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil antes o durante la guerra...”. Esta definición, pese a su amplitud, resulta sumamente precisa en cuanto permite incluir dentro de ella a un delito *iuris gentium*, como el terrorismo. Este se patentiza mediante una desproporción total entre el fin político o ideológico buscado y el medio empleado, con la consecuente violación de los más elementales principios de la convivencia humana civilizada. Dado que el terrorismo implica la comisión de crueldades sobre gente inocente e indefensa causa un sufrimiento innecesario y un peligro inútil para las vidas humanas de la población civil. Se trata de un sistema de subversión del orden y la seguridad pública que, si bien en la comisión de ciertos hechos aislados puede apuntar a un Estado determinado, últimamente se caracteriza por desconocer los límites territoriales del país afectado, constituyéndose de este modo en una seria amenaza para la paz y la seguridad de la comunidad internacional. Es por ello, que su persecución no interesa exclusivamente al Estado directamente perjudicado por sus acciones, sino que se trata de una meta cuyo logro beneficia, en última instancia, a todas las naciones civilizadas, que por ello están obligadas a cooperar en la lucha mundial contra el terrorismo, tanto por la vía de los tratados internacionales vigentes, cuanto por la coordi-

nación de sus derechos internos encaminada a la mayor eficacia de aquella lucha (ver, entre otros, García Mora, Manuel, *Crimes Against Humanity and the Principle of Non Extradition of Political Offenders*, Michigan Law Review, Vol. 62, abril 1964, N° 6; Jacques Borricand, *L'extradition des terroristes*, Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé, julio-septiembre de 1980, N° 3; Miguel Angel Bercaitz, *La Guerra Sucia. La obediencia debida*, Buenos Aires, 1985; Pablo A. Ramella, *Crímenes contra la Humanidad*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1986; Luis Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal*, Ed. Losada, Buenos Aires, 1950, T. II; Fallos: 319:510, disidencia del juez Boggiano y 321:1928, disidencia de los jueces Boggiano y López).

22) Que, por otra parte, el derecho internacional público consuetudinario y convencional se ha hecho eco de la necesidad de cooperación internacional para la represión del terrorismo, así como de cualquier ataque indiscriminado a la población civil indefensa. Cabe destacar en este sentido los siguientes instrumentos internacionales: la Convención sobre el Genocidio de 1948; el Convenio Relativo a la Protección de las Personas Civiles en Tiempo de Guerra, del 21 de octubre de 1950 y el Protocolo Adicional Relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados sin Carácter Internacional, del 7 de diciembre de 1978; las convenciones de La Haya del 16 de diciembre de 1970 y de Montreal, del 23 de septiembre de 1972, sobre represión del apoderamiento ilícito de aeronaves y represión de actos ilícitos contra la seguridad en la aviación civil; la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Crímenes de Lesa Humanidad, de 1968; la Convención para Prevenir y Castigar los Actos de Terrorismo, aprobada por la Asamblea de la OEA, en 1971; la Convención sobre la Prevención y Castigo de Crímenes contra Personas Internacionalmente Protegidas, incluyendo agentes diplomáticos, de 1973; la Convención Europea contra el Terrorismo, firmada en Estrasburgo en 1977; el acuerdo suscrito con el gobierno de la República de Italia sobre la Cooperación en la Lucha contra el Terrorismo, el tráfico ilícito internacional de estupefacientes y la criminalidad organizada (ley 24.530); la Resolución 1373 (2001) adoptada por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, mediante la cual se reafirma la necesidad de luchar con todos los medios, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, contra las amenazas a la paz y la seguridad internacionales representadas por los actos de terrorismo; el Acuerdo de Cooperación suscrito con el Gobierno de la República de Turquía para Combatir el Contrabando Internacional de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, el Terrorismo Internacional y la Criminalidad Organizada (ley 24.809); el Acuerdo sobre Cooperación en Materia de Combate contra el Tráfico Ilícito y Abuso de Narcóticos y Sustancias Psicotrópicas, Terrorismo Internacional y otros Crímenes Graves, suscrito con el Gobierno del Estado de Israel (ley 25.597); Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas, abierto a la firma en Nueva York – Estados Unidos de América, el 12 de enero de 1998 (ley 25.762).

23) Que las situaciones conflictivas actuales presentan agentes que no son estados sino entes derivados de la disgregación de los estados o vinculados a reivindicaciones independentistas o con organizaciones criminales, en especial grupos terroristas. La lucha contra el terrorismo ha de librarse también en la política internacional. Y, en todo caso, el uso de la fuerza contra el terrorismo no puede renunciar a los principios de un estado de derecho. No sería aceptable la solución de la derrota del terrorismo con prescindencia de los dere-

chos humanos fundamentales pues la violación de esos derechos no puede ser justificada con el pretexto inaceptable de que se trata de cuestiones internas de un Estado.

24) Que el criterio adoptado en esta causa no es ajeno al espíritu más tradicional de la jurisprudencia de esta Corte en cuanto excluye de la impunidad a acciones de barbarie o vandalismo. Así, en el caso de la excarcelación de Ricardo López Jordán (Fallos: 21:121) se la denegó por la circunstancia de haber autorizado durante la rebelión gran número de homicidios. El Tribunal agregó que se había adoptado tal criterio aun cuando fuera posible que el acusado lograra desvanecer los cargos, lo cual era deseable “por su propio bien y por honor del país y de la humanidad”. Iguales consideraciones aparecen en Fallos: 54:432, considerando 3°.

La misma doctrina fue aplicada para condenar a los responsables de la masacre de la Estación Pirovano (Fallos: 115:312), ocurrida cuando un grupo de suboficiales y soldados participantes de la rebelión de 1905 se amotinaron contra los dirigentes locales de la insurrección y los asesinaron. En el caso, la Cámara Federal de La Plata, cuya sentencia fue confirmada por esta Corte, expresó: “los homicidios llevados a cabo...no son formas o manifestaciones necesarias, tendientes a preparar o llevar a cabo el acto de rebelión o necesarios para la consecución y feliz éxito de la contrarebelión, que los procesados afirman haber tenido la intención de efectuar...Son actos de ‘barbarie inútil’”. Esta línea de jurisprudencia fue seguida en Fallos: 254:315 y 286:59, en oportunidad de examinar el alcance que debía otorgársele a los efectos exculporios de las leyes de amnistía 14.436 y 20.508 respectivamente.

Finalmente, en el caso de la extradición del médico alemán Gerhard Bohne (Fallos: 265:219), acusado de ser jefe de una organización encargada de eliminar enfermos mentales en forma masiva y metódica, mediante el uso de cámaras de gas, se expresó que “ni la alegación de propósitos políticos, ni la de supuestas necesidades militares, puede ser admitida como fundamento para negar la extradición, cuando se trata de hechos delictivos claramente contrarios al común sentir de los pueblos civilizados, dada su específica crueldad e inmoralidad; esto, sin perjuicio de señalar que tal alegación... ninguna relación ostensible guarda con las infracciones políticas o militares”. Es oportuno destacar que, al igual que en el presente caso, la acusación no versaba sobre la comisión directa de los hechos sino sobre la participación en una organización destinada a llevar a cabo las apuntadas atrocidades (conf. Fallos: 319:510, disidencia del juez Boggiano y 321:1928, disidencia de los jueces Boggiano y López).

25) Que de lo precedentemente expuesto se desprende que se halla tipificado como delito del *ius gentium* el formar parte de una organización destinada a cometer delitos de lesa humanidad, entre los que también cabe incluir al terrorismo. Esta era la finalidad de la actuación de la DINA en el exterior respecto de los opositores en el exilio al régimen de facto. En efecto, la confabulación lo era para cometer delitos de lesa humanidad, pues las víctimas de aquéllos constituían un grupo perfectamente determinado. En otras palabras, la mencionada asociación integrada por miembros o personas vinculadas a un organismo oficial extranjero se confabuló para una cierta categoría de delitos y no otros.

26) Que, en el caso, no se halla cuestionado que Arancibia Clavel, desde marzo de 1974 hasta noviembre de 1978 en que fue detenido, integró la DINA exterior, organismo oficial chileno que, en los hechos, consistía en una asociación de más de tres personas, que

tenía la finalidad de cometer delitos enderezados a la persecución de opositores políticos al régimen de facto instalado en la República de Chile. Esto se concretaba en secuestros, sometimiento a interrogatorios bajo tormentos, sustracción y falsificación de documentos, tráfico ilegal de armas, acopio de explosivos y material de guerra, homicidios de cautivos, especialmente de notorios personajes que integraron el gobierno constitucional chileno derrocado, con supresión y sustitución de su identidad. También está fuera de discusión que los hechos precedentemente mencionados perseguían el inequívoco propósito de amedrentar a dirigentes políticos en el exilio para desalentar su organización y sus actividades. En suma, el fin de la asociación era perseguir, reprimir y exterminar de modo sistemático a los *disidentes* de la dictadura.

27) Que también quedó probado que el rol de Arancibia Clavel dentro de la aludida asociación ilícita era relevante en virtud de sus fluidas relaciones con servicios de inteligencia y fuerzas de seguridad argentinas y agentes secretos extranjeros, así como por su demostrada capacidad para organizar una elaborada red de colaboradores locales e informantes a fin de obtener un acabado conocimiento sobre el quehacer de los exiliados chilenos. En tal sentido, no puede soslayarse que se tuvo por demostrada su participación en los tormentos de que fue víctima la ciudadana chilena Laura Elgueta que se había refugiado en el país ya que su vida y libertad se hallaban en riesgo en virtud de su pertenencia a un grupo disidente. Por lo demás, en determinado momento, el encartado encubrió sus actividades bajo la supuesta calidad de empleado de una entidad bancaria oficial chilena.

28) Que de lo expuesto se sigue que el accionar de la DINA en el exterior constituía el necesario correlato de lo que estaba ocurriendo en la República de Chile y se hallaba encaminado a afianzar ese estado de cosas reñido con los más elementales principios del derecho universal de los derechos humanos. En otras palabras, la dictadura no sólo tenía sus cimientos en la represión interna sino que ésta se proyectó al exterior para complementarla. Nos hallamos pues en presencia de delitos indeterminados contra un grupo claramente definido, esto es de los disidentes de la dictadura donde quiera fuese el lugar del mundo donde se hallaren.

29) Que en el caso no se presenta una cuestión de conflicto de leyes en el tiempo pues el crimen de lesa humanidad lesionó antes y ahora el derecho internacional, antes el consuetudinario, ahora también el convencional, codificador del consuetudinario.

30) Que el principio de no retroactividad de la ley penal ha sido relativo. Este rige cuando la nueva ley es más rigurosa pero no si es más benigna. Así, la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Crímenes de Lesa Humanidad reconoce una conexidad lógica entre imprescriptibilidad y retroactividad (art. I).

Ante el conflicto entre el principio de irretroactividad que favorecía al autor del delito contra el *ius gentium* y el principio de retroactividad aparente de los textos convencionales sobre imprescriptibilidad, debe prevalecer este último, que tutela normas imperativas de *ius cogens*, esto es, normas de justicia tan evidentes que jamás pudieron oscurecer la conciencia jurídica de la humanidad (*Regina v. Finta*, Suprema Corte de Canadá, 24 de marzo de 1994). Cabe reiterar que para esta Corte tal conflicto es solo aparente pues las normas de *ius cogens* que castigan el delito de lesa humanidad han estado vigentes desde tiempo inmemorial.

31) Que la inaplicabilidad de las normas de derecho interno de prescripción de los delitos de lesa humanidad tiene base en el derecho internacional ante el cual el derecho interno es solo un hecho.

Esta Corte, en cambio, no puede adherir a la autoridad de la casación francesa en cuanto juzga que ningún principio del derecho tiene una autoridad superior a la ley francesa ni permite declarar la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra, ni prescindir de los principios de legalidad y de no retroactividad de la ley penal más severa cuando se trata de crímenes contra la humanidad (Corte de Casación, *Fédération Nationale des désportés et internés résistants et patriotes et autres c. Klaus Barbie*, 20 de diciembre de 1985; N° 0280.719 (N° 2979 FS) – P+B, 17 de junio de 2003). Cabe advertir, con cierto énfasis, que Francia no es parte en la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad.

32) Que el principio de irretroactividad de la ley penal ha sido invariable jurisprudencia de esta Corte no tratándose de delitos de lesa humanidad, pues no es posible hallar precedente alguno que contemple delitos de esa índole. Fue recién en el caso *Priebke* en el que esta Corte entendió que la calificación de los delitos de lesa humanidad depende de los principios del *ius cogens* del derecho internacional y que no hay prescripción para los delitos de esa laya (Fallos: 318:2148).

33) Que resulta de aplicación el principio de imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad derivado tanto del derecho internacional consuetudinario cuanto de la Convención de la Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y los Crímenes de Lesa Humanidad. En suma, los delitos de lesa humanidad nunca han sido prescriptibles en el derecho internacional ni en el derecho argentino. En consecuencia, la Convención no fue celebrada para crear la imprescriptibilidad de delitos que por su naturaleza no eran susceptibles de prescribir, sino para proveer un sistema internacional bajo el cual el delincuente no pueda encontrar un refugio ni en el espacio ni en el tiempo.

En rigor el derecho internacional consuetudinario ha sido juzgado por esta Corte como integrante del derecho interno argentino (Fallos: 43:321; 176:218; 316:567 disidencia del juez Boggiano).

34) Que la responsabilidad internacional de la Nación se torna de particular intensidad y gravedad tratándose de normas de *ius cogens* y *erga omnes* como son las que rigen en materia de derecho internacional de los derechos humanos. Ello así, pues el art. 66 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados somete a la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia las controversias en que se cuestiona una norma de *ius cogens*, esto es una norma inderogable de derecho internacional.

35) Que, además, la imperatividad de tales normas las torna aplicables aun retroactivamente en virtud del principio de actualidad del orden público internacional (Fallos: 319:2779).

36) Que tal principio conduce a valorar los hechos que dieron lugar al proceso bajo el prisma de las valoraciones actuales que imperan en el derecho internacional humanitario. Máxime si se tiene presente que declarar la prescripción de la acción penal en el país podría dar origen a la responsabilidad internacional del Estado argentino.

37) Que la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Crímenes de Lesa Humanidad establece específicamente su aplicación retroactiva al expresar que tales crímenes “...son imprescriptibles cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido” (art. I).

Este mismo principio surge del Preámbulo de dicha Convención cuando expresa que “...en ninguna de las declaraciones solemnes, instrumentos o convenciones para el enjuiciamiento y castigo de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad se ha previsto limitación en el tiempo”. En este sentido advierte que “la aplicación a los crímenes de guerra y de lesa humanidad de las normas de derecho interno relativas a la prescripción de los delitos ordinarios suscita grave preocupación en la opinión pública mundial, pues impide el enjuiciamiento y castigo de las personas responsables de esos crímenes”.

Asimismo se reconoce que es oportuno “afirmar” el principio de la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad y asegurar su aplicación internacional. De los trabajos preparatorios de la Convención surge que se empleó el verbo “afirmar” en lugar de “enunciar” a fin de poner de manifiesto la posición según la cual el principio de imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y lesa humanidad ya existía en el derecho consuetudinario internacional por lo que la Convención no podía enunciarlo sino afirmarlo (Informes de la Comisión de Derecho Internacional, Resolución 3 XXII, aprobada por el Consejo Económico y Social por resolución 1158 (XLI) del 5 de agosto de 1966 y Resolución 2338 (XXII) de la Asamblea General del 18 de diciembre de 1967).

38) Que tal regla es ahora de valor y jerarquía constitucionales y por su especificidad respecto de los delitos que contempla tiene un ámbito material distinto y particular respecto de la norma general de prescriptibilidad sobre los demás delitos. Ambas reglas tienen la misma jerarquía constitucional y por consiguiente las normas especiales de imprescriptibilidad solo rigen para los delitos contemplados en la Convención citada, que no está debajo de la Constitución Nacional sino a su misma altura (Fallos: 319:3148).

39) Que, no cabe pues predicar que el citado instrumento internacional está subordinado a la Constitución pues se identifica a ella. El principio de imprescriptibilidad consagrado en la Convención ya citada, al alcanzar jerarquía constitucional, integra el conjunto de principios de derecho público de la Constitución.

40) Que, por lo demás, no es posible afirmar que el art. 18 de la Constitución Nacional que establece el principio de legalidad y de irretroactividad consagre una solución distinta en el art. 118 respecto a la aplicación de las normas del *ius cogens* relativas a la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad. Ambos preceptos no colisionan sino que se complementan, ya que el segundo incorpora al orden interno las normas imperativas del derecho internacional como integrantes del principio de legalidad. La ley de lugar del juicio supone pero obviamente no establece los principios del derecho de gentes.

Por ello, habiendo dictaminado el señor Procurador General, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Agréguese la queja al principal. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que por quien corresponda, se dicte nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Notifíquese y remítase.

ANTONIO BOGGIANO.

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON JUAN CARLOS MAQUEDA

Considerando:

1º) Que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 6 condenó a Enrique Lautaro Arancibia Clavel a la pena de reclusión perpetua, como autor del delito previsto en el art. 210 bis, incs. a, b, d, f y h, del Código Penal (asociación ilícita agravada, versión ley 23.077) en concurso real con participación necesaria en el homicidio agravado por el uso de explosivos y con el concurso premeditado de dos o más personas de Carlos Santiago José Prats y Sofía Esther Cuthbert Chiarleoni (art. 80, incs. 2º y 4º del Código Penal, según ley 20.642).

2º) Que a raíz del recurso interpuesto por la defensa, la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal casó parcialmente el fallo mencionado, en cuanto había condenado por asociación ilícita agravada y declaró extinguida la acción penal por prescripción con relación al delito de asociación ilícita simple y sobreseyó en la causa y respecto de Arancibia Clavel en orden al delito contemplado en el art. 210, párrafo primero, del Código Penal.

Contra dicha decisión, la querrela —en representación del gobierno de Chile— interpuso el recurso extraordinario, cuya denegación originó la presente queja.

3º) Que en lo que aquí interesa la sentencia del tribunal oral tuvo por acreditado que Enrique Lautaro Arancibia Clavel tomó parte desde marzo de 1974 y hasta el 24 de noviembre de 1978 de una asociación ilícita (la Dirección de Inteligencia Nacional —DINA exterior—, dependiente del gobierno de facto chileno), que contaba con al menos 10 miembros, y cuya actividad consistía en la persecución de opositores políticos al régimen de Pinochet exiliados en Argentina. Esto incluía secuestros, sometimiento a interrogatorios bajo tormentos, sustracción de sus identificaciones para su reutilización previa falsificación, etc. Dentro de la organización, Arancibia Clavel tenía por función formar en Buenos Aires una red paralela de informantes que aportaran datos sobre los perseguidos. Asimismo, estuvo presente durante el allanamiento y la aplicación de torturas a la ciudadana chilena Laura Elgueta, fueron encontrados en su poder documentos de identidad utilizados para dificultar la identificación de los asesinados, utilizaba identidades falsas y ocultaba sus actividades de inteligencia aparentando ser empleado del Banco de Estado de Chile.

4º) Que al calificar la conducta de Arancibia Clavel de haber tomado parte en la asociación precedentemente descripta el tribunal oral consideró, de conformidad con la posición postulada por el querrelante, que resultaba aplicable al caso el tipo previsto en el art. 210 bis, Código Penal, en su redacción actual, que reprime más gravemente las asociaciones ilícitas que reúnan al menos dos características particulares (i.a. diez o más miembros, organización militar, disposición de armas de guerra o explosivos, uno o más miembros oficiales o suboficiales de las fuerzas armadas o de seguridad, apoyo de funcionarios públicos), cuando la acción contribuya a poner en peligro la vigencia de la Constitución Nacional. Como fundamento para aplicar el texto actual, tuvo en cuenta que en los delitos permanentes (como la asociación ilícita) la ley aplicable al momento de comisión es la vigente al momento del cese de la conducta delictiva; en el caso, el art. 210 bis vigente en 1978 preveía un tipo penal más gravoso (versión ley 21.338: “Se impondrá reclusión o prisión de cinco a doce años, si la asociación dispusiera de armas de fuego o utilizare uniformes o distintivos o tuviere una organización de tipo militar. La pena será de reclusión o prisión de cinco a quince años, si la asociación dispusiera de armas

de guerra y tuviere una organización de tipo militar. Los cabecillas, jefes, organizadores o instructores serán reprimidos de ocho a veinticinco años de reclusión o prisión. La misma pena se impondrá si la asociación estuviere organizada total o parcialmente con el sistema de células”), que, por aplicación de la ley más benigna (art. 2, Código Penal) quedaba desplazado por el actual art. 210 bis.

5°) Que, en contra de ello, la cámara de casación afirmó que la conducta atribuida a Arancibia Clavel, por sus características, y con seguridad, al menos entre 1976 y 1978, “jamás pudo contribuir ‘a poner en peligro la vigencia de la Constitución Nacional’”, en el sentido de poder contribuir efectivamente a afectar el sistema republicano y democrático, y concluyó que, por lo tanto, no resultaba aplicable el tipo penal del art. 210 bis, versión ley 23.077. Por su parte, el tipo penal en que sí podría haber resultado subsumible (art. 210 bis, versión ley 21.338) ya no se encontraba vigente, con lo cual sólo podía entrar en consideración el tipo básico del art. 210, por ser “la única disposición penal que define al comportamiento tanto al tiempo de iniciarse la ejecución del hecho como en el intermedio y en el de juzgamiento”. Respecto de dicho delito, sin embargo, resolvió que la acción penal se encontraba prescripta, por cuanto desde la fecha en que Arancibia dejó de cometer el delito (la de su detención, el 24 de noviembre de 1978) hasta la de su llamado a prestar declaración indagatoria (15 de mayo de 1989) transcurrieron más de diez años (arg. arts. 59, inc. 3°, 62, inc. 2°, 63, 67 párr. 4 y 210 del Código Penal).

6°) Que con relación a este último punto el *a quo* rechazó la posición de los querellantes con respecto a la imprescriptibilidad de los hechos imputados a Arancibia Clavel, por tratarse de delitos de lesa humanidad, sobre la base de que en la sentencia no quedaban comprendidos los delitos que pudieren haber cometido los miembros de la banda, sino únicamente el haber integrado una asociación ilícita. Dicha conducta —afirmó— de ningún modo se ha demostrado que pueda encajar dentro de los “crímenes de lesa humanidad” que definió como “...los asesinatos, exterminación, sometimiento a esclavitud, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil o durante la guerra, o persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, en ejecución o conexión con cualquier crimen de jurisdicción del Tribunal, sean o no una violación de la legislación interna del país donde hubieran sido perpetrados...”. En su opinión, sólo se cuenta hasta el momento con definiciones inseguras, y “habrá de verse si acaso permitan superar la aludida inseguridad las definiciones que acuña el estatuto de la Corte Penal Internacional...”.

7°) Que la querrela fundó sus agravios ante esta Corte en el exceso de jurisdicción en que habría incurrido la cámara al resolver la inaplicabilidad del art. 210 bis a la conducta del imputado, cuando la cuestión no había sido expresamente planteada por la defensa, y cuestionó por arbitraria la interpretación que el *a quo* realizó de dicha norma y de la garantía de la ley penal más benigna.

8°) Que tanto la cuestión relativa a la forma de introducción del planteo de la defensa, así como la atinente a la subsunción de la conducta imputada a Arancibia Clavel en el tipo penal previsto actualmente en el art. 210 bis del Código Penal de la Nación, remiten al examen de cuestiones de derecho procesal y común, ajenas a la vía del art. 14 de la ley 48. Por otra parte, y en cuanto al planteo de la arbitraria interpretación de la ley penal efectuada por el *a quo*, cabe destacar que tal arbitrariedad no se vislumbra en la sentencia impugnada, toda vez que la Cámara de Casación efectuó un análisis correcto de las exigencias del tipo

penal aplicable, y por demás fundado, con lo que el agravio del recurrente, en este sentido, sólo se limita a fundar su discrepancia con el criterio adoptado.

9º) Que si bien el agravio relativo a la imprescriptibilidad de las conductas imputadas a Arancibia Clavel, por su calidad de crímenes de lesa humanidad, fue introducido por la querrela ante la Cámara de Casación y no fue mantenido explícitamente en esta instancia, corresponde que sea tratado por la Corte toda vez que el examen de la cuestión debe ser efectuado a partir de principios del derecho internacional y de precedentes de esta misma Corte que imponen la consideración ineludible de un planteo relativo a un crimen de ese carácter para evitar posibles responsabilidades ulteriores del Estado Nacional que correspondan en eventual aplicación de lo dispuesto por el art. 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (conf. criterio expresado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los considerandos 70 y 71 y jurisprudencia citada en la nota 47 del caso *Bulacio v. Argentina*, sentencia del 18 de septiembre de 2003, serie C N° 100).

10) Que queda planteado, en primer lugar, el alcance del pronunciamiento de esta Corte toda vez que los agravios de los recurrentes se referían al exceso de jurisdicción del *a quo* al decidir que no correspondía aplicar lo dispuesto por el art. 210 bis del Código Penal al imputado. Sin embargo, la consideración de la presente causa no puede quedar desligada del hecho de que la querrela había planteado ante la Cámara de Casación que los hechos investigados en la causa constituyen delitos de lesa humanidad imprescriptibles en virtud de la incorporación del derecho de gentes al ordenamiento jurídico argentino (art. 118 de la Constitución Nacional) y que ese principio era considerado como un principio del *ius cogens* del derecho internacional al momento de los hechos (ver resultando 3º, párrafo b, de la sentencia de dicho tribunal).

La cuestión de este examen tiene particular importancia porque la Cámara de Casación ha puesto en cuestión la relación del delito de asociación ilícita con los delitos de lesa humanidad y con las dificultades que existen en el actual estado de la ciencia jurídica para definir este tipo de crímenes aberrantes. A la luz de estos argumentos resulta necesario que el Tribunal se expida en concreto sobre los fundamentos de orden jurídico —de derecho constitucional y de derecho internacional de protección de los derechos humanos— que sostienen la convicción acerca del deber de proseguir estas causas como un deber de los estados miembros de la comunidad internacional en general y del sistema interamericano de protección de los derechos humanos en particular.

I. EL MARCO DE ANÁLISIS GENERAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

11) Que el examen de la presente controversia debe partir de la propia calificación que el tribunal oral ha dado a la conducta de los imputados para encuadrarla en el marco de un amplio y sistemático procedimiento dirigido por una organización —la DINA— cuyo objetivo en el caso era la persecución de opositores al régimen militar chileno y que alcanza más precisamente a las tareas cumplidas por dependientes de aquel organismo en el territorio de la República Argentina entre las que se hallaban secuestros, interrogatorios bajo tormentos y sustracción de identificaciones para su nueva utilización previa falsificación. Dicha base fáctica será analizada especialmente de acuerdo con las pautas axiológicas que surgen del sistema normativo formado por la Constitución Nacional y por los tratados incorporados (art. 75, inc. 22) porque es a partir de ese umbral de protección de los derechos

humanos que corresponde determinar la vigencia de la petición formulada por la querella y el deber de expedirse al respecto por los órganos jurisdiccionales.

12) Que desde esta perspectiva, el primer párrafo del Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos —del 10 de diciembre de 1948— ha postulado el reconocimiento de la dignidad inherente y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana. Asimismo, el Preámbulo dispone que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros. Las cláusulas concernientes a la protección de los derechos humanos insertas en la declaración se sustentan, además, en la Carta de las Naciones Unidas que en su art. 55, inc. c, dispone que dicha organización promoverá el respeto universal de los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades, y que en su art. 56 prescribe que todos los miembros se comprometen a tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la organización, para la realización de los propósitos consignados en el art. 55. Tales disposiciones imponen la responsabilidad, bajo las condiciones de la Carta, para cualquier infracción sustancial de sus disposiciones, especialmente cuando se encuentran involucrados un modelo de actividad o una clase especial de personas (conf. Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1966, pág. 463).

13) Que estas declaraciones importaron el reconocimiento de los derechos preexistentes de los hombres a no ser objeto de persecuciones por el Estado. Toda interpretación acerca de la protección de los derechos humanos básicos debe tener en cuenta, pues, que esta declaración y los restantes tratados mencionados en el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional no crean estos derechos sino que admiten su existencia y es precisamente sobre esa base que se ha edificado el derecho internacional penal de salvaguarda de los derechos humanos desde el fin de la Segunda Guerra Mundial.

14) Que la necesaria protección de los derechos humanos a la que se han comprometido los estados de la comunidad universal no se sustenta en ninguna teoría jurídica excluyente. En realidad, sus postulados sostienen que hay principios que determinan la justicia de las instituciones sociales y establecen parámetros de virtud personal que son universalmente válidos independientemente de su reconocimiento efectivo por ciertos órganos o individuos, lo cual no implica optar por excluyentes visiones iusnaturalistas o positivistas. La universalidad de tales derechos no depende pues de un sistema positivo o de su sustento en un derecho natural fuera del derecho positivo (conf. Carlos Santiago Nino, *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación*, Buenos Aires, Ed. Paidós, 1984, pág. 24). El sistema internacional de protección de los derechos humanos se ha constituido con un objetivo claro que va más allá de las diversas pretensiones de fundamentación para la punición contra crímenes aberrantes y que afectan la misma condición humana. Esta concepción del derecho internacional procura excluir ciertos actos criminales del ejercicio legítimo de las funciones estatales (Bruno Simma y Andreas L. Paulus, *The responsibility of individuals for human rights abuses in internal conflicts: a positivist view*, 93 *American Journal of International Law* 302, 314; 1999) y se fundamenta, esencialmente, en la necesaria protección de la dignidad misma del hombre que es reconocida en la declaración mencionada y que no se presenta exclusivamente a través del proceso de codificación de un sistema de derecho positivo tipificado en el ámbito internacional.

15) Que también la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado (ver sentencia del caso Velásquez Rodríguez del 29 de julio de 1988, párrafo 165, serie C N° 4) que la primera obligación asumida por los Estados Partes, en los términos del art. 1.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos es la de “respetar los derechos y libertades” reconocidos en la convención. El ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado. La Comisión Interamericana recordó que en otra ocasión había puntualizado que “la protección de los derechos humanos, en especial de los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en los que sólo puede penetrar limitadamente. Así, en la protección de los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal” (La expresión “leyes” en el art. 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A nro. 6, párr. 21), aspectos que también fueron considerados por la Corte Interamericana en la sentencia Castillo Petruzzi del 30 de mayo de 1999, serie C N° 52).

II. EL SOSTENIMIENTO HISTÓRICO Y CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DE GENTES.

16) Que este sistema de protección de los derechos humanos de los individuos se sostiene en principios que se encuentran en los orígenes del derecho internacional y que —de algún modo— lo trascienden pues no se limitan al mero ordenamiento de las relaciones entre las entidades nacionales sino que también atienden a valores esenciales que todo ordenamiento nacional debe proteger independientemente de su tipificación positiva. El estudio del recurso extraordinario planteado por la querrela se enhebra con estos presupuestos básicos que, en el actual estado del desarrollo de la ciencia jurídica, influyen en la actuación misma de esta Corte a la hora de considerar el ámbito de su competencia para decidir respecto de un crimen de lesa humanidad.

17) Que corresponde señalar que desde comienzos de la Edad Moderna se admitían una serie de deberes de los estados en sus tratos que eran reconocidos por las naciones civilizadas como postulados básicos sobre los cuales debían desarrollarse las relaciones internacionales, sin perjuicio de la observación del derecho de gentes que corresponde a cada una de las naciones en su interior (*iure gentium...intra se*) (Francisco Suárez, *Las Leyes —De Legibus—*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1967, pág. 190, II, c. 19, n° 8; también citado por John P. Doyle, *Francisco Suárez on The Law of Nations*, en *Religion and International Law* (Mark W. Janis y Carolyn Evans eds.), La Haya, Martinus Nijhoff Publications, 1999, pág. 110 y nota 105, y Johanes Messner, *Ética Social, Política y Económica a la Luz del Derecho Natural*, Madrid, Rialp, 1967, pág. 442 y nota 202). Se trataba, en el léxico de aquel tiempo, de probar —mediante un método *a posteriori*— el derecho natural que debía regir entre las naciones que se hallaban, con cierto grado de probabilidad, entre las más civilizadas en el orden jurídico universal (Grocio, *Le droit de la guerre et de la paix*, París, Guillaumin, 1867, Tomo I, L. I. Cap. I. párr. XII, pág. 87 y Michael P. Zuckert, *Natural Rights and the New Republicanism*, Princeton, Princeton University Press, 1998), pauta sostenida en los principios fundamentales de justicia que no pueden quedar restringidos solamente a las leyes de la guerra (Juicio de Wilhelm List y otros, Tribunal Militar de

los Estados Unidos en Nuremberg, United Nations War Crimes Commission, Law Reports of Trials on War Criminals, vol. VIII, 1949, pág. 49).

18) Que el derecho de gentes importaba un sistema complejo estructurado a partir de principios generales del derecho y de justicia, igualmente adaptable para el gobierno de los individuos en un estado de igualdad natural, y para las relaciones y conductas entre las naciones, basado en una colección de usos y costumbres, en el crecimiento de la civilización y del comercio y en un código de leyes convencionales y positivas. Dicho concepto suponía una suerte de moralidad básica a la que debía atarse la conducta de las naciones entre sí y con relación a sus habitantes que se estructuraba en un ordenamiento jurídico y ético que iba más allá de los sistemas internos positivos entonces existentes. Los elementos obligatorios del derecho de gentes no podían ser violados por la legislación positiva, eran vinculantes para todos, las legislaturas no debían prevalecer sobre ellos y el orden jurídico se entendía como declarativo de tales derechos preexistentes (Emerich de Vattel, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués a la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, París, Guillaumin —ed. orig. 1758— 1863, t. I, LXVIII, y Steward Jay, *Status of the Law of Nations in Early American Law*, 42 *Vanderbilt Law Review* 1989, 819, 827). En este sentido, George Nichols señalaba en la convención ratificatoria del Estado de Virginia que el derecho de gentes (*law of nations*) no había sido decretado por ninguna nación en particular; que no había algo así como un particular derecho de gentes, sino que el derecho de gentes era permanente y general. Era superior a cualquier acto o ley de cualquier nación; implicaba el consentimiento de todas ellas, y era mutuamente vinculante con todas, entendiéndose que era para común beneficio de todas (The Debates in the Several State Conventions on the Adoption of the Federal Constitution, editado por Jonathan Elliot, Filadelfia, J.B. Lippincott Company, 1901, t. III, pág. 502).

19) Que la importancia de esa tradición jurídica fue recogida por el art. 102 de la Constitución Nacional (el actual art. 118) en cuanto dispone que todos los juicios criminales ordinarios, que no se deriven del derecho de acusación concedido a la Cámara de Diputados se terminarán por jurados, luego que se establezca en la República esta institución. La actuación de estos juicios se hará en la misma provincia donde se hubiere cometido el delito; pero cuando éste se cometa fuera de los límites de la Nación, contra el derecho de gentes, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio.

20) Que la vinculación con tales principios implica, como se advierte, la continuación de una tradición jurídica sustancial que ha sido conformadora del moderno sistema de derecho internacional. Se trata de una copia casi textual del art. 117 de la Constitución de Venezuela que también se refería al derecho de gentes en el art. 71. Asimismo, los Estados Unidos de América habían reconocido la importancia de ese tipo de reclamos en la *Alien Tort Claims Act* que integraba la *Judiciary Act* de 1789 (capit. 20, párr. 9, b) y en el art. III, secc. 2ª, parr. 3, de la Constitución norteamericana. También era compartida esta visión por el principal doctrinario del *common law* en el siglo XVIII en cuanto sostenía que “el derecho de las naciones es un sistema de reglas, deducible por la razón natural, y establecido por consentimiento universal entre los habitantes civilizados de la tierra; para decidir todas las disputas, regular todas las ceremonias y protocolos, y para asegurar la observancia de la justicia y de la buena fe en aquel trato que debe frecuentemente suceder entre dos o más estados independientes y los individuos pertenecientes a

cada uno de ellos” (Blackstone, Commentaries on the Laws of England, Chicago, Callaghan, 1899, T. I —correspondiente al libro IV— pág. 1262).

21) Que la especial atención dada al derecho de gentes por la Constitución Nacional de 1853 —derivada en este segmento del proyecto de Gorostiaga— no puede asimilarse a una mera remisión a un sistema codificado de leyes con sus correspondientes sanciones, pues ello importaría trasladar ponderaciones y métodos de interpretación propios del derecho interno que son inaplicables a un sistema internacional de protección de derechos humanos. En efecto, desde sus mismos orígenes se ha considerado que la admisión de la existencia de los delitos relacionados con el derecho de gentes dependía del consenso de las naciones civilizadas, sin perjuicio, claro está, de las facultades de los diversos estados nacionales de establecer y definir los delitos castigados por aquel derecho (ver en tal sentido Joseph Story, Commentaries on the Constitution of the United States, Boston, Hilliard, Gray and Company, 1833, Vol III, cap. XX, 1154 a 1158; también James Kent, Commentaries on American Law, Vol. I, parte I, New York, Halsted, 1826, especialmente caps. I, II y IX).

22) Que, en estos casos en que queda comprometida la dignidad humana de las personas —sometidas a persecuciones provenientes de una organización criminal sustentada en la estructura estatal— corresponde atender a una interpretación dinámica de dicha cláusula constitucional para responder —en el estado de avance cultural actual— a los requerimientos de un debido castigo para aquellos que cometen crímenes contra el delito de gentes (conf. arg. Fallos: 322:2735, considerandos 6° y 9° y 315:952, considerando 3°). A la luz de lo expresado, corresponde concluir que la Constitución Nacional de 1853 reconoció la supremacía de ese derecho de gentes y en ese acto lo incorporó directamente con el consiguiente deber de su aplicación correspondiente por los tribunales respecto a los crímenes aberrantes que son susceptibles de generar la responsabilidad individual para quienes los hayan cometido en el ámbito de cualquier jurisdicción. Por consiguiente, a la fecha de la institución de los principios constitucionales de nuestro país el legislador lo consideraba como preexistente y necesario para el desarrollo de la función judicial.

23) Que la existencia de esta regla de conducta entre las naciones y la conformación de un derecho de gentes aplicable también para la protección de los derechos humanos individuales se vislumbra en Juan B. Alberdi en cuanto señalaba que “el derecho internacional de la guerra como el de la paz, no es...el derecho de los beligerantes; sino el derecho común y general del mundo no beligerante, con respecto a ese desorden que se llama la guerra, y a esos culpables, que se llaman beligerantes; como el derecho penal ordinario no es el derecho de los delincuentes, sino el derecho de la sociedad contra los delincuentes que la ofenden en la persona de uno de sus miembros. Si la soberanía del género humano no tiene un brazo y un poder constituido para ejercer y aplicar su derecho a los Estados culpables que la ofenden en la persona de uno de sus miembros, no por eso deja ella de ser una voluntad viva y palpitante, como la soberanía del pueblo que ha existido como derecho humano antes que ningún pueblo la hubiese proclamado, constituido y ejercido por leyes expresas” (Juan B. Alberdi, El Crimen de la Guerra, cap. II, n° IX pub. en Obras Selectas —edición de Joaquín V. González—, Buenos Aires, Lib. La Facultad, 1920, T. XVI, pág. 48). Asimismo Alberdi hacía hincapié en la necesaria vinculación entre el derecho interno y las normas del derecho internacional humanitario en cuanto puntualizaba que “el derecho de gentes no será otra cosa que el desorden y la iniquidad constituidos en organización permanente del género humano, en tanto que repose en otras bases que las del derecho interno de cada

Estado. Pero la organización del derecho interno de un Estado es el resultado de la existencia de ese Estado, es decir, de una sociedad de hombres gobernados por una legislación y un gobierno común, que son su obra. Es preciso que las naciones de que se compone la Humanidad formen una especie de sociedad o de unidad, para que su unión se haga capaz de una legislación o de un gobierno más o menos común” (ob. cit. pág. 190).

24) Que, asimismo, este Tribunal ha reconocido en diversas ocasiones la importancia de esta incorporación del derecho de gentes al sistema institucional de nuestro país que no queda limitado, pues, a la exclusiva consideración de las normas locales y que se encuentra, por el contrario, interrelacionado con este sistema de convivencia general de las naciones entre sí que supone, en definitiva, la protección de derechos humanos básicos contra delitos que agravan a todo el género humano. Importaba, en resumidas cuentas, el reconocimiento declarativo de la existencia de ese conjunto de valores superiores a las que debían subordinarse las naciones por su mera incorporación a la comunidad internacional (ver, en diversos contextos, los precedentes de Fallos: 2:46; 19:108; 62:60; 98:338; 107:395; 194:415; 211:162; 238:198; 240:93; 244:255; 281:69; 284:28; 311:327; 312:197; 316:965; 318:108; 319:2886; 322:1905; 323:2418; 324:2885).

25) Que a la fecha de la sanción de la Constitución de nuestro país era ya reconocido que el hecho mismo de la incorporación de un nuevo Estado al concierto de las naciones de la Tierra implicaba su sometimiento a este derecho de gentes (conf. las palabras de John Jay en el caso *Chisholm v. Georgia*, 2 U.S. 419, 474 (1793) de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América) entendido este como un sistema de reglas que la razón, la moralidad y la costumbre han establecido entre las naciones civilizadas como su derecho público (James Kent, *Commentaries on American Law*, New York, Halsted, 1826, Vol. I, parte I; ver también en este sentido Jordan J. Paust., *International Law as Law of the United States*, Durham, Carolina Academic Press, 1996, pág. 1 y jurisprudencia citada en notas de págs. 10 a 50). Asimismo, la Corte norteamericana había distinguido entre un derecho de gentes general que ha sido establecido por el general consentimiento de la humanidad y obliga a todas las naciones; un derecho de gentes convencional sustentado en el consentimiento expreso, aunque no universal, y que sólo obliga a las naciones que hayan dado su asentimiento y el derecho de gentes consuetudinario construido sobre el consenso tácito y que es sólo obligatorio para aquellas naciones que lo hayan adoptado (*Ware v. Hilton* 3 U.S. 199, 227; 1796; basado en Vattel, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués a la conduite el aux affaires des nations et des souverains*, París, Guillaumin, 1863, t. I, prefacio, pág. 64).

III. SOBRE LA EVOLUCION DEL DERECHO DE GENTES, LA ACEPTACIÓN DEL IUS COGENS Y LAS OBLIGACIONES QUE DE ÉL EMERGEN

26) Que, por otro lado, el derecho de gentes se encuentra sujeto a una evolución que condujo a un doble proceso de reconocimiento expreso y de determinación de diversos derechos inherentes a la dignidad humana que deben ser tutelados de acuerdo con el progreso de las relaciones entre los estados. Desde esta perspectiva se advierte que los crímenes del derecho de gentes se han modificado en número y en sus características a través de un paulatino proceso de precisión que se ha configurado por decisiones de tribunales nacionales, por tratados internacionales, por el derecho consuetudinario, por las opiniones de los juristas más relevantes y por el reconocimiento de un conjunto de normas imperativas

para los gobernantes de todas las naciones; aspectos todos ellos que esta Corte no puede desconocer en el actual estado de desarrollo de la comunidad internacional.

27) Que, por consiguiente, la consagración positiva del derecho de gentes en la Constitución Nacional permite considerar que existía —al momento en que se produjeron los hechos investigados en la presente causa— un sistema de protección de derechos que resultaba obligatorio independientemente del consentimiento expreso de las naciones que las vincula y que es conocido actualmente —dentro de este proceso evolutivo— como *ius cogens*. Se trata de la más alta fuente del derecho internacional que se impone a los estados y que prohíbe la comisión de crímenes contra la humanidad incluso en épocas de guerra. No es susceptible de ser derogada por tratados en contrario y debe ser aplicada por los tribunales internos de los países independientemente de su eventual aceptación expresa. Estas normas del *ius cogens* se basan en la común concepción —desarrollada sobre todo en la segunda mitad del siglo XX— en el sentido de que existen conductas que no pueden considerarse aceptables por las naciones civilizadas.

28) Que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (ver informe 62/02, caso 12.285 Michael Domínguez v. Estados Unidos del 22 de octubre de 2002) ha definido el concepto de *ius cogens* en el sentido de que deriva de conceptos jurídicos antiguos de “un orden superior de normas jurídicas que las leyes del hombre o las naciones no pueden contravenir” y “como normas que han sido aceptadas, sea expresamente por tratados o tácitamente por la costumbre, como para proteger la moral pública en ellas reconocidas”. Su principal característica distintiva es su “relativa indelebilidad”, por constituir normas del derecho consuetudinario internacional que no pueden ser dejadas de lado por tratados o aquiescencia, sino por la formación de una posterior norma consuetudinaria de efecto contrario. Se considera que la violación de esas normas conmueve la conciencia de la humanidad y obliga —a diferencia del derecho consuetudinario tradicional— a la comunidad internacional como un todo, independientemente de la protesta, el reconocimiento o la aquiescencia (párrafo 49, con cita de CIDH, Roach y Pinkerton c. Estados Unidos, Caso 9647, Informe Anual de la CIDH 1987, párrafo 55).

29) Que antes de la comisión de los delitos investigados ya la discusión entre reconocidos publicistas respecto al carácter obligatorio del *ius cogens* había concluido con la transformación en derecho positivo por obra de la Conferencia Codificadora de Viena, reunida en el actual 1968 en primera sesión (conf. el artículo contemporáneo a tales debates de Pedro Antonio Ferrer Sanchís, Los conceptos “*ius cogens*” y “*ius dispositivum*” y la labor de la Comisión de Derecho Internacional en Revista Española de Derecho Internacional, segunda época, vol. XXI, n° 4, octubrediciembre 1968, Madrid, Instituto “Francisco de Vitoria”, 763, 777). En efecto, la unánime aceptación del *ius cogens* es evidenciada en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, Viena, 26 de marzo al 29 de mayo de 1968, U.N. Doc. A/Conf. 39/11 (conf. Cherif Bassiouni, Crimes against Humanity in International Criminal Law, 2a. ed., La Haya, Kluwer Law International, 1999, pág. 217, nota 131). La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados aprobada el 22 de mayo de 1969 (ratificada por la ley 19.865) dispone en el art. 53 —cuyo título es “Tratados contrarios a normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)”— que “es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconoci-

da por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”.

Estas normas del *ius cogens*, sin embargo, no son una gratuita creación de la Comisión de Derecho Internacional ya que la presencia en el seno de esa institución de juristas representativos de los principales sistemas jurídicos del mundo contemporáneo que dieron su aprobación unánime a ese texto es índice de que las normas imperativas de derecho internacional general son generalmente aceptadas y reconocidas como válidas (Julio Angel Juncal, La Norma Imperativa de Derecho Internacional General (“*ius cogens*”): los criterios para juzgar de su existencia, en La Ley 1321200; 1968) y la existencia de ese orden público internacional es, desde luego, anterior a la entrada en vigencia de ese tratado en cada uno de los países que lo han ratificado en sus respectivos órdenes nacionales porque, por naturaleza, preexiste a su consagración normativa en el orden positivo.

30) Que la Corte Internacional de Justicia declaró específicamente que “una esencial distinción debe ser trazada entre las obligaciones de un Estado hacia la comunidad internacional como un todo, y aquellas que surgen en relación con otro Estado en el campo de la protección diplomática. Por su misma naturaleza las primeras son de interés de todos los estados. En vista de la importancia de los derechos involucrados, puede ser sostenido que todos los estados tienen un interés jurídico en su protección; son obligaciones *erga omnes*” (Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Second Phase, Judgement, I. C.J. Reports 1970, pág. 3).

31) Que esta doctrina relacionada con obligaciones internacionales de un rango superior que prevalecen sobre las normas legales nacionales existía ya antes de la Segunda Guerra Mundial y posteriormente recibió el apoyo de diversos publicistas de derecho internacional en el sentido de que la prohibición de ciertos crímenes internacionales reviste el carácter de *ius cogens* de modo que se encuentra no sólo por encima de los tratados sino incluso por sobre todas las fuentes del derecho (Arnold D. McNair, The Law of Treaties, 21324, 1951 y Gerald Fitzmaurice, The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law, 92 Recueil des Cours de l’Academie de La Haye 1, 1957; citados por M. Cherif Bassiouni, Crimes against Humanity in International Criminal Law, pág. 218 y Karen Parker y Lyn Beth Neylon, *ius cogens*: Compelling the Law of Human Rights, 12 Hastings International and Comparative Law Review, 411; 1989).

32) Que también ha sido señalado que resulta característico del *ius cogens* el hecho de que sus disposiciones prescriben cierta conducta positiva o negativa incondicionalmente, de modo que forman el fundamento de los principios sustantivos que subyacen al derecho internacional. Desde esta perspectiva, la conducta contraria es por naturaleza carente de fundamento en derecho e ilegal. A pesar de que se parecen al derecho natural, las normas perentorias del *ius cogens* pueden de hecho desarrollar y cambiar en el tiempo, como las concepciones internacionales de correcto e incorrecto (conf. Christopher A. Ford Adjudicating *ius cogens*, 13 Wisconsin International Law Journal, 145, 1994).

33) Que el *ius cogens* también se encuentra sujeto a un proceso de evolución que ha permitido incrementar el conjunto de crímenes de tal atrocidad que no pueden ser admitidos y cuya existencia y vigencia opera independientemente del asentimiento de las autoridades de estos estados. Lo que el antiguo derecho de gentes castigaba en miras a la normal con-

vivencia entre estados (enfocado esencialmente hacia la protección de los embajadores o el castigo de la piratería) ha derivado en la punición de crímenes como el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad (M. Cherif Bassiouni, *International Crimes: Ius cogens and Obligatio Erga Omnes*, 59 *Law and Contemporary Problems*, 56; 1996; Antonio Cassese, *International Law*, Londres, Oxford University Press, reimp. 2002, págs. 138 y 370, y Zephyr Rain Teachout, *Defining and Punishing Abroad: Constitutional limits of the extraterritorial reach of the Offenses Clause*, 48 *Duke Law Journal*, 1305, 1309; 1999) teniendo en cuenta que el derecho internacional crece a través de decisiones alcanzadas de tiempo en tiempo en procura de adaptar principios a nuevas situaciones (Juez Robert H. Jackson en su informe del 7 de junio de 1945 como presidente del Consejo por los Estados Unidos en la Persecución de los Criminales de Guerra del Eje, reimpreso en 39 *Am. J. Int'l L.* 178 - Sup. 1945).

El castigo a ese tipo de crímenes proviene, pues, directamente de estos principios surgidos del orden imperativo internacional y se incorporan con jerarquía constitucional como un derecho penal protector de los derechos humanos que no se ve restringido por algunas de las limitaciones de la Constitución Nacional para el castigo del resto de los delitos. La consideración de aspectos tales como la tipicidad y la prescriptibilidad de los delitos comunes debe ser, pues, efectuada desde esta perspectiva que asegura tanto el deber de punición que le corresponde al Estado Nacional por su incorporación a un sistema internacional que considera imprescindible el castigo de esas conductas como así también la protección de las víctimas frente a disposiciones de orden interno que eviten la condigna persecución de sus autores.

IV. SOBRE LAS FUENTES DEL DELITO DE LESA HUMANIDAD

34) Que resulta pues necesario determinar cuáles son las fuentes del derecho internacional para verificar si el delito de asociación ilícita dirigido a la comisión de crímenes contra la humanidad también tiene las mismas características en cuanto al deber de punición que corresponde en estos casos respecto de los acusados y si reviste el carácter de imprescriptible de los delitos a los que se dirige el objetivo de ese acuerdo entre dos o más personas.

35) Que para el conocimiento de las fuentes de este derecho internacional debe atenderse fundamentalmente a lo dispuesto por el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia que establece en su art. 38 que “esta Corte, cuya función es decidir de acuerdo con el derecho internacional aquellas disputas que le sean sometidas, aplicará:

- a. Las convenciones internacionales, generales o particulares, que establezcan reglas expresamente reconocidas por los estados en disputa;
- b. La costumbre internacional, como evidencia de la práctica general aceptada como derecho,
- c. Los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas
- d. Con sujeción a las disposiciones del art. 49, las decisiones judiciales de los publicistas más altamente cualificados de varias naciones, como instrumentos subsidiarios para la determinación de las reglas del derecho”.

36) Que los crímenes contra la humanidad habían sido considerados ya en el Prólogo a la Convención de La Haya de 1907 en cuanto se señalaba que hasta que se haya creado

un más completo código de leyes de la guerra, las altas partes contratantes consideran conveniente declarar que en casos no incluidos en las regulaciones adoptadas por ellas, los habitantes y beligerantes quedan bajo la protección y la regla de los principios del derecho de las naciones (*law of nations*), como resultan de los usos establecidos entre los pueblos civilizados, de las leyes de la humanidad, y los dictados de la conciencia pública (un lenguaje similar había sido usado en el punto 9 del Preámbulo de la Convención de la Haya de 1899 y posteriormente fue utilizado en los Protocolos I y II de 1977 de la Cuarta Convención de Ginebra).

37) Que el art. 6 (c) del Estatuto del Tribunal Militar Internacional para la Persecución de los Mayores Criminales de Guerra para el Teatro Europeo —según la Carta de Londres del 8 de agosto de 1945— definía como crímenes contra la humanidad al homicidio, exterminación, esclavización, deportación, y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, antes o durante la guerra, o persecuciones basadas en fundamentos políticos, raciales o religiosos, en ejecución o en conexión con cualquier crimen dentro de la jurisdicción del Tribunal, sea o no en violación del derecho doméstico del país en que hayan sido perpetrados.

38) Que las conductas consideradas en las leyes impugnadas se refieren a los denominados crímenes contra la humanidad cuyo presupuesto básico es que también se dirigen contra la persona o la condición humana y en donde el individuo como tal no cuenta, contrariamente a lo que sucede en la legislación de derecho común nacional, sino en la medida en que sea miembro de una víctima colectiva a la que va dirigida la acción. Tales delitos se los reputa como cometidos contra el derecho de gentes que la comunidad mundial se ha comprometido a erradicar, porque merecen la sanción y la reprobación de la conciencia universal al atentar contra los valores humanos fundamentales (considerandos 31 y 32 del voto de los jueces Moliné O'Connor y Nazareno y del voto del juez Bossert en Fallos: 318:2148).

39) Que, por otro lado, la Carta de las Naciones Unidas implantó entre los estados nacionales su sumisión a un conjunto de obligaciones respecto de los habitantes de cada nación de modo que debían adoptar las medidas tendientes a evitar la vulneración de derechos fundamentales, entre los que indudablemente se encuentra la persecución de aquellos delitos que afectan los derechos humanos fundamentales. La falta de un aparato organizado de punición respecto de los estados nacionales no implica que deba omitirse el castigo de los crímenes contra la humanidad, porque precisamente una de las características peculiares en la persecución de estos crímenes consiste en que, en diversas ocasiones, no es posible su represión efectiva ante la ausencia de un marco nacional de punición que ha quedado insertado en un proceso político en el cual las mismas personas que cometieron tales hechos impiden, de un modo u otro, la búsqueda de la verdad y el castigo de los responsables. La protección de tales derechos humanos —y el establecimiento de la carta misma— supone la inexistencia de mecanismos suficientes para proteger los derechos de los habitantes de la comunidad universal.

40) Que la Carta de la ONU marca, pues, el nacimiento de un nuevo derecho internacional y el final del viejo paradigma —el modelo de Wesfalia— difundido tres siglos antes tras el final de la anterior guerra europea de los treinta años. Representa un auténtico pacto social internacional —histórico y no metafórico, acto constituyente efectivo y no mera

hipótesis teórica o filosófica— por medio del cual el derecho internacional se transforma estructuralmente, dejando de ser un sistema práctico, basado en tratados bilaterales *inter pares*, y convirtiéndose en un auténtico ordenamiento jurídico supraestatal: ya no es un simple *pactum associationis*, sino además, un *pactum subiectionis*. En el nuevo ordenamiento pasan a ser sujetos de derecho internacional no solo los estados, sino también los individuos y los pueblos (Luigi Ferrajoli, *Derechos y Garantías: la ley del más débil*, Madrid, Ed. Trotta, 1999, pág. 145; en similar sentido ver también Lea Brilmayer, *International Law in American Courts: A Modest Proposal*, 100 *The Yale Law Journal*, 2277, 2297; 1991 y el informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre el efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75), Opinión Consultiva OC2/82 del 24 de septiembre de 1982, párrafo 29).

41) Que dada la vigencia de estos principios básicos reconocidos por las naciones civilizadas y que se han incorporado de un modo progresivo al sistema universal como un orden que vincula a todos los estados independientemente de su consentimiento, corresponde, por consiguiente, examinar el modo en que los alegados crímenes de lesa humanidad se han incorporado al sistema normativo argentino.

42) Que la calificación de los delitos contra la humanidad no depende de la voluntad de los estados nacionales sino de los principios del *ius cogens* del Derecho Internacional (conf. arg. Fallos: 318:2148, considerando 4°), lo que pone en evidencia que sea plenamente aplicable el sistema de fuentes del derecho propio de aquéllos. En realidad, se ha edificado, en primer lugar, sobre nociones de protección los derechos de todos los hombres a la vida, a la seguridad y a la propiedad y su consolidación se ha configurado por la práctica consuetudinaria general de las naciones civilizadas. Sin embargo, resulta claro también que este derecho penal internacional de protección de los derechos humanos contra los crímenes de lesa humanidad se afirma sobre el concepto de *ius cogens* o de orden público internacional en cuanto todos los estados se encuentran obligados a su aceptación independientemente de la existencia de un consenso previo. Era admitido que ningún Estado podía —al ingresar al concierto de las naciones— encontrarse ajeno al derecho de gentes al momento de la sanción de nuestra Constitución.

Del mismo modo es también obvio que ningún Estado de la comunidad internacional actual puede encontrarse ajeno a la vigencia de este *ius cogens* que obliga a las organizaciones gubernamentales a proteger a sus ciudadanos y a los ciudadanos de otros estados de la comisión de crímenes de lesa humanidad. Por consiguiente, corresponde verificar si la conducta constituye un crimen contra la humanidad de acuerdo a las reglas consuetudinaria de derecho internacional o el derecho internacional convencional o en virtud de los principios de derechos reconocidos por la comunidad de las naciones, constituya o no una contravención al derecho vigente en el tiempo y lugar de su comisión en el sistema normativo nacional (ver al respecto la Ley contra los Crímenes contra la Humanidad y de Guerra de Canadá —Crimes Against Humanity and War Crimes Act 2000— art. 4 inc. 3).

43) Que no obsta a la necesaria punición de los crímenes contra la humanidad la falta de precedentes similares de esta Corte o de una definición del tipo penal similar a la aplicable en los estados nacionales porque, precisamente, la excepcionalidad de los hechos investigados requiere ponderar la excepcional actividad desplegada por los integrantes de la asociación ilícita teniendo en cuenta también que el castigo de las aberrantes actividades

indicadas en la sentencia del tribunal oral debe ser enmarcado dentro del deber impuesto a todos los estados de la comunidad internacional de perseguir a los responsables de estos actos aberrantes. Se trata, en definitiva, de considerar las pautas y los principios que el derecho internacional ha construido en el último medio siglo para punir la práctica de delitos aberrantes y para evitar que, bajo cualquier procedimiento formal, la búsqueda y punición de sus responsables sea evitada mediante el solo fundamento en procedimientos legislativos —previos o post facto— que puedan convalidar tales crímenes.

V. LA ASOCIACION ILICITA COMO DELITO DE LESA HUMANIDAD.

44) Que los forjadores del sistema penal internacional constituido desde fines de la Segunda Guerra Mundial tuvieron en cuenta desde sus inicios la necesidad de castigar a los miembros de agrupaciones cuyo objetivo era la comisión de crímenes contra la paz y contra la humanidad y desde tal perspectiva incorporaron figuras tales como la conspiración o la participación en organizaciones criminales que tienen coincidencias parciales —aunque sustanciales— con el tipo de la asociación ilícita consagrado en el art. 210 del Código Penal. Sin perjuicio de lo expresado, debe tenerse en cuenta que la ponderación de las figuras penales formadas en estos casos se vincula con pautas propias del derecho internacional de los derechos humanos que priman sobre los principios clásicos del derecho penal dadas las excepcionales circunstancias en que esas conductas aberrantes se han producido.

45) Que en este sentido el Acuerdo para la Persecución y el Castigo de los Mayores Criminales de Guerra del Eje Europeo, Carta del Tribunal Militar Internacional según el Acuerdo de Londres del 8 de agosto de 1945 se refirió en su art. 6 (a) a “los jefes, organizadores, instigadores y cómplices participantes en la formulación o ejecución de un plan común o conspiración (*conspiracy*)” para cometer crímenes contra la paz; la Proclamación Especial para el Establecimiento de un Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente Carta del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente del 19 de enero de 1946 mencionó en su art. 5 entre los delitos sometidos a juicio por crímenes contra la paz a los que intervinieron en el planeamiento, preparación, iniciación o ejecución de una guerra declarada o no declarada de agresión, o de una guerra en violación del derecho internacional, tratados, acuerdos o declaraciones, o participación en un plan común o conspiración (*conspiracy*) para el cumplimiento de cualquiera de los precedentes hechos: a. Crímenes Convencionales de Guerra; Crímenes contra la Humanidad.

Asimismo, el principio VII de Derecho Internacional reconocido por la Carta del Tribunal de Nuremberg y en la sentencia del juicio adoptados en 1950 por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas —creada por la resolución 17 (II), párrafo 8^a de la Asamblea General para formular “los principios del derecho internacional reconocidos en la Carta del Tribunal de Nuremberg y en el Juicio del Tribunal”— consideraba incluido dentro de ese marco a la complicidad en la perpetración de un crimen contra la paz, un crimen de guerra, o un crimen contra la humanidad como se expuso en el principio VI es un crimen bajo el derecho internacional. El informe de Robert H. Jackson, representante de los Estados Unidos para la Conferencia Internacional sobre los Juicios Militares del 29 de diciembre de 1947 señalaba, además, que “esta carta promulga el principio de que los individuos más que los estados son responsables por las violaciones criminadas al derecho internacional y se aplica a tales infractores el principio de conspiración (*conspiracy*)”

según el cual cualquiera que se una en un plan común para cometer un crimen se convierte en responsable por los actos de cualquier otro conspirador en la ejecución del plan”.

La sentencia del Tribunal Militar Internacional para los Criminales de Guerra afirmó en su sentencia del año 1946 que “una organización criminal es análoga a una conspiración criminal en que la esencia de ambas es la cooperación para propósitos criminales. Debe haber un grupo unido en conjunto y organizado para un propósito común. El grupo debe estar formado o usado en conexión con la perpetración de crímenes denunciados por la Carta” (Juicio de los Mayores Criminales de Guerra ante el Tribunal Militar Internacional, Nuremberg, Vol. XXII, pág. 500).

46) Que la clave de conexión entre el tipo penal nacional de la asociación ilícita y la configuración de los tipos propios de la conspiración del derecho anglosajón se encuentra en el hecho esencial de que en ambos casos se trata de un acuerdo entre dos o más personas para cometer un delito (sobre el concepto de *conspiracy* ver la Criminal Law Act 1977 sección 1 de Gran Bretaña; R. v. Anderson [1986] A.C. 27 Cámara de los Lores; Andrew Ashwort, Criminal Law, 4ª ed., Londres, Oxford University Press, 2003, pág. 45; Sanford H. Kadish y Stephen J. Schulhofer, Criminal Law and its processes, 6ª ed, New York, Little, Brown and Company, 1995, pág. 743; lo expresado por la Corte Suprema de los Estados Unidos de América en los casos Pinkerton v. United States 328 U.S. 640, 644 (1946); Callanan v. United States, 364 U.S., 587 (1961); Iannelli v. United States, 420 U.S. 770, 777 y nota 10 (1975); Paul H. Robinson, Fundamentals of Criminal Law, 2ª ed., Boston, Little, Brown and Company, 1995, pág. 298. A veces se le incorpora la calificación, basada en el *common law*, de que puede consistir en la perpetración de un acto ilícito, o de un acto lícito mediante medios ilícitos (basado en la decisión de la Cámara de los Lores en Mulcahy v. R. (1868) L.R. 3 H. L. 306 y Wayne R. LaFave y Austin W. Scott, J.R., Criminal Law, 2ª ed., West Publishing, St. Paul, 1991, pág. 525; Elliott and Wood's, Cases and Materials on Criminal Law, 7ª ed., Londres, Sweet and Maxwell, 1997, pág. 446), aspecto este último característico de ese sistema normativo (conf. John Kaplan y Robert Weisberg, Criminal Law. Cases and Materials, 2ª ed., Boston, Little, Brown and Company, 1991, pág 663) y que no se equipara a la definición de asociación ilícita contemplada en el derecho continental.

47) Que en el Estatuto de Roma se mencionan formas tradicionales de participación (art. 15, incs. a y b) y figuras que se asemejan más a la tradición del *common law* (arts. 25, inc. b) respecto al modo en que debe enfocarse el juicio de aquéllos cuyas conductas quedan encuadradas en las definiciones de crímenes contra la humanidad tipificados en el art. 7. Pero también es cierto que el mismo estatuto consigna también la punición de quien contribuye de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión por un grupo de personas que tengan un propósito común (*common purpose*) bastando para la configuración de tal contribución el objetivo (*aim*) de llevar a cabo la actividad o propósito (*purpose*) delictivo del grupo, cuando una u otro entraña la comisión de un crimen de la competencia de la Corte.

De lo expresado se advierte que el Estatuto de Roma ha tenido particularmente en cuenta no sólo la conducta del autor o de los partícipes sino que ha considerado en especial la existencia de propósitos dirigidos a cometer delitos de lesa humanidad. En otros términos, se castigan —del mismo modo que en nuestra legislación— aquellas conductas

preparatorias para la comisión de los delitos que incluyen tanto el acuerdo como el tomar parte en una actividad dirigida a ese fin (art. 210 del Código Penal).

48) Que incluso la participación en un grupo o una alianza (*entente*) para preparar crímenes contra la humanidad ha sido recientemente incorporada como delito penal tipificado en el derecho interno francés como art. 2123 del Código Penal entendiéndose que se trata de una forma particular de asociación ilícita que responde, en el derecho anglosajón, al concepto de *conspiracy*, y, en derecho internacional, a la noción de conspiración, contenida en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg (conf. Decimocuarto informe periódico presentado por la República de Francia de conformidad con el art. 9 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial a la Organización de las Naciones Unidas de fecha 5 de julio de 1999, párrafo 87).

49) Que a la hora de considerar la extensión del delito de asociación ilícita respecto del término conspiración (*conspiracy*) son particularmente ilustrativas las consideraciones de la sentencia del Tribunal Criminal Internacional para Ruanda, Cámara I, sentencia del 27 de enero de 2000 (establecido por la resolución 955 del Consejo de Seguridad de la ONU): en cuanto allí se destacó que los elementos constitutivos de la conspiración (*conspiracy*), —*entente* en la versión en francés— como son definidos en ambos sistemas [del derecho de tradición continental y del common law], son muy similares. Basada en estos elementos, la cámara sostiene que la conspiración para cometer genocidio debe ser definida como un acuerdo entre dos o más personas para cometer el crimen de genocidio (considerando 191). *Fiscal v. Alfred Musema*, Caso No. ICTR 9613T, Proceso y Sentencia, 27 de enero de 2000.

50) Que tales normas, decisiones e informe se relacionan también con la doctrina más autorizada al respecto que ha señalado que el Tribunal Militar Internacional fijó tres recaudos para incluir a una persona en una actividad que consiste en tomar parte en una organización criminal: a) que las actividades públicas de la organización incluyan algunos de los crímenes contra la humanidad, b) que sus integrantes sean voluntarios y c) que la mayoría de los miembros de la organización debieron haber tenido conocimiento o ser concientes de la naturaleza criminal de la actividad de la organización (M. Cherif Bassiouni, *Crimes against Humanity in International Criminal Law*, 2a. Ed, La Haya, Kluwer Law International, 1999, pág. 385). Estos aspectos de definición del tipo de la conspiración para cometer crímenes de lesa humanidad deberán tenerse en cuenta —a los fines de la estricta delimitación subjetiva— a la hora de considerar la inclusión de las conductas examinadas dentro de este tipo de delitos aberrantes para evitar que sean incluidos en el tipo aquellas actividades de orden rutinario tales como las realizadas por oficinistas o personal administrativo.

51) Que existen, pues, claros vínculos entre los conceptos de asociación ilícita, conspiración en el sentido del derecho anglosajón y conspiración para cometer crímenes de lesa humanidad como para considerar configurado un delito que consiste en el acuerdo para cometer crímenes de ese carácter o por la participación voluntaria en organizaciones cuyo objetivo es —como en el caso— la persecución de opositores políticos.

En efecto, la conciencia de la comunidad internacional respecto a la necesidad de castigar la conspiración (o asociación ilícita) para cometer crímenes de lesa humanidad se ha ido fortaleciendo desde sus esbozos en la Carta de Londres hasta su tipificación positiva en la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (art. III, inc. b) y el

Estatuto de Roma que demuestran que el orden público internacional estima que existe un sólido vínculo entre ese tipo de actos preparatorios y el delito mismo.

52) Que, de acuerdo con lo expresado, las fuentes del derecho internacional imperativo consideran que integrar un acuerdo de personas para cometer actos de lesa humanidad es una conducta equiparable a participar o ejecutar tales actos y que, por consiguiente, esas actividades deben considerarse incluidas dentro del marco normativo que procura la persecución y el castigo de los integrantes de asociaciones ilícitas, miembros de organizaciones criminales y ejecutores de esos delitos. Con sustento en ello, es posible señalar que existía, a la fecha de comisión de los actos precisados por el tribunal oral, un orden normativo —formado por tales convenciones y por la práctica consuetudinaria internacional— que consideraba inadmisibles la comisión de delitos de lesa humanidad ejecutados por funcionarios del Estado y que tales hechos debían ser castigados por un sistema represivo que no necesariamente se adecuara a los principios tradicionales de los estados nacionales para evitar la reiteración de tales aberrantes crímenes.

53) Que por consiguiente el delito cuestionado —tomar parte en una asociación ilícita que tenía por objetivo la persecución de opositores políticos al régimen de Pinochet— se encontraba calificado como un delito cuya persecución corresponde a los órganos estatales. Los derechos tutelados por esa prohibición —a no ser objeto de homicidio, desaparición o tortura por los participantes de una organización represiva de un Estado— estaban reconocidos en tales convenciones. No es posible suponer que los imputados estimaran que en ese período tales delitos no eran de lesa humanidad. Es más, el silencio y la complicidad para evitar la conexión entre estos delitos y el Estado respectivo pone de manifiesto, por sí sola, la necesidad de esconder crímenes tan horribles para no suscitar la repulsa de la comunidad internacional. Decir que no estaban tipificados como delitos de lesa humanidad es, en realidad, una argumentación que va en contra de la misma conducta de aquellos que cometieron tales delitos. En resumidas cuentas, era tal la conciencia de la humanidad acerca de la repulsión por la comisión de tales crímenes que el mecanismo ponderado por el tribunal oral se usó precisamente para evitar la condena de las naciones civilizadas.

54) Que el sistema positivo de protección de los derechos individuales en el marco del derecho penal se vincula esencialmente con el principio de soberanía estatal que supone el ejercicio regular de tales facultades de punición de los individuos que adoptan conductas antijurídicas y típicas. La regla de ponderación de los crímenes de lesa humanidad no puede sostenerse, por hipótesis, en este régimen de soberanía estatal. La falta de un sistema de soberanía universal impide, por ende, extrapolar esas consideraciones relativas al principio de legalidad que se configura necesariamente por un orden formal basado en un cuerpo legislativo.

55) Que cabe atender a los tratados incorporados por el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional con jerarquía constitucional para verificar si se encuentra contemplado en ellos el concepto de asociación para cometer crímenes de lesa humanidad.

En tal sentido pueden señalarse las siguientes normas:

a. El art. 3 inc. b de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio dispone que será castigada la asociación para cometer genocidio (*conspiracy to commit genocide*).

b. El art. 4 inc. 1 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes dispone que todo Estado Parte velará porque todos los actos de tortura constituyan delitos conforme a su legislación penal lo cual se aplicará también a toda tentativa de cometer tortura y a todo acto de cualquier persona que constituya complicidad o participación en la tortura.

c. El art. 2 de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas que considera a la desaparición forzada, la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometidas por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona. Dicha tipificación resulta coherente con uno de los objetivos ratificados en el Preámbulo a dicha Convención según el cual “la práctica sistemática de la desaparición forzada de personas constituye un crimen de lesa humanidad”, criterio que parece apuntar la punición de toda organización, acuerdo o agrupación que persiga tales fines.

Estas normativas ponen de resalto que existe en la comunidad internacional la intención de castigar tanto la ejecución del acto como los actos preparatorios o la complicidad en la perpetración de aquéllos con el objetivo de evitar esencialmente la repetición de tales delitos y para disuadir a los eventuales delincuentes de seguir ese curso de acción.

56) Que esta inequívoca unión entre la asociación ilícita y la ejecución para cometer crímenes de lesa humanidad que surge desde fines de la Segunda Guerra Mundial y que se pone de resalto en los mencionados tratados de rango constitucional se pone en evidencia en el art. II de la convención aprobada por ley 24.584. En efecto, allí se señala concretamente que si se cometiera alguno de los crímenes mencionados en el art. I —detallados por el sistema normativo de protección de los derechos humanos surgido en la segunda mitad del siglo XX— las disposiciones de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad se aplicarán a los representantes de la autoridad del Estado y a los particulares que participen como autores o cómplices o que inciten directamente a la perpetración de alguno de esos crímenes, o que conspiren para cometerlos, cualquiera que sea su grado de desarrollo, así como a los representantes de la autoridad del Estado que toleren su perpetración.

Resulta, pues, claro que el orden público internacional, el sistema de protección internacional de los derechos humanos, los tratados reconocidos con rango constitucional por el art. 75, inc. 22, de la Carta Magna, el art. 210 del Código Penal y la ley 24.584 han contemplado que no resulta posible disociar la actividad de aquellos que se agrupan para cometer delitos de lesa humanidad con aquellos que los llevan a cabo como autores.

57) Que lo hasta aquí expresado en modo alguno implica desconocer el principio *nullum crimen sine lege* por cuanto la conducta materia de juzgamiento, al momento de los hechos, no sólo estaba prevista en el derecho internacional —incorporada mediante el art. 118 de la Constitución Nacional—, sino que también constituía un delito para el código penal argentino.

Por otra parte el encuadramiento de aquellas conductas investigadas en los tipos penales locales en modo alguno implica eliminar el carácter de crímenes contra la humanidad

ni despojarlos de las consecuencias jurídicas que les caben por tratarse de crímenes contra el derecho de gentes. En otras palabras, el código penal, además de ser el producto de la política en lo criminal adoptada por el legislador para proteger a sus habitantes, también aparece como el instrumento con el que el Estado argentino asume la punición respecto de determinadas conductas por exigencia de la comunidad internacional.

58) Que, por lo expuesto, las conductas investigadas no sólo eran crímenes para la ley internacional sino que nuestro código preveía una clara descripción de la conducta así como su respectiva sanción, lo que implica preservar debidamente el principio de legalidad cuyo fin es que cualquiera que vaya a cometer un acto ilegal esté claramente advertido con anterioridad por la norma que esa conducta constituye un delito y su realización conlleva una pena. Si bien es cierto que los tipos penales vigentes en nuestro país tal vez no captan en toda su dimensión la gravedad de los hechos reprobados por la comunidad internacional, pues no valoran especialmente aquellas circunstancias que hacen que se consideren crímenes contra el derecho de gentes —por ejemplo el hecho de cometerse en gran escala y de modo sistemático o el móvil racial o político, etc.— lo cierto es que lo esencial de tales conductas sí están abarcadas por nuestra legislación, e incluso en la individualización de la pena los jueces tienen —conforme a nuestra legislación— potestades para ponderar atenuantes y agravantes para calificar el hecho.

VI. SOBRE EL DEBER DE PUNICION DEL ESTADO.

59) Que la integración entre estos principios recibidos por la comunidad internacional para la protección de los derechos inherentes a la persona con el sistema normativo de punición nacional fue una de las pautas básicas sobre la que se construyó todo el andamiaje institucional que impulsó a la Convención Constituyente a incorporar los tratados internacionales como un orden equiparado a la Constitución Nacional misma. En efecto, allí se señaló expresamente que lo que se pretendía establecer “es una política constitucional, cual es la de universalizar los derechos humanos, reconocer los organismos supranacionales de solución de conflictos como lo son la CIDH y la Corte Interamericana de Derechos Humanos y promover opiniones consultivas de la Corte Interamericana, para que informe sobre el alcance de las normas consagradas en el Pacto, así como también sobre leyes y disposiciones conforme a sus propias resoluciones para asegurar que estén en armonía con el Poder Ejecutivo...La historia nacional y universal ha probado que cuando los estados nacionales violan los derechos humanos, esto sólo puede revertirse por la presencia coactiva de organismos internacionales que aseguren el respeto de los mismos. Los derechos consagrados internamente se convierten en letra muerta cuando el Estado Nacional decide no cumplirlos” (Convencional Alicia Oliveira en la 22ª Reunión, 3ª. Sesión ordinaria del 2 de agosto de 1994 de la Convención Constituyente de 1994, Diario de Sesiones, T. III, pág. 2861); (conf. considerando 11 de la disidencia del juez Maqueda respecto de la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Cantos en la Resolución/2003 Expte. 1307/2003, Administración General del 21 de agosto de 2003).

60) Que este Tribunal, en oportunidad de pronunciarse en el caso “Ekmekdjian” (Fallos: 315:1492) sostuvo que la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se trata de una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte

Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos (conf. considerando 15 del voto del juez Maqueda en la causa V.34 XXXVI “Videla, Jorge Rafael s/ incidente de excepción de cosa juzgada y falta de jurisdicción” del 21 de agosto de 2003 y considerando 15 del voto del juez Maqueda en la causa H.17 XXXVII “Hagelin, Ragnar Erland”, del 8 de septiembre de 2003).

61) Que el art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. Asimismo, el art. 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos dispone que toda persona tiene derecho “a un recurso efectivo”, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley (en similar sentido el art. 2.2. y 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), (ver en tal sentido lo señalado por la Comisión Interamericana en Monseñor Oscar Romero, caso 11.481).

62) Que de lo expresado resulta que se ha conformado un sistema de protección de los derechos humanos que tiene dos facetas. Por un lado, la profundización de una incorporación al orden positivo de los derechos humanos que venía desarrollándose desde fines de la Segunda Guerra Mundial. El reconocimiento de tales derechos fue precisado mediante la Convención Constituyente de 1994 por la incorporación de tales tratados que establecían de un modo inequívoco lo que ya era reconocido por el derecho de gentes incorporado por el entonces art. 102 de la Constitución Nacional. Por otra parte, ambos pactos establecían el derecho de los afectados en sus derechos humanos a lograr el acceso a la justicia mediante un sistema de recursos en el orden nacional y con la conformación de un tribunal internacional destinado, precisamente, a reparar los incumplimientos de los estados miembros respecto a la tutela de los derechos humanos y a la reparación de los daños causados por su violación en el ámbito interno.

63) Que, por consiguiente, la reforma constitucional de 1994 reconoció la importancia del sistema internacional de protección de los derechos humanos y no se atuvo al principio de soberanía ilimitada de las naciones. Sus normas son claras en el sentido de aceptar la responsabilidad de los estados al haber dado jerarquía constitucional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Correlativamente la negativa a la prosecución de las acciones penales contra los crímenes de lesa humanidad importa, de modo evidente, un apartamiento a esos principios e implica salir del marco normativo en el que se han insertado las naciones civilizadas especialmente desde la creación de la Organización de las Naciones Unidas. La incorporación de estos derechos al derecho positivo universal desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos y las subsecuentes convenciones de protección de diversos derechos humanos han supuesto el reconocimiento este carácter esencial de protección de la dignidad humana. Resulta claro que la admisión de tales declaraciones no es constitutiva de los derechos humanos preexistentes porque ellos pertenecen a los seres humanos independientemente de su protección por los derechos internos.

64) Que el derecho de gentes surge reconocido en las constituciones como un método de protección de los estados nacionales nacientes para evitar reconocer la existencia de tales responsabilidades. Asimismo, la idea de un orden imperativo (*ius cogens*) superior a los mismos estados nacionales que impide —de un modo obligatorio— la comisión de crímenes contra la humanidad y que considera que no es posible pasar por alto la punición de tales delitos aberrantes formaba parte del sistema universal de protección de derechos humanos al momento en que supuestamente se cometieron los hechos investigados en la presente causa. Sería desventurado que esta Corte se apartara de una tradición jurídica que ha impuesto principios de responsabilidad internacional con relación a crímenes de lesa humanidad que ya habían sido reconocidos como categoría a fines del siglo XVIII y durante el siglo XIX y cuya punición irrestricta ha sido impuesta como postulado básico de la comunidad internacional de naciones después de la Segunda Guerra Mundial.

65) Que, por lo expresado, el delito de asociación ilícita cometido por funcionarios de un Estado para llevar a cabo actos aberrantes se encontraba también incluido —al momento de su comisión— en la clase de afrentas a los derechos humanos reconocidos por las naciones civilizadas del mundo independientemente del consentimiento expreso de los estados, que la comisión de ese tipo de actos se incluye en la categoría de los delitos de lesa humanidad y que las convenciones vigentes al momento de la sanción de las leyes impugnadas impedían que el Estado argentino dispusiera medidas que impidieran la persecución penal tendiente a averiguar la existencia del delito, la tipificación de las conducta examinadas y, eventualmente, el castigo de los responsables de los crímenes aberrantes ocurridos durante el período citado.

66) Que la no punición se enfrenta, además, con el derecho de las víctimas o de los damnificados indirectos a lograr la efectiva persecución penal de los delitos de lesa humanidad. Representa la victoria de los regímenes autoritarios sobre las sociedades democráticas. Consagrar la protección de los criminales de lesa humanidad supone, al mismo tiempo, dar una licencia eventual a los futuros criminales. Los eventuales óbices procesales respecto a la ausencia de planteo en la instancia extraordinaria de este tipo de cuestiones por la querrela resulta irrelevante a la hora de examinar el marco de la imprescriptibilidad de la cuestión porque la esencia misma de los crímenes de lesa humanidad —entre los que estaba incluido el de asociación ilícita— impide considerar que tales delitos puedan considerarse soslayados por el mero hecho de que la querrela no continúe con la denuncia formulada en tal sentido.

67) Que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado en reiteradas ocasiones que el art. 25 en relación con el art. 1.1. de la Convención Americana, obliga al Estado a garantizar a toda persona el acceso a la administración de justicia y, en particular, a un recurso rápido y sencillo para lograr, entre otros resultados, que los reponsables de las violaciones de los derechos humanos sean juzgados y obtener una reparación del daño sufrido. En particular, ha destacado que el art. 25 “constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención” (caso Castillo Páez, sentencia del 3 de noviembre de 1997, serie C N° 34, párr. 82 y 83; Caso Suárez Rosero, sentencia del 12 de noviembre de 1997, serie C N° 35, párr. 65, Caso Paniagua Morales y otros, sentencia del 8 de marzo de 1998, serie C N° 37, párr. 164 y Caso Loayza Tamayo, Reparaciones, sentencia del 27 de noviembre de 1998, serie C N° 42, párr. 169). El ejercicio discrecio-

nal en la acusación que es válido bajo la ley doméstica puede no obstante quebrantar las obligaciones internacionales de un Estado (ver Diane F. Orentlicher, *Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regimen*, 100 *The Yale Law Journal*, 2537, 2553; 1991). Las implicaciones del *ius cogens* se asimilan a un deber y no a un derecho opcional, de otra forma el *ius cogens* no constituiría una norma imperiosa de derecho internacional. Reconocer la existencia de ciertos crímenes internacionales como *ius cogens* lleva con esta admisión el deber de perseguir o extraditar para no garantizar impunidad a sus autores (M. Cherif Bassiouni, *International Crimes: Ius cogens and Obligatio erga omnes*, 59 *Law and Contemporary Problems* 63 - 1996).

68) Que, en consecuencia, los estados nacionales tienen el deber de investigar las violaciones de los derechos humanos y procesar a los responsables y evitar la impunidad. La Corte Interamericana ha definido a la impunidad como “la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana” y ha señalado que “el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y sus familiares” (conf. casos Castillo Páez, serie C N° 43, párrafos 106 y 107 y Loayza Tamayo, serie C N° 42, párrafos 169 y 170, ambos del 27 de noviembre de 1998). Esta obligación corresponde al Estado siempre que haya ocurrido una violación de los derechos humanos y que esa obligación debe ser cumplida seriamente y no como una formalidad (Casos El Amparo, Reparaciones, párr. 61 y Suárez Rosero, Reparaciones, del 20 de enero de 1999, párr. 79).

VII. SOBRE LA IMPRESCRIPTIBILIDAD.

69) Que este sistema interamericano de protección de derechos humanos impone que las actuaciones dirigidas a investigar la verdad de lo ocurrido y a lograr la punición de los responsables de delitos aberrantes sean desarrolladas seriamente por los respectivos estados nacionales. En otros términos, las actuaciones penales respectivas no pueden constituir procedimientos formales para superar —mediante puras apariencias— los requerimientos de la Convención Americana ni deben conformarse como métodos inquisitivos que importen la violación del derecho a defensa en juicio de los imputados.

Concretamente la Corte Interamericana ha afirmado en el caso Barrios Altos, serie C N° 75, que “considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias, y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos” (párrafo 41).

70) Que de lo expresado se desprende que el delito de asociación ilícita por tomar parte en una organización dirigida a la persecución de opositores políticos constituye un crimen de lesa humanidad cuyo castigo se encuentra impuesto por normas imperativas de derecho internacional (*ius cogens*) para todos los estados nacionales, que debe ser castigado por éstos sin que pueda admitirse la legitimidad de normas que permitan la impunidad de actos aberrantes cometidos en el marco de una amplia persecución estatal y que, por consiguiente, las medidas que impliquen limitar el derecho a un remedio efectivo resultan contrarias a

los principios reconocidos en los arts. 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, arts. 2.2. y 2.3. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

71) Que la vigencia de ese orden internacional imperativo con anterioridad a la comisión de los delitos investigados en la causa pone en evidencia que resulta plenamente aplicable al caso lo dispuesto por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece en su art. 15.2 que el principio de irretroactividad no se opone al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios del derecho reconocidos por la comunidad internacional.

72) Que la calificación de delitos de lesa humanidad queda unida, además, con la imprescriptibilidad de este tipo de crímenes según resulta de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y contra la Humanidad, adoptada por la Asamblea de las Naciones Unidas, resolución 2391 (XXIII) del 26 de noviembre de 1968 aprobada por la ley 24.584. Dicha regla también ha sido mantenida por el art. 29 del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Tal decisión sobre la falta de un derecho a la prescripción se vincula, desde luego, con la simétrica obligación de los estados nacionales de adoptar las medidas tendientes a la persecución de este tipo de delitos aberrantes con la consiguiente obligación de no imponer restricciones, de fundamento legislativo, sobre la punición de los responsables de tales hechos.

73) Que los principios que, en el ámbito nacional, se utilizan habitualmente para justificar el instituto de la prescripción no resultan necesariamente aplicables en el ámbito de este tipo de delitos contra la humanidad porque, precisamente, el objetivo que se pretende mediante esta calificación es el castigo de los responsables dónde y cuándo se los encuentre independientemente de las limitaciones que habitualmente se utilizan para restringir el poder punitivo de los estados. La imprescriptibilidad de estos delitos aberrantes opera, de algún modo, como una cláusula de seguridad para evitar que todos los restantes mecanismos adoptados por el derecho internacional y por el derecho nacional se vean burlados mediante el mero transcurso del tiempo. El castigo de estos delitos requiere, por consiguiente, de medidas excepcionales tanto para reprimir tal conducta como para evitar su repetición futura en cualquier ámbito de la comunidad internacional.

74) Que el concepto de imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad resulta de particular importancia en el presente caso. En efecto, el sistema de no punición establecido se convertiría en un mecanismo para perpetuar las consecuencias de un sistema ilegítimo de persecución estatal cuyo sustento sólo se encuentra en la formalidad de la sanción legislativa. La aceptación por la comunidad internacional de los crímenes de lesa humanidad no extirpa el derecho penal nacional aunque impone ciertos límites a la actividad de los órganos gubernamentales que no pueden dejar impunes tales delitos que afectan a todo el género humano. Desde esta perspectiva, las decisiones discrecionales de cualquiera de los poderes del Estado que diluyan los efectivos remedios de los que deben disponer los ciudadanos para obtener el castigo de tal tipo de delitos no resultan aceptables. De allí surge la consagración mediante la mencionada Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y contra la Humanidad de un mecanismo excepcional —pero al mismo tiempo imprescindible— para que esos remedios contra los delitos aberrantes se mantengan como

realmente efectivos, a punto tal que la misma convención dispone en su art. 1° que los crímenes de lesa humanidad son imprescriptibles cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido.

75) Que, por otro lado, el derecho de gentes entendido —al que se somete nuestro país en este tipo de casos— quedaría debilitado de admitirse que los delitos de lesa humanidad pudieran someterse a un régimen similar al que opera en los casos de crímenes comunes. En realidad, desaparecería toda distinción entre ambos conceptos —el de los delitos de lesa humanidad y el de los delitos excluidos de esta categoría— si se aceptara que la prescripción sería igualmente aplicable para todos los supuestos. Es precisamente el criterio contrario el que cabe aplicar en estos casos, esto es, la comisión de delitos de lesa humanidad con la consiguiente condena de la comunidad internacional y el también consiguiente deber del Estado argentino de castigar estos delitos requiere la necesaria distinción para hacer realmente efectiva la condena a los responsables de estos crímenes.

76) Que la relevancia de esa convención como mecanismo para el logro de una efectiva persecución de los responsables de crímenes aberrantes surge, finalmente, también de la ley 25.778 que le ha conferido jerarquía constitucional en los términos del art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional, de modo que al deber de punición que corresponde a los tribunales en estos casos se aúna la presencia de una norma positiva de derecho internacional que consagra la imposibilidad de considerar extinguida la acción penal por prescripción respecto del delito denunciado en la causa.

77) Que, por lo expresado, la negativa del *a quo* a considerar el delito de asociación ilícita para cometer crímenes de lesa humanidad resulta inadmisibles a la luz de principios del *ius cogens* que imponen su represión por los órganos estatales y que permiten tipificar a ese delito como autónomo en el actual estado de avance de la ciencia jurídica. Asimismo, los fundamentos expresados revelan que ante la comprobación de una conducta de tales características se impone que este Tribunal intervenga para asegurar el deber de punición que corresponde al Estado argentino en virtud de lo dispuesto por el art. 118 de la Constitución Nacional y de los principios que emanan de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que, por consiguiente, impiden la aplicación de las normas ordinarias de prescripción respecto de un delito de lesa humanidad tal como lo dispone la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y contra la Humanidad, aprobada por la ley 24.584 e incorporada con rango constitucional mediante la ley 25.778.

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

JUAN CARLOS MAQUEDA.

DISIDENCIA DEL SEÑOR VICEPRESIDENTE DOCTOR DON AUGUSTO
CÉSAR BELLUSCIO

Considerando:

1º) Que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 6 condenó a Enrique Lautaro Arancibia Clavel a la pena de reclusión perpetua, como autor del delito previsto en el art. 210 bis, incs. a, b, d, f y h, del Código Penal (asociación ilícita agravada, versión ley 23.077) en concurso real con participación necesaria en el homicidio agravado por el uso de explosivos y con el concurso premeditado de dos o más personas de Carlos José Santiago Prats y Sofía Esther Cuthbert Chiarleoni (art. 80, incs. 2º y 4º del Código Penal, según ley 20.642).

2º) Que a raíz del recurso interpuesto por la defensa la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal casó parcialmente el fallo mencionado, en cuanto había condenado por asociación ilícita agravada, y declaró extinguida la acción penal por prescripción respecto del delito de asociación ilícita simple.

Contra dicha decisión, la querrela —en representación del gobierno de Chile— interpuso el recurso extraordinario, cuya denegación originó la presente queja.

3º) Que en lo que aquí interesa la sentencia del tribunal oral tuvo por acreditado que Enrique Lautaro Arancibia Clavel tomó parte a partir de marzo de 1974 y hasta el 24 de noviembre de 1978 de una asociación ilícita (la Dirección de Inteligencia Nacional —DINA exterior—, dependiente del gobierno de facto chileno), que contaba con al menos 10 miembros, y cuya actividad consistía en la persecución de opositores políticos al régimen de Pinochet exiliados en Argentina. Esto incluía secuestros, sometimiento a interrogatorios bajo tormentos, sustracción de sus identificaciones para su reutilización previa falsificación, etc. Dentro de la organización, Arancibia Clavel tenía por función formar en Buenos Aires una red paralela de informantes que aportaran datos sobre los perseguidos. Asimismo, estuvo presente durante el allanamiento y la aplicación de torturas a la ciudadana chilena Laura Elgueta, fueron encontrados en su poder documentos de identidad utilizados para dificultar la identificación de los asesinados, utilizó identidades falsas y ocultó sus actividades de inteligencia aparentando ser empleado del Banco de Estado de Chile.

4º) Que al calificar la conducta de Arancibia Clavel de haber tomado parte en la asociación precedentemente descripta, el tribunal oral consideró, de conformidad con la posición postulada por el querellante, que resultaba aplicable al caso el tipo previsto en el art. 210 bis, del Código Penal en su redacción actual, que reprime más gravemente las asociaciones ilícitas que reúnan al menos dos características particulares (i.a. diez o más miembros, organización militar, disposición de armas de guerra o explosivos, uno o más miembros oficiales o suboficiales de las fuerzas armadas o de seguridad, apoyo de funcionarios públicos), cuando la acción contribuya a poner en peligro la vigencia de la Constitución Nacional. Como fundamento para aplicar el texto actual, tuvo en cuenta que en los delitos permanentes (como la asociación ilícita) la ley aplicable al momento de comisión es la vigente al momento del cese de la conducta delictiva; en el caso, el art. 210 bis vigente en 1978 preveía un tipo penal más gravoso (versión ley 21.338: “*(s)e impondrá reclusión o prisión de cinco a doce años, si la asociación dispusiere de armas de fuego o utilizare uniformes o distintivos o tuviere una organización de tipo militar. La pena será de reclusión o prisión de cinco a quince años, si la asociación dispusiera de armas de guerra y tuviere una organización de tipo militar.*”).

Los cabecillas, jefes, organizadores o instructores serán reprimidos de ocho a veinticinco años de reclusión o prisión. La misma pena se impondrá si la asociación estuviere organizada total o parcialmente con el sistema de células”), que, por aplicación de la ley más benigna (art. 2, C.P.) quedaba desplazado por el actual art. 210 bis.

5º) Que, en contra de ello, la cámara de casación afirmó que la conducta atribuida a Arancibia Clavel, por sus características, y con seguridad, al menos entre 1976 y 1978, “jamás pudo contribuir ‘a poner en peligro la vigencia de la Constitución Nacional’”, en el sentido de poder contribuir efectivamente a afectar el sistema republicano y democrático, y concluyó que, por lo tanto, no resultaba aplicable el tipo penal del art. 210 bis, versión ley 23.077. Por su parte, el tipo penal en que sí podría haber resultado subsumible (art. 210 bis, versión ley 21.338) ya no se encontraba vigente, con lo cual sólo podía entrar en consideración el tipo básico del art. 210, por ser “la única disposición penal que define el comportamiento tanto al tiempo de iniciarse la ejecución del hecho como en el intermedio y en el del juzgamiento”. Respecto de dicho delito, sin embargo, resolvió que la acción penal se encontraba prescrita, por cuanto desde la fecha en que Arancibia dejó de cometer el delito (la de su detención, el 24 de noviembre de 1978) hasta la de su llamado a prestar declaración indagatoria (15 de mayo de 1989) transcurrieron más de diez años (arg. arts. 59, inc. 3º; 62, inc. 2º; 63; 67, párr. 4, y 210 del Código Penal).

6º) Que con relación a este último punto el *a quo* rechazó la posición de los querellantes con respecto a la imprescriptibilidad de los hechos imputados a Arancibia Clavel, sobre la base de que en la sentencia no quedaban comprendidos los delitos que pudieren haber cometido los miembros de la banda, sino únicamente el haber integrado una asociación ilícita. Dicha conducta —afirmó— de ningún modo se ha demostrado que pueda encajar dentro de los “crímenes de lesa humanidad” que definió como “...los asesinatos, exterminación, sometimiento a esclavitud, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil o durante la guerra, o persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, en ejecución o conexión con cualquier crimen de jurisdicción del Tribunal, sean o no una violación de la legislación interna del país donde hubieran sido perpetrados...”. En su opinión, sólo se cuenta hasta el momento con definiciones inseguras, y “habrá de verse si acaso permitan superar la aludida inseguridad las definiciones que acuña el estatuto de la Corte Penal Internacional...”.

7º) Que la querrela fundó sus agravios ante esta Corte en el exceso de jurisdicción en que habría incurrido la cámara al resolver la inaplicabilidad del art. 210 bis a la conducta del imputado, cuando la cuestión no había sido expresamente planteada por la defensa, y cuestionó por arbitraria la interpretación que el *a quo* realizara de dicha norma y de la garantía de la ley penal más benigna.

8º) Que tanto la cuestión relativa a la forma de introducción del planteo de la defensa, así como la atinente a la subsunción de la conducta imputada a Arancibia Clavel en el tipo penal previsto actualmente en el art. 210 bis del Código Penal, remiten al examen de cuestiones de derecho procesal y común ajenas a la vía del art. 14 de la ley 48.

9º) Que tampoco es revisable por el Tribunal la decisión en cuanto declara la extinción de la acción penal por prescripción, toda vez que la querrela no mantuvo en esta instancia el agravio relativo a la imprescriptibilidad de la acción con fundamento en la calidad de crimen de lesa humanidad que podría asignarse al delito imputado.

En efecto, si esta Corte arribara a una conclusión distinta a la que adoptó el tribunal *a quo* se vulneraría claramente el derecho de defensa en juicio, en tanto el imputado no habría tenido en esta instancia la posibilidad de cuestionar la calificación de crimen de lesa humanidad y la consiguiente imprescriptibilidad de la acción penal, circunstancia que, por su naturaleza, no puede justificarse bajo ningún concepto.

10) Que, por otra parte, este Tribunal no podría suplir la falencia mencionada declarando de oficio la imprescriptibilidad de la acción penal.

En efecto, el “orden público” vinculado a la cuestión de la prescripción ha sido siempre invocado por los jueces con el fin de *declarar* de oficio la extinción de la acción penal y no para resolver su interrupción o suspensión. Y no podría ser de otro modo, a poco que se repare en el sentido de la fórmula del orden público en materia de prescripción.

En este cometido corresponde recordar que lo que conmueve al orden público es que una persecución penal que traspasó los límites materiales temporales aptos para su ejercicio —prescindiendo de la prescripción operada— continúe prolongando sus efectos. Por ello la declaración de oficio constituye el procedimiento más ágil para conjurar dicha situación.

El sentido de la fórmula del orden público, puede observarse con claridad en el Digesto Italiano; al respecto D’ Antonio señala que “(l)a prescripción es de *orden público*... Cuando el Estado... declara superflua e inútil la imposición de la pena, no corresponde al juez sino *declarar de oficio* la prescripción, aun ante el silencio de la parte; porque no corresponde a los particulares someterse a la pena, cuando la ley por interés público y general declara que no debe aplicarse (...). La omisión del imputado debe ser suplida por el magistrado, que encarna la autoridad del Estado, como órgano del derecho de juzgar y de condenar” (*Il Digesto Italiano*, vol. XIX, Parte Prima, *Prescrizione (Materia Penale)*, Unione Tip. Editrice Torinese, Torino, 19091912, págs. 540 y sgtes.).

Es por ello que las consideraciones de orden público siempre han llevado a los tribunales ordinarios a la declaración de la prescripción y no a su revocación. Así se ha sostenido desde antiguo que de otra manera se prolongaría el juicio innecesaria e injustamente en contra de los fundamentos de orden público que *autorizan a declararla* de oficio, pues basta para ello con la simple comprobación de su existencia, toda vez que la prescripción resta al juicio penal la acción que lo pone en movimiento (en este sentido ver JA T. 33 (1930), págs. 364 y sgtes.).

También esta Corte a partir de lo resuelto en el *leading case* de Fallos 186:289 (1940) ha elaborado la doctrina según la cual la prescripción en materia penal es de *orden público* y debe ser *declarada* de oficio por el tribunal correspondiente. Agregándose luego que se produce de pleno derecho (Fallos: 207:86; 275:241; 297:215; 301:339; 310:2246; 311:1029, 2205; 312:1351; 313:1224; disidencias de los jueces Fayt, Bossert y de Petracchi y Boggiano en 322:360; 323:1785, entre otros) y que debe ser resuelta en forma previa a cualquier decisión sobre el fondo (Fallos: 322:300). Asimismo se señaló que debe ser declarada en cualquier instancia del juicio (Fallos: 313:1224) y por cualquier tribunal (voto de la mayoría en Fallos: 311:2205).

Mas no debe perderse de vista que en todos los casos el principio fue formulado o bien para considerar que el tribunal *a quo* estaba habilitado para *declarar la prescripción* tal como lo había hecho, o bien para suspender el trámite del recurso a resultas

de la decisión de los jueces de la causa en orden a la prescripción de la acción ante la posible omisión en que habrían incurrido en cuanto a su *deber de declararla* de oficio (Fallos: 305:652; 308:245; 322:717; 323:68 y 1785), o bien, por último, para *declarar la propia Corte la prescripción de oficio* (vgr. aquellas causas provenientes de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Federal, Sala en lo Contenciosoadministrativo, en las que se aplicaron analógicamente los principios de derecho penal en materia de prescripción, Fallos: 300:716; 301:339 y 304:1395).

Como puede observarse, esta Corte jamás ha declarado de oficio que no se encontraba prescripta la acción penal cuando los tribunales de la causa la habían considerado extinguida. Ello por cuanto —como ya se señaló— la situación descrita en nada se relaciona con el sentido de la fórmula de afectación al orden público y la consiguiente declaración de oficio, en tanto con ella lo único que procura evitarse es la continuación de un proceso penal cuando la acción se ha extinguido. Por el contrario, aquellas cuestiones vinculadas a su interrupción o suspensión —asimilables a la de imprescriptibilidad— nunca han sido resueltas de oficio por el Tribunal.

De lo dicho hasta aquí cabe concluir que la situación que se presenta en el *sub lite*, es decir aquella en la que el juez de la causa sí declaró la prescripción de la acción penal, no puede ser revocada oficiosamente sin vulnerar el derecho de defensa en juicio del imputado.

Por lo demás, el hecho de que se encuentren involucrados principios del derecho internacional no permite soslayar la falta de mantenimiento del agravio en esta instancia.

11) Que si bien todo lo afirmado sería suficiente para desestimar el recurso interpuesto, resulta necesario realizar —de modo complementario— algunas precisiones con respecto a la aplicación de la “Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad”, adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 26 de noviembre de 1968.

Al respecto, forzoso es distinguir dos cuestiones que no deben ser confundidas: la primera es la atinente al principio de imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad previsto en la mencionada Convención y la segunda es la que se refiere a la posibilidad de su aplicación retroactiva.

12) Que con respecto al principio de imprescriptibilidad —en cuanto rotunda exhortación desde el plano internacional— el Estado argentino ha demostrado encontrarse absolutamente comprometido a partir de la sanción de la ley 24 584 del 29 de noviembre de 1995, por la que aprobó la “Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad”, así como también con la sanción de la ley 25.778 del 3 de septiembre de 2003, que la incorporó con jerarquía constitucional.

Es claro que de este modo las reglas de jerarquía inferior sobre prescripción de la acción penal previstas en el ordenamiento jurídico interno (art. 62 del Código Penal), han quedado desplazadas por la mencionada Convención. Por otra parte —sin que corresponda pronunciarse aquí sobre su origen, evolución y contenido— lo cierto es que el principio de imprescriptibilidad que actualmente ostenta rango constitucional no suscita conflicto alguno que deba resolverse, toda vez que no existe ninguna norma constitucional en el derecho argentino que establezca que los delitos deban siempre prescribir. Tal como afirmó desde antiguo el Tribunal, la garantía de defensa en juicio no requiere que se asegure a quien la

ejercita la exención de responsabilidad por el solo transcurso del tiempo (Fallos: 193:326; 211:1684 y 307:1466, entre otros).

13) Que una cuestión muy distinta es que este aceptado principio deba aplicarse no ya para el futuro, sino retroactivamente. En efecto, toda vez que la aprobación e incorporación con jerarquía constitucional de la Convención mencionada se ha producido con posterioridad a la comisión de los hechos de la causa, corresponde examinar la cuestión relativa a si la regla que establece la imprescriptibilidad de la imputación por el delito de asociación ilícita —aun admitiendo aunque resulte dudoso que se trate de un delito de lesa humanidad— puede ser aplicada al *sub lite* retroactivamente o si ello lesiona el principio *nullum crimen sine poena legali* —formulado científicamente por Anselm von Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 14 ed., Giessen, 1847, *Los principios primeros del derecho punitivo*, parágrafos 19 y 20)— y consagrado en el art. 18 de la Constitución Nacional.

14) Que cabe adelantar que la aplicación al *sub examine* de la “Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad” resulta contraria a la proscripción de aplicación retroactiva de la ley penal, como corolario del principio de legalidad ya formulado.

En efecto, la jurisprudencia de la Corte ha interpretado esta garantía como aquella que prohíbe la aplicación de disposiciones penales posteriores al hecho que modifiquen *in malam partem* **cualquier requisito del que dependa la punibilidad del hecho**. Así, ha sostenido que el principio de legalidad comprende “la exclusión de disposiciones penales posteriores al hecho infractor —leyes *ex post facto*— que impliquen empeorar las condiciones de los encausados...(E)l instituto de la prescripción cabe sin duda alguna en el concepto de ‘ley penal’ desde que ésta comprende no sólo el precepto, la sanción, la noción del delito y la culpabilidad, sino todo el complejo de las disposiciones ordenadoras del régimen de extinción de la pretensión punitiva” (Fallos: 287:76 *in re* “Mirás”).

Este es el alcance correcto del principio de legalidad en todos sus aspectos, en tanto “la sujeción [a la ley] debe garantizar objetividad: el comportamiento punible y la medida de la pena no deben determinarse bajo la impresión de hechos ocurridos pero aún por juzgar, ni como medio contra autores ya conocidos, sino *por anticipado* y con *validez general*, precisamente mediante una ley determinada, sancionada con anterioridad al hecho. El principio abarca a todos los presupuestos de punibilidad y no está limitado al ámbito de lo imputable (...): especialmente, también la **prescripción** ha de estar legalmente determinada y no cabe prorrogarla retroactivamente, tanto si antes del acto de prórroga ha expirado el plazo como si no. El aspecto de confianza de carácter psicológico, extravía hasta llevar a la asunción de que la prescripción no es objeto del principio de legalidad, dado que aquélla no desempeña en el cálculo del autor papel alguno digno de protección. Pero no se trata de eso. Más bien lo decisivo es que **el Estado, al prorrogar el plazo de prescripción (...) amplía su competencia para punir, y ello, en la retroactividad deliberada [gewollte Rückwirkung], también bajo la impresión de hechos ya sucedidos, pero aún por juzgar** (Günther Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Walter de Gruyter Verlag, Berlín u. New York, 1991, 4/9; la negrita no pertenece al original).

En el mismo sentido, se ha considerado que la regulación de la prescripción es una cuestión que pertenece a los presupuestos de la penalidad, por lo que de acuerdo con lo que

dispone el principio de legalidad no puede modificarse retroactivamente en perjuicio del reo (así Pawlowski, *Die Verlängerung von Verjährungsfristen*, NJW 1965, 287 ss. y *Der Stand der rechtlichen Discussion in der Frage der strafrechtlichen Verjährung*, NJW 1969, 594 ss.; Lorenz, *Strafrechtliche Verjährung und Rückwirkungsverbot*, GA 1968, 300 ss; Arndt, *Zum Problem der strafrechtlichen Verjährung*, JZ 1965, 148; Grünwald, *Zur verfassungsrechtlichen Problematik der rückwirkenden Änderung von Verjährungsvorschriften*, MDR ZStW 80 (1968), pág. 364; Wilms, *Zur Frage rückwirkender Beseitigung der Verjährung*, JZ 1969, 61; graves objeciones contra la retroactividad formula por razones generales jurídicoconstitucionales, P. Schneider, *NSVerbrechen und Verjährung*, Festschrift für O.A. Germann, 1969, pág. 221. Todos citados por H. H. Jescheck en su *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, Volumen Segundo, trad. Mir PuigMuñoz Conde, ed. Bosch, Barcelona, 1981, pág. 1239). En la doctrina española puede encontrarse idéntica postura en Muñoz R., Campo Elías – Guerra de Villalaz, Aura E., *Derecho Penal*, pág. 152 y Morillas Cueva Lorenzo, *Curso de Derecho Penal Español*, pág. 116.

El profesor Jescheck señala, a su vez, que incluso quienes sostienen la tesis procesalista respecto del instituto de la prescripción, deben tener en cuenta que la prohibición de retroactividad se aplica actualmente cada vez más también a los presupuestos procesales (op. cit., loc. cit). De lo dicho hasta aquí cabe concluir que conceder eficacia *ex post* a normas que prolonguen los plazos de prescripción o establezcan derechamente la imprescriptibilidad de la acción penal afecta indudablemente al requisito de *lex praevia* exigido por el principio de legalidad establecido en el art. 18 de la Constitución Nacional.

15) Que el art. I, párrafo inicial e inc. b, de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, aprobada por ley 24.584 del 23 de noviembre de 1995 y con jerarquía constitucional otorgada por la ley 25.778 del 2 de septiembre de 2003, establece que los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz “son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido”.

Esa disposición comprende, evidentemente, los delitos cometidos antes de la aprobación de la Convención. Sin embargo, no es suficientemente clara, pues puede dar lugar a dos interpretaciones: una, la de que se refiere a los hechos de esa índole respecto de los cuales el plazo de prescripción establecido por la legislación nacional estuviese en curso en el referido tiempo; la otra, la de que alude también a aquellos con relación a los cuales el mencionado plazo estuviese cumplido.

Sin embargo, si la segunda fuese la interpretación correcta, ella no sería admisible en nuestro país en virtud de las especiales condiciones que la reforma constitucional de 1994 ha puesto para que los tratados que menciona tengan alcance constitucional. En efecto, los textos mencionados expresamente en el art. 75, inc. 22, segundo párrafo, de la Constitución Nacional —y, con igual o mayor razón, puesto que no provienen siquiera directamente del poder constituyente, aquellos que el tercer párrafo autoriza al Congreso a incorporar—, si bien “tienen jerarquía constitucional”, “no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”. Configuran, pues, normas constitucionales de segundo rango, que prevalecen por sobre las leyes ordinarias pero que son válidas únicamente en la medida en que no afecten los derechos consagrados en la primera parte de la Constitución Nacional

(voto del juez Belluscio en Fallos: 321:885). Y es indudable que el principio de irretroactividad de la ley penal —que se vería afectado si se pretendiese que un tratado o una ley posterior al cumplimiento del plazo de prescripción establecido por la legislación anterior pudiera borrar los efectos de la ya cumplida haciendo renacer una acción penal extinguida por el transcurso del tiempo— resulta del art. 18 de la Constitución Nacional, norma que no puede ser derogada ni alterada por un tratado.

Desde otro punto de vista, tampoco resulta aceptable que la gravedad o aun el carácter aberrante de los hechos que se pretende incriminar justifique dejar a un lado el principio de irretroactividad de la ley penal, preciada conquista de la civilización jurídica y política que fue ya consagrada e incorporada en reglas jurídicas de universal aceptación hace más de doscientos años en el art. 8 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, derivación de la Revolución Francesa adoptada el 26 de agosto de 1789, según el cual *“la ley sólo debe imponer penas estricta y evidentemente necesarias, y nadie puede ser punido sino en virtud de una ley promulgada antes del delito, y legalmente aplicada”*. En ese sentido, esta Corte ha sostenido constantemente que una de las más preciosas garantías consagradas en el art. 18 de la Constitución Nacional es que ningún habitante de la Nación pueda ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso (Fallos: 136:200; 237:636; 275:89; 298:717; 308:2650); y que dicha garantía comprende la exclusión de disposiciones penales posteriores al hecho infractor —leyes *ex post facto*— que impliquen empeorar las condiciones de los encausados, así como que el instituto de la prescripción cabe sin duda alguna en el concepto de “ley penal”, desde que ésta comprende no sólo el precepto, la sanción, la noción del delito y la culpabilidad, sino todo el complejo de las disposiciones ordenadoras del régimen de extinción de la pretensión punitiva (Fallos: 17:22; 31:82; 117:22, 48 y 222; 133:216; 140:34; 156:48; 160:114; 169:309; 184:531; 197:569; 254:116, considerando 19; 287:76, considerandos 6º y 7º; disidencia del juez Petracchi en Fallos: 318:2226, considerando 7º rectificado). En modo alguno resultaría justificado pretender corregir una aberración de hecho (la de los delitos imputados) mediante una aberración jurídica (la aplicación retroactiva de la ley penal o la restauración de una acción penal extinguida).

Por lo demás, el principio de irretroactividad de la ley penal también se encuentra reconocido en los instrumentos incorporados por el art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional. Así, el art. 11, párrafo 2, de la Declaración Universal de Derechos Humanos aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, dispone: *“Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito”*; reglas que fueron reiteradas en el art. 15, párrafo 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, suscripto en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, en el art. 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida como Pacto de San José de Costa Rica, y, en el ámbito europeo, por el art. 7, párrafo 1, de la Convención Europea de Derechos Humanos. Cabe señalar que el segundo párrafo del art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos agrega que *“nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional”*, pero ese párrafo fue objeto de la reserva dispuesta en el art. 4 de la ley 23.313 que lo aprobó, según la cual *“El Gobierno*

Argentino manifiesta que la aplicación del apartado segundo del artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, deberá estar sujeta al principio establecido en el artículo 18 de nuestra Constitución Nacional”, de modo que la República no se adhirió incondicionalmente a los principios o normas del derecho de gentes, entre los cuales podría incluirse la imprescriptibilidad retroactiva de la acción penal destinada a perseguir los delitos de lesa humanidad; la adhesión se formuló de manera condicionada, y la condición fue que la aplicación de aquellos principios o normas no pudiera realizarse de modo retroactivo, violando la garantía consagrada en el art. 18 de la Constitución Nacional, sino a partir del momento en que nuestras normas internas les dieran vigencia y hacia el futuro.

La cuestión fue expresamente considerada en el Senado de la Nación durante el debate previo a la sanción de la ley 25.778, en el cual el senador Baglini —en opinión compartida por los senadores Usandizaga, Maestro, Salvatori, Prades y Gómez Díez— expresó: “*Nuestra Carta Magna tiene una primera parte dogmática que ni siquiera fue tocada por la reforma constitucional de 1994, donde existe una piedra angular, que no es sólo de nuestra Constitución sino del derecho internacional, el de todos los países, que es el art. 18, por el que se establecen principios fundamentales que son la garantía común de todos, aun de los ciudadanos que sin merecer el título de tal negaron a algunos el ejercicio de sus derechos...En esta norma está contenido el principio de legalidad. No hay condena sin ley previa al hecho del proceso. Allí está el principio de irretroactividad en materia penal —seguramente lo volvamos a mencionar cuando tratemos la siguiente iniciativa—, el principio de los jueces naturales y el de la cosa juzgada. Sobre estas cuatro piedras angulares se arma la legislación penal no sólo de la Argentina sino de todo estado democrático*”. Y después de destacar que “*el art. 27 de nuestra Carta Magna señala con toda claridad que cualquier tratado que celebre la Nación tiene que ser conforme a los principios de derecho público que la propia Constitución establece*” concluyó en que debía quedar “*claramente establecido y entendido que la modificación atinente a la prescripción de los hechos acontecidos con anterioridad a la aprobación de Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra es inconstitucional. Solamente puede regir con relación a los hechos que hubieren tenido lugar a partir del establecimiento de la Convención. De lo contrario, se va a generar una enorme confusión en el campo jurídico y, paradójicamente, se va a producir el efecto contrario al deseado*”. Y si bien el senador Yoma no concordó con esa interpretación, el senador Pichetto sostuvo que la cuestión debía quedar librada a la interpretación judicial, al manifestar: “*Considero que debemos votar por unanimidad la validez del Tratado con la interpretación que todos compartimos, referida al principio de equiparación y de validez de la norma constitucional con el nuevo tratado incorporado en función de lo establecido por el art. 75, inc. 22, de nuestra Carta Fundamental. Luego, la interpretación final debe corresponder a los jueces puesto que el camino definitivo es que cada caso concreto sea resuelto por la Justicia*”.

Sin perjuicio de lo expuesto, aun cuando se considerase a los tratados internacionales incorporados en la Constitución como normas de idéntico rango a las contenidas en la declaración de derechos y garantías de la primera parte de aquélla, cabe advertir que el principio *nulla pœna sine lege* previsto en el art. 18 de la Constitución Nacional —garantía liminar del derecho penal liberal recibida unánimemente por todas las constituciones de los países civilizados— además de ser reiterado en el antes mencionado artículo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, fue acompañado en ella por el art. 7, párrafo 2, que expresa que “*nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las constituciones políticas de los Estados Partes o por*

las leyes dictadas conforme a ellas". En consecuencia, la propia Convención impide introducir una condición de punibilidad que no se hallaba "fijada de antemano" en la normativa vigente al momento de la comisión de los hechos, que es el texto de la Constitución de 1853/60 y la legislación penal dictada en su consecuencia, de conformidad con la cual la acción penal se hallaba sujeta a la prescripción. Por tal razón, la imprescriptibilidad añadida por la convención aprobada por la ley 24.584 y dotada de jerarquía constitucional por la ley 25.778 constituye —respecto de los hechos anteriores— un agregado que modifica *ex post facto* la ley penal vigente al momento de su comisión.

16) Que tampoco se puede admitir que en virtud del *ius cogens* la imprescriptibilidad de la acción penal por delitos de lesa humanidad rigiera en la Argentina al tiempo de cometerse los hechos que se pretende incriminar. Fuera de que la única alusión de la Constitución al derecho de gentes es el art. 118, que constituye solamente una regla de competencia judicial, aunque se considerase que tales hechos constituyeran delitos de lesa humanidad, no resultaría posible acudir a principios indefinidos supuestamente derivados del «derecho de gentes» pues al momento de la comisión de los hechos faltaba la norma específica —por supuesto, que vinculara a la República Argentina— que estableciera una determinada sanción, o bien la imprescriptibilidad de las sanciones establecidas en la ley local, ya que la convención que había establecido esa imprescriptibilidad ha sido incorporada con posterioridad al ordenamiento jurídico nacional. El indiscutible carácter aberrante de los delitos imputados en esta causa "no puede servir de excusa para el apartamiento del orden jurídico vigente. Tanto o más interesa a éste la observancia de sus normas que la persecución de quienes han incurrido en hechos de aquel carácter. Muchos siglos de sangre y dolor ha costado a la humanidad el reconocimiento de principios como el *nulla poena sine lege* consagrado en el art. 18 de nuestra Constitución para que pueda dejárselo a un lado mediante una construcción basada en un derecho consuetudinario que no se evidencia como imperativo, y que, si hoy fuese aceptada por el horror que producen hechos como los imputados..., mañana podría ser extendida a cualquier otro que, con una valoración más restringida o más lata, fuese considerado como ofensivo para la humanidad entera, y no para personas determinadas, un grupo de ellas, o la sociedad de un país determinado. Ello implicaría marchar a contramano de la civilización, sujetando la protección de la libertad personal de aquel cuya conducta no puede ser encuadrada en ley previa al arbitrio de una seudo interpretación que puede llevar a excesos insospechados" (disidencia de los jueces Levene (h) y Belluscio en Fallos: 318:2148, considerandos 6º, 7º y 8º).

La aplicación de los principios y normas del derecho de gentes, entendido como todo aquello que constituye parte esencial de la conciencia contemporánea y colectiva de los pueblos civilizados, y, por vía de ésta, la declaración de imprescriptibilidad de las penas correspondientes a hechos anteriores al dictado de las normas nacionales mediante las cuales la Argentina, como Estado soberano, se adhirió a él, equivaldría a regirse por un derecho natural, suprapositivo, constituido por criterios de justicia no previstos en el derecho vigente al tiempo de los hechos de cuyo juzgamiento se trata; en suma, postular que en ausencia de normas constitucionales o legales que calificaran de antemano a los hechos como delitos de lesa humanidad y los consideraran imprescriptibles, igualmente correspondiera aplicarles esa calificación y esa consecuencia porque así lo disponía el derecho penal internacional al cual nuestro país aún no se había adherido. Mirado desde otra perspectiva, de acuerdo con esa tesis el derecho penal internacional resultaría aplicable por analogía o de manera

derogatoria del derecho constitucional argentino por considerar que los preceptos contenidos en aquél —derivados de la conciencia de los pueblos civilizados— serían de más valor o se corresponderían más exactamente con el ideal común de justicia, a pesar de lo establecido en nuestra Ley Fundamental. Tal conclusión es jurídicamente inaceptable porque parte de la base de considerar que la legislación argentina consagró una suerte de injusticia legal que obliga a reemplazarla por las reglas de valor que forman parte del sentimiento de los pueblos civilizados. Ese sentimiento, no ya nuestro derecho penal positivo, sería la fuente de las normas de conducta.

17) Que por último, cabe señalar que, frente a los mismos textos u otros similares, la sala criminal de la Corte de Casación francesa ha rechazado terminantemente tanto la aplicación retroactiva de acuerdos internacionales en materia penal como la de un supuesto derecho internacional consuetudinario que obligara a aplicar reglas no escritas.

En una causa promovida por el Movimiento contra el Racismo y por la Amistad entre los Pueblos el juez de instrucción rehusó investigar los crímenes contra la humanidad cometidos en Argelia entre 1955 y 1957, decisión que fue confirmada por la sala de instrucción de la Corte de Apelaciones de París por considerar: 1º) Que los hechos denunciados sólo podrían ser perseguidos si revistieran una calificación penal de derecho interno o de derecho internacional; que el art. 2121 del Código Penal, que define los crímenes contra la humanidad, había sido introducido en la legislación interna el 1º de marzo de 1994, de manera que esa incriminación no puede aplicarse a hechos cometidos anteriormente, y que el art. 1º de la ley del 26 de diciembre de 1964 que declaró imprescriptibles los crímenes contra la humanidad no dio de ellos ninguna definición, por lo que se refirió a textos internacionales preexistentes; que las únicas disposiciones de incriminación en el orden internacional a las cuales Francia se obligó son las previstas por la Carta del Tribunal Internacional de Nuremberg anexa al acuerdo de Londres del 8 de agosto de 1945, y las incluidas en la resolución de las Naciones Unidas del 13 de febrero de 1946, las cuales sólo contemplan los crímenes que tuvieron lugar durante la segunda guerra mundial, de manera que resultaban inaplicables en el caso; 2º) que para sostener la acción no es posible invocar una costumbre internacional que si en su caso puede guiar la interpretación de una convención, no puede suplir su ausencia para crear *ab initio* una incriminación; 3º) que la aplicación de la calificación del art. 2121 del Código Penal a hechos anteriores, *a fortiori* ya prescriptos según las disposiciones del derecho común, estaría en contradicción con el principio de irretroactividad de la ley penal que no podría ser discutido sino sobre la base de una disposición expresa del legislador, que faltaba en el caso; que, igualmente, la imprescriptibilidad de hechos anteriores no podría aceptarse sin chocar con el principio general establecido por el art. 1122, 4º, en ausencia de disposiciones específicas en ese sentido.

El recurso de casación basado en la violación del art. 55 de la Constitución Nacional, del estatuto del Tribunal Militar de Nuremberg anexo al acuerdo de Londres del 8 de agosto de 1945, de la resolución de las Naciones Unidas del 16 de febrero de 1946, del artículo único de la ley del 26 de diciembre de 1964, de los artículos 7.2 de la Convención Europea de Derechos Humanos y 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, del art. 2121 del Código Penal, de la ley de amnistía del 31 de julio de 1968, de la superioridad de la norma consuetudinaria represiva internacional sobre las leyes nacionales, del derecho de defensa, y en la ausencia de motivos y falta de base legal, fue rechazado por la Corte de Casación en los siguientes términos:

“Atento que resulta de la sentencia atacada y de las piezas del expediente que el Movimiento contra el Racismo y por la Amistad entre los Pueblos (MRAP) ha denunciado a persona indeterminada y se ha constituido en parte civil por crímenes contra la humanidad en razón de las torturas y ejecuciones sumarias que, en un libro publicado el 3 de mayo de 2001, el general Paul X reveló haber practicado u ordenado practicar sobre la población civil, en Argelia entre 1955 y 1957, cuando era oficial de inteligencia al servicio del ejército francés;

“Atento que, para confirmar la ordenanza de primera instancia, la sala de instrucción consideró que al no poder ser perseguidos bajo la calificación crímenes contra la humanidad, los hechos denunciados entraban en las previsiones de la ley de amnistía 68697 del 31 de julio de 1968;

“Atento que al pronunciarse así, los jueces justificaron su decisión;

“Que las disposiciones de la ley del 26 de diciembre de 1964 y las del Estatuto del Tribunal militar internacional de Nuremberg, anexo al acuerdo de Londres del 8 de agosto de 1945, únicamente conciernen a los hechos cometidos por cuenta de los países europeos del Eje;

“Que, por otra parte, los principios de legalidad de los delitos y de las penas y de irretroactividad de la ley penal más severa, enunciados por los artículos 8 de la Declaración de los derechos del hombre y el ciudadano, 7.1 de la Convención europea de derechos del hombre, 15.1 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, 1113 y 1121 del Código Penal, constituyen un obstáculo a que los artículos 2111 a 2113 de ese código, que reprimen los crímenes contra la humanidad, se apliquen a los hechos cometidos antes de la fecha de su entrada en vigor, el 1º de marzo de 1994;

“Que, en fin, la costumbre internacional no podría suplir la ausencia de texto que incrimine, bajo la calificación de crímenes contra la humanidad, los hechos denunciados por la parte civil” (sentencia del 17 de junio de 2003, Bulletin criminel, 2003, n° 122, pág. 465; Recueil Dalloz, 200492).

El criterio de tan prestigioso tribunal coincide, pues, con el que se acepta en el *sub lite*.

Por ello, y lo concordemente dictaminado por el señor Procurador General de la Nación, se desestima la queja. Notifíquese y archívese.

AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO.

DISIDENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON CARLOS S. FAYT

Considerando:

1º) Que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 6 condenó a Enrique Lautaro Arancibia Clavel a la pena de reclusión perpetua, como autor del delito previsto en el art. 210 bis, incs. a, b, d, f y h, del Código Penal (asociación ilícita agravada, versión ley 23.077) en concurso real con participación necesaria en el homicidio agravado por el uso de explosivos y con el concurso premeditado de dos o más personas de Carlos José Santiago Prats y Sofía Esther Cuthbert Chiarleoni (art. 80, incs. 2º y 4º del Código Penal, según ley 20.642).

2º) Que a raíz del recurso interpuesto por la defensa la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal casó parcialmente el fallo mencionado, en cuanto había condenado por

asociación ilícita agravada, y declaró extinguida la acción penal por prescripción respecto del delito de asociación ilícita simple.

Contra dicha decisión, la querrela —en representación del gobierno de Chile— interpuso el recurso extraordinario, cuya denegación originó la presente queja.

3°) Que en lo que aquí interesa la sentencia del tribunal oral tuvo por acreditado que Enrique Lautaro Arancibia Clavel tomó parte a partir de marzo de 1974 y hasta el 24 de noviembre de 1978 de una asociación ilícita (la Dirección de Inteligencia Nacional —DINA exterior—, dependiente del gobierno de facto chileno), que contaba con al menos 10 miembros, y cuya actividad consistía en la persecución de opositores políticos al régimen de Pinochet exiliados en Argentina. Esto incluía secuestros, sometimiento a interrogatorios bajo tormentos, sustracción de sus identificaciones para su reutilización previa falsificación, etc. Dentro de la organización, Arancibia Clavel tenía por función formar en Buenos Aires una red paralela de informantes que aportaran datos sobre los perseguidos. Asimismo, estuvo presente durante el allanamiento y la aplicación de torturas a la ciudadana chilena Laura Elgueta, fueron encontrados en su poder documentos de identidad utilizados para dificultar la identificación de los asesinados, utilizó identidades falsas y ocultó sus actividades de inteligencia aparentando ser empleado del Banco de Estado de Chile.

4°) Que al calificar la conducta de Arancibia Clavel de haber tomado parte en la asociación precedentemente descripta, el tribunal oral consideró, de conformidad con la posición postulada por el querellante, que resultaba aplicable al caso el tipo previsto en el art. 210 bis, del Código Penal en su redacción actual, que reprime más gravemente las asociaciones ilícitas que reúnan al menos dos características particulares (i.a. diez o más miembros, organización militar, disposición de armas de guerra o explosivos, uno o más miembros oficiales o suboficiales de las fuerzas armadas o de seguridad, apoyo de funcionarios públicos), cuando la acción contribuya a poner en peligro la vigencia de la Constitución Nacional. Como fundamento para aplicar el texto actual, tuvo en cuenta que en los delitos permanentes (como la asociación ilícita) la ley aplicable al momento de comisión es la vigente al momento del cese de la conducta delictiva; en el caso, el art. 210 bis vigente en 1978 preveía un tipo penal más gravoso (versión ley 21.338: “(s)e impondrá reclusión o prisión de cinco a doce años, si la asociación dispusiere de armas de fuego o utilizare uniformes o distintivos o tuviere una organización de tipo militar. La pena será de reclusión o prisión de cinco a quince años, si la asociación dispusiera de armas de guerra y tuviere una organización de tipo militar. Los cabecillas, jefes, organizadores o instructores serán reprimidos de ocho a veinticinco años de reclusión o prisión. La misma pena se impondrá si la asociación estuviere organizada total o parcialmente con el sistema de células”), que, por aplicación de la ley más benigna (art. 2, C.P.) quedaba desplazado por el actual art. 210 bis.

5°) Que, en contra de ello, la cámara de casación afirmó que la conducta atribuida a Arancibia Clavel, por sus características, y con seguridad, al menos entre 1976 y 1978, “jamás pudo contribuir a poner en peligro la vigencia de la Constitución Nacional”, en el sentido de poder contribuir efectivamente a afectar el sistema republicano y democrático, y concluyó que, por lo tanto, no resultaba aplicable el tipo penal del art. 210 bis, versión ley 23.077. Por su parte, el tipo penal en que sí podría haber resultado subsumible (art. 210 bis, versión ley 21.338) ya no se encontraba vigente, con lo cual sólo podía entrar en consideración el tipo básico del art. 210, por ser “la única disposición penal que define el

comportamiento tanto al tiempo de iniciarse la ejecución del hecho como en el intermedio y en el del juzgamiento”. Respecto de dicho delito, sin embargo, resolvió que la acción penal se encontraba prescripta, por cuanto desde la fecha en que Arancibia dejó de cometer el delito (la de su detención, el 24 de noviembre de 1978) hasta la de su llamado a prestar declaración indagatoria (15 de mayo de 1989) transcurrieron más de diez años (arg. arts. 59, inc. 3°; 62, inc. 2°; 63; 67, párr. 4, y 210 del Código Penal).

6°) Que con relación a este último punto el *a quo* rechazó la posición de los querellantes con respecto a la imprescriptibilidad de los hechos imputados a Arancibia Clavel, sobre la base de que en la sentencia no quedaban comprendidos los delitos que pudieren haber cometido los miembros de la banda, sino únicamente el haber integrado una asociación ilícita. Dicha conducta —afirmó— de ningún modo se ha demostrado que pueda encajar dentro de los “crímenes de lesa humanidad” que definió como “...los asesinatos, exterminación, sometimiento a esclavitud, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil o durante la guerra, o persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, en ejecución o conexión con cualquier crimen de jurisdicción del Tribunal, sean o no una violación de la legislación interna del país donde hubieran sido perpetrados...”. En su opinión, sólo se cuenta hasta el momento con definiciones inseguras, y “habrá de verse si acaso permitan superar la aludida inseguridad las definiciones que acuña el estatuto de la Corte Penal Internacional...”.

7°) Que la querrela fundó sus agravios ante esta Corte en el exceso de jurisdicción en que habría incurrido la cámara al resolver la inaplicabilidad del art. 210 bis a la conducta del imputado, cuando la cuestión no había sido expresamente planteada por la defensa, y cuestionó por arbitraria la interpretación que el *a quo* realizara de dicha norma y de la garantía de la ley penal más benigna.

8°) Que tanto la cuestión relativa a la forma de introducción del planteo de la defensa, así como la atinente a la subsunción de la conducta imputada a Arancibia Clavel en el tipo penal previsto actualmente en el art. 210 bis del Código Penal, remiten al examen de cuestiones de derecho procesal y común ajenas a la vía del art. 14 de la ley 48.

9°) Que tampoco es revisable por el Tribunal la decisión en cuanto declara la extinción de la acción penal por prescripción, toda vez que la querrela no mantuvo en esta instancia el agravio relativo a la imprescriptibilidad de la acción con fundamento en la calidad de crimen de lesa humanidad que podría asignarse al delito imputado.

En efecto, si esta Corte arribara a una conclusión distinta a la que adoptó el tribunal *a quo* se vulneraría claramente el derecho de defensa en juicio, en tanto el imputado no habría tenido en esta instancia la posibilidad de cuestionar la calificación de crimen de lesa humanidad y la consiguiente imprescriptibilidad de la acción penal, circunstancia que, por su naturaleza, no puede justificarse bajo ningún concepto.

10) Que, por otra parte, este Tribunal no podría suplir la falencia mencionada declarando de oficio la imprescriptibilidad de la acción penal.

En efecto, el “orden público” vinculado a la cuestión de la prescripción ha sido siempre invocado por los jueces con el fin de *declarar* de oficio la extinción de la acción penal y no para resolver su interrupción o suspensión. Y no podría ser de otro modo, a poco que se repare en el sentido de la fórmula del orden público en materia de prescripción.

En este cometido corresponde recordar que lo que conmueve al orden público es que una persecución penal que traspasó los límites materiales temporales aptos para su ejercicio —prescindiendo de la prescripción operada— continúe prolongando sus efectos. Por ello la declaración de oficio constituye el procedimiento más ágil para conjurar dicha situación.

El sentido de la fórmula del orden público, puede observarse con claridad en el Digesto Italiano; al respecto D' Antonio señala que "(l)a prescripción es de *orden público*... Cuando el Estado... declara superflua e inútil la imposición de la pena, no corresponde al juez sino *declarar de oficio* la prescripción, aun ante el silencio de la parte; porque no corresponde a los particulares someterse a la pena, cuando la ley por interés público y general declara que no debe aplicarse (...). La omisión del imputado debe ser suplida por el magistrado, que encarna la autoridad del Estado, como órgano del derecho de juzgar y de condenar" (*Il Digesto Italiano*, vol. XIX, Parte Prima, *Prescrizione (Materia Penale)*, Unione Tip. Editrice Torinese, Torino, 1909/1912, págs. 540 y sgtes.).

Es por ello que las consideraciones de orden público siempre han llevado a los tribunales ordinarios a la declaración de la prescripción y no a su revocación. Así se ha sostenido desde antiguo que de otra manera se prolongaría el juicio innecesaria e injustamente en contra de los fundamentos de orden público que *autorizan a declararla* de oficio, pues basta para ello con la simple comprobación de su existencia, toda vez que la prescripción resta al juicio penal la acción que lo pone en movimiento (en este sentido ver JA T. 33 (1930), págs. 364 y sgtes.).

También esta Corte a partir de lo resuelto en el *leading case* de Fallos 186:289 (1940) ha elaborado la doctrina según la cual la prescripción en materia penal es de *orden público* y debe ser *declarada* de oficio por el tribunal correspondiente. Agregándose luego que se produce de pleno derecho (Fallos: 207:86; 275:241; 297:215; 301:339; 310:2246; 311:1029, 2205; 312:1351; 313:1224; disidencias de los jueces Fayt, Bossert y de Petracchi y Boggiano en 322:360; 323:1785, entre otros) y que debe ser resuelta en forma previa a cualquier decisión sobre el fondo (Fallos: 322:300). Asimismo se señaló que debe ser declarada en cualquier instancia del juicio (Fallos: 313:1224) y por cualquier tribunal (voto de la mayoría en Fallos: 311:2205).

Mas no debe perderse de vista que en todos los casos el principio fue formulado o bien para considerar que el tribunal *a quo* estaba habilitado para *declarar la prescripción* tal como lo había hecho, o bien para suspender el trámite del recurso a resultas de la decisión de los jueces de la causa en orden a la prescripción de la acción ante la posible omisión en que habrían incurrido en cuanto a su *deber de declararla* de oficio (Fallos: 305:652; 308:245; 322:717; 323:68 y 1785), o bien, por último, para *declarar la propia Corte la prescripción de oficio* (vgr. aquellas causas provenientes de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Federal, Sala en lo Contenciosoadministrativo, en las que se aplicaron analógicamente los principios de derecho penal en materia de prescripción, Fallos: 300:716; 301:339 y 304:1395).

Como puede observarse, esta Corte jamás ha declarado de oficio que no se encontraba prescripta la acción penal cuando los tribunales de la causa la habían considerado extinguida. Ello por cuanto —como ya se señaló— la situación descrita en nada se relaciona con el sentido de la fórmula de afectación al orden público y la consiguiente declaración de oficio, en tanto con ella lo único que procura evitarse es la continuación de un proceso penal cuando la acción se ha extinguido. Por el contrario, aquellas cuestiones vinculadas a

su interrupción o suspensión —asimilables a la de imprescriptibilidad— nunca han sido resueltas de oficio por el Tribunal.

De lo dicho hasta aquí cabe concluir que la situación que se presenta en el *sub lite*, es decir aquella en la que el juez de la causa sí declaró la prescripción de la acción penal, no puede ser revocada oficiosamente sin vulnerar el derecho de defensa en juicio del imputado.

Por lo demás, el hecho de que se encuentren involucrados principios del derecho internacional no permite soslayar la falta de mantenimiento del agravio en esta instancia.

11) Que si bien todo lo afirmado sería suficiente para desestimar el recurso interpuesto, resulta necesario realizar —de modo complementario— algunas precisiones con respecto a la aplicación de la “Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad”, adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 26 de noviembre de 1968.

Al respecto, forzoso es distinguir dos cuestiones que no deben ser confundidas: la primera es la atinente al principio de imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad previsto en la mencionada Convención y la segunda es la que se refiere a la posibilidad de su aplicación retroactiva.

12) Que con respecto al principio de imprescriptibilidad —en cuanto rotunda exhortación desde el plano internacional— el Estado argentino ha demostrado encontrarse absolutamente comprometido a partir de la sanción de la ley 24 584 del 29 de noviembre de 1995, por la que aprobó la “Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad”, así como también con la sanción de la ley 25.778 del 3 de septiembre de 2003, que la incorporó con jerarquía constitucional.

Es claro que de este modo las reglas de jerarquía inferior sobre prescripción de la acción penal previstas en el ordenamiento jurídico interno (art. 62 del Código Penal), han quedado desplazadas por la mencionada Convención. Por otra parte —sin que corresponda pronunciarse aquí sobre su origen, evolución y contenido— lo cierto es que el principio de imprescriptibilidad que actualmente ostenta rango constitucional no suscita conflicto alguno que deba resolverse, toda vez que no existe ninguna norma constitucional en el derecho argentino que establezca que los delitos deban siempre prescribir. Tal como afirmó desde antiguo el Tribunal, la garantía de defensa en juicio no requiere que se asegure a quien la ejercita la exención de responsabilidad por el solo transcurso del tiempo (Fallos: 193:326; 211:1684 y 307:1466, entre otros).

13) Que una cuestión muy distinta es que este aceptado principio deba aplicarse no ya para el futuro, sino retroactivamente. En efecto, toda vez que la aprobación e incorporación con jerarquía constitucional de la Convención mencionada se ha producido con posterioridad a la comisión de los hechos de la causa, corresponde examinar la cuestión relativa a si la regla que establece la imprescriptibilidad de la imputación por el delito de asociación ilícita —aun admitiendo aunque resulte dudoso que se trate de un delito de lesa humanidad— puede ser aplicada al *sub lite* retroactivamente o si ello lesiona el principio *nullum crimen sine poena legali* —formulado científicamente por Anselm von Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 14 ed., Giessen, 1847, *Los principios primeros del derecho punitivo*, parágrafos 19 y 20)— y consagrado en el art. 18 de la Constitución Nacional.

14) Que cabe adelantar que la aplicación al *sub examine* de la “Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad” resulta contraria a la proscripción de aplicación retroactiva de la ley penal, como corolario del principio de legalidad ya formulado.

En efecto, la jurisprudencia de la Corte ha interpretado esta garantía como aquella que prohíbe la aplicación de disposiciones penales posteriores al hecho que modifiquen *in malam partem* **cualquier requisito del que depende la punibilidad del hecho**. Así, ha sostenido que el principio de legalidad comprende “la exclusión de disposiciones penales posteriores al hecho infractor —leyes *ex post facto*— que impliquen empeorar las condiciones de los encausados...(E)l instituto de la prescripción cabe sin duda alguna en el concepto de ‘ley penal’ desde que ésta comprende no sólo el precepto, la sanción, la noción del delito y la culpabilidad, sino todo el complejo de las disposiciones ordenadoras del régimen de extinción de la pretensión punitiva” (Fallos: 287:76 *in re* “Mirás”).

Este es el alcance correcto del principio de legalidad en todos sus aspectos, en tanto “la sujeción [a la ley] debe garantizar objetividad: el comportamiento punible y la medida de la pena no deben determinarse bajo la impresión de hechos ocurridos pero aún por juzgar, ni como medio contra autores ya conocidos, sino *por anticipado* y con *validez general*, precisamente mediante una ley determinada, sancionada con anterioridad al hecho. El principio abarca a todos los presupuestos de punibilidad y no está limitado al ámbito de lo imputable (...): especialmente, también la **prescripción** ha de estar legalmente determinada y no cabe prorrogarla retroactivamente, tanto si antes del acto de prórroga ha expirado el plazo como si no. El aspecto de confianza de carácter psicológico, extravía hasta llevar a la asunción de que la prescripción no es objeto del principio de legalidad, dado que aquélla no desempeña en el cálculo del autor papel alguno digno de protección. Pero no se trata de eso. Más bien lo decisivo es que **el Estado, al prorrogar el plazo de prescripción (...) amplía su competencia para punir, y ello, en la retroactividad deliberada [gewollte Rückwirkung], también bajo la impresión de hechos ya sucedidos, pero aún por juzgar** (Günther Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Walter de Gruyter Verlag, Berlín u. New York, 1991, 4/9; la negrita no pertenece al original).

En el mismo sentido, se ha considerado que la regulación de la prescripción es una cuestión que pertenece a los presupuestos de la penalidad, por lo que de acuerdo con lo que dispone el principio de legalidad no puede modificarse retroactivamente en perjuicio del reo (así Pawlowski, *Die Verlängerung von Verjährungsfristen*, NJW 1965, 287 ss. y *Der Stand der rechtlichen Discussion in der Frage der strafrechtlichen Verjährung*, NJW 1969, 594 ss.; Lorenz, *Strafrechtliche Verjährung und Rückwirkungsverbot*, GA 1968, 300 ss; Arndt, *Zum Problem der strafrechtlichen Verjährung*, JZ 1965, 148; Grünwald, *Zur verfassungsrechtlichen Problematik der rückwirkenden Änderung von Verjährungsvorschriften*, MDR ZStW 80 (1968), pág. 364; Wilms, *Zur Frage rückwirkender Beseitigung der Verjährung*, JZ 1969, 61; graves objeciones contra la retroactividad formula por razones generales jurídicoconstitucionales, P. Schneider, *NSVerbrechen und Verjährung*, Festschrift für O.A. Germann, 1969, pág. 221. Todos citados por H. H. Jescheck en su *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, Volumen Segundo, trad. Mir PuigMuñoz Conde, ed. Bosch, Barcelona, 1981, pág. 1239). En la doctrina española puede encontrarse idéntica postura en Muñoz R., Campo Elías – Guerra de Villalaz, Aura E., *Derecho Penal*, pág. 152 y Morillas Cueva Lorenzo, *Curso de Derecho Penal Español*, pág. 116.

El profesor Jescheck señala, a su vez, que incluso quienes sostienen la tesis procesalista respecto del instituto de la prescripción, deben tener en cuenta que la prohibición de retroactividad se aplica actualmente cada vez más también a los presupuestos procesales (op. cit., loc. cit). De lo dicho hasta aquí cabe concluir que conceder eficacia *ex post* a normas que prolonguen los plazos de prescripción o establezcan derechamente la imprescriptibilidad de la acción penal afecta indudablemente al requisito de *lex praevia* exigido por el principio de legalidad establecido en el art. 18 de la Constitución Nacional.

15) Que, aun cuando pudiera entenderse que es el propio texto de una convención con jerarquía constitucional el que prevé su aplicación retroactiva —así lo ha inferido, en base a los arts. I y IV de la “Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad” un amplio sector doctrinario, aunque no sin detractores—, lo cierto es que esa previsión contraria al art. 18 de la Constitución Nacional, resultaría inaplicable para el derecho argentino, en virtud de lo dispuesto en el art. 27 de la Ley Fundamental. En efecto, en el sistema constitucional argentino el art. 27 determina que los tratados deben ajustarse y guardar conformidad con **los principios de derecho público establecidos en esta Constitución**.

Los alcances de dicha norma fueron motivo de examen en el seno de la Convención del Estado de Buenos Aires, reunida en 1860, según el Pacto de San José de Flores del 11 de noviembre de 1859. El 30 de abril de 1860, al discutirse la enmienda 15 que abolía la esclavitud, los convencionales debatieron la cuestión de los tratados a raíz del que la Confederación había firmado con el Brasil y que permitía extraditar a los esclavos que habían ingresado al territorio de la república. Cabe recordar aquí al convencional Estévez Seguí, quien en esa oportunidad consideró que era suficiente con el art. 27 para declarar la nulidad de los tratados que no se ajustasen a los principios de derecho público establecidos por la Constitución.

El artículo citado consagra la supremacía de la Constitución —más precisamente, de los principios constitucionales— frente a los tratados internacionales, y de él proviene la “cláusula constitucional” o “fórmula argentina” expuesta en la Conferencia de la Paz de La Haya en 1907 por Roque Sáenz Peña, Luis María Drago y Carlos Rodríguez Larreta, por la que se debe excluir de los tratados en materia de arbitraje “las cuestiones que afectan a las constituciones de cada país”. En consecuencia, los tratados que no se correspondan con los principios de derecho público establecidos en la Constitución, serán nulos “por falta de jurisdicción del gobierno para obligar a la Nación ante otras” (Joaquín V. González, Senado de la Nación, Diario de Sesiones, Sesión del 26 de agosto de 1909 y volumen IX de sus Obras Completas, págs. 306 a 309).

16) Que a través de esta cláusula, la Constitución Nacional condiciona a “los tratados sobre aquellas cuestiones que pudieran afectar la soberanía y la independencia de la Nación y los principios fundamentales de derecho público sobre los que reposa la organización política de la República. Un tratado no puede alterar la supremacía de la Constitución Nacional, cambiar la forma de gobierno, suprimir una provincia o incorporar otras nuevas, limitar atribuciones expresamente conferidas a los poderes de gobierno, desintegrar social o políticamente al territorio; **restringir los derechos civiles, políticos y sociales** reconocidos por la Constitución a los habitantes del país, ni las prerrogativas acordadas a los extranjeros ni suprimir o disminuir en forma alguna las garantías constitucionales creadas para

hacerlos efectivos...En cuanto la Constitución Nacional sea lo que es, el art. 27 tiene para la Nación significado singular en el derecho internacional. La regla invariable de conducta, **el respeto a la integridad moral y política de las Naciones contratantes**” (Joaquín V. González, op. cit. , volumen IX, pág. 52; el resaltado no pertenece al original).

Se trata de una norma de inestimable valor para la soberanía de un país, en particular, frente al estado de las relaciones actuales entre los integrantes de la comunidad internacional. Esta interpretación preserva —ante las marcadas asimetrías económicas y sociales que pueden presentar los estados signatarios de un mismo tratado— el avance de los más poderosos sobre los asuntos internos de los más débiles; en suma, aventa la desnaturalización de las bases mismas del Derecho Internacional contemporáneo, pues procura evitar que detrás de un aparente humanismo jurídico se permitan ejercicios coloniales de extensión de soberanía.

Es por ello que el art. 27, a la par que prescribe al gobierno federal el deber de afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de los tratados, le impone la condición de que ha de ajustarse a los preceptos de la misma Constitución. Es, pues, nula toda cláusula contenida en un tratado que importe un avance sobre esta prescripción constitucional, porque ni el Congreso ni el Poder Ejecutivo, ni ningún tribunal representativo de los poderes públicos de la Nación, tiene el derecho o la facultad para comprometer los preceptos que afectan a la soberanía. Luego es “insanablemente nula, toda cláusula o pacto que atente contra la integridad, moral, política y soberana de la Nación porque el Congreso no tiene facultad para dictarla, porque sería necesario convocar a una convención constituyente para reformar la Constitución y aprobar un pacto de esta naturaleza” (Joaquín V. González, *ibidem*). En efecto, sólo una reforma constitucional que modificara los arts. 27 y 30 de la Constitución Nacional podría alterar este estado de cosas.

17) Que el límite que el art. 27 de la Constitución Nacional impone a los tratados no le impide a la Nación mantener y cultivar las relaciones de paz, amistad y comercio con las demás naciones y ser partícipe del desarrollo del derecho internacional y de los diferentes procesos que se orientan a un mayor grado de interdependencia entre los estados. Las nuevas situaciones y las nuevas necesidades de carácter internacional, no son ajenas al derecho público argentino, tanto en lo que respecta a la participación activa en la formación de los organismos internacionales como las nuevas esferas en que se mueve el derecho internacional público. La protección internacional integral de los derechos humanos y su respeto universal —tal como se reseñó *ut supra*— constituyen principios esenciales en los que se apoya el derecho público argentino.

18) Que en absoluta concordancia con el art. 27 de la Constitución Nacional también desde la ciencia del derecho internacional se reconoce actualmente lo que se denomina un “margen nacional de apreciación”, doctrina nacida en la Comisión Europea de Derechos Humanos, adoptada por la Corte Europea de Derechos Humanos y recogida también por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (conf. OC4/84 del 19 de enero de 1984). Su esencia es garantizar, ciertamente, la existencia de la autonomía estatal, por la cual cada Estado tiene reservado un margen de decisión en la introducción al ámbito interno de las normas que provienen del ámbito internacional (DelmasMarty Mireille, *Marge nationale d’appréciation et internationalisation du droit. Réflexions sur la validité formelle d’un droit*

común en gestation, en AAVV, *Variations autour d'un droit commun. Travaux préparatoires*, París, 2001, págs. 79 ss. y passim.).

Es claro que dentro de los principios que sin lugar a dudas integran ese “margen de apreciación” autónomo de cada Estado —en el que la soberanía estatal no cede frente a normas que se insertan desde el plano internacional— se encuentran los derechos fundamentales garantizados a los individuos por las constituciones estatales. De esta manera la introducción de principios de derecho internacional encuentra su límite en la afectación de esos derechos fundamentales. Es decir, se trata de adaptar las exigencias del derecho internacional —con el espacio de autonomías que se reservan los estados individuales— sin restringir las garantías básicas de las personas que, en el caso del derecho penal, no son otras que las que se encuentran sometidas a enjuiciamiento. Es indudable entonces, que sobre la base del art. 27, el constituyente ha consagrado ya desde antiguo un propio “margen nacional de apreciación” delimitado por los principios de derecho público establecidos en la Constitución Nacional, conformado por sus “artículos 14, 16, 17, 18 y 20 (...) franquicias (...) concedidas a todos los habitantes, como principios de derecho público, fundamentales del derecho orgánico interno y del derecho internacional argentino” (Juan Bautista Alberdi, *El sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853*, Obras Completas, tomo IV, Buenos Aires, 1886, pág. 277, el resaltado no pertenece al original).

19) Que, en definitiva, la vigencia del art. 27 impide claramente la aplicación de un tratado internacional que prevea la posibilidad de aplicación retroactiva de la ley penal, en tanto el principio de legalidad que consagra el *nullum crimen nulla poena sine lege praevia* es innegablemente un principio de derecho público establecido en esta Constitución (art. 18 de la Constitución Nacional), quizá uno de sus más valiosos. Es este margen nacional de apreciación el que determina que la garantía mencionada, consagrada a quienes son juzgados por tribunales argentinos, deba ser respetada estrictamente incluso tratándose de los denominados crímenes de lesa humanidad, cuando éstos se juzguen en el país.

20) Que ello, a su vez, se condice con la posición que el gobierno argentino asumió al efectuar la **reserva** al segundo párrafo del art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (aplicación de principios internacionales en caso de crímenes *iuris gentium*). Cabe recordar que **el Estado argentino manifestó, para este caso, que la aplicación del apartado segundo del art. 15 del Pacto debía estar sujeta al principio de legalidad establecido en el art. 18 de la Constitución Nacional (reserva del Estado argentino al ratificar el Pacto el 8 de agosto de 1986; art. 4º de la ley 23.313; al respecto ver también las manifestaciones del representante de la delegación argentina, doctor Ruda en el 15º período de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, Documentos Oficiales, 3ª comisión, sesiones 1007ª y 1009ª del 31 de octubre de 1960 y 2 de noviembre de 1960 respectivamente).**

No debe soslayarse, asimismo, que un texto análogo al del apartado segundo, fue excluido del proyecto de lo que después fue la Convención Americana sobre Derechos Humanos —Pacto de San José de Costa Rica— (conf. Acta Final de la Cuarta Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos, suscrita en Santiago de Chile el 9 de septiembre de 1959, Unión Panamericana, Secretaría General de la O.E.A., Washington D.C., 1959).

Con respecto a la específica posibilidad de aplicación retroactiva del principio de imprescriptibilidad, es del caso reseñar que el 3 de diciembre de 1973, la Asamblea Ge-

neral de la ONU, adoptó la resolución 3074 (XXVIII) sobre “Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad”. Allí se estableció que esos crímenes, dondequiera y cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido, serán objeto de una investigación, y las personas contra las que existen pruebas de culpabilidad en la comisión de tales crímenes serán buscadas, detenidas, enjuiciadas, y en caso de ser declaradas culpables, castigadas (A/CN. 4/368, pág. 99). **Empero, el representante de la delegación argentina se opuso a esa redacción, pues el texto podía interpretarse en el sentido de que se exige a los Estados que adopten una legislación retroactiva...**” (Naciones Unidas, Asamblea General, 28º período de sesiones, Documentos Oficiales, 2187 sesión plenaria, 3 de diciembre de 1973, Nueva York, pág. 4). **Es por ello que la Argentina se abstuvo en el momento de la votación.**

En síntesis: la República Argentina ha mantenido un comportamiento inalterado de rigurosa sujeción al principio de legalidad como principio de derecho público y garantía básica de toda persona que se encuentre sometida a enjuiciamiento penal.

21) Que en nada empece lo dicho hasta aquí la nueva jurisprudencia del Tribunal en materia de tratados ni la reforma constitucional del año 1994. Esto es así pues el art. 18 de la Constitución Nacional sigue resultando una barrera infranqueable, en virtud de lo dispuesto en el art. 27 de la Constitución Nacional cuyo origen y contenido fue reseñado *ut supra*.

22) Que a partir del *leading case* “S.A. Martín & Cía. Ltda.”, sentenciado en el año 1963 (Fallos: 257:99), la Corte Suprema de Justicia de la Nación sentó las bases de su doctrina sobre la relación entre el derecho interno y el derecho internacional. Allí se estableció que ni el art. 31 ni el 100 (actual 116) de la Constitución Nacional atribuyen prelación o superioridad a los tratados con las potencias extranjeras respecto de las leyes válidamente dictadas por el Congreso de la Nación y que, por tal razón, no existía fundamento normativo para acordar prioridad de rango a ninguno. Se seguía de lo dicho que regía respecto de ambas clases de normas, en cuanto integrantes del ordenamiento jurídico interno de la República, el principio con arreglo al cual las normas posteriores derogan a las anteriores. En su expresión clásica: *leges posteriores priores contrarias abrogant*. Como consecuencia necesaria de la igualdad jerárquica señalada, también la doctrina y jurisprudencia norteamericanas —citadas en el fallo en cuestión— han admitido desde antiguo la aplicación de este principio. Idéntica doctrina se reiteró en Fallos: 271:7, *in re* “Esso S.A.”, del año 1968.

Esta etapa —que podría calificarse como la de la jurisprudencia tradicional en la materia— se extendió hasta el año 1992, oportunidad en la que la Corte Suprema reelaboró su postura *in re* “Miguel Angel Ekmekdjian” (Fallos: 315: 1492). La doctrina que se deriva del fallo se asienta en dos argumentos distintos: el primero aludía a la condición de acto complejo federal que caracteriza a un tratado y el segundo, al art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Recordemos que esa norma prevé que “(u)na parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”. Con la incorporación de la Convención de Viena (en vigor desde el 27 de enero de 1980) se configuraba —en principio— para el Tribunal el fundamento normativo —a diferencia de lo que ocurría *in re* “S.A. Martín & Cía. Ltda.”— para conferir primacía a los tratados internacionales sobre las **normas** internas.

En el voto mayoritario se establece que la Convención es un tratado internacional, constitucionalmente válido, que asigna prioridad a los tratados internacionales frente a la ley interna en el ámbito del derecho interno. Esta convención —continúa el fallo— ha alterado la situación del ordenamiento jurídico argentino contemplada en los precedentes, pues ya no es exacta la proposición jurídica según la cual no existe fundamento normativo para acordar prioridad al tratado frente a la **ley**. La aplicación de tal fundamento normativo imponía, entonces, a los órganos del Estado argentino asignar primacía al tratado ante un eventual conflicto con una norma interna contraria. El significado que cabe otorgarle a esta última proposición se explicitará a continuación.

23) Que en ese cometido, cabe recordar que tal como ocurría al dictarse el *leading case* “S.A. Martín & Cía.”, los arts. 27, 30 y 31 de la Constitución Nacional, **continúan regulando los vínculos entre el derecho internacional y el interno**, normas cuya vigencia no debe desatenderse.

Es por ello que lo afirmado hasta aquí no resulta desvirtuado por lo resuelto en la causa “Miguel Angel Ekmekdjian” (Fallos: 315:1492). Allí —como ya se señaló— en base al art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados se estableció que *debía prevalecer el tratado internacional sobre la norma interna*. Mas esto no significa en modo alguno que esta Corte Suprema haya conferido mediante esta **norma, primacía al derecho internacional sobre el derecho interno**. Lo que sí afirmó este Tribunal, es que a diferencia del precedente “S.A. Martín & Cía.”, la incorporación de la Convención de Viena proporcionaba fundamentos para acordar prioridad al tratado sobre la ley. Sólo así el art. 27 de la Convención puede ser compatible con nuestro sistema constitucional.

24) Que tampoco la reforma constitucional de 1994 —que incorporó las declaraciones y los tratados de derechos humanos enumerados en el art. 75, inc. 22, segundo párrafo—, logran conmovir este estado de cosas, en tanto la vigencia de los arts. 27 y 30 mantiene el orden de prelación entre la Constitución y los tratados internacionales, que de conformidad con el primer artículo citado es la que debe primar en caso de conflicto.

En efecto, los constituyentes establecieron que ciertos instrumentos internacionales de emblemático valor —dos declaraciones y siete tratados de derechos humanos— enunciados taxativamente gozan de jerarquía constitucional. A su vez, añadieron un mecanismo de decisión —con mayoría especial— para conferir ese rango a otros tratados de derechos humanos. Sin embargo, debe recordarse que a la par se precisó expresamente que esos instrumentos no derogaban “**artículo alguno de la primera parte de la Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos**”. Ello robustece lo hasta aquí afirmado respecto de la vigencia de los arts. 27 y 30 de la Constitución Nacional: tales instrumentos prevalecerán sobre las leyes ordinarias y los demás tratados a **condición de respetar la prevalencia de los principios de derecho público constitucionales consagrados en la primera parte de ese ordenamiento** (disidencia del juez Belluscio en Fallos: 321:885). De allí que su jerarquización —de segundo rango— exija una ineludible comprobación de su armonía con aquellos derechos y garantías que esta Corte —en tanto custodio e intérprete final de la Constitución— tiene el deber de salvaguardar. En efecto, es al Poder Judicial a quien corresponde, mediante el control de constitucionalidad, realizar ese juicio de comprobación.

25) Que con posterioridad a la reforma constitucional, fue en el caso “Cafés La Virginia S.A.” (Fallos: 317: 1282), en donde se subrayó que el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados impone a los órganos del Estado argentino asegurar primacía a los tratados sobre una norma interna contraria, señalándose, a su vez, que el principio de supremacía de los tratados sobre las leyes internas deriva de los arts. 31 y 75, inc. 22, de la Constitución Nacional.

26) Que, sin embargo, la cuestión que debe dilucidarse es si la primacía del Derecho Internacional comprende a la propia Constitución Nacional. Si la respuesta fuera afirmativa, el Derecho Internacional prevalecería sobre el Derecho Interno del país, consagrándose así el monismo en su concepción más extrema. Esta postura —como *ut infra* se precisará— resulta totalmente inaceptable en el sistema constitucional argentino.

27) Que si bien es cierto que en la causa “Fibraca Constructora S.C.A.” (Fallos: 316:1669) —y las que a ella se remiten— se estableció que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados impone a los órganos del Estado argentino asignar esa superioridad al tratado internacional **“una vez asegurados los principios de derecho público constitucionales”**, lo que podría hacer pensar en una jurisprudencia que morigera la doctrina sobre la preponderancia del Derecho Internacional sobre el Derecho Interno, no resulta claro si esa interpretación también es aplicable respecto de los **tratados de derechos humanos que gozan de “jerarquía constitucional”**, y en caso afirmativo, cuál sería el contenido que cabe asignar a la expresión “una vez asegurados”.

28) Que en diversos votos que informan decisiones de esta Corte se ha entendido que con la incorporación de los tratados mencionados a la Constitución Nacional, ya se dejó sentada su concordancia con los principios de derecho público establecidos en ella, en tanto los constituyentes ya habrían efectuado el juicio de comprobación en virtud del cual habrían cotejado los tratados del art. 75, inc. 22 y los artículos constitucionales y verificado que no se producía derogación alguna de estos últimos. Así se ha afirmado que **“la armonía o concordancia entre los tratados y la Constitución es un juicio del constituyente...que los poderes constituidos no pueden desconocer o contradecir”** (conf. causas “Monges”, Fallos: 319:3148 (voto de los jueces Nazareno, Moliné O’Connor, Boggiano y López); “Chocobar”, Fallos: 319:3241 (voto de los jueces Nazareno, Moliné O’Connor y López); “Petric”, Fallos: 321:885 (votos de los jueces Moliné O’Connor y Boggiano); “Rozenblum”, Fallos: 321:2314 (disidencia del juez Boggiano); “Cancela”, Fallos: 321:2637 (voto de los jueces Nazareno, Moliné O’Connor, López y Vázquez); “S., V.”, Fallos: 324:975 (voto de los jueces Moliné O’Connor y López y de los jueces Boggiano y Vázquez); “Menem”, Fallos: 324:2895 (voto de los jueces Nazareno, Moliné O’Connor y López); “Alianza ‘Frente para la Unidad’”, Fallos: 324:3143 (voto del juez Boggiano); “Guazzoni”, Fallos: 324:4433 (voto de los jueces Nazareno, Moliné O’Connor y López); “Mignone”, Fallos: 325: 524; entre muchas otras).

29) Que, por el contrario, la tesis que aquí se propugna toma como base normativa al art. 27 de la Constitución Nacional que prohíbe cualquier interpretación que asigne al art. 27 de la Convención de Viena una extensión que implique hacer prevalecer al Derecho Internacional sobre el Derecho Interno. En base a la norma constitucional citada, es al **Poder Judicial** a quien corresponde, mediante el control de constitucionalidad, evaluar, en su caso, si un tratado internacional —cualquiera sea su categoría— guarda “conformidad con

los principios de derecho público establecidos en [la] Constitución” (art. 27 de la Constitución Nacional). En otras palabras, debe asegurarse la supremacía constitucional, tal como ya se había declarado categóricamente en el voto de los jueces Gabrielli y Guastavino *in re* “Cabrera” (Fallos: 305: 2150), en el que se había ejercido el control de constitucionalidad con fundamento en la función que corresponde a la Corte de salvaguardar la vigencia de la Constitución Nacional.

30) Que, por lo demás, lo afirmado en los precedentes de la Corte *ut supra* reseñados, resulta inaplicable al *sub lite*, toda vez que la “Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad” es uno de los tratados a los que se refiere el párrafo tercero del art. 75, inc. 22, cuya jerarquía constitucional ni siquiera ha sido otorgada por el poder constituyente, sino por un poder constituido (ambas cámaras del Congreso con mayoría especial). En efecto, resultaría de un contrasentido intolerable que un tratado de la categoría descripta desconociera principios infranqueables de nuestra Ley Fundamental, reformándola a extramuros de la técnica constitucional establecida en el art. 30 citado.

31) Que como la incolumidad de los arts. 27 y 30 de la Constitución Nacional resulta incuestionable, es que lo dicho por el señor Procurador General en la citada causa “Cabrera” continúa manteniendo plena vigencia. Allí afirmó que “los tratados internacionales no prevalecen en nuestro derecho constitucional sobre la Constitución Nacional porque la rigidez de ésta no tolera que normas emanadas de los órganos del poder constituido la alteren o violen, pues ello equivale a reformarla y porque el art. 27 es terminante en exigir que los tratados estén de conformidad con los principios de derecho público de la Constitución”.

En efecto, en nada se ha apartado la reforma mencionada del principio seminal que consagra la supremacía de la Constitución en relación a los tratados internacionales, como lo había sostenido esta Corte con fundamento en la letra del art. 27, que permanece enhietto. Como se dijo, esta interpretación es —a su vez— un corolario del sistema rígido que adopta la Constitución para su reforma (art. 30).

32) Que, entonces, los tratados de derechos humanos a los que hacen referencia los párrafos segundo y tercero del art. 75 inc. 22, son jerárquicamente superiores a los demás tratados —los supralegales (art. 75, inc. 22, primer párrafo, e inc. 24)— **y por ello tienen jerarquía constitucional, pero eso no significa que sean la Constitución misma.** En efecto, la inclusión de tratados con jerarquía constitucional no pudo significar en modo alguno que en caso de que esa categoría de tratados contuviera disposiciones contrarias a la Primera Parte de la Constitución (como la retroactividad de la ley penal), aquéllos deban primar sobre el derecho interno. Distinta es la situación que se presenta cuando la norma prevista en el tratado con jerarquía constitucional no deroga y altera el “equilibrio” normativo, sino que puede compatibilizarse de modo que resulte un conjunto armónico de disposiciones con una unidad coherente (conf. arg. voto del juez Fayt en “Petric”, Fallos: 321:885).

De lo afirmado hasta aquí cabe concluir que la Constitución Nacional se erige sobre la totalidad del orden normativo. En segundo término, se ubican los tratados sobre derechos humanos individualizados en el segundo párrafo del art. 75. inc. 22 y los tratados de derechos humanos que adquieran esta categoría en el futuro —tercer párrafo del art. 75, inc. 22— (hasta el momento la Convención Interamericana sobre Desaparición

Forzada de Personas y la **Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad**). En tercer lugar los demás tratados, concordatos y las normas dictadas a propósito de los tratados de integración; y por último las leyes del Congreso.

La reforma constitucional sólo modificó la relación entre los tratados y las leyes, ya establecida pretorianamente en la causa “Ekmekdjian” en base al art. 27 de la Convención de Viena, pero en modo alguno entre los tratados —cualquiera fuera su categoría— y la Constitución Nacional, lo que jamás habría sido posible por la expresa prohibición a la Convención Constituyente de modificar los arts. 1 a 35 (ley 24.309, art. 7).

Por ello, y en virtud del orden de prelación *ut supra* explicitado, de concluirse que la “Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad” prevé su utilización retroactiva, este precepto resultaría claramente inaplicable. En efecto, el art. 18 de la Constitución Nacional como norma de jerarquía superior —y por lo demás más respetuosa del principio *pro homine*— impediría que pueda aplicarse retroactivamente una derogación al régimen de prescripción de la acción penal.

33) Que a poco que se repare en ella, de la evolución jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tampoco se deriva necesariamente la posibilidad de aplicación retroactiva de la “Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad”. En efecto, de su examen no puede concluirse sin más que la omisión de los jueces de aplicarla *ex post facto* vulnere la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, por lo tanto, genere responsabilidad internacional.

Sabido es que conforme al art. 1.1. de la Convención Americana coexisten dos deberes para los Estados parte: el deber de respeto —obligación de no violar los derechos y libertades proclamados en los tratados de derechos humanos— y el deber de garantía —obligación de garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción—. En casos como el *sub lite* el deber en cuestión consistiría en la obligación de investigar y sancionar las violaciones graves de los derechos humanos (conf. Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *leading case* “Velázquez Rodríguez”, sentencia del 29 de julio de 1988, serie C N° 4), que a su vez implicaría la prohibición de dictar cualquier legislación que tuviera por efecto sustraer a las víctimas de esos hechos de protección judicial incurriendo en una violación de los arts. 8 y 25 de la Convención (conf. Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso conocido como “Barrios Altos”, párr. 43, sentencia del 14 de marzo de 2001, serie C N° 75).

34) Que mientras el deber negativo de no irrespetar resulta más fácilmente verificable, el deber positivo de garantizar cada vez mejor y con más eficacia los derechos humanos (desarrollo progresivo), no puede derivarse de consideraciones genéricas elaboradas por la Corte Interamericana. Tampoco sus conclusiones relativas a la prescripción de la acción penal pueden extrapolarse, a fin de resolver otras situaciones con particularidades propias como las que presenta el *sub lite*.

Al respecto cabe puntualizar que la Corte Interamericana jamás ha afirmado expresamente que para cumplir con el deber de garantía descripto deba aplicarse una norma que vulnere el principio de legalidad (establecido, por otra parte, en el art. 9° de la Conven-

ción Americana y cuyo cumplimiento también ha de asegurarse como deber de garantía del Estado parte).

35) Que de tal modo corresponde efectuar un breve examen de los casos en los que la Corte Interamericana se ha expedido con respecto al deber de investigar y sancionar a los responsables de violaciones graves a los derechos humanos para así verificar si sus estándares resultan trasladables al *sub lite*.

Así, en el conocido caso “Barrios Altos” (República del Perú), el deber del Estado de perseguir y sancionar las violaciones a los derechos humanos, se había puesto en tela de juicio en virtud de la sanción de dos leyes de autoamnistía que exoneraban de responsabilidad a todos los militares, policías y también civiles que hubieran sido objeto de denuncias, investigaciones, procedimientos o condenas, o que estuvieran cumpliendo sentencias en prisión por hechos cometidos entre 1980 y 1995 de violaciones a los derechos humanos. En virtud de esas leyes, las escasas condenas impuestas a integrantes de las fuerzas de seguridad fueron dejadas sin efecto inmediatamente, quedando así los hechos impunes. Por ello en “Barrios Altos” la Corte Interamericana concluyó que las víctimas tenían derecho a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes (párr. 48).

36) Que con relación al principio de imprescriptibilidad de la acción penal, resulta conveniente realizar algunas aclaraciones respecto de los pronunciamientos recientes de la Corte Interamericana.

Se trata en primer lugar de la sentencia de reparaciones *in re* “Trujillo Oroza vs. Bolivia” de fecha 27 de febrero de 2002, serie C N° 92. De esta decisión nada puede concluirse en materia de aplicación retroactiva de las convenciones que consagran el principio de imprescriptibilidad. En efecto, como el delito imputado era el de privación ilegal de la libertad, el Tribunal Constitucional de Bolivia estableció finalmente su carácter permanente y, toda vez, que la víctima no había recuperado su libertad, la ejecución del delito no había cesado y, consiguientemente, la prescripción no había comenzado a correr (párr. 107). En el mismo sentido, el juez Cancado Trindade señaló en su voto razonado que la Corte Interamericana tuvo presente la situación permanente del delito y, por ende, imprescriptible (párr. 21). Del mismo modo, el juez Bustos Ramírez consideró que la prescripción no había operado en lo que toca a la perseguibilidad de la conducta típica, porque en el supuesto de delito permanente el cómputo del plazo correspondiente a aquélla sólo puede comenzar el día en que cesa la ejecución del ilícito (párrs. 10 y 11).

Si algo puede extraerse de esta decisión no es sino, por el contrario, un claro apego al principio de legalidad —si bien en cuanto a la descripción del tipo penal— y a la imposibilidad de aplicación de leyes *ex post facto*. Al respecto, el último juez mencionado señaló que la Corte había examinado el asunto bajo el título jurídico de violación del derecho a la libertad, no como desaparición forzada, *tomando en cuenta que no existía en Bolivia tipo penal sobre desaparición, ni existía vinculación del Estado, como ahora la hay, a un instrumento internacional específico en esta materia* (párr. 12, el resaltado no pertenece al original).

El segundo caso sobre prescripción que ocupó a la Corte Interamericana —Benavides Cevallos, fallado el 9 de septiembre de 2003— tampoco se resolvió a favor de la aplicación retroactiva del principio de imprescriptibilidad. Allí lo que el Estado Parte impidió cumplir

por medio de una declaración de prescripción fue la propia decisión de la Corte en cuanto a la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos en los términos de las obligaciones convencionales contraídas por el Estado. Así la Corte Interamericana señaló que resultaba “inadmisible la invocación de...la prescripción, que pretenda impedir el cumplimiento de las decisiones de la Corte...”.

Al respecto, cabe recordar que el Estado de Ecuador es parte en la Convención desde el año 1977 y reconoció la competencia obligatoria de la Corte en el año 1984. Los hechos habían acaecido en el año 1985. En el voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez, se aclara que el caso presentaba una particularidad que debía tenerse en cuenta: se había formulado denuncia ante la Comisión Interamericana en el año 1988; la demanda había sido transmitida a la Corte en el año 1996; el Estado informó en el año 1998 que había llegado a un acuerdo para resolver el litigio mediante solución amistosa; en el mismo año el Estado aceptó y reconoció su responsabilidad y la Corte dictó sentencia.

De tal modo, en este caso particular, **la extinción de la acción penal se habría producido mientras se tramitaba el procedimiento internacional ante la Comisión Interamericana**. De esta suerte, el Estado habría incumplido la obligación derivada de la Convención Americana concretada en la sentencia de la Corte. El juez mencionado **observó, entonces, como un contrasentido que** la prescripción pudiera interrumpirse cuando se hallaba pendiente alguna instancia de cuyas decisiones dependía que el Estado pudiera avanzar en la persecución penal de los hechos punibles en el ámbito interno (párr. 12) y, sin embargo, **la prescripción se produjera mecánicamente cuando lo que estaba en marcha era un procedimiento internacional** (párr. 16). En ese caso es claro que la competencia de la Comisión y de la Corte hubiera caído en el vacío y, de esta manera, hubiera crecido la impunidad. De algún modo se estableció que el procedimiento internacional debía considerarse algo similar a la aquí denominada “secuela del juicio” y, por lo tanto, acto interruptor de la prescripción.

Por último, tampoco en el particular caso “Bulacio vs. Argentina” fallado el 18 de septiembre de 2003, serie C N° 100, fue la aplicación retroactiva de la “Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad”, lo que constituyó el *thema decidendum*. Por otra parte, los tiempos y circunstancias que caracterizaron a esta causa, resultan totalmente disímiles a los de la presente, lo que —como *ut infra* se detallará— genera inevitablemente diversas consecuencias en materia de responsabilidad internacional.

37) Que, por ello, la imposibilidad de condenar en la presente causa al imputado Arancibia Clavel por **el delito de asociación ilícita simple, en virtud de normas generales de prescripción** vigentes al momento de los hechos, no puede equipararse a la “indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad” de la que se da cuenta en “Barrios Altos”.

En efecto, en el párrafo 41 de esa sentencia se consideran inadmisibles las leyes que **pretendan** impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos. Tal fue el caso de las mencionadas leyes de autoamnistía sancionadas por el Congreso peruano a 13 años de ser parte en la Convención y a 10 de aceptar la competencia obligatoria de la Corte. Es claro que de ese modo se había incumplido con un deber de garantía. Por el contrario, las normas generales de prescripción existentes antes

de la vigencia de la Convención Americana no han sido sancionadas con la finalidad de impedir las investigaciones sobre violaciones a los derechos humanos.

Y, precisamente, ante los inconvenientes que la aplicación de estas normas generales pudieran causar en el futuro, el legislador ha demostrado que a los fines de cumplir con el deber de garantía debían establecerse soluciones anticipatorias. En ese cometido el Congreso de la Nación modificó —con la sanción de la ley 25.188— el art. 67 del Código Penal, incorporando una nueva causal de suspensión de la prescripción en caso de cometerse los atentados al orden constitucional y a la vida democrática previstos en los arts. 226 y 227 bis del Código Penal “hasta tanto se restablezca el orden constitucional”. A su vez, como ya se reseñó, aprobó e incorporó con jerarquía constitucional a la “Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad”. No debe olvidarse que la Corte Interamericana ha señalado en varias oportunidades que adecuar el derecho interno a sus exigencias no es algo que pueda producirse instantáneamente.

38) Que, en suma, no puede concluirse que con la decisión adoptada por el *a quo* el Estado argentino se haya apartado del compromiso asumido en los instrumentos internacionales citados. Lo contrario implicaría autorizar la aplicación retroactiva de la ley penal, a partir de la interpretación que la Corte Interamericana ha realizado respecto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos para casos totalmente disímiles al que se plantea en el *sub lite*. De este modo se abandonaría —con la gravedad que tal temperamento conlleva— un principio liminar como sin dudas lo es el de legalidad a la luz de una evolución jurisprudencial que no necesariamente conduciría a su desamparo. Parece un contrasentido concluir que los arts. 1.1., 8 y 25 de la Convención Americana —que según la jurisprudencia de la Corte Interamericana establecen el deber de garantía de perseguir y sancionar a los responsables de las violaciones de derechos humanos— pueda condecirse con la supresión del principio de legalidad como derecho de la persona sometida a enjuiciamiento penal.

En este sentido, no debe olvidarse que la Convención Americana establece como norma de interpretación en su art. 29 que “ninguna disposición de la Convención puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados”. En efecto, la redacción de “esta disposición fue elaborada con el criterio central de que no se entienda que la misma tuvo por objeto, de alguna manera, permitir que los derechos y libertades de la persona humana pudieran ser suprimidos o limitados, *en particular aquéllos previamente reconocidos por un Estado*” (OC4/84 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del 19 de enero de 1984, párr. 20; el resaltado no pertenece al original).

39) Que distintos pronunciamientos en materia de violaciones graves a los derechos humanos han exhibido un celoso respeto al principio *nullum crimen nulla poena sine lege praevia*. A modo de ejemplo cabe citar que el Comité contra la Tortura señaló que “a los efectos de la Convención [contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes] ‘tortura’ sólo puede significar la [...] practicada posteriormente a la entrada en vigor de la Convención. Por consiguiente (...) la Convención no abarca los actos de tortura cometidos [en el caso] en 1976, diez años antes de la entrada en vigor de la Convención...” (CAT/C/3/D/1,2 y 3/1988, págs. 78. Comunicaciones Nros. 1/1988 y 3/1988, O.R., M.M. y M.S. contra Argentina, Decisión del 23 de noviembre de 1989).

También señaló el Comité —no ya al expedirse sobre el tipo penal de tortura sino sobre el deber impuesto por la Convención que impedía desincriminarlo y su relación con las leyes de punto final y obediencia debida— que “la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes entró en vigor el 26 de junio de 1987. A este respecto el Comité observa que la Convención tiene efecto sólo desde esa fecha y no puede ser aplicada retroactivamente...no podían, *ratione temporis*, haber violado una convención que no había entrado todavía en vigor” (CAT, *ibídem*). En el mismo sentido Fallos: 311:401 (voto de la mayoría y voto concurrente del juez Petracchi).

Por último, en el caso “Augusto Pinochet” la Cámara de los Lores consideró que éste había perdido su inmunidad “*ratione materiae* en relación al delito de tortura el 30 de octubre de 1988, **fecha en que la Convención [sobre la Tortura] entró en vigor en Chile**...Pero resulta también aceptable que Pinochet haya seguido teniendo inmunidad hasta el 8 de diciembre de 1988, **fecha en que el Reino Unido ratificó la Convención**” (*in re Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others. Ex Parte Pinochet (On Appeal from a Divisional Court of the Queen’s Bench Division)*), sentencia del 24 de marzo de 1999, publ. en Investigaciones 2 (1999), Secretaría de Investigación de Derecho Comparado, Corte Suprema de Justicia de la Nación, pág. 292 sgtes.; el resaltado no pertenece al original).

40) Que, por último, no debe soslayarse que los casos examinados por la Corte Interamericana —*ut supra* reseñados— reunían las condiciones formales para generar responsabilidad ante aquella —lo que así sucedió—, en tanto los hechos allí imputados eran posteriores a la ratificación de la Convención Americana y al reconocimiento de la competencia contenciosa del mencionado Tribunal. En las decisiones vinculadas con la cuestión de prescripción se observa una clara preocupación de la Corte Interamericana por evitar pronunciarse sobre cuestiones sobre las que no tenía competencia *ratione temporis* —art. 62(3) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos—, en tanto, como es sabido, las consecuencias jurídicas sólo pueden derivarse de hechos violatorios de tal Convención.

Por el contrario, los hechos de la presente causa no podrían generar deberes del Estado respecto a los derechos establecidos en la Convención Americana —con la consiguiente responsabilidad ante ese Tribunal—, toda vez que ocurridos entre los años 1974 y 1978 resultan anteriores a la fecha de ratificación de la Convención y a la aceptación de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana por parte de la República Argentina (lo que se produjo en el año 1984).

41) Que a mayor abundamiento, corresponde puntualizar que el caso presenta la singularidad de que la prescripción *ya había operado* conforme las normas legales que la regían —art. 62 del Código Penal— con anterioridad a la entrada en vigor de la “Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad”. Por ello, y toda vez que la prescripción penal es de orden público, por lo cual debe ser declarada de oficio, lo que quiere decir que se produce de pleno derecho por el solo transcurso del plazo pertinente (Fallos: 186:289), **aun cuando hubiera de reconocerse al régimen de prescripción establecido en la Convención “efecto retroactivo**, nunca lo podría tener respecto a una **acción extinguida** antes de que dicha norma...comenzara a regir” (doctrina de Fallos: 207:86, el resaltado no pertenece al original; en el mismo sentido ver

Jescheck, op. cit., pág. 1240, donde hace referencia a la llamada “*gran retroactividad*” y su incompatibilidad con los principios generales del Estado de Derecho).

42) Que tampoco en base al derecho internacional no contractual podría sostenerse la imprescriptibilidad de la acción penal respecto del delito imputado en la presente causa.

Corresponde aquí recordar que en el año 1965 la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa recomendó al Comité de Ministros que invitara “...a los gobiernos miembros a tomar inmediatamente las medidas propias para evitar que por el juego de la prescripción o cualquier otro medio queden impunes los crímenes cometidos por motivos políticos, raciales o religiosos, antes y durante la Segunda Guerra Mundial, y, en general, los crímenes contra la Humanidad” (Recomendación nro. 415 del 28 de enero de 1965). Asimismo en el marco de la Organización de las Naciones Unidas la Comisión de Derechos Humanos aprobó en el mismo año la Resolución 3 (período de sesiones 21°) en la que consideró “que las Naciones Unidas deben contribuir a la solución de los problemas que plantean los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, que constituyen graves violaciones del Derecho de Gentes, y que deben especialmente estudiar la posibilidad de establecer el principio de que para tales crímenes no existe en el derecho internacional ningún plazo de prescripción” (Documentos Oficiales 39°). La discusión dio lugar a la aprobación por parte de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad, el 26 de noviembre de 1968. En el debate que le precedió se impuso la posición según la cual el principio de imprescriptibilidad ya entonces existía en el derecho internacional, por lo que la Convención no podía enunciarlo sino afirmarlo (Comisión de Derechos Humanos, 22° Período de Sesiones, 1966). Es por ello que el verbo “afirmar” reemplazó al verbo “enunciar” que contenía el proyecto original.

Esta *afirmación* del principio de imprescriptibilidad importó, entonces, el reconocimiento de una norma ya vigente en función del derecho internacional público consuetudinario. Así se ha sostenido que en virtud de las manifestaciones reseñadas y de las prácticas concordantes con ellas, el principio de imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad integra el derecho internacional general como un principio del Derecho de Gentes generalmente reconocido o incluso como costumbre internacional.

De este modo, es claro que la aplicación de tal principio no vulneraría la exigencia de *lex praevia*. Sin embargo, tampoco en base a esta diversa fundamentación puede resolverse la cuestión a favor de la aplicación del principio de imprescriptibilidad, en tanto otros aspectos no menos importantes que subyacen al *nullum crimen nulla poena sine lege*, se verían claramente violados.

En efecto, la aplicación de la costumbre internacional contrariaría las exigencias de que la ley penal deba ser *certa* —exhaustiva y no general—, *stricta* —no analógica— y, concretamente en relación al *sub lite, scripta* —no consuetudinaria—. Sintetizando: las fuentes difusas —como característica definitoria de la costumbre internacional— también son claramente incompatibles con el principio de legalidad.

43) Que los obstáculos hasta aquí examinados tampoco pueden sortearse con la aplicación directa del derecho penal internacional en virtud de una pretendida preeminencia del Derecho de Gentes que encontraría su fundamento en el art. 118 de la

Constitución Nacional, derecho que no necesariamente revelaría idéntica sujeción al principio de legalidad.

Al respecto, cabe recordar que el art. 118 de la Constitución Nacional establece que “(l)a actuación de estos juicios [juicios criminales ordinarios] se hará en la misma provincia donde se hubiera cometido el delito; pero cuando éste se cometa fuera de los límites de la Nación, contra el Derecho de Gentes, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio”.

Como se advierte, esta cláusula constitucional regula una modalidad de los juicios criminales: aquellos que derivan de los *delicta iuris gentium*. En este aspecto, impone al legislador el mandato de sancionar una ley especial que determine el lugar en que habrá de seguirse el juicio, de suerte tal que, a falta de la ley especial que prevé la norma (se refiere además a hechos acaecidos en el exterior) resulta inaplicable (Fallos: 324:2885). En efecto, esta Corte ya ha precisado el alcance acotado que debe asignarse a la escueta referencia que contiene esta norma. Seco Villalba (*Fuentes de la Constitución Argentina*, Depalma, Buenos Aires, 1943, pág. 225) da cuenta de su origen que se remonta a la Constitución de Venezuela de 1811, la que del mismo modo simplemente estatuye que en el caso de que el crimen fuese perpetrado contra el derecho de gentes —en ese momento piratería y trata de esclavos— y fuera de los límites de la Nación, el Congreso determinará por una ley especial, el paraje donde haya de seguirse el juicio.

De tal modo, no cabe concluir que por esta vía el derecho de gentes tiene preeminencia sobre el derecho interno del Estado argentino. Por otra parte, no debe confundirse el valor indiscutible del derecho de gentes y su positiva evolución en el ámbito del derecho internacional con la posibilidad de aplicar sus reglas directamente en el derecho interno.

En definitiva, la mención en la Constitución del derecho de gentes se efectúa sólo para determinar la forma en que se juzgarán los delitos cometidos en el exterior contra esos preceptos; pero de ningún modo —más allá de su indiscutible valor— se le confiere jerarquía constitucional ni —menos aún— preeminencia sobre la Ley Fundamental.

Parece a todas luces exagerado inferir en base al texto del art. 118 que sea posible la persecución penal en base a las reglas propias del derecho penal internacional. De allí no se deriva en modo alguno que se puede atribuir responsabilidad individual con base en el derecho internacional, en tanto no se establece cuáles son los principios y normas que rigen la persecución de crímenes *iuris gentium*. Por lo tanto —como se afirmó— **la norma citada no permite concluir que sea posible en nuestro país la persecución penal con base en un derecho penal internacional que no cumpla con los mandatos del principio de legalidad** (en el mismo sentido ver *Persecución Penal Nacional de Crímenes Internacionales en América Latina y España*, Montevideo, 2003, ed. por la Konrad Adenauer Stiftung, investigadores del Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional).

44) Que, por último, corresponde aclarar que las conclusiones a las que se arribó en la causa “Priebke” (Fallos: 318:2148) no pueden extrapolarse sin más a la cuestión que se debate en el *sub lite*. En el mencionado precedente debía resolverse una solicitud de extradición —que como tal era regida por el principio de colaboración internacional—. Es decir, se trataba de un supuesto de hecho muy distinto al que aquí se plantea, en tanto en el caso *sub examine* debe decidirse acerca de la atribución de responsabi-

lidad penal a una persona a la que se le ha imputado la comisión de un delito en el ámbito interno de nuestro país.

En efecto, tal como señala con claridad el voto de los jueces Nazareno y Moliné O'Connor (considerando 44) y el voto del juez Bossert (considerando 56) *in re* "Priebke", lo que allí estaba en tela de juicio era la vigencia de los compromisos asumidos en el ámbito internacional en materia de extradición, toda vez que este tipo de trámites no tienen por objeto determinar la culpabilidad o inculpabilidad del individuo requerido, sino sólo establecer, si su derecho de permanecer en el país —art. 14 de la Constitución Nacional— debe ceder ante la solicitud de cooperación internacional formulada. En ese caso, se explicaba que un país soberano como la República de Italia —para el que la acción no estaba prescrita en virtud de su calificación como crimen de lesa humanidad—, solicitara la extradición del imputado sin perjuicio del juzgamiento definitivo incluso sobre la naturaleza del delito por los tribunales del lugar donde se había cometido.

En el mencionado precedente solamente se admitió que un tratado —al que había adherido el país requirente y cuya aplicación éste, a su vez, permitía— pudiera ser computado por nuestros tribunales a efectos de conceder una extradición. De ese modo se cumplió con lo que la Organización de las Naciones Unidas había exhortado a los Estados no Partes de la "Convención sobre Imprescriptibilidad" a través de diversas resoluciones en cuanto a su cooperación a los fines de la detención, extradición, enjuiciamiento y castigo de los culpables de delitos de la envergadura de los crímenes de guerra o de lesa humanidad. El no acceder a esa petición, por lo tanto, contrariaba los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas (Resoluciones de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas sobre la "Cuestión del castigo de los criminales de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa humanidad", n° 2338 (XXII) del 18 de diciembre de 1971 ; n° 2583 (XXIV) del 15 de diciembre 1969 ; n° 2712 (XXXV) del 15 de diciembre de 1970 ; n° 2840 (XXVI) del 18 de diciembre de 1971).

Tan así es, que diversas normas que regulan actualmente cuestiones de extradición, han hecho hincapié en la observancia de los intereses del país requirente como modo de evitar con facilidad los obstáculos que presentaban causas como la aquí reseñada. A modo de ejemplo corresponde citar la nueva Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal —ley 24.767 del 16 de enero de 1997— que establece como requisito a los fines de la extradición que el delito no esté prescripto en el Estado requirente, sin importar —en base al principio de cooperación internacional— **que ya hubiera prescripto en el país requerido** (a diferencia de lo que sucedía con la ley 1612). Idéntica postura se adopta en el nuevo convenio en materia de cooperación suscripto con los Estados Unidos de América. De este modo recupera su vigencia un antiguo principio del derecho internacional, según el cual la prescripción debe regirse en virtud del Derecho del país que solicita la entrega (conf. Werner Goldschmidt, *La prescripción penal debe aplicarse de oficio*, ED, Tomo 110, pág. 384 y sgtes.)

Como ya se afirmó, esta particular problemática que fue materia de decisión en el precedente de Fallos: 318:2148, en modo alguno puede ser trasladada a la situación que se plantea en el *sub lite*, la que requiere de la elaboración de un examen novedoso, en tanto lo que aquí debe decidirse se vincula directamente con el art. 18 de la Constitución Nacional en cuanto establece que "(n)ingún habitante de la Nación pueda ser **penado sin juicio**

previo fundado en **ley anterior al hecho del proceso...**” Ese es el principio que integra el orden público argentino y que no puede ser vulnerado con la aplicación de una norma sancionada *ex post facto*.

45) Que todo lo dicho reafirma la imposibilidad de aplicación retroactiva o consuetudinaria del postulado de imprescriptibilidad.

En efecto, reiteradamente ha sostenido este Tribunal que una de las más preciosas garantías consagradas en el art. 18 de la Constitución Nacional es que ningún habitante de la Nación pueda ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso (Fallos: 136:200; 237:636; 275:89; 298:717; 308:892); principio que se encuentra también reconocido —aunque con menor extensión— a través de los instrumentos que han sido incorporados por mandato del art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional (arts. 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 11.2 y 29.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos).

Lo dicho no significa que esta Corte pase por alto el indiscutible carácter aberrante de los delitos investigados en esta causa. Sin embargo, sería de un contrasentido inadmisibles que por ese motivo se vulnerasen las garantías constitucionales básicas de quien se encuentra sometido a proceso. Precisamente, *el total respeto de esas garantías y de un derecho penal limitado* son las bases sobre las que se asienta y construye un verdadero Estado de Derecho.

Es por ello que los preceptos liberales de la Constitución argentina deben ser defendidos férreamente —conf. Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal*, ed. Losada, 1964, T. II, págs. 406 y sgtes.—, a fin de conjurar que el enfoque inevitablemente difuso del derecho penal internacional conduzca a la destrucción de aquéllos.

Por ello, habiendo dictaminado el señor Procurador General, se desestima la queja. Notifíquese y archívese.

CARLOS S. FAYT.

DISIDENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ADOLFO ROBERTO VÁZQUEZ

Considerando:

1º) Que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 6 condenó a Enrique Lautaro Arancibia Clavel a la pena de reclusión perpetua, como autor del delito previsto en el art. 210 bis, incs. a, b, d, f y h, del Código Penal (asociación ilícita agravada, versión ley 23.077) en concurso real con el de participación necesaria en el homicidio agravado por el uso de explosivos y con el concurso premeditado de dos o más personas de Carlos José Santiago Prats y Sofía Esther Cuthbert Chiarleoni (art. 80, incs. 2º y 4º del Código Penal, según ley 20.642).

2º) Que a raíz del recurso interpuesto por la defensa la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal casó parcialmente el fallo mencionado, en cuanto había condenado por asociación ilícita agravada y declaró extinguida la acción penal por prescripción respecto del delito de asociación ilícita simple y sobreseyó en la causa y respecto de Arancibia Clavel.

Contra dicha decisión, la querrela —en representación del Gobierno de Chile— interpuso recurso extraordinario, cuya denegación originó la presente queja.

3°) Que en lo que aquí interesa la sentencia del tribunal oral tuvo por acreditado que Enrique Lautaro Arancibia Clavel tomó parte a partir de marzo de 1974 y hasta el 24 de noviembre de 1978 de una asociación ilícita (la Dirección de Inteligencia Nacional —DINA exterior— dependiente del gobierno de facto chileno), que contaba con al menos 10 miembros, y cuya actividad consistía en la persecución de opositores políticos al régimen de Pinochet exiliados en Argentina. Esto incluía secuestros, sometimiento a interrogatorios bajo tormentos, sustracción de sus identificaciones para su reutilización previa falsificación, etc. Dentro de la organización, Arancibia Clavel tenía por función formar en Buenos Aires una red paralela de informantes que aportaran datos sobre los perseguidos. Asimismo, estuvo presente durante el allanamiento y la aplicación de torturas a la ciudadana chilena Laura Elgueta, fueron encontrados en su poder documentos de identidad utilizados para dificultar la identificación de los asesinados, utilizaba identidades falsas y ocultaba sus actividades de inteligencia aparentando ser empleado del Banco de Estado de Chile.

4°) Que al calificar la conducta de Arancibia Clavel de haber tomado parte en la asociación precedentemente descripta, el tribunal oral consideró, de conformidad con la posición postulada por el querellante, que resultaba aplicable al caso el tipo previsto en el art. 210 bis, Código Penal en su redacción actual, que reprime más gravemente las asociaciones ilícitas que reúnan al menos dos características particulares (diez o más miembros, organización militar, disposición de armas de guerra o explosivos, uno o más miembros oficiales o suboficiales de las fuerzas armadas o de seguridad, apoyo de funcionarios públicos), cuando la acción contribuya a poner en peligro la vigencia de la Constitución Nacional. Como fundamento para aplicar el texto actual, tuvo en cuenta que en los delitos permanentes (como la asociación ilícita) la ley aplicable al momento de comisión es la vigente al momento del cese de la conducta delictiva; en el caso, el art. 210 bis vigente en 1978 preveía un tipo penal más gravoso (versión ley 21.338: “se impondrá reclusión o prisión de cinco a doce años, si la asociación dispusiere de armas de fuego o utilizare uniformes o distintivos o tuviere una organización de tipo militar. La pena será de reclusión o prisión de cinco a quince años si la asociación dispusiera de armas de guerra y tuviere una organización de tipo militar. Los cabecillas, jefes, organizadores o instructores serán reprimidos de ocho a veinticinco años de reclusión o prisión. La misma pena se impondrá si la asociación estuviere organizada total o parcialmente con el sistema de células”), que, por aplicación de la ley más benigna (art. 2 Código Penal) quedaba desplazado por actual art. 210 bis.

5°) Que, en contra de ello, la Cámara de Casación afirmó que la conducta atribuida a Arancibia Clavel, por sus características, y con seguridad, al menos entre 1976 y 1978, “jamás pudo contribuir a poner en peligro la vigencia de la Constitución Nacional”, en el sentido de poder contribuir efectivamente a afectar el sistema republicano y democrático, y concluyó que, por lo tanto, no resultaba aplicable el tipo penal del art. 210 bis, versión ley 23.077. Por su parte, el tipo penal en que sí podría haber resultado subsumible (art. 210 bis, versión ley 21.338) ya no se encontraba vigente, con lo cual sólo podía entrar en consideración el tipo básico del art. 210, por ser “la única disposición penal que define el comportamiento tanto al tiempo de iniciarse la ejecución del hecho como en el intermedio y en el del juzgamiento”. Respecto de dicho delito, sin embargo, resolvió que la acción penal se encontraba prescripta, por cuanto desde la fecha en que Arancibia dejó de cometer

el delito (la de su detención, el 24 de noviembre de 1978) hasta la de su llamado a prestar declaración (15 de mayo de 1989) transcurrieron más de diez años (arts. 59, inc. 3º, 62, inc. 2º, 63, 67 párr. 4 y 210 del Código Penal).

6º) Que en relación a este último punto el *a quo* rechazó la posición de los querellantes con respecto a la imprescriptibilidad de los hechos imputados a Arancibia Clavel, por tratarse de delitos de lesa humanidad, sobre la base de que en la sentencia no quedaban comprendidos los delitos que pudieren haber cometido los miembros de la banda, sino únicamente el haber integrado una asociación ilícita. Dicha conducta —afirmó— de ningún modo se ha demostrado que pueda encajar dentro de los “crímenes de lesa humanidad” que definió como “...los asesinatos, exterminación, sometimiento a esclavitud, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil o durante la guerra, o persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, en ejecución o conexión con cualquier crimen de jurisdicción del Tribunal, sean o no una violación a la legislación interna del país donde hubieran sido perpetrados...”. En su opinión, sólo se cuenta hasta el momento con definiciones inseguras, y “habrá de verse si acaso permitan superar la aludida inseguridad las definiciones que acuña el estatuto de la Corte Penal Internacional...”.

7º) Que la querrela fundó sus agravios ante esta Corte en el exceso de jurisdicción en que habría incurrido la cámara al resolver la inaplicabilidad del art. 210 bis a la conducta del imputado, cuando la cuestión no había sido expresamente planteada por la defensa, y cuestionó por arbitraria la interpretación que el *a quo* realizara de dicha norma y de la garantía de la ley penal más benigna.

8º) Que tanto la cuestión relativa a la forma de introducción del planteo de la defensa, así como la atinente a la subsunción de la conducta imputada a Arancibia Clavel en el tipo penal previsto por el art. 210 bis del Código Penal remiten al examen de cuestiones de derechos procesal y común ajenas a la vía del art. 14 de la ley 48.

9º) Que sin perjuicio de lo indicado en el considerando que antecede el recurso extraordinario resulta procedente. En efecto, se ha configurado en autos una cuestión federal de trascendencia, en atención a que el planteo del recurrente referido a la inteligencia de la “Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad” comporta la interpretación y aplicación de tratados internacionales y, por ende, el cumplimiento por el Estado Nacional de sus obligaciones internacionales (doctrina de Fallos: 319:2411).

10) Que por otra parte, si bien el agravio relativo a la imprescriptibilidad de las conductas imputadas a Arancibia Clavel, por su calidad de crímenes de lesa humanidad, fue introducido por la querrela ante la Cámara de Casación —fs. 7328/7352— y no fue mantenido explícitamente en esta instancia, corresponde que sea tratado por la Corte toda vez que la prescripción de la acción penal constituye una cuestión de orden público y la omisión de su consideración puede comprometer la responsabilidad del Estado argentino frente al orden jurídico interamericano, debiendo, en consecuencia, analizarse su planteo.

11) Que corresponde entonces, determinar si el delito de asociación ilícita investigado en autos, independientemente de su adecuación típica al Código Penal argentino, constituye un delito de lesa humanidad, y verificar si la acción penal se encuentra prescripta o no.

12) Que las propias definiciones utilizadas por el *a quo* califican a la conducta de Arancibia Clavel como un delito de lesa humanidad, pues la agrupación de la que formaba parte estaba destinada a perseguir a los opositores políticos del gobierno chileno presidido por el general Augusto Pinochet, por medio de homicidios, desaparición forzada de personas y tormentos con la aquiescencia de funcionarios estatales. Así pues, de acuerdo con el texto del Estatuto de Roma que en la resolución apelada se cita sólo en su art. 7, queda alcanzada toda forma posible de intervención en esta clase de hechos. Así, no sólo quedan incluidas en las formas “tradicionales” de participación (art. 25, inc. 3º, ap. a, b y c), sino que expresamente menciona el contribuir “de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común” (art. 25, inc. 3º, ap. d), cuando dicha contribución es efectuada “con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte” (ap. d, supuesto i).

13) Que, el formar parte de un grupo destinado a perseguir, reprimir y exterminar sistemáticamente a opositores políticos del régimen dictatorial instaurado en la República de Chile, a partir de septiembre de 1973 (DINA exterior), que operaba dentro del territorio nacional, y abarcó la comisión de homicidios, desapariciones forzadas, tormentos, falsificación de documentos, disposición de armas y explosivos, entre otros; asumiendo como función el encausado, al menos, el facilitar y apoyar los delitos del grupo por medio de la consolidación de una “red de informantes” y “contactos” con funcionarios policiales y militares destinados a obtener datos sobre posibles perseguidos y, en su caso, a garantizar la impunidad de los autores materiales de crímenes de lesa humanidad, constituiría también un crimen contra la humanidad, independientemente del rol funcional que se ocupe. Sostener lo contrario sería un contrasentido, pues si los homicidios, la tortura y los tormentos, la desaparición forzada de personas, son delitos contra la humanidad, el formar parte de una asociación destinada a cometerlos también lo es, toda vez que este último sería un acto preparatorio punible de los otros.

14) Que debe aceptarse que la problemática del derecho inherente al ser humano asumió un cariz internacional a partir de todo lo acaecido en la Segunda Guerra Mundial. Así, el 8 de agosto de 1945 se concluyó el Acuerdo de Londres firmado por Estados Unidos, Gran Bretaña, la Unión Soviética y el gobierno provisional de Francia, por el que se anunció la creación de un Tribunal Militar Internacional para el juzgamiento de los criminales de guerra cuyos crímenes no tuvieran localización geográfica particular y que funcionarían en la ciudad de Nuremberg. En el art. 6, ap. c del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, se definió como “crímenes contra la humanidad” a los asesinatos, exterminio, sometimiento a esclavitud, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil antes de, o durante la guerra; o persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de o conexión con cualquier crimen de la jurisdicción del Tribunal, sean o no una violación de la legislación interna del país donde hubieran sido perpetrados. Dicho concepto fue confirmado por la Carta de Naciones Unidas de 1945; Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) del 13 de febrero de 1946 y 95 (I) del 11 de diciembre de 1946; Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948; Proyectos de Códigos de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad de 1951, art. 10; de 1991, art. 21; y de 1996, art. 18; Estatuto del Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia; Estatuto de Roma, art. 7.

15) Que ello no obstante, tales situaciones puntuales o de excepción nunca dejaron de lado los avances que en materia de derecho penal había logrado la civilización luego de siglos de evolución humanista, tales como los institutos que garantizaban o establecían límites a la voluntad omnímoda de los monarcas, dictadores, vencedores de guerra, etc. contenidos en tratados internacionales de derechos humanos y en el orden interno, como por ejemplo, hábeas corpus, el principio de legalidad, la inaplicabilidad de leyes *ex post facto*, límites de la extensión de la pena —dentro de los cuales la prescripción toma especial relevancia—, el *in dubio pro reo*, ley penal más benigna, *nulla poena sine lege*, etc.

16) Que aclarado ello y en razón de la aprobación de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad (conf. ley 24.584 y decreto 579/2003), que adquirió jerarquía constitucional por ley 25.778, corresponde despejar el segundo interrogante planteado en el considerando 11). Es decir, examinar la cuestión relativa a si la regla que establece la imprescriptibilidad de la imputación por el delito de asociación ilícita —como crimen de lesa humanidad— puede ser aplicada al *sub lite* retroactivamente o si ello lesiona el principio *nulla poena sine lege*.

17) Que el presente caso se caracteriza por ser de aquellos en los cuales el juez se encuentra ante la confrontación de principios y derechos constitucionales y tal circunstancia le obliga a extremar la ponderación de los valores e intereses en juego en el caso concreto para dar la respuesta más adecuada teniendo en cuenta el objetivo preambular de afianzar la justicia, propósito liminar y de por sí operativo que no sólo se refiere al Poder Judicial sino a la salvaguarda del valor justicia en los conflictos jurídicos concretos que se plantean en el seno de la comunidad (doctrina Fallos: 302:1284).

18) Que el Preámbulo de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad señala que una de las razones del establecimiento de la regla de la imprescriptibilidad fue la grave preocupación en la opinión pública mundial suscitada por la aplicación a los crímenes de guerra y lesa humanidad de las normas de derecho interno relativas a la prescripción de los delitos ordinarios, pues impide el enjuiciamiento y castigo de las personas responsables de esos crímenes. A ello se agrega el texto del art. IV, de conformidad con el cual “los Estados Parte en la presente Convención se comprometen a adoptar, con arreglo a sus respectivos procedimientos constitucionales, las medidas legislativas o de otra índole que fueran necesarias para que la prescripción de la acción penal o de la pena, establecida por ley o de otro modo, no se aplique a los crímenes mencionados en los arts. I y II de la presente Convención y, en caso de que exista, sea abolida”.

Tales formulaciones, como puede advertirse, no resultan categóricas con respecto a la retroactividad de la Convención, razón por la cual deben ser conjugadas con el principio de *nulla poena sine lege* consagrado en el art. 18 de la Constitución Nacional. Si esto fuera así, tal criterio pudo ser declarado por el propio Tratado, cosa que no ocurrió.

19) Que esta Corte, al definir el principio de legalidad, ha señalado que “toda nuestra organización política y civil reposa en la ley. Los derechos y obligaciones de los habitantes así como las penas de cualquier clase que sean, sólo existen en virtud de sanciones legislativas y el Poder Ejecutivo no puede crearlas ni el Poder Judicial aplicarlas si falta la ley que las establezca” (Fallos: 191:245). Y agregó que el principio de legalidad establecido por el art. 18 de la Constitución Nacional, exige que la conducta y la sanción se encuentren previstas

con anterioridad al hecho por una ley en sentido estricto, y es competencia exclusiva del Poder Legislativo la determinación de cuáles son los intereses que deben ser protegidos mediante amenaza para garantizar una protección suficiente por ser el derecho penal la última *ratio* del orden jurídico (Fallos: 314:424).

20) Que desde los albores de la jurisprudencia de esta Corte se ha entendido de manera pacífica que, según el principio de legalidad, el tipo penal exige para su existencia la doble determinación por el legislador de los hechos punibles y las penas a aplicar, y proscribire, en consecuencia, la aplicación por analogía, o de modo extensivo la ley penal (doctrina Fallos: 16:118; 137:425; 150:293; 169:309; 184:116; 191:245; 204:345, 359; 220:129; 237:636; 307:550 y 1114; 310: 1909; 314:1451 entre muchos otros). Vale decir que abarca todos los presupuestos de la punibilidad y no sólo la descripción de la conducta típica en sentido estricto. En consecuencia, también los plazos de prescripción han de estar legalmente determinados con carácter previo, y no cabe prorrogarlos retroactivamente, tanto si antes del acto de prórroga ha expirado el plazo como en el caso contrario. En tal sentido se ha pronunciado doctrina autorizada: “El comportamiento punible y la medida de la pena no se deben determinar bajo la impresión de hechos ocurridos, pero aún por juzgar, ni como medio contra autores ya conocidos, sino por anticipado y con validez general, mediante una ley determinada, dictada con anterioridad al hecho” (conf. Günter Jakobs, Derecho Penal, Parte General, Madrid, 1995, 4/9).

21) Que el instituto de la prescripción de la acción penal, está estrechamente ligado al principio de legalidad, por lo tanto no sería susceptible de aplicación una ley *ex post facto* que alterase su operatividad, en perjuicio del imputado. El rechazo de la retroactividad de disposiciones penales posteriores al hecho, las llamadas leyes *ex post facto*, que impliquen un empeoramiento de las condiciones de los encausados ha constituido doctrina invariable en la jurisprudencia tradicional de la Corte. En el caso “Mirás” (Fallos: 287:76, y sus numerosas citas sobre el punto) se señaló expresamente que tal principio alcanza también a la prescripción de la acción penal. Se dijo en esa ocasión: “el instituto de la prescripción cabe sin duda alguna en el concepto de ‘ley penal’, desde que ésta comprende no sólo el precepto, la sanción, la noción del delito y la culpabilidad, sino todo el complejo de las disposiciones ordenadoras del régimen de extinción de la pretensión punitiva”.

22) Que, de los enunciados contenidos en los Tratados Internacionales reseñados se desprende que no establecen ningún tipo penal que según el principio de legalidad entendido tradicionalmente por la Corte, exige para su existencia la descripción del hecho punible y las penas a aplicar. Sin que obste a lo expuesto considerar como delito de lesa humanidad la asociación ilícita integrada por Arancibia Clavel, ya que no resulta posible acudir a principios indefinidos supuestamente derivados del derecho de gentes. Lo contrario importaría violentar el principio del debido proceso adjetivo consagrado en el art. 18 de la Constitución Nacional, que integra el orden público internacional argentino y a él debe conformarse no sólo todo procedimiento jurisdiccional que se lleve a cabo en jurisdicción argentina, sino también todo procedimiento que concluya en la sentencia o resolución dictada por autoridad judicial extranjera con efectos extraterritoriales en la República Argentina (doctrina de Fallos: 319:2411).

23) Que por otra parte, el principio de irretroactividad de la ley penal también se encuentra reconocido en los instrumentos incorporados por el art. 75, inc. 22, de la

Constitución Nacional. Así, el art. 11, párrafo 2, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, dispone: “Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito”; reglas que fueron reiteradas en el art. 15, párrafo 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, suscripto en Nueva York el 19 de diciembre de 1966; en el art. 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida como Pacto de San José de Costa Rica, y, en el ámbito europeo, por el art. 7, párrafo 1, de la Convención Europea de Derechos Humanos. Cabe señalar que el segundo párrafo del art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos agrega que “nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional”, pero ese párrafo fue objeto de la reserva dispuesta en el art. 4 de la ley 23.313 que lo aprobó, según el cual “El Gobierno Argentino manifiesta que la aplicación del apartado segundo del artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, deberá estar sujeta al principio establecido en el artículo 18 de nuestra Constitución Nacional”, de modo que la República no se adhirió incondicionalmente a los principios o normas del derecho de gentes, entre los cuales podría incluirse la imprescriptibilidad retroactiva de la acción penal destinada a perseguir los delitos de lesa humanidad; la adhesión se formuló de manera condicionada, y la condición fue que la aplicación de aquellos principios o normas no pudiera realizarse de modo retroactivo, violando la garantía consagrada en el art. 18 de la Constitución Nacional, sino a partir del momento en que nuestras normas internas les dieran vigencia y hacia el futuro.

La cuestión fue expresamente considerada en el Senado de la Nación durante el debate previo a la sanción de la ley 25.778, en el cual el senador Baglini —en opinión compartida por los senadores Usandizaga, Maestro, Salvatori, Prades y Gómez Díez— expresó: “Nuestra Carta Magna tiene una primera parte dogmática que ni siquiera fue tocada por la reforma constitucional de 1994, donde existe una piedra angular, que no es sólo de nuestra Constitución sino del derecho internacional, el de todos los países, que es el art. 18, por el que se establecen principios fundamentales que son la garantía común de todos, aun de los ciudadanos que sin merecer el título de tal negaron a algunos el ejercicio de sus derechos...En esta norma está contenido el principio de legalidad. No hay condena sin ley previa al hecho del proceso. Allí está el principio de irretroactividad en materia penal —seguramente lo volvamos a mencionar cuando tratemos la siguiente iniciativa—, el principio de los jueces naturales y el de la cosa juzgada. Sobre estas cuatro piedras angulares se arma la legislación penal no sólo de la Argentina sino de todo estado democrático”. Y después de destacar que “el art. 27 de nuestra Carta Magna señala con toda claridad que cualquier tratado que celebre la Nación tiene que ser conforme a los principios de derecho público que la propia Constitución establece” concluyó en que debía quedar “claramente establecido y entendido que la modificación atinente a la prescripción de los hechos acontecidos con anterioridad a la aprobación de la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra es inconstitucional. Solamente puede regir con relación a los hechos que hubieren tenido lugar a partir del estableci-

miento de la Convención. De lo contrario, se va a generar una enorme confusión en el campo jurídico y, paradójicamente, se va a producir el efecto contrario al deseado”.

24) Que tampoco, el artículo 118 de la Constitución Nacional, en cuanto establece que: “...La actuación de estos juicios se hará en la misma provincia donde se hubiere cometido el delito; pero cuando éste se cometa fuera de los límites de la Nación, contra el Derecho de Gentes, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio”, no constituye obstáculo ya que se refiere al derecho de gentes sólo para determinar la forma en que se juzgarán los delitos cometidos en el exterior en contra de sus preceptos. En modo alguno se le confiere al *ius cogens* jerarquía constitucional y tampoco lo menciona en este aspecto el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional.

25) Que esta Corte ha interpretado que el citado precepto constitucional regula la modalidad de los juicios criminales: aquellos que derivan de los *delicta iuris gentium* (conf. doctrina de Fallos: 324:2885 - punto VI del dictamen del señor Procurador General), expresando en tal sentido que dicho artículo impone un mandato al legislador: la sanción de una ley especial que determine el lugar en que habrá de seguirse el juicio, por lo que a falta de la ley especial que prevé la norma —para los hechos acaecidos en el exterior— resulta inaplicable.

En consecuencia, resultaría una conclusión dogmática inadmisibles que desconocería además de su sentido literal el verdadero alcance que la Corte le ha otorgado, afirmar que el texto del art. 118 de la Constitución Nacional otorga preeminencia al derecho de gentes sobre las propias normas constitucionales o bien las desplaza, lo cual, como es obvio, no se ha dado ni en su texto original ni en sus reformas.

26) Que ese criterio, de hacer prevalecer las declaraciones, derechos y garantías establecidos en la parte liminar de la Ley Fundamental, se ve reafirmado en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional que expresamente prescribe que los tratados con jerarquía constitucional “no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse como complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”. A ello se suma el art. 21 de la ley 48 en cuanto dispone que “Los tribunales y jueces nacionales en el ejercicio de sus funciones procederán aplicando la Constitución como ley suprema de la Nación, las leyes que haya sancionado o sancione el Congreso, los tratados con naciones extranjeras, las leyes particulares de las Provincias, las leyes generales que han regido anteriormente a la Nación y los principios del derecho de gentes, según lo exijan respectivamente los casos que se sujeten a su conocimiento, en el orden de prelación que va establecido”.

27) Que ello resulta armónico con el art. 27 de la Ley Fundamental, en cuanto dispone que los tratados suscriptos por el gobierno federal deberán estar en conformidad con los principios de derecho público establecidos en ella. De esa forma, se marca el respeto por la jerarquía normativa, subordinando el derecho de gentes en la aplicación de las normas fundamentales de la Carta Magna, y al ser ello así, el *ius cogens* sólo podrá aplicarse en la medida que no las contradigan.

28) Que tal solución, lejos de atentar contra el principio de colaboración entre estados, lo reafirma, ya que la realización de los altos fines de la justicia penal, instituida en todos los países civilizados para garantía de sus habitantes (Fallos: 154:157, pág. 162; 154:332,

pág. 336; 156:169, pág. 180; 166:173, pág. 177) se vería frustrada y aquéllos privados de contenido, si so pretexto de aquel principio el Tribunal acudiera a razones extralegales genéricas, como son las atinentes a la conveniencia universal del enjuiciamiento y castigo de todos los delitos y al interés y a la seguridad de las sociedades humanas (Fallos: 261:94 y 311: 1925), para apartarse de su inveterada jurisprudencia consagrada en salvaguarda del derecho humano a la defensa en juicio (Fallos: 319:2257).

Lo contrario llevaría al extremo opuesto, pues sería como decir que los autores de delitos de violación a los derechos humanos, no tendrían a su vez derechos humanos que los protejan, lo que es impensable en el estado de derecho nacional ni en el propio *ius cogens*.

29) Que en efecto, y a mayor abundamiento, ya en el orden regional, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas aprobada por la Asamblea General de la OEA el 9 de junio de 1994, incorporada a nuestra legislación positiva mediante la ley 24.556 y que adquirió rango constitucional a través del dictado de la ley 24.820, al enunciar sus principios y objetivos reafirma que la práctica sistemática de la desaparición forzada de personas constituye un crimen de lesa humanidad. Sin embargo, luego de explicar lo que la expresión “desaparición forzada” significa (art. II), determina que los estados parte se comprometen a adoptar con arreglo a sus procedimientos constitucionales, las medidas legislativas que fueren necesarias para tipificar como delito la desaparición forzada y a imponerle una pena apropiada.

De lo dicho se desprende en primer lugar, que la Convención no establece ningún tipo penal según las exigencias del principio de legalidad (art. 18 de la Constitución Nacional), sino que describe la figura que deberá contener el tipo penal de la desaparición forzada de personas y como una secuencia lógica, exigir a los Estados Partes la sanción de ese tipo penal según sus procedimientos constitucionales, para poder otorgar a los estados jurisdicción sobre el mismo (arts. IV y IX).

30) Que de lo expuesto, cabe concluir que a la fecha de comisión de los hechos investigados, la única norma que los tipificaba en resguardo del principio de *nulla poena sine lege* consagrado en el art. 18 de la Constitución Nacional, fue la escogida por el tribunal *a quo*. Y en esa dirección, no se le puede oponer la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Crímenes de Lesa Humanidad en la medida que ha sido ratificada por ley y adquirió jerarquía constitucional con posterioridad a los hechos materia de análisis en el *sub judice*.

31) Que la solución aquí adoptada, no controvierte la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En efecto, esta Corte ha reconocido que la jurisprudencia de los tribunales internacionales competentes para la interpretación y aplicación de las convenciones incorporadas a la Constitución por el art. 75, inc. 22, segundo párrafo, debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales (Fallos: 321:3555, considerando 10), pero ello en modo alguno implica la facultad de los jueces de violar el orden jurídico interno so pretexto de proteger los derechos humanos, pues el aseguramiento de la vigencia del derecho no puede concretarse mediante su aniquilación.

32) Que en razón de ello, esta Corte no puede dejar de advertir la tensión existente entre la obligación que, en la actual evolución del derecho, tienen los estados de perseguir las violaciones a los derechos humanos y el hecho de que ellos puedan declararse prescriptos.

Sin embargo, resulta peligroso para la seguridad jurídica y la convivencia internacional que se entienda que el *ius cogens* puede tipificar delitos.

33) Que asimismo, no caben dudas de que el instituto de la prescripción de la acción penal no puede ser considerado como un principio general del derecho internacional y menos aún del derecho internacional de los derechos humanos, pero si lo es el principio de *nulla poena sine lege* consagrado en el art. 18 de la Constitución Nacional.

34) Que en tal sentido, si bien la Corte, en oportunidad de resolver en caso “Priebke” (Fallos: 318:2148) —precedente en el que el suscripto no intervino—, sostuvo que las reglas de la prescripción de la acción penal previstas en el Código Penal no resultaban aplicables respecto de hechos calificables por tratados internacionales como “genocidio” y “crímenes de guerra”, lo hizo en el marco de un proceso de extradición, dejando en claro expresamente que las normas sobre dicha materia no son reglamentarias del art. 18 de la Constitución Nacional, sino de su art. 14, en tanto no es la finalidad de estos procedimientos (extradición) la determinación de la culpabilidad del sujeto requerido, sino que importaba excepciones a la libertad de entrar, permanecer y salir del país, garantías respecto de las cuales ningún extranjero tiene un derecho irrevocablemente adquirido.

Al ser ello así, la doctrina relativa a la imprescriptibilidad de esa conducta, no resulta aplicable al *sub lite* donde, como se vio, se ventilan hechos cometidos en el país, resultando de aplicación lo dispuesto por el art. 21 de la ley 48 en cuanto marca el respeto por la jerarquía normativa, subordinando el derecho de gentes en la aplicación del derecho interno a la escala de prelación que fija dicho precepto, en cuya cumbre se encuentran las normas constitucionales. Ello, en consonancia con el art. 27 de la Constitución Nacional, en cuanto exige que los tratados internacionales deben ajustarse a los principios de derecho público establecidos por la Ley Fundamental, y el art. 46 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, si se entiende que ese precepto alcanza la nulidad de un tratado celebrado por un país en violación manifiesta a una norma de importancia fundamental de su derecho interno. A lo que cabe reiterar lo dispuesto por el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional en cuanto prescribe que los tratados con jerarquía constitucional “no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse como complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”.

35) Que el indiscutible carácter aberrante de los delitos aquí imputados no puede servir de excusa para el apartamiento del orden jurídico vigente. “Tanto o más interesa a éste la observancia de sus normas que la persecución de quienes han incurrido en hechos de aquel carácter. Muchos siglos de sangre y dolor ha costado a la humanidad el reconocimiento de principios como el *nulla poena sine lege* consagrado en el art. 18 de nuestra Constitución para que pueda dejárselo a un lado mediante una construcción basada en un derecho consuetudinario que no se evidencia como imperativo...Ello implicaría marchar a contramano de la civilización, sujetando la protección de la libertad personal de aquel cuya conducta no puede ser encuadrada en ley previa al arbitrio de una seudo interpretación que puede llevar a excesos insospechados” (conf. doctrina de Fallos: 318:2148 – disidencia de los jueces Belluscio y Levene (h)).

36) Que en el sentido indicado, debe recordarse como lo hace el juez Belluscio, el criterio concordante de la Sala Criminal de la Corte de Casación francesa citado en el considerando 17, voto de dicho magistrado, al que corresponde remitirse por razones de brevedad.

Por ello, habiendo dictaminado el señor Procurador General, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario con el alcance indicado y se confirma la sentencia apelada. Notifíquese y devuélvase.

ADOLFO ROBERTO VÁZQUEZ.



PUNICIÓN DE LOS DELITOS DE LESA HUMANIDAD

“SIMÓN” (FALLOS: 328:2056)

En este importante e histórico fallo la Corte declaró la inconstitucionalidad de las leyes de punto final (23.492) y obediencia debida (23.521), negándole a dichas normas cualquier efecto que pudiera oponerse al avance de los procesos o al juzgamiento y eventual condena de los responsables u obstaculizara las investigaciones en curso.

Ello implicaba que quienes habían resultado beneficiarios de tales leyes ya no podrían invocar ni la prohibición de retroactividad de la ley penal más grave ni la cosa juzgada, pues tales principios no podían convertirse en el impedimento para la anulación de dichas leyes ni para la prosecución de las causas que fenecieron en razón de ellas, ni la de toda otra que hubiera debido iniciarse y no lo haya sido nunca.

La decisión se adoptó con los votos propios de los jueces PETRACCHI, BOGGIANO, MAQUEDA, ZAFFARONI, HIGHTON DE NOLASCO, LORENZETTI y ARGIBAY y la disidencia del juez FAYT.

Principales ejes temáticos del fallo

- » La progresiva evolución del derecho internacional de los derechos humanos –con el rango establecido por el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional– ya no autoriza al Estado a tomar decisiones cuya consecuencia sea la renuncia a la persecución penal de delitos de lesa humanidad, en pos de una convivencia social pacífica apoyada en el olvido de hechos de esa naturaleza (Voto del juez Petracchi).
- » Las leyes de Obediencia Debida y Punto Final que intentaron dejar atrás los enfrentamientos entre “civiles y militares”, se orientan, como toda amnistía, al “olvido” de graves violaciones a los derechos humanos, se oponen a las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y resultan, por lo tanto, constitucionalmente intolerables (art. 75, inc. 22, Constitución Nacional) (Voto del juez Petracchi).
- » El principio de imprescriptibilidad, consagrado en la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Crímenes de Lesa Humanidad, al alcanzar jerarquía constitucional, integra el conjunto de principios de derecho público de la Constitución (Voto del juez Boggiano).
- » Las decisiones discrecionales de cualquiera de los poderes del Estado que diluyan los efectivos remedios de los que deben disponer los ciudadanos para obtener el castigo de tal tipo de delitos no resultan aceptables (Voto del juez Maqueda).

Enlaces destacados

» Ver más

- › Reseña
- › Versión Word

» Dictamen

» Dictamen

» Doctrina del fallo

- » Es menester declarar no solo la inconstitucionalidad de las leyes de Obediencia Debida y Punto Final, sino también considerarlas inexecutable y en virtud de lo dispuesto por la ley 25.779 debe cancelarse cualquier efecto directo de ellas o de los actos en ellas fundados, que constituya un obstáculo para el juzgamiento de los crímenes de lesa humanidad cometidos en el territorio de la Nación Argentina (Voto del juez Zaffaroni).
- » Es constitucional la ley 25.779 que declara “insanablemente nulas” las leyes de Obediencia Debida y Punto Final toda vez que los legisladores han tenido principalmente en mira subsanar aquella infracción, y cumplir de manera debida las obligaciones asumidas a través de los tratados internacionales de derechos humanos, eliminando todo aquello que pudiera constituir un impedimento normativo para avanzar en la investigación y punición de crímenes de lesa humanidad (Voto de la jueza Highton de Nolasco).
- » En los crímenes contra la humanidad, el Estado argentino ha declinado la exclusividad del interés en la persecución penal para constituirse en el representante del interés de la comunidad mundial, el cual esta misma ha declarado inextinguible (Voto de la jueza Argibay).

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 14 de junio de 2005.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la defensa de Julio Héctor Simón en la causa Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. —causa N° 17.768—”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1°) Que estas actuaciones se iniciaron con motivo de la querrela formulada por Buscarita Imperi Roa, quien afirmó que el 28 de noviembre de 1978 las denominadas “fuerzas conjuntas” secuestraron a su hijo José Liborio Poblete Roa, a su nuera Gertrudis Marta Hlaczik y a su nieta Claudia Victoria Poblete; y que distintas denuncias recibidas en la Asociación Abuelas de Plaza de Mayo señalaban que el militar retirado Ceferino Landa y su esposa Mercedes Beatriz Moreira, tenían en su poder a la menor anotada bajo el nombre de Mercedes Beatriz Landa.

Tras el correspondiente impulso fiscal en torno al hecho denunciado, se llevaron a cabo diversas medidas de prueba que, en efecto, determinaron que Claudia Victoria Poblete se encontraba con vida, que se hallaba inscripta con el nombre de Mercedes Beatriz Landa como hija de Ceferino Landa y de Mercedes Beatriz Moreira y que este estado se constituyó poco tiempo después de que las fuerzas armadas la privaran de su libertad cuando contaba con ocho meses de edad.

A raíz de ello, el 25 de febrero de 2000, se decretó el procesamiento con prisión preventiva del militar retirado teniente coronel Ceferino Landa y de Mercedes Beatriz Moreira en orden a los delitos previstos por los arts. 139, inc. 2°, 146 y 293 del Código Penal y se declaró la nulidad de la inscripción del nacimiento de Mercedes Beatriz Landa como hija de los nombrados (fs. 532/543 del expediente principal).

2º) Que en virtud de la prueba producida el agente fiscal amplió el requerimiento de instrucción en los siguiente términos “De acuerdo a los elementos colectados en las presentes actuaciones, la menor Claudia Victoria Poblete fue secuestrada junto con sus progenitores José Liborio Poblete y Gertrudis Marta Hlaczik el 28 de noviembre de 1978. Esta familia...ha permanecido detenida en el centro de detención clandestina conocido como ‘El Olimpo’, lugar éste en que el matrimonio Poblete fuera despojado de su hija Claudia, mediante el artilugio de que sería devuelta a sus abuelos, hecho éste que jamás tuvo lugar. De acuerdo con las constancias de autos, y el testimonio de algunas personas que permanecieron en calidad de detenidos clandestinos en ‘El Olimpo’, centro éste que estuvo a cargo del General Suárez Mason, algunos de los represores que habían estado encargados de dicho lugar serían responsables del secuestro y la operatoria que culminara en la entrega de Claudia Victoria Poblete a manos del Teniente Coronel Ceferino Landa. Entre aquellos que tendrían conocimiento del destino que se le diera a la menor, se encontrarían Juan Antonio Del Cerro, alias ‘Colores’, Roberto Rosa, más conocido como ‘Clavel’, Julio Simón quien actuaba bajo el seudónimo de ‘Turco Julián’, Carlos Alberto Rolón ‘Soler’, Guillermo Antonio Minicucci ‘Rolando’, Raúl Antonio Guglielminetti ‘Mayor Guastavino’, el Coronel Ferro entre otros. Asimismo, y en lo concerniente al secuestro de la familia Poblete, los intervinientes habrían sido Juan Antonio Del Cerro, Carlos Alberto Rolón y Julio Simón” (fs. 963/964 del principal).

En función de ello el juez instructor dispuso recibirles declaración indagatoria a Juan Antonio Del Cerro (apodado “Colores”) y a Julio Héctor Simón (apodado “Turco Julián”), a cuyo efecto ordenó la detención (fs. 1050). A su vez, con fecha 6 de octubre de 2000, tuvo por parte querellante a Horacio Verbitsky, en su carácter de presidente del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), con arreglo a los fundamentos que lucen a fs. 1177.

Ahora bien, tras escuchar los descargos de los imputados, el juez de primer grado dispuso el procesamiento, con prisión preventiva, de Del Cerro y Simón por haber secuestrado, retenido y ocultado a Claudia Victoria Poblete —art. 146 del Código Penal— (fs. 1470/1490).

Por su parte, la alzada, al confirmar el mencionado auto de mérito, indicó que, de acuerdo con el impulso procesal generado por el representante del Ministerio Público Fiscal y por la querrela, la investigación debía abarcar los hechos ilícitos de los que habían sido víctimas los padres de Claudia Victoria Poblete; sobre este punto indicó que de los diversos testimonios y constancias incorporadas en el expediente se desprendería que cuando los menores que permanecieron o nacieron en cautiverio en “El Olimpo” fueron efectivamente entregados a sus familiares, posteriormente sus padres recuperaron su libertad, en tanto que en los casos en los cuales los niños no fueron devueltos a sus abuelos (como el del matrimonio Poblete y el caso de Lucía Tartaglia) sus padres permanecían aún como detenidos desaparecidos (fs. 1607/1614).

3º) Que, en razón de ello, el juez de primera instancia consideró que existían elementos de prueba suficientes para recibirles declaración indagatoria a Julio Héctor Simón y a Juan Antonio Del Cerro por los hechos ilícitos sufridos por José Liborio Poblete y Gertrudis Marta Hlaczik; de modo que, con el objeto de cumplir con dichos actos procesales, declaró la invalidez de los arts. 1º de la ley 23.492 y 1, 3 y 4 de la ley 23.521 por ser incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 1, 2, 8 y 25), con la

Declaración Americana de Derechos Humanos (art. XVIII), con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 2 y 9) y con el objeto y fin de la Convención contra la Tortura y otros tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (art. 18 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados); y, a su vez, con apoyo en el art. 29 de la Constitución Nacional declaró la inconstitucionalidad y la nulidad insanable del art. 1° de la ley 23.492 y de los arts. 1, 3 y 4 de la ley 23.521 (pronunciamiento de fecha 6 de marzo de 2001 que luce a fs. 1798/1892).

4°) Que tras recibirle declaración indagatoria a Julio Héctor Simón (fs. 1967/1969), se dictó el procesamiento con prisión preventiva del nombrado sobre la base de las siguientes circunstancias de hecho: “en su calidad de miembro de la Policía Federal Argentina e integrante de un grupo de tareas que dependía del Primer Cuerpo de Ejército Argentino y que formaba parte del sistema clandestino de represión (1976/1983), secuestró, junto a otros funcionarios de las fuerzas de seguridad fuertemente armados, a José Liborio Poblete, quien era lisiado de ambas piernas y se movilizaba en silla de ruedas, hecho ocurrido el día 27 de noviembre de 1978, en horas de la tarde y en la zona del barrio ‘Once’ de esta Ciudad... que en horas de la noche, junto a un grupo de personal de seguridad fuertemente armado, secuestró a la esposa de Poblete, Gertudris Marta Hlaczik (que se encontraba con la hija de ambos, Claudia Victoria), quien fue capturada en su domicilio, sito entre las calles 41 y 42 de Guernica, Provincia de Buenos Aires. Poblete y Hlaczik eran adherentes al grupo político ‘Cristianos para la Liberación’. Los secuestros de ambas personas se realizaron con el objeto de conducir las al centro clandestino de detención denominado ‘Olimpo’ que se encontraba ubicado en la calle Ramón Falcón, entre Lacarra y Olivera, de esta ciudad; con pleno conocimiento de que allí serían sometidos a torturas y vejámenes y que, luego, en estado de total indefensión, su destino probable sería la eliminación física (muerte), a manos de integrantes de las fuerzas de seguridad que formaban parte del sistema clandestino de represión. Ya en el centro ‘Olimpo’ José Poblete y Gertrudis Hlaczik fueron torturados por Julio Héctor Simón, entre otros, e interrogados acerca de otros integrantes de la agrupación política a la que pertenecían. Entre los métodos de tortura utilizados contra ambos se encontraba la ‘picana eléctrica’, la aplicación de golpes con elementos contundentes como palos o gomas. Asimismo, Julio Simón, junto a otros integrantes de las fuerzas de seguridad, mantuvieron privados de su libertad a Gertrudis Hlaczik y a José Poblete sin dar intervención a la autoridad judicial. Durante el tiempo que duró su cautiverio en ‘Olimpo’ Hlaczik y Poblete fueron sometidos a vejámenes y malos tratos; por ejemplo, se les aplicaban golpes, y a Gertrudis Hlaczik la arrastraron tomada de los pelos y desnuda, y a José Poblete, a quien le decían ‘cortito’, lo levantaban y lo soltaban desde lo alto sabiendo que la falta de miembros inferiores le impediría evitar que se golpeará contra el suelo. Todo ello era realizado por el grupo de tareas que integraba Simón, con la participación activa de éste, quien daba órdenes, custodiaba a los detenidos, y permanecía en el centro de detención en forma estable. Esta situación se mantuvo hasta el mes de enero de 1979 cuando Poblete y Hlaczik fueron sacados del centro ‘Olimpo’ y presumiblemente eliminados físicamente por personas hasta el momento no identificadas” (fs. 2678/2735).

Estos hechos fueron calificados como crímenes contra la humanidad consistentes en la privación ilegal de la libertad, doblemente agravada, por mediar violencia y amenazas y por haber durado más de un mes, reiterada en dos oportunidades en concurso real, la que, a su vez, concurría materialmente con tormentos agravados por haber sido cometidos en

perjuicio de perseguidos políticos, en dos oportunidades en concurso real entre sí (arts. 118 de la Constitución Nacional; 55, 144 bis, inc. 1° y último párrafo —ley 14.616— en función del art. 142, incs. 1° y 5° —ley 21.338—, 144 ter, párrafos primero y segundo —ley 14.616— del Código Penal; 306 y 312 del Código Procesal Penal de la Nación).

5°) Que, a su turno, la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de esta Capital Federal, con fecha 9 de noviembre de 2001, rechazó la excepción de falta de acción planteada por la defensa de Julio Héctor Simón, y confirmó la decisión del juez de grado en cuanto había declarado inválidos e inconstitucionales los arts. 1° de la ley 23.492 —de punto final— y 1°, 3° y 4° de la ley 23.521 —de obediencia debida— y había citado a prestar declaración indagatoria a Julio Héctor Simón (expediente 17.889); y en la misma fecha en el expediente 17.768 homologó el pronunciamiento del juez de primera instancia que había decretado el procesamiento con prisión preventiva de Julio Héctor Simón, por crímenes contra la humanidad, consistentes en privación ilegal de la libertad, doblemente agravada por mediar violencia y amenazas y por haber durado más de un mes, reiterada en dos oportunidades en concurso real, que, a su vez, concurre materialmente con tormentos agravados por haber sido cometidos en perjuicio de perseguidos políticos, en dos oportunidades en concurso real entre sí (art. 118 de la Constitución Nacional; arts. 2, 55 y 144 bis, inc. 1° y último párrafo —texto según ley 14.616— en función del art. 142, incs. 1° y 5° —texto según ley 20.642—, 144 tercero, párrafos primero y segundo —texto según ley 14.616— del Código Penal; y arts. 306 y 312 del Código Procesal Penal de la Nación).

Contra ambas decisiones el procesado dedujo el recurso extraordinario federal, que fue declarado inadmisibile con el argumento de que la presentación carecía de la fundamentación autónoma exigida por el art. 15 de la ley 48; tal decisión dio lugar a la presente queja.

6°) Que, en el recurso extraordinario, el recurrente plantea la nulidad absoluta de todo lo actuado a raíz de la intervención de Horacio Verbitsky (presidente del Centro de Estudios Legales y Sociales) como querellante, pues sostiene que la participación del nombrado en el proceso significó la consagración —por vía judicial— de una acción popular no contemplada en la ley procesal ni susceptible de encontrar amparo en el art. 43 de la Constitución Nacional, que sólo recepta la protección de los derechos de incidencia colectiva, por lo que en consecuencia, a su juicio, carecía de legitimación para querellar.

Por otro lado, postula la validez constitucional de la ley 23.521 y solicita que se aplique el beneficio reconocido en el art. 1°. Afirma, que la constitucionalidad de las leyes 23.492 y 23.521 no es un tema justiciable, pues al Poder Judicial no le es dado, en los términos de los arts. 75, incs. 12 y 20 de la Constitución Nacional, juzgar sobre la oportunidad, mérito o conveniencia de las decisiones adoptadas en la zona de reserva de los demás poderes del Estado. Que tales leyes de amnistía por el alto propósito que perseguían de lograr la concordancia social y política, no son susceptibles de ser declaradas inconstitucionales.

También invoca la lesión a las garantías de la ley penal más benigna, del *nullum crimen nulla poena sine lege*, así como de la prohibición de aplicar la ley *ex post facto*. Sostiene que se aplicó retroactivamente una norma de naturaleza penal, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas —aprobada por la ley 24.556 y, en cuanto a su jerarquía constitucional, por la ley 24.820— con la consecuencia de que elimina los beneficios de la prescripción de la acción y de la pena. Agrega que no se puede restar signifi-

cación a la validez inalterable de las garantías consagradas en el art. 18 de la Constitución Nacional, en aras de los principios generales reconocidos por la comunidad internacional (art. 4 de la ley 23.313).

7º) Que, en primer lugar, cabe puntualizar que las resoluciones recurridas en tanto importan la restricción de la libertad del imputado son equiparables a sentencia definitiva, según la doctrina establecida por los precedentes de Fallos: 310:2246; 312:1351; 314:451, entre otros.

8º) Que en lo que atañe al cumplimiento del requisito propio de tribunal superior contemplado por el art. 14 de la ley 48, corresponde hacer las siguientes precisiones:

El recurso extraordinario fue interpuesto el 6 de junio de 2002 contra la sentencia de la cámara federal con arreglo a lo decidido en los pronunciamientos “Rizzo” (Fallos: 320:2118), “Panceira” (Fallos: 324:1632) y “Stancanelli” (Fallos: 324:3952), según los cuales satisfecha la garantía constitucional de la doble instancia, la alzada constituía el superior tribunal a los fines de habilitar la apertura de esta instancia federal.

Sin embargo, esta doctrina ha sido modificada recientemente a raíz de la sentencia dictada *in re* D.199.XXXIX “Di Nunzio, Beatríz Herminia s/ excarcelación —causa N° 107.572—”, del 3 de mayo de 2005, en la que se fijó la regla por la cual siempre que en el ámbito de la justicia penal nacional, conforme al ordenamiento procesal vigente, se invoquen agravios de naturaleza federal que habiliten la competencia de esta Corte por vía extraordinaria, estos deben ser tratados previamente por la Cámara Nacional de Casación Penal, en su carácter de tribunal intermedio, constituyendo de esta manera a dicho órgano en tribunal superior de la causa para la justicia nacional en materia penal, a los efectos del art. 14 de la ley 48.

En ese caso, además, se subrayó que la determinación del tribunal superior de la causa en el ámbito de la justicia penal nacional no había sido precedida de una jurisprudencia uniforme, razón por la cual se estableció que la aplicación en el tiempo del nuevo criterio fijado correspondía a las apelaciones federales dirigidas contra sentencias notificadas con posterioridad a ese fallo (doctrina de Fallos: 308:552 “Tellez”).

Sin embargo, con el objeto de dar cabal cumplimiento con la nueva doctrina fijada, mas sin que este modo de proceder vulnera los derechos del recurrente, se dispuso remitir nuevamente las actuaciones a la instancia de origen para que la defensa —a quien ya se le había garantizado el derecho al recurso en la instancia de apelación— pudiese introducir por las vías que se calificaron como aptas por ante el tribunal de casación sus derechos y agravios federales involucrados.

9º) Que esta solución no puede aplicarse al caso en función de las consecuencias a que dan lugar las vías utilizadas por el recurrente.

En efecto, cabe recordar que el imputado impugnó simultáneamente la sentencia apelada por ante la Cámara Nacional de Casación Penal mediante los recursos de inconstitucionalidad y de casación, y por ante esta Corte con un recurso extraordinario federal; que frente al rechazo de la totalidad de las apelaciones, el imputado dedujo sendas quejas ante la Cámara Nacional de Casación Penal y ante este Tribunal; que la cámara de casación desestimó la presentación directa con fundamento —precisamente— en la doctrina derivada de los precedentes “Rizzo” y “Panceira”; y que de acuerdo a la certificación

agregada a fs. 256 de esta queja (S.1767. XXXVIII) el imputado no interpuso recurso extraordinario contra dicha decisión.

Lo expuesto revela la imposibilidad jurídica de reeditar la instancia casatoria, pues el recurrente agotó y consintió la denegación de esta vía de impugnación mediante una conducta que no puede jugar en contra del ejercicio del derecho de defensa del imputado, ya que en definitiva su proceder se ajustó a las reglas establecidas y aceptadas por la doctrina imperante.

Las especiales circunstancias reseñadas tornan de estricta aplicación la pauta jurisprudencial fijada en Fallos: 308:552 “Tellez”, según la cual la autoridad institucional del nuevo precedente debe comenzar a regir para el futuro, de modo que corresponde examinar los agravios que, como de naturaleza federal, invoca el recurrente.

En esta inteligencia, además, esta Corte ha considerado arbitrario el pronunciamiento fundado en el viraje jurisprudencial operado a partir de un nuevo precedente, sobre la base de que se desvirtúa la necesidad de que el litigante conozca de antemano las reglas a las que debe atenerse al momento de intentar el acceso a la instancia revisora, lo cual genera una situación concretamente conculcatoria del derecho constitucional de defensa (Fallos: 320:1393).

10) Que, por último, cabe señalar que no se observa apartamiento de lo aquí dispuesto con el criterio aplicado por este Tribunal en los autos “Recurso de hecho deducido por el defensor oficial de Juan Antonio Del Cerro en la causa ‘Simón, Julio y Del Cerro, Juan Antonio s/ sustracción de menores de 10 años —causa n° 8686/2000—”, con fecha 30 de septiembre de 2003 (Fallos: 326:3988), en cuanto devolvió los autos al tribunal de origen para que se sustancie el recurso de inconstitucionalidad (art. 474 de Código Procesal Penal de la Nación), pues lo decisivo es que en ese caso esta Corte estaba habilitada para abrir la instancia revisora de la Cámara Nacional de Casación Penal mientras que en el *sub lite* se carece de dicha atribución en los términos señalados, ocasionando por ende a este procesado un agravio substancial a sus garantías constitucionales si no se procediese del modo indicado; máxime, cuando no puede soslayarse la magnitud del tiempo transcurrido y la restricción de libertad que soporta el recurrente con motivo de la decisión de la que se agravia.

En este sentido, no debe pasarse por alto que uno de los contenidos esenciales de la garantía constitucional de la defensa en juicio es el derecho de todo imputado a obtener un pronunciamiento que, definiendo su posición frente a la ley y la sociedad, ponga término del modo más breve, a la situación de incertidumbre y de restricción de libertad que comporta el enjuiciamiento penal (Fallos: 272:188).

11) Que, en primer término, corresponde señalar que el recurso extraordinario es inadmisibile en cuanto al agravio fundado en la falta de legitimación de Horacio Verbitsky (presidente del Centro de Estudios Legales y Sociales) para ejercer el rol de querellante en el proceso que aquí se trata, pues esta Corte tiene establecido que la decisión que rechaza la excepción de falta de acción y acepta el rol de parte querellante no constituye sentencia definitiva, en tanto no pone término al pleito ni impide su continuación (Fallos: 310:248).

Si bien se ha hecho excepción a esta regla cuando la sentencia apelada puede causar un agravio de insusceptible reparación ulterior, en el caso no se verifica un supuesto de tal na-

turalidad ya que la circunstancia de que el impulso procesal se encuentre en cabeza de otros querellantes así como del representante del Ministerio Público Fiscal, pone de manifiesto que —de momento— cualquier decisión que se adopte sobre este planteo sería indiferente para alterar la situación del imputado.

En este sentido, cabe subrayar que más allá de la tacha que postula este procesado con respecto al alcance otorgado por la cámara *a quo* a la figura del querellante contemplada en la actualidad por el art. 82 del Código Procesal Penal de la Nación, materia que —como regla— es ajena a la instancia del art. 14 de la ley 48 (Fallos: 180:136; 188:178; 252:195), lo decisivo es que la recurrente no ha logrado demostrar el modo en que su situación procesal ha sido perjudicada a raíz de la petición efectuada por este querellante en el *sub lite* para que se declare la inconstitucionalidad de las leyes 23.492 y 23.521, si se tiene en cuenta que un planteo de esa naturaleza estaba ínsito en el requerimiento fiscal que incluyó en el objeto del proceso la investigación de los delitos cometidos a raíz de la detención y desaparición de José Liborio Poblete y Gertrudis Marta Hlaczik; máxime cuando con particular referencia a la declaración de inconstitucionalidad de normas inferiores a la Ley Fundamental, y más allá de las opiniones individuales que los jueces de esta Corte tienen sobre el punto, el Tribunal viene adoptando desde el año 2001 como postura mayoritaria la doctrina con arreglo a la cual una decisión de esa naturaleza es susceptible de ser tomada de oficio (Fallos: 324:3219; causa B.1160.XXXVI “Banco Comercial Finanzas S.A. (en liquidación Banco Central de la República Argentina) s/ quiebra”, de fecha 19 de agosto de 2004).

Ello demuestra que la ineficacia de la decisión torna innecesario en el actual grado de desarrollo del proceso, el pronunciamiento de este Tribunal por falta de gravamen actual.

12) Que en cuanto a la pretensión del imputado de ampararse bajo la llamada “ley de obediencia debida”, corresponde señalar que al dictar dicha ley (23.521), el Congreso Nacional resolvió convalidar la decisión política del Poder Ejecutivo de declarar la impunidad del personal militar en las condiciones del art. 1º de dicha ley, por los delitos cometidos “desde el 24 de marzo de 1976 hasta el 26 de septiembre de 1983 en las operaciones emprendidas con el motivo alegado de reprimir el terrorismo” (art. 10, inc. 1, ley 23.049). Con el objetivo señalado, la ley mencionada se sustentó en la creación de una presunción, de conformidad con la cual, se debía considerar “de pleno derecho que las personas mencionadas obraron en estado de coerción bajo subordinación a la autoridad superior y en cumplimiento de órdenes, sin facultad o posibilidad de inspección, oposición o resistencia a ellas en cuanto a su oportunidad y legitimidad” (art. 1º, ley 23.521, *in fine*).

13) Que la ley mencionada presentaba falencias serias en cuanto a su formulación, las cuales fueron señaladas al examinar su compatibilidad con la Constitución Nacional en el precedente de Fallos: 310:1162 (conf. voto del juez Petracchi). Como se indicó en esa oportunidad, la ley 23.521 presentaba la particularidad de que no establecía regla alguna aplicable a hechos futuros y, de este modo, no cumplía con el requisito de generalidad propio de la función legislativa, infringiendo, por lo tanto, el principio de división de poderes. Asimismo, tal como se destacó en ese momento, no es posible admitir que las reglas de obediencia militar puedan ser utilizadas para eximir de responsabilidad cuando el contenido ilícito de las órdenes es manifiesto, tal como ocurre en los casos de las órdenes que implican la comisión de actos atroces o aberrantes, pues ello resulta contrario a la Constitución Nacional.

No obstante, a pesar de las deficiencias de la técnica legislativa utilizada, la *ratio legis* era evidente: amnistiar los graves hechos delictivos cometidos durante el anterior régimen militar, en el entendimiento de que, frente al grave conflicto de intereses que la sociedad argentina enfrentaba en ese momento, la amnistía aparecía como la única vía posible para preservar la paz social. La conservación de la armonía sociopolítica era valorada por el legislador como un bien jurídico sustancialmente más valioso que la continuación de la persecución penal de los beneficiarios de la ley. Dicha ley fue juzgada, en consecuencia, como el resultado de una ponderación acerca de los graves intereses en juego, privativa del poder político, y como tal fue admitida por este Tribunal.

14) Que desde ese momento hasta el presente, el derecho argentino ha sufrido modificaciones fundamentales que imponen la revisión de lo resuelto en esa ocasión. Así, la progresiva evolución del derecho internacional de los derechos humanos —con el rango establecido por el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional— ya no autoriza al Estado a tomar decisiones sobre la base de ponderaciones de esas características, cuya consecuencia sea la renuncia a la persecución penal de delitos de lesa humanidad, en pos de una convivencia social pacífica apoyada en el olvido de hechos de esa naturaleza.

15) Que, en efecto, a partir de la modificación de la Constitución Nacional en 1994, el Estado argentino ha asumido frente al derecho internacional y en especial, frente al orden jurídico interamericano, una serie de deberes, de jerarquía constitucional, que se han ido consolidando y precisando en cuanto a sus alcances y contenido en una evolución claramente limitativa de las potestades del derecho interno de condonar u omitir la persecución de hechos como los del *sub lite*.

16) Que si bien es cierto que el art. 75, inc. 20 de la Constitución Nacional mantiene la potestad del Poder Legislativo para dictar *amnistías generales*, tal facultad ha sufrido importantes limitaciones en cuanto a sus alcances. En principio, las leyes de amnistía han sido utilizadas históricamente como instrumentos de pacificación social, con la finalidad declarada de resolver los conflictos remanentes de luchas civiles armadas luego de su finalización. En una dirección análoga, las leyes 23.492 y 23.521 intentaron dejar atrás los enfrentamientos entre “civiles y militares”. Sin embargo, en la medida en que, como toda amnistía, se orientan al “olvido” de graves violaciones a los derechos humanos, ellas se oponen a las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y resultan, por lo tanto, constitucionalmente intolerables (arg. art. 75, inc. 22, Constitución Nacional).

17) Que, tal como ha sido reconocido por esta Corte en diferentes oportunidades, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como las directivas de la Comisión Interamericana, constituyen una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (conf. Fallos: 326:2805, voto del juez Petracchi, y sus citas).

18) Que ya en su primer caso de competencia contenciosa, “Velázquez Rodríguez”¹, la Corte Interamericana dejó establecido que incumbe a los Estados partes no sólo un deber de respeto de los derechos humanos, sino también un *deber de garantía*, de conformidad con el cual, “en principio, es imputable al Estado toda violación a los derechos reconocidos por la Convención, cumplida por un acto del poder público o de personas que actúan

1 CIDH, sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C N° 4

prevalidas de poderes que ostentan por su carácter oficial. No obstante, no se agotan allí las situaciones en las cuales un Estado está obligado a prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos, ni los supuestos en que su responsabilidad puede verse comprometida por efecto de una lesión a esos derechos. En efecto, un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la transgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por la falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención².

19) Que si bien el fallo citado reconoció con claridad el deber del Estado de articular el aparato gubernamental en todas sus estructuras del ejercicio del poder público de tal manera que sean capaces de asegurar la vigencia de los derechos humanos, lo cual incluye el deber de prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención, lo cierto es que las derivaciones *concretas* de dicho deber se han ido determinando en forma paulatina a lo largo del desarrollo de la evolución jurisprudencial del tribunal internacional mencionado, hasta llegar, en el momento actual, a una proscripción severa de todos aquellos institutos jurídicos de derecho interno que puedan tener por efecto que el Estado incumpla su deber internacional de perseguir, juzgar y sancionar las violaciones graves a los derechos humanos.

20) Que en el caso particular del Estado argentino, las leyes de punto final, obediencia debida y los subsiguientes indultos fueron examinados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el informe 28/92³. En esa oportunidad, la Comisión sostuvo que el hecho de que los juicios criminales por violaciones de los derechos humanos —desapariciones, ejecuciones sumarias, torturas, secuestros— cometidos por miembros de las Fuerzas Armadas hayan sido cancelados, impedidos o dificultados por las leyes 23.492 (de punto final), 23.521 (de obediencia debida) y por el decreto 1002/89, resulta violatorio de los derechos garantizados por la Convención, y entendió que tales disposiciones son incompatibles con el art. 18 (Derecho de Justicia) de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y los arts. 1, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Asimismo, recomendó al gobierno argentino “la adopción de medidas necesarias para esclarecer los hechos e individualizar a los responsables de las violaciones de derechos humanos ocurridas durante la pasada dictadura militar”⁴.

21) Que ya a partir de ese momento había quedado establecido que para la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la circunstancia de que los actos en cuestión hubieran sido dictados por órganos democráticos fundados en la urgente necesidad de reconciliación nacional y de la consolidación del régimen democrático (tal había sido la alegación del gobierno argentino⁵) era prácticamente irrelevante a los fines de la determinación de la lesión de los derechos a que se refieren los arts. 8.1 y 25.1 de la CADH.

22) Que, sin embargo, restaba aún por determinar los alcances concretos de la recomendación de la Comisión en el Informe citado, en particular, con respecto a cuáles eran

2 Loc. cit. § 172

3 “Consuelo Herrera v. Argentina”, casos 10.147, 10.181, 10.240, 10.262, 10.309 y 10.311, informe N° 28, del 2 de octubre de 1992

4 Loc. cit., puntos resolutive 1 y 3, respectivamente.

5 Cf. § 25.

las “medidas necesarias para esclarecer los hechos e individualizar a los responsables de las violaciones de derechos humanos”. Ello, por cuanto el tenor de la recomendación dirigida por la Comisión a la Argentina con relación a la incompatibilidad de las leyes de punto final y obediencia debida no permitía inferir, sin más ni más, si era suficiente el mero “esclarecimiento” de los hechos, en el sentido de los llamados “juicios de la verdad”, o si los deberes (¡y las facultades!) del Estado argentino en esta dirección también suponían privar a las leyes y el decreto en cuestión de *todos sus efectos*, ya que tal conclusión significaba producir una fuerte restricción de la cosa juzgada y del principio de legalidad, que impide prolongar retroactivamente la prescripción de la acción penal, ya cumplida en muchos casos.

23) Que tales dudas con respecto al alcance concreto del deber del Estado argentino con relación a las leyes de punto final y obediencia debida han quedado esclarecidas a partir de la decisión de la Corte Interamericana en el caso “Barrios Altos”⁶. En efecto, en dicha sentencia, la Corte Interamericana hizo lugar a una demanda contra el Perú, a raíz de un episodio ocurrido en Lima, en el vecindario de “Barrios Altos”, el 3 de noviembre de 1991. Según se desprende del relato de los hechos, esa noche, durante una fiesta para recaudar fondos, llegaron dos vehículos con sirenas policiales. Sus ocupantes llevaban pasamontañas y obligaron a los asistentes a arrojarse al suelo, y una vez allí, les dispararon con ametralladoras y mataron a quince personas. Los autores del hecho fueron identificados como miembros de inteligencia militar del ejército peruano, que actuaban en un “escuadrón de eliminación” con su propio programa antisubversivo y que habría obrado en represalia contra supuestos integrantes de la agrupación “Sendero Luminoso”. Aunque el hecho ocurrió en 1991, sólo en 1995 una fiscal intentó sin éxito hacer comparecer a los militares imputados a fin de que prestaran declaración. Poco después, una jueza asumió la investigación y ordenó la citación. Sin embargo, la justicia militar dispuso que los militares no declararan. De este modo, se planteó un conflicto de competencia ante la Corte peruana, y antes de que ésta resolviera, el Congreso sancionó una ley de amnistía (26.479) que exoneraba de responsabilidad a los militares, policías y civiles que hubieran cometido violaciones a los derechos humanos o participado en esas violaciones entre 1980 y 1995. La jueza declaró la inconstitucionalidad de la amnistía por violar garantías y obligaciones internacionales derivadas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Al tiempo, el Congreso dictó una nueva ley (26.492), en la que declaró que la amnistía no era revisable en sede judicial y que era de aplicación obligatoria. Además, amplió el alcance de la ley anterior, con lo cual quedaron también abarcados aquellos hechos que no hubieran sido denunciados. El tribunal de apelación que revisaba la decisión de la jueza declaró la constitucionalidad de las leyes en cuestión, y ello determinó el archivo definitivo de la investigación.

La Corte Interamericana consideró responsable internacionalmente a Perú, no sólo por la violación del derecho a la vida y a la integridad personal derivada de la masacre, sino también por el dictado de las dos leyes de amnistía, que constituyó la violación de las garantías judiciales, del derecho a la protección judicial, de la obligación de respetar los derechos y de adoptar disposiciones de derecho interno. Con relación a este último aspecto, señaló expresamente que “*son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos, tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desaparicio-*

⁶ CIDH, caso “Chumbipuma Aguirre vs. Perú”, sentencia del 14 de marzo de 2001, Serie C N° 75

nes forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos”⁷. Señaló asimismo: “La Corte estima necesario enfatizar que, a la luz de las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1. y 2 de la Convención Americana, los Estados Partes tienen el deber de tomar las providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz (...). Es por ello que los Estados Partes en la Convención que adopten leyes que tengan este efecto, como lo son las *leyes de autoamnistía*, incurren en una violación de los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la Convención. Las leyes de amnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana”⁸. Consiguientemente, ante la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos “*las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables*”⁹.

24) Que la traslación de las conclusiones de la Corte Interamericana en “Barrios Altos” al caso argentino resulta imperativa, si es que las decisiones del Tribunal internacional mencionado han de ser interpretadas de buena fe como pautas jurisprudenciales. Por cierto, sería posible encontrar diversos argumentos para distinguir uno y otro caso, pero tales distinciones serían puramente anecdóticas. Así, por ejemplo, la situación que generó las leyes peruanas y su texto no son, por cierto, “exactamente” iguales a las de punto final y obediencia debida. Sin embargo, a los fines de determinar la compatibilidad de dichas leyes con el derecho internacional de los derechos humanos, no es esto lo que importa. Lo decisivo aquí es, en cambio, que las leyes de punto final y de obediencia debida presentan los mismos vicios que llevaron a la Corte Interamericana a rechazar las leyes peruanas de “autoamnistía”. Pues, en idéntica medida, ambas constituyen leyes *ad hoc*, cuya finalidad es la de evitar la persecución de lesiones graves a los derechos humanos.

En este sentido, corresponde destacar que lo que indujo al tribunal interamericano a descalificar dichas reglas no fue tanto que el régimen haya intentado beneficiarse a sí mismo, en forma directa, con la impunidad de los delitos que él mismo cometió (a la manera de lo ocurrido en nuestro país con la ley de facto 22.924). Antes bien, el vicio fundamental no deriva tanto del hecho de que se trate de un perdón dictado por el propio ofensor o del carácter *de facto* o no del gobierno que las dicta, sino que son *razones materiales* las que imponen la anulación de leyes de estas características. Por lo tanto, resulta claro que también deben quedar alcanzadas aquellas leyes dictadas por regímenes ulteriores que otorgan impunidad a aquellos autores que pertenecían al régimen anterior, e infringen, de este modo, el propio deber de perseguir penalmente las violaciones a los derechos humanos.

25) Que, a esta altura, y tal como lo señala el dictamen del señor Procurador General, la circunstancia de que leyes de estas características puedan ser calificadas como “amnistías” ha perdido toda relevancia en cuanto a su legitimidad. Pues, en la medida en que dichas normas obstaculizan el esclarecimiento y la efectiva sanción de actos contrarios a los de-

7 Cf. § 41.

8 Cf. § 43.

9 Cf. § 44. Sin destacar en el original.

rechos reconocidos en los tratados mencionados, impiden el cumplimiento del deber de garantía a que se ha comprometido el Estado argentino, y resultan inadmisibles.

26) Que, en este sentido, el caso “Barrios Altos” estableció severos límites a la facultad del Congreso para amnistiar, que le impiden incluir hechos como los alcanzados por las leyes de punto final y obediencia debida. Del mismo modo, toda regulación de derecho interno que, invocando razones de “pacificación” disponga el otorgamiento de cualquier forma de amnistía que deje impunes violaciones graves a los derechos humanos perpetradas por el régimen al que la disposición beneficia, es contraria a claras y obligatorias disposiciones de derecho internacional, y debe ser efectivamente suprimida.

27) Que en este punto resulta pertinente recordar el voto concurrente del juez García Ramírez en el caso “Barrios Altos”, en el que se reconoce que el dictado de una amnistía, bajo ciertas circunstancias, podría resultar conveniente para el restablecimiento de la paz y la apertura de nuevas etapas constructivas, en el marco de “un proceso de pacificación con sustento democrático y alcances razonables que excluyen la persecución de conductas realizadas por miembros de los diversos grupos en contienda...”. Sin embargo “esas disposiciones de olvido y perdón no pueden poner a cubierto las más severas violaciones a los derechos humanos, que significan un grave menosprecio de la dignidad del ser humano y repugnan a la conciencia de la humanidad”¹⁰.

28) Que, por otro lado, a partir de lo decidido en el caso citado con relación a los efectos de las llamadas “leyes de autoamnistía”, se advierte que no sería suficiente con la supresión “simbólica” de las leyes de esta naturaleza. Así, la Corte Interamericana no se limitó a declarar la incompatibilidad de las leyes con la Convención, sino que resolvió que las leyes peruanas carecían de efectos y le impuso al estado peruano la obligación de hacer a un lado la cosa juzgada. Visto el caso argentino desde esta perspectiva, se concluye que la mera derogación de las leyes en cuestión, si ella no viene acompañada de la imposibilidad de invocar la ultractividad de la ley penal más benigna, no alcanzaría a satisfacer el estándar fijado por la Corte Interamericana.

29) Que, por lo demás, la sentencia en el caso “Barrios Altos” no constituye un precedente aislado, sino que señala una línea jurisprudencial constante. Así, en la sentencia del 3 de septiembre de 2001, al interpretar el alcance de dicho caso, la Corte Interamericana ratificó su decisión anterior y señaló que lo allí resuelto se aplicaba con efecto general a todos los demás casos en que se hubieran aplicado las leyes de amnistía examinadas en aquella oportunidad, y volvió a insistir en que “la promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por el Estado parte en la Convención constituye *per se* una violación de ésta y genera responsabilidad internacional del Estado”¹¹.

30) Que la inadmisibilidad de las disposiciones de amnistía y prescripción, así como el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que tiendan a impedir la investigación y sanción de los responsables de violaciones graves de los derechos humanos fue reiterada con posterioridad y configura un aspecto central de la jurisprudencia de la Corte Interamericana¹², cuyos alcances para casos como el presente no pueden ser soslayados. Por lo demás, su

10 Cf. caso “Barrios Altos” *supra* cit., voto concurrente del juez García Ramírez, §§ 10 y sgtes.

11 Cf. CIDH, caso “Barrios Altos”, interpretación de la sentencia de fondo, sentencia del 3 de septiembre de 2001, Serie C N° 83

12 Cf. CIDH, caso “19 Comerciantes”, sentencia del 5 de julio de 2004, Serie C N° 109, (§§ 175, 262 y sgtes.); caso “Hermanos Gómez Paquiyauri”, sentencia del 8 de julio de 2004, Serie C N° 110, (§§ 232 y sgtes.); caso “Tibí”, sen-

concreta relevancia en el derecho interno frente a supuestos similares ya ha sido reconocida por este Tribunal en Fallos: 326:2805 (“Videla, Jorge Rafael”), voto del juez Petracchi; 326:4797 (“Astiz, Alfredo Ignacio”), voto de los jueces Petracchi y Zaffaroni) y, en especial, en la causa A.533.XXXVIII. “Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros —causa n° 259—”, resuelta el 24 de agosto de 2004, voto del juez Petracchi, en el que se admitió la aplicación retroactiva de la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, ingresada a nuestro ordenamiento jurídico *ex post facto*.

31) Que, desde ese punto de vista, a fin de dar cumplimiento a los tratados internacionales en materia de derechos humanos, la supresión de las leyes de punto final y de obediencia debida resulta impostergable y ha de producirse de tal forma que no pueda derivarse de ellas obstáculo normativo alguno para la persecución de hechos como los que constituyen el objeto de la presente causa. Esto significa que quienes resultaron beneficiarios de tales leyes no pueden invocar ni la prohibición de retroactividad de la ley penal más grave ni la cosa juzgada. Pues, de acuerdo con lo establecido por la Corte Interamericana en los casos citados, tales principios no pueden convertirse en el impedimento para la anulación de las leyes mencionadas ni para la prosecución de las causas que fenecieron en razón de ellas, ni la de toda otra que hubiera debido iniciarse y no lo haya sido nunca. En otras palabras, la sujeción del Estado argentino a la jurisdicción interamericana impide que el principio de “irretroactividad” de la ley penal sea invocado para incumplir los deberes asumidos en materia de persecución de violaciones graves a los derechos humanos.

32) Que análogas consideraciones son las que han llevado al Congreso Nacional a dictar la ley 25.779, por medio de la cual el Poder Legislativo declara insanablemente nulas las leyes en cuestión. El debate parlamentario de dicha ley coincidió con el reconocimiento de jerarquía constitucional a la “Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad” y revela, sin lugar a dudas, la intención legislativa de suprimir todos los efectos de las leyes anuladas. Así, en la Cámara de Diputados se evaluó, expresamente, la circunstancia de que la derogación de las leyes dispuesta en el art. 2, de la ley 24.952 no hubiera producido el efecto deseado, en razón de que no dejó claramente establecida la inaplicabilidad del principio de la ley penal más benigna¹³. Asimismo, la discusión legislativa permite inferir que el sentido principal que se pretendió dar a la declaración de nulidad de las leyes fue, justamente, el de intentar dar cumplimiento a los tratados constitucionales en materia de derechos humanos por medio de la eliminación de todo aquello que pudiera aparecer como un obstáculo para que la justicia argentina investigue debidamente los hechos alcanzados por dichas leyes¹⁴ y, de este modo, subsanar la infracción al derecho internacional que ellas continúan representando¹⁵. Se trató, fundamentalmente, de facilitar el cumplimiento del deber estatal de reparar, haciéndolo de la forma más amplia posible, de conformidad con los compromisos asumidos con rango constitucional ante la comunidad internacional.

tencia del 7 de septiembre de 2004 Serie C N° 114, (§ 259 y sus citas); caso “Masacre Plan de Sánchez”, sentencia del 19 de noviembre de 2004 Serie C N° 116, (§§ 95 y sgtes., esp. § 99); caso “Hermanas Serrano Cruz”, sentencia del 1° de marzo de 2005 Serie C N° 120, (§§ 168 y sgtes., esp. §172); caso “Huilca Tecse”, sentencia del 3 de marzo de 2005, Serie C N° 121, (§§ 105 y sgtes., esp. § 108).

13 Cf. Cámara de Diputados, 4° sesión ordinaria, 12 de agosto de 2003, pág. 22 y sgtes.

14 Cf. Cámara de Diputados, 4° sesión ordinaria, 12 de agosto de 2003, i.a. págs. 31, 50, 52.

15 Cf. versión taquigráfica provisional, Cámara de Senadores, 11 sesión ordinaria, 20 y 21 de agosto de 2003, i. a., págs. 3, 36, 39 y sgtes. En esta dirección, también se citaron en apoyo de la decisión las conclusiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, formulada en el informe 28/92, *supra* cit.

33) Que los alcances de dicha obligación, por otra parte, han sido recientemente examinados por el Comité de Derechos Humanos de la ONU, según el cual “cuando funcionarios públicos o agentes del Estado han cometido violaciones de los derechos del Pacto (...) los Estados Partes no pueden eximir a los autores de su responsabilidad personal como ha ocurrido con determinadas amnistías...”¹⁶.

En el mismo sentido, y en lo que atañe concretamente a nuestro país, las observaciones finales de dicho Comité sobre este tema dirigidas a la Argentina¹⁷ establecen la inadmisibilidad de la situación creada por las leyes 23.492 y 23.521 también frente al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como la insuficiencia de la mera derogación de tales normas: “Las violaciones graves de los derechos civiles y políticos durante el gobierno militar deben ser perseguibles durante todo el tiempo necesario y con toda la retroactividad necesaria para lograr el enjuiciamiento de sus autores”¹⁸. Anteriormente, el mismo organismo ya había expresado lo siguiente: “El Comité nota que los compromisos hechos por el Estado Parte con respecto a su pasado autoritario reciente, especialmente la ley de obediencia debida y la ley de punto final y el indulto presidencial de altos oficiales militares, son inconsistentes con los requisitos del Pacto [PIDCP]”¹⁹. Asimismo, manifestó en esa ocasión la preocupación sobre ambas leyes “pues privan a las víctimas de las violaciones de los derechos humanos durante el período del gobierno autoritario de un recurso efectivo en violación a los artículos 2 (2,3) y 9 (5) del Pacto [PIDCP]. El Comité ve con preocupación que las amnistías e indultos han impedido las investigaciones sobre denuncias de crímenes cometidos por las fuerzas armadas y agentes de los servicios de seguridad nacional incluso en casos donde existen suficientes pruebas sobre las violaciones a los derechos humanos tales como la desaparición y detención extrajudicial de personas, incluyendo niños”²⁰.

34) Que, sin perjuicio de lo indicado precedentemente, considerada la ley 25.779 desde una perspectiva estrictamente formalista, podría ser tachada de inconstitucional, en la medida en que, al **declarar** la nulidad insanable de una ley, viola la división de poderes, al usurpar las facultades del Poder Judicial, que es el único órgano constitucionalmente facultado para declarar nulas las leyes o cualquier acto normativo con eficacia jurídica.

Sin embargo, corresponde atender a la propia naturaleza de lo que la ley dispone, así como a la circunstancia de que ella, necesariamente, habrá de ser aplicada —o, en su caso, rechazada— por los propios jueces ante quienes tramitan las investigaciones de los hechos en particular. Desde este punto de vista, se advierte que la supuesta “usurpación de funciones” tiene un alcance muy corto, ya que, en todo caso, se reduce a adelantar cuál es la solución que el Congreso considera que corresponde dar al caso, pero en modo alguno priva a los jueces de la decisión final sobre el punto.

Por otro lado, de acuerdo con lo que ya se ha dicho, queda claro que el contenido mismo de lo declarado por la ley 25.779 coincide con lo que los jueces deben declarar con relación a las leyes referidas. Diferente sería la cuestión, si la nulidad declarada por la ley fuera

16 Observación General N° 31, Comentarios generales adoptados por el Comité de Derechos Humanos, La índole de la obligación jurídica general impuesta, 80° período de sesiones (2004), §§ 17 y sgtes.

17 Sesión 1893, del 1° de noviembre de 2000. Tales observaciones también fueron tomadas en consideración en el debate en la Cámara de Senadores i.a. págs. 42 y 47.

18 Loc. cit., § 9.

19 Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Comentario sobre Argentina adoptados durante su sesión 53, el 5 de abril de 1995, § 3.

20 Loc. cit., § 10.

contraria a derecho. Pero, en la medida en que las leyes deben ser efectivamente anuladas, declarar la inconstitucionalidad de dicha norma para luego resolver en el caso tal como ella lo establece constituiría un formalismo vacío. Por lo demás, de ese modo se perdería de vista que el sentido de la ley no es otro que el de formular una **declaración** del Congreso sobre el tema y que, de hecho, la “ley” sólo es apta para producir un efecto político simbólico. Su efecto vinculante para los jueces sólo deriva, en rigor, de que la doctrina que ella consagra es la correcta: la nulidad insanable de las leyes 23.492 y 23.521.

Por ello, y lo concordemente dictaminado por el señor Procurador General de la Nación, se resuelve:

1.- Hacer lugar parcialmente a la queja y al recurso extraordinario según el alcance indicado en los considerandos; declarar la inconstitucionalidad de las leyes 23.492 y 23.521, y confirmar las resoluciones apeladas.

2.- Declarar la validez de la ley 25.779.

3.- Declarar, a todo evento, de ningún efecto las leyes 23.492 y 23.521 y cualquier acto fundado en ellas que pueda oponerse al avance de los procesos que se instruyan, o al juzgamiento y eventual condena de los responsables, u obstaculizar en forma alguna las investigaciones llevadas a cabo por los canales procedentes y en el ámbito de sus respectivas competencias, por crímenes de lesa humanidad cometidos en el territorio de la Nación Argentina.

4.- Imponer las costas al recurrente (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Agréguese la queja al principal. Notifíquese y devuélvase.

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

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ANTONIO BOGGIANO

Considerando:

1º) Que la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal rechazó la excepción de falta de acción planteada por la defensa de Julio Héctor Simón, y confirmó la decisión del juez de grado en cuanto había declarado inválidos e inconstitucionales los arts. 1º de la ley 23.492 —de punto final— y 1º, 3º y 4º de la ley 23.521 —de obediencia debida— y citado a prestar declaración indagatoria a Julio Héctor Simón (expediente 17.889). En el expediente 17.768 homologó el pronunciamiento del juez de primera instancia que había decretado el procesamiento con prisión preventiva de Julio Héctor Simón por crímenes contra la humanidad consistentes en la privación ilegal de la libertad, doblemente agravada por mediar violencia y amenazas y por haber durado más de un mes, reiterada en dos oportunidades en concurso real que, a su vez, concurre materialmente con tormentos agravados por haber sido cometidos en perjuicio de perseguidos políticos en dos oportunidades en concurso real entre sí (art. 118 de la Constitución Nacional; arts. 2, 55 y 144 bis, inc. 1º y último párrafo —texto según ley 14.616— en

función del art. 142, incs. 4° y 5° —texto según ley 20.642—, 144 tercero, párrafos primero y segundo —texto según ley 14.616— del Código Penal, y arts. 306 y 312 del Código Procesal Penal de la Nación).

Contra ambas decisiones el procesado dedujo el recurso extraordinario federal, que fue declarado inadmisibile con el argumento de que la presentación carecía de la fundamentación autónoma exigida por el art. 15 de la ley 48. Tal rechazo dio lugar a la presente queja.

2°) Que el recurrente plantea la nulidad absoluta de todo lo actuado por el presidente del Centro de Estudios Legales y Sociales como querellante, pues sostiene que su participación en el proceso significó la consagración, por vía judicial, de una acción popular no contemplada en la ley procesal ni susceptible de encontrar amparo en el art. 43 de la Constitución Nacional, que sólo recepta la protección de los derechos de incidencia colectiva, por lo que carecería de legitimación para querellar.

Sostiene la validez constitucional de la ley 23.521 y solicita que se aplique el beneficio reconocido en su art. 1°. Afirma, que la constitucionalidad de las leyes 23.492 y 23.521 no es un tema justiciable, pues al Poder Judicial no le es dado, en los términos de los art. 75, incs. 12 y 20, juzgar sobre la oportunidad, mérito o conveniencia de las decisiones adoptadas en la zona de reserva de los demás poderes del Estado. Señala asimismo que tales leyes de amnistía por el alto propósito que perseguían no son susceptibles de ser declaradas inconstitucionales.

También invoca la lesión a las garantías de la ley penal más benigna, del *nullum crimen nulla poena sine lege*, así como de la prohibición de aplicar la ley *ex post facto*. Sostiene que se aplicó retroactivamente una norma de naturaleza penal, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas —aprobada por la ley 24.556 y, en cuanto a su jerarquía constitucional, por la ley 24.820— con la consecuencia de que elimina los beneficios de la prescripción de la acción y de la pena. Agrega que no se puede restar significación a la validez inalterable de la garantía consagrada en el art. 18 de la Constitución Nacional, en aras de los principios generales reconocidos por la comunidad internacional (art. 4 de la ley 23.313).

3°) Que, el imputado interpuso simultáneamente recursos de inconstitucionalidad ante la Cámara Nacional de Casación Penal y extraordinario federal ante la Corte. Frente al rechazo de ambos recursos, el imputado dedujo queja ante la Cámara Nacional de Casación Penal y ante este Tribunal. La Cámara de Casación desestimó la queja, sin que contra esta decisión interpusiera recurso extraordinario, por lo que este último pronunciamiento constituye la sentencia definitiva del superior tribunal de la causa, de modo que el remedio federal interpuesto contra la sentencia de cámara resulta prematuro (Fallos: 312:292, entre otros).

4°) Que si bien lo expuesto bastaría para desestimar el recurso, habida cuenta de que la mayoría de los jueces de esta Corte ha considerado satisfecho el requisito del superior tribunal de la causa, corresponde ingresar al examen de las cuestiones federales propuestas por el recurrente.

5°) Que la sentencia apelada tiene carácter definitivo de acuerdo con la doctrina de Fallos: 324:1632, 3952, a cuyos términos corresponde remitirse en razón de brevedad.

6°) Que, en primer término, corresponde señalar que el recurso extraordinario es inadmisibile en cuanto al agravio fundado en la falta de legitimación del presidente del C.E.L.S.

para ejercer el rol de querellante en el proceso que aquí se trata, pues esta Corte tiene establecido que la decisión que rechaza la excepción de falta de acción y acepta el rol de parte querellante no constituye sentencia definitiva, en tanto no pone término al pleito ni impide su continuación (Fallos: 310:248).

Si bien se ha hecho excepción a esta regla cuando la sentencia apelada puede causar un agravio de insusceptible reparación ulterior, en el caso no se verifica un supuesto de tal naturaleza ya que la circunstancia de que el impulso procesal se encuentre en cabeza de otros querellantes así como el representante del Ministerio Público Fiscal, pone de manifiesto que —de momento— cualquier decisión que se adopte sobre este planteo sería indiferente para alterar la situación del imputado.

Ello demuestra que la ineficacia de la decisión torna innecesario en el actual grado de desarrollo del proceso, el pronunciamiento de este Tribunal por falta de gravamen actual.

7º) Que la cuestión a decidir es si la acción penal para perseguir un delito de lesa humanidad puede extinguirse por amnistía o prescripción, lo cual torna necesario juzgar si las leyes que habrían operado tal extinción son válidas en el derecho argentino y en el derecho internacional. Esto es, si tales leyes llamadas de “obediencia debida” y “punto final”, son válidas en el derecho argentino e internacional.

8º) Que, es impostergable la definición por esta Corte de la propia Constitución Nacional, para dar suficiente respuesta a tal cuestión, esto es, en qué consiste exactamente esta Constitución. La jurisprudencia y la doctrina constitucionales no parecen estar de acuerdo acerca de si los tratados internacionales con jerarquía constitucional tienen, en rigor, esa misma jerarquía u otra inferior (causas “*Petric*” Fallos: 321:885; A.533.XXXVIII “*Aranzibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros*”, y E.224.XXXIX “*Espósito, Miguel Angel s/ incidente de la prescripción penal*”, pronunciamientos del 24 agosto y 23 de diciembre de 2004, respectivamente).

9º) Que la Constitución Nacional, al conferir jerarquía constitucional a los tratados internacionales sobre derechos humanos, tal como lo hace su art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, presenta un fenómeno jurídico que puede caracterizarse, en rigor, como *referencia* al derecho internacional de los derechos humanos y al derecho internacional universal (causa “*Monges*” Fallos: 319:3148). Tal *referencia* significa la remisión a un tratado vigente internacionalmente del cual la Argentina es Estado Parte. Sólo a un tratado vigente, tanto internacionalmente como en la Argentina, el Congreso puede otorgarle jerarquía constitucional. La referencia implica que el tratado se aplica tal como rige en el derecho internacional y no porque se haya *incorporado* al derecho interno. Tampoco se ha operado una *recepción* de los tratados por incorporación judicial a pesar de no estar aprobados legislativamente y ratificados por el presidente de la Nación; como ha sido de práctica en Holanda. Tampoco hay *adaptación* de los tratados por vía de una redacción constitucional similar a la de los tratados sin seguirlo tal cual rige internacionalmente. Tanto la incorporación, la recepción como la adaptación son métodos de nacionalización de los tratados. El art. 75, inc. 22, dispone una *referencia* y no alguno de los citados métodos de nacionalización. En materia de derechos humanos la reforma de 1994 ha seguido una orientación internacionalista a fin de alcanzar la mayor uniformidad posible en las decisiones evitando todo apego a soluciones de *genius loci* particularista.

10) Que esta Corte estableció que el art. 75, inc. 22, mediante el que se otorgó jerarquía constitucional a los tratados establece en su última parte que aquéllos no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Ello indica que los constituyentes han efectuado un juicio de comprobación, en virtud del cual, han cotejado los tratados y los artículos constitucionales y han verificado que no se produce derogación alguna, juicio que no pueden los poderes constituidos desconocer o contradecir. De ello se desprende que la armonía o concordancia entre los tratados y la Constitución es un juicio del constituyente. En efecto, así lo han juzgado al hacer referencia a los tratados que fueron dotados de jerarquía constitucional y por consiguiente no pueden ni han podido derogar la Constitución pues esto sería un contrasentido insusceptible de ser atribuido al constituyente, cuya imprevisión no cabe presumir. De tal modo los tratados complementan las normas constitucionales sobre derechos y garantías y lo mismo cabe predicar respecto de las disposiciones contenidas en la parte orgánica de la Constitución aunque el constituyente no ha hecho expresa alusión a aquélla, pues no cabe sostener que las normas contenidas en los tratados se hallen por encima de la segunda parte de la Constitución (causa “*Monges*” Fallos: 319:3148, considerandos 20, 21 y 22). Por el contrario, debe interpretarse que las cláusulas constitucionales y las de los tratados tienen la misma jerarquía, son complementarios y, por lo tanto, no pueden desplazarse o destruirse recíprocamente.

11) Que esta doctrina, reafirmada en la causa “*Petric*” Fallos: 321:885, entre muchas otras, resulta aplicable a los tratados sobre derechos humanos que adquieren jerarquía constitucional con arreglo a lo dispuesto en el último párrafo del citado art. 75, inc. 22 de la Constitución.

12) Que, en rigor cuando el Congreso confiere jerarquía constitucional al tratado hace un juicio constituyente, por autorización de la Constitución misma, según el cual, al elevar al tratado a la misma jerarquía que la Constitución, estatuye que el tratado no sólo es arreglado a los principios de derecho público de esta Constitución, sino que el tratado no deroga norma alguna de la Constitución, sino que la complementa. Tal juicio constituyente del Congreso Nacional no puede ser revisado por esta Corte para declarar su invalidez sino sólo para hallar armonía y complemento entre tales tratados y la Constitución.

No se trata, por ende, de una estricta reforma constitucional, porque el tratado al que se le confiere jerarquía constitucional no modifica, altera o deroga la Constitución sino que la complementa y confirma con normas que si bien pueden desarrollar o hacer explícitos los derechos y garantías constitucionales, guardan siempre el espíritu de tales derechos. Por analogía, el Congreso hace un juicio constituyente de armonía de todos estos preceptos que no pueden entrar en colisión o tener preeminencia unos sobre otros, pues todos integran la Constitución misma con igual rango. Y es la Constitución misma la que confiere poderes al Congreso para elevar el tratado a la jerarquía constitucional. Y no puede afirmarse que tal facultad (art. 75, inc. 22) quebranta la rigidez del art. 30 porque jamás podría razonablemente afirmarse que el art. 75, inc. 22, de la Constitución lesiona el art. 30 sencillamente porque no hay normas constitucionales inconstitucionales. Las cláusulas de la Constitución no pueden interpretarse en contradicción unas con otras, ni jerarquizando unas sobre las otras. Obviamente, cabe distinguir los distintos ámbitos de aplicación según las materias de las normas constitucionales.

Esta Corte no tiene jurisdicción para enervar la vigencia de normas que han sido jerarquizadas constitucionalmente en virtud de un procedimiento establecido en la misma Constitución.

Otra cosa sería si se declarara inválida la reforma constitucional que faculta al Congreso a conferir aquella jerarquía a ciertos tratados. Empero, nadie ha insinuado siquiera que tal facultad del Congreso conferida por la reforma de 1994 fuese inconstitucional.

No es necesario que sea el poder constituyente el que confiera directamente tal jerarquía constitucional a ciertos tratados sobre derechos humanos, si aquél ha asignado tal poder al Congreso con mayorías especiales. Es claro que el Congreso no podría dotar de jerarquía constitucional a un tratado que lesione un principio constitucional. Es más, sería inconcebible que el poder constituyente no pudiese reformar el mismo art. 30 de la Constitución.

13) Que los “referidos tratados” no se han “incorporado” a la Constitución argentina convirtiéndose en derecho interno, sino que por voluntad del constituyente, tal remisión lo fue “en las condiciones de su vigencia” (art. 75, inc. 22). Mantienen toda la vigencia y vigor que internacionalmente tienen y éstas le provienen del ordenamiento internacional en modo tal que “la referencia” que hace la Constitución es a esos tratados tal como rigen en el derecho internacional y, por consiguiente, tal como son efectivamente interpretados y aplicados en aquel ordenamiento (“*Girolodi*” Fallos: 318:514). Ello implica también, por conexidad lógica razonable, que deben ser aplicados en la Argentina tal como funcionan en el ordenamiento internacional incluyendo, en su caso, la jurisprudencia internacional relativa a esos tratados y las normas de derecho internacional consuetudinario reconocidas como complementarias por la práctica internacional pertinente. La *referencia* a los Tratados Constitución incluye su efectiva vigencia en el derecho internacional como un todo sistemático (“*Arce*”, Fallos: 320:2145, considerando 7°). Los Estados y entre ellos la Argentina han reducido grandemente el ámbito de su respectiva jurisdicción interna por vía de acuerdo con muchos tratados y declaraciones sobre derechos humanos y participando en la formación de un delineado cuerpo de derecho consuetudinario internacional sobre derechos humanos (ver Simma, *Human Rights in the United Nations at Age Fifty*, 1995, págs. 263280 y Simma y otros en *The Charter of the United Nations a Commentary*, 2da. Ed. Vol. 1, pág. 161, nota 123). Además y concordantemente “los derechos básicos de la persona humana” son considerados de *ius cogens*, esto es, normas imperativas e inderogables de derecho internacional consuetudinario (*Barcelona Traction Lights and Power Company Ltd*, ICJ Reports 1970, pág. 32, párrafo 33).

14) Que los tratados internacionales sobre derechos humanos deben ser interpretados conforme al derecho internacional, pues es éste su ordenamiento jurídico propio. Aquéllos están más estrechamente conexos con el derecho internacional y, por esa vía con la interpretación y aplicación que pueda hacer de ellos la jurisprudencia internacional. De nada serviría la referencia a los tratados hecha por la Constitución si su aplicación se viera frustrada o modificada por interpretaciones basadas en uno u otro derecho nacional. Por ejemplo, si el principio de imprescriptibilidad (art. I de la Convención sobre Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad) se viera supeditado y, por ende, enervado, por el principio de legalidad del art. 18 de la Constitución Nacional. O si el derecho de réplica (art. 14 Convención Americana sobre Derechos Humanos) se viera en la práctica derogado por el art. 14 de la Constitución Nacional. Precisamente el

fin universal de aquellos tratados sólo puede resguardarse por su interpretación conforme al derecho internacional. Lo contrario sería someter el tratado a un fraccionamiento hermenéutico por las jurisprudencias nacionales incompatible con su fin propio.

15) Que la jerarquía constitucional de tales tratados ha sido establecida por voluntad del constituyente “en las condiciones de su vigencia”, esto es, tal como rigen en el ámbito internacional y considerando su efectiva aplicación por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación (Fallos: 318:514; 321:3555; 323:4130, disidencia del juez Boggiano).

De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que la República Argentina reconoció la competencia de la Corte Interamericana y de la Comisión Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana (art. 2 de la ley 23.054). Sobre el particular cabe recordar que esta Corte ha establecido que, como fuente de derecho interno los informes y las opiniones de la Comisión Interamericana constituyen criterios jurídicos de ordenación valorativa para los Estados miembros que deben tomar en cuenta razonadamente para adoptar decisiones en el ámbito de su propio ordenamiento (Fallos: 321:3555 y sus citas).

16) Que la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 1.1) impone el deber a los Estados partes de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce. En este sentido, la Corte Interamericana consideró que “es deber de los Estados parte organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de tal manera que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos” (O/C 11/90, párrafo 23). Y esta Corte ha juzgado que cuando la Nación ratifica un tratado que firmó con otro Estado, se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos, jurisdiccionales y legislativos lo apliquen a los supuestos que ese tratado contemple, siempre que contenga descripciones lo suficientemente concretas de tales supuestos de hecho que hagan posible su aplicación inmediata (Fallos: 315:1492).

17) Que este deber adquiere particular relevancia en casos como el presente en el que se hallan en juego delitos de acción pública, en los que el Estado tiene la obligación legal, indelegable e irrenunciable, de investigar. Tiene la acción punitiva y la obligación de promover e impulsar las distintas etapas procesales en cumplimiento de su obligación de garantizar el derecho a la justicia de las víctimas y sus familiares. Esta carga debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una gestión de intereses de particulares o que dependa de la iniciativa de éstos o de la aportación de pruebas por parte de ellos (Informe n° 34/96 casos 11.228 y otros, *Chile*, 15 de octubre de 1996, párrafo 72 e Informe n° 36/96, *Chile*, párrafo 73; análogamente Informe n° 1/99 caso 10.480 *Lucio Parada Cea y otros, El Salvador*, 27 de enero de 1999, pár. 119; Informe n° 133/99 caso 11.725 *Carmelo Soria Espinoza, Chile*, 19 de noviembre de 1999, pár. 81; Informe 61/01, caso 11.771 *Samuel Alfonso Catalán Lincoln, Chile*, 16 de abril de 2001, párrafo 62).

La obligación del Estado en relación a los deberes de investigación y sanción de delitos aberrantes ya fue reconocida por esta Corte en la causa “*Suárez Mason*”, Fallos: 321:2031,

disidencia del juez Boggiano; causa “Urteaga”, Fallos: 321:2767; causa “Ganora”, Fallos: 322:2139 y más recientemente en la causa “Hagelin”, Fallos: 326:3268.

18) Que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha fijado el alcance de los arts. 8.1 y 25, en relación con el art. 1.1 de la Convención, al señalar que garantizan a toda persona el acceso a la justicia para proteger sus derechos y que recae sobre los Estados partes los deberes de prevenir, investigar, identificar y sancionar a los autores y encubridores de las violaciones de los derechos humanos (*caso de la “Panel Blanca” Paniagua Morales y otros. Reparaciones*, Serie C N° 37, sentencia del 8 de marzo de 1998, párr. 198; *caso Ivcher Bronstein*, sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C N° 74, párr. 186; *caso Blake. Reparaciones*, Serie C N° 48, sentencia del 22 de enero de 1999, párr. 61 y sus citas, *caso Barrios Altos*, Serie C N° 75, sentencia del 14 de marzo de 2001). Toda violación de derechos humanos conlleva el deber del Estado de realizar una investigación efectiva para individualizar a las personas responsables de las violaciones y, en su caso, punirlas.

19) Que los Estados Partes deben combatir la impunidad, definida ésta como “la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana”, atento que este mal propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares (*Caso Blake, Serie C N° 48, Reparaciones*, sentencia del 22 de enero de 1999 párr. 64 y 65 con remisión a Serie, *Caso Paniagua Morales y otros*, Serie C37, sentencia del 8 de marzo de 1998, párr. 173; *Caso Loayza Tamayo, Serie C42 Reparaciones*, sentencia del 27 de noviembre de 1998, párr. 171 y, *Caso Suárez Rosero, Serie C44, Reparaciones*, sentencia del 20 de enero de 1999, párr. 80).

20) Que en ese orden de ideas el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre Impunidad, Louis Joinet expresó que la situación de impunidad surge del hecho de que los Estados no cumplen con su obligación de investigar y adoptar, particularmente en el área de la administración de justicia, medidas que garanticen que los responsables de haberlas cometido sean acusados, juzgados y, en su caso, castigados. Se configura además, si los Estados no adoptan medidas apropiadas para proveer a las víctimas de recursos efectivos, para reparar los daños sufridos por ellas y para prevenir la repetición de dichas violaciones (E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1).

21) Que, a la luz de tales principios, la Corte Interamericana consideró inadmisibles las disposiciones de amnistía, de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que impidan la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (*caso Barrios Altos*, Serie C N° 75, sentencia del 14 de marzo de 2001, párr. 41).

22) Que la Corte Interamericana concluyó que las leyes de esta naturaleza carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos ni para la identificación y el castigo de los responsables (*Barrios Altos*, párrs. 4144 y *Barrios Altos —Chumbipuma Aguirre y otros v. El Perú— Interpretación de la Sentencia de Fondo*, Serie C N° 83, art. 67 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sentencia del 3 de septiembre de 2001).

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos con el mismo espíritu recomendó en varias oportunidades, “derogar o en definitiva dejar sin efecto toda medida interna, legislativa o de otro orden, que tienda a impedir la investigación, el procesamiento y la sanción de los responsables del arresto y la desaparición” (Informe n° 19/99, caso 10.542 *Pastor Juscamaíta Laura, Perú*, 23 de febrero de 1999, párr. 43 y 46; en análogos términos Informe n° 20/99 *Rodolfo Robles Espinoza e hijos, Perú*, del 23 de febrero de 1999, párr. 171, 174 y recomendaciones; Informe n° 136/99 caso 10.488 *Ignacio Ellacuría y otros, El Salvador*, del 22 de diciembre de 1999, párr. 241, recomendación 3; Informe 61/01, caso 11.771 *Samuel Alfonso Catalán Lincoleo, Chile*, 16 de abril de 2001, párr. 96 recomendación 2; Informe n° 1/99 caso 10.480 *Lucio Parada Cea y otros, El Salvador*, 27 de enero de 1999).

23) Que, en voto concurrente, el juez Sergio García Ramírez en el caso *Castillo Paez*, Serie C N° 43, sentenciado del 27 de diciembre de 1998, no desconoció la conveniencia y necesidad de dictar normas de amnistía que contribuyan al restablecimiento de la paz, en condiciones de libertad y justicia, al cabo de conflictos internos que se pretende resolver con medidas de esta naturaleza. Por el contrario, señaló que es plausible llevar adelante un esfuerzo de este género, encauzado por los principios aplicables del derecho internacional y nacional, alentado, por la participación de los sectores involucrados y asumido en el marco de las instituciones democráticas. Agregó que en la reciente doctrina sobre derechos humanos ha sido ampliamente examinado el tema que por su naturaleza importa la impunidad de conductas realizadas antes de la sanción de tales normas. En consecuencia, afirmó la necesidad de armonizar las exigencias de la paz y la reconciliación con el deber de tutelar los derechos humanos y sancionar a quienes los vulneran, especialmente en supuestos de delitos de lesa humanidad, como el genocidio, la ejecución extrajudicial, la tortura o la desaparición forzada, amparadas en supuestas necesidades de lucha contra la subversión. Además, puso énfasis en que las amnistías no pueden poner a cubierto las más severas violaciones a los derechos humanos, que significan un grave menosprecio de la dignidad del ser humano y repugnan a la conciencia de la humanidad. En este orden de ideas destacó que la impunidad que apareja las normas sobre amnistías debe limitarse en la mayor medida posible, a fin de que aquéllas alcancen los objetivos que legítimamente pretenden, sin menoscabar el respeto a los derechos humanos cuya violación no puede considerarse como un recurso legítimo en las contiendas internas (párrafos 6, 7 y 8 del voto del citado magistrado, reiterado en el ya citado caso *Barrios Altos*, párrafos 9, 10 y 11).

24) Que tal como surge de los considerandos precedentes, el aspecto punitivo como integrante del “deber de investigar” y, por ende, del de “garantía” consagrado en el art. 1.1. significa que sólo “el enjuiciamiento y castigo de los responsables” constituye, en violaciones de esta índole, la medida más efectiva para poner en vigencia los derechos protegidos por el Pacto (caso *Blake*, sentencia del 24 de enero de 1998, Serie C36, párrs. 96 y 97). Cabe tener en cuenta muy especialmente que el Comité Internacional de la Cruz Roja ha interpretado que el art. 6.5 del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra sobre derecho internacional humanitario que favorece “la amnistía más amplia posible” después del cese de los conflictos armados internos, no puede interpretarse en el sentido de que apoya la amnistía de violaciones al derecho humanitario sino que sólo se refiere a una especie de liberación al término de las hostilidades para quienes fueron detenidos o sancionados por el mero hecho de haber participado en ellas, no para aquellos que han violado el

derecho internacional humanitario (Informe n° 1/99 *Lucio Parada Cea y otros, El Salvador*, 27 de enero de 1999, párrs. 114 y 115 y sus citas).

25) Que, según la Comisión, la creación de organismos de investigación y el dictado de normas por los Estados Partes que establecieron reparación pecuniaria a los familiares de desaparecidos u otras medidas semejantes no son suficientes para cumplir con las actuales exigencias del derecho internacional de los derechos humanos. Pues el derecho a la verdad sobre los hechos, como obligación del Estado no sólo con los familiares de las víctimas sino también con la sociedad, ha sido diseñado como sistema de protección capaz de garantizar la identificación y eventual sanción de los responsables y tiene un fin no sólo reparador y de esclarecimiento sino también de prevención de futuras violaciones (CIDH Informe n° 25/98 casos 11.505, *Chile*, del 7 de abril de 1998, pár. 87 y 95 e Informe n° 136/99 caso 10.488 *Ignacio Ellacuría y otros, El Salvador*, del 22 de diciembre de 1999, párrs. 221 a 226) .

La Comisión también sostuvo que a pesar de la importancia que tienen las comisiones para establecer la realidad de los hechos relacionados con las violaciones más graves y para promover la reconciliación nacional, las funciones desempeñadas por ellas no pueden ser consideradas como un sustituto adecuado del proceso judicial, ni tampoco de la obligación de investigar del Estado, en los términos de identificar a los responsables, de imponerles sanciones y de asegurar a la víctima una adecuada reparación (Informe n° 1/99 caso 10.480 *Lucio Parada Cea y otros, El Salvador*, 27 de enero de 1999, párr. 145; Informe n° 133/99 caso 11.725 *Carmelo Soria Espinoza, Chile*, 19 de noviembre de 1999, párr. 103). Y el reconocimiento de responsabilidad realizado por el gobierno, la investigación parcial de los hechos, y el pago posterior de compensaciones pues, por sí mismas, no son suficientes para cumplir con las obligaciones previstas en la Convención. (Informe n° 34/96 casos 11.228 y otros, *Chile*, 15 de octubre de 1996, párrs. 54 a 57 y 72 a 77 e Informe n° 36/96; Informe n° 133/99 caso 11.725 *Carmelo Soria Espinoza, Chile*, 19 de noviembre de 1999, párr. 75; Informe n° 136/99 caso 10.488 *Ignacio Ellacuría y otros, El Salvador*, del 22 de diciembre de 1999, párrs. 229 a 232 y Informe 61/01, caso 11.771 *Samuel Alfonso Catalán Lincoleo, Chile*, del 16 de abril de 2001, párrs. 52 a 55 y 81 a 83).

26) Que es en el contexto del principio sancionatorio como integrante del deber de investigar que la Comisión evaluó defensas de Estados demandados, que habían recuperado su normalidad democrática, basadas en que leyes como las cuestionadas fueron sancionadas por un gobierno anterior o en la abstención u omisión del Poder Legislativo en derogarlas o en la obligación de respetar las decisiones del Poder Judicial que confirmó su aplicación. La Comisión en todas estas oportunidades, señaló que independientemente de la legalidad o constitucionalidad de dichas normas en el derecho interno, resultaba competente para examinar los efectos jurídicos de una medida legislativa, judicial o de cualquier otra índole que resultara incompatible con los derechos y garantías consagrados en la Convención. Y juzgó que el Estado chileno “no puede justificar desde la perspectiva del derecho internacional el incumplimiento” del Pacto de San José de Costa Rica, ya que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece en su art. 27 que un Estado parte no podrá invocar las disposiciones de derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado (Informes n° 34/96, *Chile*, párrs. 41 y 43 y 36/96, *Chile*, párrs. 41, 43 y 85).

27) Que, por consiguiente, el desarrollo progresivo del derecho internacional de los derechos humanos, impone en la etapa actual del acelerado despertar de la conciencia jurídica de los Estados de investigar los hechos que generaron las violaciones a aquéllos, identificar a sus responsables, sancionarlos y adoptar las disposiciones de derecho interno que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de esta obligación, a fin de evitar la impunidad y garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos de las personas sujetas a su jurisdicción (arts. 1.1 y 2 de la Convención Americana).

28) Que aun antes del tal jurisprudencia internacional, los delitos contra el derecho de gentes hallábanse fulminados por el derecho internacional consuetudinario y concurrentemente por el texto de nuestra Constitución Nacional. La gravedad de tales delitos puede dar fundamento a la jurisdicción universal, como se desprende del art. 118 de la Constitución Nacional que contempla los delitos contra el derecho de gentes fuera de los límites de la Nación y ordena al Congreso determinar por ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio. Ello da por supuesto que tales delitos pueden ser juzgados en la República y, cabe entender, también en otros Estados extranjeros. Y además, que esos delitos contra el derecho internacional, contra la humanidad y el derecho de gentes, por su gravedad, lesionan el orden internacional, en modo que no puede verse en tal art. 118 sólo una norma de jurisdicción sino sustancialmente de reconocimiento de la gravedad material de aquellos delitos (causa “*Nadel*” registrada en Fallos: 316:567, disidencia del juez Boggiano).

29) Que según la teoría de la jurisdicción universal, sin necesidad de abrir juicio aquí sobre las prácticas extranjeras comparadas, tales delitos podrían ser juzgados aun fuera del país en el que se hubiesen cometido, los delitos contra el derecho internacional pueden fundar la jurisdicción universal de cualquier Estado según la costumbre internacional por violar una norma de *ius cogens* en modo sistemático lesionado el derecho internacional.

30) Que al respecto cabe señalar que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que si el Estado en cuestión compromete su responsabilidad internacional al optar por no administrar justicia ante la aplicación de una ley como la de amnistía y dejar, en tales condiciones, el crimen en la impunidad, resulta plenamente aplicable la jurisdicción universal para que cualquier Estado persiga, procese y sancione a quienes aparezcan como responsables de dichos crímenes internacionales, aun cuando aquellos fueran cometidos fuera de su jurisdicción territorial o que no guarden relación con la nacionalidad del acusado o de las víctimas, puesto que tales crímenes afectan a la humanidad entera y quebrantan el orden público de la comunidad mundial. Frente a un crimen internacional de lesa humanidad, si el Estado no quiere o no puede cumplir con su obligación de sancionar a los responsables debe en consecuencia aceptar la habilitación de la jurisdicción universal a tales fines (Informe n° 133/99 caso 11.725 *Carmelo Soria Espinoza, Chile*, 19 de noviembre de 1999, párrs. 136 a 149 y punto 2 de las recomendaciones).

31) Que, en esa hipótesis, podría darse el caso de que estos delitos fuesen juzgados en algún o algunos Estados extranjeros y no en la Argentina, con el consiguiente menoscabo de la soberanía jurisdiccional de nuestro país.

32) Que ello sentado corresponde adentrarse en el tratamiento de la validez o invalidez de las leyes 23.492 y 23.521.

33) Que el art. 2° de la ley 23.521 establece que “la presunción establecida en el artículo anterior no será aplicable respecto de los delitos de violación, sustracción y ocultación de menores o sustitución de su estado civil y apropiación extorsiva de inmuebles”.

34) Que de aquí se deduce, como consecuencia lógica necesaria e ineluctable, que esas leyes, obviamente, también excluyen los delitos de lesa humanidad, esto es, las graves violaciones de derechos humanos que lesionan el derecho internacional universal imperativo. En efecto, no es dable presumir que el legislador haya intentado derogar el derecho internacional consuetudinario. Es un principio de interpretación general que las normas de derecho estatal deben entenderse en modo que armonicen con las normas del derecho internacional (*Trans World Airlines v. Franklin Mint*, 466 U.S 243/1984; *Washington vs. Washington State Commercial Passenger Fishing Vessel Assn*; 443 U.S 658, 690 1979; *Weinberger v. Rossi*, 456 U.S 25, 32 1982). Tanto más tratándose de normas de *ius cogens*.

35) Que si alguna improbable interpretación de las leyes 23.492 y 23.521 condujese al resultado de juzgar amnistiados delitos de lesa humanidad aquéllas serían tanto manifiestamente contrarias al derecho internacional como al derecho constitucional argentino.

36) Que de antaño y hogaño, esta Corte ha considerado que las normas del *ius cogens* del derecho internacional consuetudinario forman parte del derecho interno (“*the law of the land*”, Fallos: 43:321; 125:40; 176:218; 178:173; 182:185, entre muchos otros).

37) Que, en consecuencia, cabe concluir que las leyes 23.492 y 23.521, en tanto y en cuanto no comprendan delitos de lesa humanidad son inaplicables al caso y, por el contrario, son insanablemente inconstitucionales en tanto y en cuanto pudiesen extinguir delitos de lesa humanidad.

38) Que, en el caso, corresponde declarar la inaplicabilidad o, si se juzgara aplicable, la inconstitucionalidad de las citadas leyes pues se persigue a Julio Héctor Simón por crímenes contra el derecho de gentes. En efecto, los hechos investigados en la causa encuadran en el art. 2 de la Convención sobre Desaparición Forzada de Personas, aprobada por la ley 24.556 y con jerarquía constitucional otorgada por la ley 24.820, art. 1 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (art. 75, inc. 22) y la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, que comprende en la definición “otros actos inhumanos”, según la remisión al art. 6 c, del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg.

Al respecto cabe destacar que es misión de esta Corte velar por el cumplimiento del *ius cogens*, esto es, el derecho inderogable que consagra la Convención sobre Desaparición Forzada de Personas. La desaparición forzada de personas constituye, no solo un atentado contra el derecho a la vida, sino también un crimen contra la humanidad. Tales conductas tienen como presupuesto básico la característica de dirigirse contra la persona o su dignidad, en las que el individuo ya no cuenta, sino en la medida en que sea miembro de una víctima colectiva a la que va dirigida el delito. Es justamente por esta circunstancia que la comunidad mundial se ha comprometido a erradicar crímenes de esa laya, pues merecen una reprobación tal de la conciencia universal al atentar contra los valores humanos fundamentales, que ninguna convención, pacto o norma positiva puede derogar, enervar o disimular con distracción alguna. La Nación Argentina ha manifestado su clara voluntad de hacer respetar irrenunciablemente esos derechos y ha

reconocido el principio fundamental según el cual esos hechos matan el espíritu de nuestra Constitución y son contrarios al *ius cogens*, como derecho internacional imperativo (Fallos: 321:2031, disidencia del juez Boggiano).

39) Que, en consecuencia, corresponde examinar si los hechos que se le imputan al recurrente son susceptibles de persecución o, si por el contrario la acción penal se ha extinguido por el transcurso del tiempo.

40) Que, esta Corte juzgó que la calificación de delitos de lesa humanidad está sujeta de los principios del *ius cogens* del derecho internacional y que no hay prescripción para los delitos de esa laya (Fallos: 318:2148). Este es un principio derivado tanto del derecho internacional consuetudinario cuanto del convencional, la Convención de la Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. En suma, los delitos de lesa humanidad nunca han sido prescriptibles en el derecho internacional ni en el derecho argentino. En rigor, el derecho internacional consuetudinario ha sido juzgado por esta Corte como integrante del derecho interno argentino (Fallos: 43:321; 176:218; 316:567).

41) Que, en este sentido el art. VII de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas dispone que la acción penal y la pena no estarán sujetas a prescripción. Por su parte el art. III dispone que tal delito será considerado como “continuado o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima”. Al respecto cabe tener presente que la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró que el obstáculo al deber de investigar en forma efectiva derivado de la prescripción de la acción penal, podía considerarse salvado a partir del carácter permanente de la privación ilegal de la libertad que integra el delito complejo de “desaparición forzada”. Destacó que en supuestos como el señalado la prescripción se debe empezar a contar desde el día en que cesa la ejecución del delito. Es decir, que el plazo de prescripción no corre mientras se mantenga la incertidumbre sobre la suerte de la víctima (caso *Trujillo Oroza vs. Bolivia*, Serie C N° 92, sentencia del 27 de febrero de 2002, párr. 72; en el mismo sentido caso *Velásquez Rodríguez*, Serie C N° 4, sentencia del 29 de julio de 1988, párr. 181).

42) Que no obsta a las conclusiones precedentes la circunstancia de que la Convención de la Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas no estuvieren vigentes al momento de sanción y promulgación de las leyes de punto final y obediencia debida. Ello por cuanto, en razón de la calificación provisional de los delitos corresponde considerar, como se hizo en la citada causa “*Arancibia Clavel*”, voto del juez Boggiano, que no se presenta en el caso una cuestión de conflicto de leyes en el tiempo pues el crimen de lesa humanidad lesionó antes y ahora el derecho internacional, antes el consuetudinario ahora también el convencional, codificador del consuetudinario (considerando 29). Aquella calificación provisional puede modificarse en el transcurso del juicio y también, por cierto en la sentencia definitiva.

43) Que el principio de no retroactividad de la ley penal ha sido relativo. Éste rige cuando la nueva ley es más rigurosa pero no si es más benigna. Así, la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad reconoce una conexidad lógica entre imprescriptibilidad y retroactividad. Ante el conflicto entre el principio de irretroactividad que favorecía al autor del delito contra el *ius gentium*

y el principio de retroactividad aparente de los textos convencionales sobre imprescriptibilidad, debe prevalecer este último, pues es inherente a las normas imperativas de *ius cogens*, esto es, normas de justicia tan evidentes que jamás pudieron oscurecer la conciencia jurídica de la humanidad (*Regina v. Finta*, Suprema Corte de Canadá, 24 de marzo de 1994). Cabe reiterar que para esta Corte tal conflicto es sólo aparente pues las normas de *ius cogens* que castigan el delito de lesa humanidad han estado vigentes desde tiempo inmemorial (causa “*Arancibia Clavel*”, voto del juez Boggiano, considerando 39).

44) Que la inaplicabilidad de las normas de derecho interno de prescripción de los delitos de lesa humanidad tiene base en el derecho internacional ante el cual el derecho interno es sólo un hecho. Esta Corte, en cambio, no puede adherir a la autoridad de la Casación francesa en cuanto juzga que ningún principio del derecho tiene una autoridad superior a la ley nacional, en ese caso francesa, ni permite declarar la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra, ni prescindir de los principios de legalidad y de no retroactividad de la ley penal más severa cuando se trata de crímenes contra la humanidad (Corte de Casación, *Fédération Nationale des déportés et internés résistants et patriotes et autres c. Klaus Barbie*, 20 de diciembre de 1985; N° 0280.719 (N° 2979 FS) P+B, 17 de junio de 2003, “*Arancibia Clavel*”, voto del juez Boggiano, considerando 31).

45) Que resulta de aplicación el principio de imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad derivado tanto del derecho internacional consuetudinario cuanto de la Convención de la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad. En consecuencia, la Convención no fue celebrada para crear la imprescriptibilidad de delitos que por su naturaleza no eran susceptibles de prescribir, sino para proveer un sistema internacional bajo el cual el delincuente no puede encontrar un refugio ni en el espacio ni en el tiempo.

Además, la imperatividad de tales normas las torna aplicables aun retroactivamente en virtud del principio de actualidad del orden público internacional (Fallos: 319: 2779).

46) Que la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad establece específicamente su aplicación retroactiva al expresar que tales crímenes “...son imprescriptibles cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido” (art. I).

Este mismo principio surge del Preámbulo de dicha Convención al expresar que “...en ninguna de las declaraciones solemnes, instrumentos o convenciones por el enjuiciamiento y castigo de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad se ha previsto limitación en el tiempo”. En este sentido advierte que “la aplicación a los crímenes de guerra y de lesa humanidad de las normas de derecho interno relativas a la prescripción de los delitos ordinarios suscita grave preocupación en la opinión pública mundial, pues impide el enjuiciamiento y castigo de las personas responsables de esos crímenes”.

Asimismo se reconoce que es oportuno “afirmar” el principio de la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad y asegurar su aplicación internacional. De los trabajos preparatorios de la Convención surge que se empleó el verbo “afirmar” en lugar de “enunciar” a fin de poner de manifiesto la posición según la cual el principio de imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y lesa humanidad ya existía en el derecho consuetudinario internacional por lo que la Convención no podía enunciarlo

sino afirmarlo (Informes de la Comisión de Derecho Internacional, Resolución 3 XXII, aprobada por el Consejo Económico y Social por resolución 1158 (XLI) del 5 de agosto de 1966 y Resolución 2338 (XXII) de la Asamblea General del 18 de diciembre de 1967).

47) Que tal regla es ahora de valor y jerarquía constitucionales y por su especificidad respecto de los delitos que contempla tiene un ámbito material distinto y particular respecto de la norma general de prescriptibilidad sobre los demás delitos. Ambas reglas tienen la misma jerarquía constitucional y por consiguiente las normas especiales de imprescriptibilidad sólo rigen para los delitos contemplados en la Convención citada, que no está por debajo de la Constitución Nacional sino a su misma altura (Fallos: 319:3148).

48) Que, no cabe predicar que el mencionado instrumento internacional está subordinado a la Constitución, pues se identifica con ella. El principio de imprescriptibilidad consagrado en la Convención ya citada, al alcanzar jerarquía constitucional, integra el conjunto de principios de derecho público de la Constitución.

Tal principio conduce a valorar los hechos que dieron lugar al proceso bajo el prisma de las valoraciones actuales que imperan en el derecho internacional humanitario. Máxime si se tiene presente que declarar la prescripción de la acción penal en el país podría dar origen a la responsabilidad internacional del Estado argentino.

49) Que, por lo demás, no es posible afirmar que el art. 18 de la Constitución Nacional que establece el principio de legalidad y de irretroactividad consagre una solución distinta en el art. 118 respecto a la aplicación de las normas del *ius cogens* relativas a la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad. Ambos preceptos no colisionan sino que se complementan, ya que el segundo incorpora al orden interno las normas imperativas del derecho internacional como integrantes del principio de legalidad. La ley de lugar del juicio *supone*, aunque obviamente, no *establece* los principios del derecho de gentes.

50) Que, finalmente, no es ocioso traer a consideración una fuente de doctrina autorizada para el derecho argentino (art. 2º de la Constitución Nacional; ver, por todos el maestro Bidart Campos, Germán J., *Manual de la Constitución Reformada*, Tomo I, Buenos Aires, EDIAR, 1996, Cap. 11, La libertad religiosa, doctrina y derecho judicial).

“Los miembros de las fuerzas armadas están moralmente obligados a oponerse a las órdenes que prescriben cumplir crímenes contra el derecho de gentes y sus principios universales. Los militares son plenamente responsables de los actos que realizan violando los derechos de las personas y de los pueblos o las normas del derecho internacional humanitario. Estos actos no se pueden justificar con el motivo de la obediencia a órdenes superiores” (Pontificio Consejo Justicia y Paz, *Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia*, Conferencia Episcopal Argentina, 2005, N° 503).

En definitiva, para que pueda percibirse adecuadamente la estructura lógica del presente voto cabe, en suma, puntualizar lo siguiente: a) se procesó y apresó a Julio Héctor Simón por crímenes de lesa humanidad; b) las leyes 23.492 y 23.521 son inaplicables a estos delitos porque no los contemplaron o, de ser aplicables, son inconstitucionales porque si los contemplaron violaron el derecho internacional consuetudinario vigente al tiempo de su promulgación; c) nada corresponde juzgar acerca de la constitucionalidad de ambas leyes respecto de delitos que no son de lesa humanidad, pues no se trata aquí de un caso tal; d) aquellas leyes son inaplicables a los delitos de lesa humanidad o son inconstitucionales si

fuesen aplicables a los delitos de esa laya. En ambas hipótesis resultan inaplicables. Nada más corresponde declarar en este caso.

Por ello y lo concordemente dictaminado por el señor Procurador General de la Nación, se hace lugar parcialmente a la queja y al recurso extraordinario según el alcance indicado en los considerandos, se declaran inaplicables al caso las leyes 23.492 y 23.521 y, por ende, firmes las resoluciones apeladas Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Agréguese la queja al principal. Notifíquese y devuélvase.

ANTONIO BOGGIANO.

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON JUAN CARLOS MAQUEDA

Considerando:

Que el infrascripto coincide con los considerandos 1° a 11 del voto de la mayoría.

I. Poderes de interpretación y anulación del Congreso.

12) Que más allá del control de constitucionalidad de las leyes 23.492 y 23.521 —de Punto Final y Obediencia Debida—, corresponde analizar las facultades del Congreso de la Nación para sancionar la ley 25.779, por la que se declara la nulidad de las leyes de referencia, ya derogadas por la ley 24.952, así como las atribuciones del Poder Judicial en general, y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en particular, en relación con la revisión constitucional en el caso concreto y con independencia de la declaración de nulidad.

13) Que, la Constitución Nacional en su carácter de norma jurídica operativa condiciona con sus mandatos la actividad de los poderes constituidos, razón por la cual el órgano legislativo no escapa a tal principio y, en consecuencia, su obrar debe estar dirigido al más amplio acatamiento de los principios, normas, declaraciones y derechos reconocidos en el plexo jurídico de base. La regla expuesta se ha visto complementada a partir de la reforma constitucional de 1994 con el reconocimiento de jerarquía constitucional a una serie de tratados de derechos humanos, así como con la inclusión de un procedimiento de mayoría agravada a cargo del Congreso de la Nación para disponer aquella jerarquía respecto a otros tratados de derechos humanos (art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional).

14) Que, en consecuencia, esta Corte históricamente ha entendido que “es una regla elemental de nuestro derecho público que cada uno de los tres altos poderes que forman el gobierno de la Nación, aplica e interpreta la Constitución por sí mismo, cuando ejercita las facultades que ella les confiere respectivamente” (Fallos: 53:420). En lo que respecta al Poder Legislativo y a su rol dentro del sistema de gobierno que adopta la norma fundamental ha señalado que los principios que hacen al régimen representativo republicano se sustentan en que “en todo estado soberano el poder legislativo es el depositario de la mayor suma de poder y es, a la vez, el representante más inmediato de la soberanía...” (Fallos: 180:384). Asimismo ha agregado que “La Constitución establece para la Nación un gobierno representativo, republicano, federal. El Poder Legislativo que ella crea es el genuino representante del pueblo y su carácter de cuerpo colegiado la garantía fundamental para la fiel interpretación de la voluntad general...” (Fallos: 201:249, pág. 269), y en tal sentido “la función específica del Congreso es la de sancionar las leyes necesarias para la felicidad del

pueblo...Es clásico el principio de la división de los poderes ínsito en toda democracia y tan antiguo como nuestra Constitución o su modelo norteamericano o como el mismo Aristóteles que fue su primer expositor. Ese espíritu trasciende en la letra de toda la Constitución y en la jurisprudencia de esta Corte...” (del voto del juez Repetto en Fallos: 201:249, pág. 278). Por ello, “...tratándose de los actos de un gobierno regular lo será atendiendo al modo que para la sujeción de ellos a la justicia y su enderezamiento al bien común se establece en los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional —traducción positiva de las exigencias de un orden justo— y se articula en todas las demás disposiciones de ella relativas al establecimiento y facultades de los distintos órganos del poder...” (del voto del juez Casares en Fallos: 201:249, pág. 281).

15) Que es en este contexto en el que debe analizarse la decisión política del Congreso de la Nación plasmada en la ley 25.779 así como los efectos de aquélla. En consecuencia, cabe en primer término revisar los fundamentos del Poder Legislativo para declarar “insanablemente nulas” las leyes 23.492 y 23.521. En la sesión en la que se aprobó la ley, el diputado Urtubey sostuvo que “...Esas dos leyes, que terminaban estableciendo un disvalor moral y ético, no pueden sostenerse en el marco de un sistema republicano que dé garantías no sólo a aquellos que están imputados de delitos y en cuyo beneficio se pretendió extinguir la acción penal, sino también a cientos, miles y decenas de miles de familiares de argentinos de bien que quieren que se haga justicia...”. El profesor Luis Jiménez de Asúa cita dos conceptos sobre este tema, expuestos a su vez por Graven. Dijo lo siguiente: “Los crímenes contra la humanidad son tan antiguos como la humanidad. La concepción jurídica es, sin embargo, nueva, puesto que supone un estado de civilización capaz de reconocer leyes de la humanidad, los derechos del hombre o del ser humano como tal, el respeto al individuo y a las actividades humanas...Es importante que este Congreso nacional no reniegue de sus facultades...Nosotros tenemos una obligación ética irrenunciable: remover los obstáculos que hacen que en la Argentina no se puedan perseguir a aquellos que cometieron delitos de lesa humanidad...” (Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación —12 Reunión— 4º Sesión Ordinaria (Especial) agosto 12 de 2003).

En relación con la existencia o no de facultades del Congreso de la Nación para declarar la nulidad de las normas indicadas, la diputada Carrió, al referirse al control de constitucionalidad en el sistema argentino, y sin desconocer la facultad propia del Poder Judicial en la materia, sostuvo que “...La pregunta que queda pendiente es si los otros órganos del Estado controlan o no la constitucionalidad de las normas. Y claro que la controlan... Cuando nosotros estamos en una comisión del Congreso y vamos a sancionar una norma, hacemos análisis de constitucionalidad...Esto se llama control preventivo de constitucionalidad. También podemos derogar una norma tildada de inconstitucional...Lo que queda por saber es si el Poder Legislativo puede, cuando realiza el control de constitucionalidad de una norma declarar su nulidad...En principio no lo puede hacer salvo que la norma con la cual se confronta sancione bajo pena de nulidad...Si la violación de las normas que está analizando el Congreso, en este caso las leyes de punto final y obediencia debida, se refiere al artículo 29 de la Constitución Nacional y es el propio artículo 29 el que sanciona con nulidad absoluta e insanable todos los actos que se opongan, y si además le agregamos a la violación a dicho artículo otras supuestas con sanción de nulidad absoluta e insanable, como son los delitos de lesa humanidad o la violación del derecho de gentes establecido en el artículo 118, la nulidad corresponde...cuando nosotros...declaramos la nulidad absoluta

e insanable lo que hacemos es una declaración de invalidez por el órgano competente para dictar la norma, lo que es plenamente factible... Nadie puede desconocer como primer argumento central que este Congreso no tenga competencia. No tiene competencia para un caso concreto, y lo que nunca podría hacer este Parlamento es tomar una causa judicial y sancionar una ley que diga que para una determinada causa no se aplica la ley. Sí puede hacerlo como criterio general bajo estas condiciones: violación del artículo 29 de la Constitución nacional y del derecho de gentes. Este reconocimiento histórico que hoy hace el Congreso Nacional es el más importante de los últimos veinte años. Yo les quiero preguntar en el caso de que esto llegue a la Corte Interamericana de Derechos Humanos si van a catalogar de payasada el pronunciamiento...cuando muchas veces dicha Corte pidió que la legislación se adecuara al juzgamiento. Nosotros creemos que habrá efectos jurídicos: las causas deberán reabrirse...¿Qué podría hacer un juez como último contralor de constitucionalidad de las leyes?...podría mantener que la declaración del Congreso es irrelevante; entonces declara la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes de punto final y obediencia debida. En ese caso, la declaración del Congreso serviría como un argumento de hecho para sustentar la inconstitucionalidad de tales leyes en los foros internacionales... el magistrado podría declarar la constitucionalidad de nuestra ley y la inconstitucionalidad de las leyes...con lo cual se reabre el proceso...En realidad,...ni la instancia nacional ni la internacional va a poder borrar esta declaración...” (Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación —12 Reunión— 4º Sesión Ordinaria (Especial) agosto 12 de 2003).

A su vez, la diputada Lubertino señaló que “También quiero recordar que la actual Constitución Nacional determina que los tratados elevados a rango constitucional son tales en las condiciones de su vigencia. Existe jurisprudencia de la Corte que analiza e interpreta que ‘en las condiciones de su vigencia’ significa ‘según la jurisprudencia de los organismos internacionales’. Por otro lado, reiterada jurisprudencia tanto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como de la Comisión Americana sobre Derechos Humanos y el Comité de Derechos Humanos, no sólo respecto de la Argentina sino también de otros países se refiere a la obligación de los tres poderes del Estado de avanzar en el sentido de garantizar el juzgamiento de los crímenes de lesa humanidad...” (Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación —12 Reunión— 4º Sesión Ordinaria (Especial) agosto 12 de 2003).

En sentido similar el diputado Pernasetti, refiriéndose a la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, y usando tal argumento para sostener que aún sin la declaración de nulidad era viable institucionalmente discutir y juzgar en cada una de las causas los delitos aberrantes, manifestó “El artículo IV de la Convención que acabamos de aprobar con rango constitucional dice: ‘Los Estados parte en la presente Convención se comprometen a adoptar, con arreglo a sus respectivos procedimientos constitucionales, las medidas legislativas o de otra índole que fueran necesarias para que la prescripción de la acción penal o de la pena establecida por ley o de otro modo, no se aplique a los crímenes mencionados en los artículos I y II de la presente Convención, y en caso de que exista, sea abolida’. Estas son las razones por las cuales debemos introducir en el derecho positivo la norma que proponemos votar. Cabe aclarar que la irretroactividad de la ley penal es un principio básico asentado en el principio de legalidad, que establece que no hay pena sin ley. Por otra parte, el principio de la irretroactividad de la ley penal está en casi todos los pactos de derechos civiles y derechos humanos.

Pero también debemos decir que el derecho internacional es claro al definir la naturaleza de la ley penal aplicable, ya se trate de legislación nacional como de derecho internacional. Entonces lo que vale son las excepciones que consagra el propio derecho internacional... entendemos que con la ratificación del tratado y la incorporación al derecho nacional de la iniciativa que seguidamente vamos a votar estamos abriendo realmente la puerta constitucional adecuada para el juzgamiento de todos estos delitos aberrantes” (Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación —12 Reunión— 4° Sesión Ordinaria (Especial) agosto 12 de 2003).

Finalmente, el diputado Díaz Bancalari sostuvo que “No hay nada ni nadie que impida al Congreso de la Nación revisar sus propios actos: no hay nada ni nadie que impida a la Cámara de Diputados de la nación declarar la nulidad de las leyes de punto final y obediencia debida, porque fueron dictadas en violación a normas de la Constitución Nacional... el tiempo que es el juez implacable de los hombres, determinará si este proyecto y sus consecuencias fueron nada más que un intento por alcanzar la verdad y la justicia o si representaron el inicio del camino para su logro...” (Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación —12 Reunión— 4° Sesión Ordinaria (Especial) agosto 12 de 2003).

16) Que, por su parte, el debate en la Cámara de Senadores también resulta ilustrativo a los efectos de comprender la voluntad política del órgano legislativo al resolver sancionar la declaración de nulidad como un acto extremo y excepcional, pero, a su vez, consecuencia de la interpretación constitucional entendida como oportuna y adecuada. En tal sentido, el senador Busti manifestó que “...en caso de crímenes de lesa humanidad ningún Estado tiene el derecho de promulgar leyes que sirvan para violar los derechos humanos y que por el principio de noretroactividad garantizarían la impunidad de los que adoptan esta ley. Un estado de derecho no es justificable dentro de sí mismo, sino solamente desde su fundación en el respeto por los derechos humanos...” y considerando la relación entre el tema en debate y la sanción de la Convención contra la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad, agregó que “el otro significado es claramente jurídico: implica colocar las normas de la convención internacional que acabamos de sancionar en el punto más alto de la pirámide del derecho. Es decir, someter todas las normas del derecho positivo argentino a fin de evitar que contradigan o dificulten su operatividad plena...no creo que la declaración de nulidad de las leyes de impunidad sea una mera declaración o una expresión de deseos, públicos y políticos,...Es la voluntad del Congreso de la Nación de saldar una deuda del pasado con la justicia...”. A su vez, el senador López Arias dijo que “esta nulidad, como mucho se ha sostenido aquí, no está basada en el artículo 29 de la Constitución Nacional, sino que en la ley de obediencia debida hay una clara invasión a poderes por cuanto el Poder Legislativo —que es el que tiene que dictar leyes generales— se atribuye prácticamente la facultad de conducir al Poder Judicial —que es un poder independiente— hacia la interpretación de hechos concretos. De esa manera se invade la facultad exclusiva y privativa del poder Judicial...la vigencia de tratados internacionales y la obligatoriedad de su aplicación por parte de todos los poderes del Estado era algo sobre lo que no había dudas desde hacía mucho tiempo...la declaración de nulidad votada por este Congreso tiene una importancia como precedente realmente superlativa, que no va a poder ser desconocida en el futuro...”. A su vez el senador Pichetto defendió la nulidad de las normas sosteniendo que “...es la manifestación de voluntad política de las dos cámaras del Congreso: una firme voluntad política, un mensaje que tiene como destinatario final al Poder Judicial. Porque

de lo que se trata es de abrir caminos, de eliminar los obstáculos... de que sean nuestros propios jueces los que lleven adelante el juzgamiento...Creo firmemente que los hechos cometidos por nacionales o por extranjeros en el territorio del país deben ser juzgados por jueces argentinos". El senador Cafiero consideró que "...desde el punto de vista del derecho de gentes, que es el que me preocupa, las leyes de punto final y obediencia debida...constituyen actos de violencia institucional que importaron renuncia a obligaciones indelegables e irrenunciables por parte del Estado, por lo que éticamente están fulminadas por insanable nulidad...". El senador Terragno interpretó el alcance de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Crímenes de Lesa Humanidad y entendió que "...el nudo de la cuestión se encuentra en un párrafo del artículo I cuando dice que los crímenes de lesa humanidad son imprescriptibles, cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido...dicho artículo está estableciendo un principio excepcional..." y con cita de la Corte Interamericana de Derechos Humanos recordó que "...en el caso Barrios Altos dijo que son inadmisibles las disposiciones de prescripción y el establecimiento de exclusiones de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de violaciones graves de los derechos humanos. El otro punto en cuestión tiene que ver con el artículo IV [de la Convención citada]. Este establece que los Estados parte se obligan a adoptar —con arreglo a sus respectivos procedimientos constitucionales— las medidas legislativas tendientes a que la prescripción de la acción penal o de la pena establecida por ley o de otro modo no se aplique a los crímenes de lesa humanidad y que, en caso de que exista, sea abolida...la nulidad pasa a ser la instrumentación de la Convención que hemos aprobado...Quienes sostienen que esto no puede interpretarse porque el artículo IV señala que ello debe hacerse con arreglo a los procedimientos constitucionales y no sería constitucional que se anulara una disposición por vía legislativa...están proponiéndonos una interpretación que es más violatoria todavía de la división de poderes ¿Por qué? Porque lo que están diciendo es que ese artículo señala que los Estados parte —o sea los respectivos poderes ejecutivos y legislativos, que son los que intervienen en la sanción, firma y aprobación de los convenios internacionales— se obligan por esta Convención a que los respectivos poderes judiciales declaren la nulidad. Esto es un contrasentido... yo creo que la remoción de los obstáculos a la punición de los crímenes de lesa humanidad es parte de la aplicación de la Convención que hemos votado...". La senadora Perceval manifestó que "...en primer lugar desde un punto de vista técnico jurídico...es plena competencia de este Parlamento decidir y por tanto disponer en todas las medidas y diligencias útiles a fin de regular probables efectos de un texto legal que alguna vez tuvo vigencia. La declaración de nulidad de ambas leyes surge...de nuestra obligación de armonizar y adaptar nuestro derecho interno a los tratados internacionales de derechos humanos que tienen dentro de nuestro sistema normativo jerarquía constitucional. Para decirlo de otra manera: a la obligación de atender la necesidad que una Nación tenga un sistema jurídico coherente...En ese mismo orden de cosas el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos con jurisdicción en la República Argentina han declarado que las amnistías y otras medidas que permiten que los responsables de violaciones de derechos humanos no sean castigados son incompatibles con las obligaciones internacionales del Estado. Con los efectos legales de las llamadas 'leyes del perdón' nuestro Estado se encuentra en alto riesgo de infracción respecto de las cláusulas contenidas en distintos tratados internacionales. Veamos ahora la letra de la Constitución Nacional. Para comenzar ninguna ley de nuestra Nación puede a tenor de las

previsiones contenidas en el artículo 28 de nuestra Carta magna alterar los principios, garantías y derechos reconocidos en la parte dogmática de la misma...Nuestra obligación hoy quizás sea proporcionar un sistema normativo que permita leer a un derecho objetivo que no contenga contradicciones entre las leyes que lo integran...Este Senado no se está adjudicando ni facultades ni funciones que no le competen. Estamos interpretando una voluntad social mayoritaria y acompañando...a crear el marco político institucional que fortalezca los avances judiciales para el total esclarecimiento de una etapa signa por el terrorismo de Estado...” (Cámara de Senadores de la Nación, 17 Reunión, 11 sesión ordinaria, 20 y 21 de agosto de 2003, versión taquigráfica).

17) Que la reseña efectuada permite vislumbrar la complejidad del debate y, en la trama de argumentos enunciados, destacar aquello que parece ser el núcleo fuerte de la cuestión al tiempo de tener que considerar si la declaración de nulidad insanable ha excedido el marco de facultades del Congreso de la Nación. A tales efectos, lo primero que debe ser destacado es la permanente alusión a las diferencias sustantivas entre la función legislativa y la función judicial a la luz del principio de división de poderes. Ello así, el Poder Legislativo reconoce expresamente que será el Poder Judicial el órgano facultado para declarar la eventual inconstitucionalidad de las leyes impugnadas. Sin perjuicio de ello, la vinculación constitucional alcanza a todos los poderes constituidos y, bajo tal principio, sin duda el Poder Legislativo en su condición de órgano representativo de la voluntad popular en el contexto de un Estado constitucional de derecho, es el primer obligado a dar cuenta del grado de adecuación de su accionar en los términos del mandato constitucional. En tal sentido el art. 75, inc. 22, de la norma fundamental, al reconocer jerarquía constitucional a diversos tratados de derechos humanos, obliga a todos los poderes del Estado en su ámbito de competencias y no sólo al Poder Judicial, a las condiciones para hacer posible la plena vigencia de los derechos fundamentales protegidos.

18) Que, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva 14/94, del 9 de diciembre de 1994 (CIDH serie A) Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) ha establecido que “Según el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno. Estas reglas pueden ser consideradas como principios generales del derecho y han sido aplicadas, aún tratándose de disposiciones de carácter constitucional, por la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia (Caso de las Comunidades Greco Búlgaras (1930). Serie B, N° 17, pág. 32; Caso de Nacionales Polacos de Danzig (1931), Serie A/B, N° 44, pág. 24; Caso de las Zonas Libres (1932), Serie A/B, N° 46, pág. 167; Aplicabilidad de la obligación a arbitrar bajo el convenio de Sede de las Naciones Unidas (Caso de la Misión del PLO) (1988) 12 a 312, párr. 47). Asimismo estas reglas han sido codificadas en los artículos 26 y 27 de la convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969” (punto III.35 de la Opinión Consultiva citada). En línea con los principios generales expuestos también entendió que “Son muchas las maneras como un Estado puede violar un tratado internacional y, específicamente, la Convención. En este último caso, puede hacerlo, por ejemplo omitiendo dictar las normas a que está obligado por el artículo 2. También, por supuesto, dictando disposiciones que no estén en conformidad con lo que de él exigen sus obligaciones dentro de la Convención...” (punto III.37 de la Opinión consultiva citada). Por ello, concluye que

“la promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado al ratificar o adherir a la Convención constituye una violación de ésta y que, en el evento de que esa violación afecte derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados, genera responsabilidad internacional para el Estado” (punto III.50 de la Opinión Consultiva citada). Asimismo, en cuanto a las obligaciones y responsabilidades de los agentes o funcionarios del Estado que den cumplimiento a una ley violatoria de la convención, dispone que “...actualmente la responsabilidad individual puede ser atribuida solamente por violaciones consideradas como delitos internacionales en instrumentos que tengan ese mismo carácter, tales como los crímenes contra la paz, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad o el genocidio que, naturalmente, afectan también derechos humanos específicos. En el caso de los delitos internacionales referidos, no tiene ninguna trascendencia el hecho de que ellos sean o no ejecutados en cumplimiento de una ley del Estado al que pertenece el agente o funcionario. El que el acto se ajuste al derecho interno no constituye justificación desde el punto de vista del derecho internacional...” (punto IV; 53 y 54 de la Opinión consultiva citada).

19) Que, en razón de lo expuesto y por aplicación del art. 75, inc. 22, adquiere especial relevancia para el análisis de la decisión legislativa tener presente que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que: “...son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La Corte, conforme a lo alegado por la Comisión y no controvertido por el Estado, considera que las leyes de amnistía adoptadas...impidieron que los familiares de las víctimas y las víctimas sobrevivientes en el presente caso fueran oídas por un juez, conforme a lo señalado en el artículo 8.1 de la Convención; violaron el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 de la Convención; impidieron la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y sanción de los responsables de los hechos..., incumpliendo el artículo 1.1 de la Convención, y obstruyeron el esclarecimiento de los hechos del caso. Finalmente, la adopción de las leyes de autoamnistía incompatibles con la Convención incumplió la obligación de adecuar el derecho interno consagrada en el artículo 2 de la misma. La Corte estima necesario enfatizar que, a la luz de las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, los Estados Partes tienen el deber de tomar las providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz, en los términos de los artículos 8 y 25 de la Convención. Es por ello que los Estados Partes en la Convención que adopten leyes que tengan este efecto, como lo son las leyes de autoamnistía, incurren en una violación de los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la Convención. Las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente...”. Tales conclusiones la conducen a sostener que “Como consecuencia de

la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puedan tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana...”. A su vez ratifica que “...el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los artículos 8 y 25 de la Convención” (CIDH Caso Barrios Altos, serie C N° 75, sentencia del 14 de marzo de 2001, cap. VII Incompatibilidad de leyes de amnistía con la Convención, párr. 41/44 y 48).

En oportunidad de proceder a aclarar los alcances de la sentencia citada, el Tribunal Internacional precisó que “...En cuanto al deber del Estado de suprimir de su ordenamiento jurídico las normas vigentes que impliquen una violación a la Convención, este Tribunal ha señalado en su jurisprudencia que el deber general del Estado, establecido en el artículo 2 de la Convención, incluye la adopción de medidas para suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que impliquen violación a las garantías previstas en la Convención, así como la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la observancia efectiva de dichas garantías...En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. Esta norma es universalmente aceptada, con respaldo jurisprudencial. La Convención Americana establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados. Este deber general del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del *effet utile*). Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2 de la Convención. Dichas medidas sólo son efectivas cuando el Estado adapta su actuación a la normativa de protección de la Convención [confr. Caso “*La Última Tentación de Cristo*” (*Olmedo Bustos y otros*). Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr. 8587; Caso *Durand y Ugarte*. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68, párr. 137; y Caso *Castillo Petruzzi y otros*. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, párr. 207]. La promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado parte en la convención constituye *per se* una violación de ésta y genera responsabilidad internacional del Estado. En consecuencia, la Corte considera que, dada la naturaleza de la violación constituida por las leyes de amnistía no. 26479 y no. 26492, lo resuelto en la sentencia de fondo en el caso Barrios Altos tiene efectos generales, y en esos términos debe ser resuelto el interrogante formulado en la demanda de interpretación presentada por la Comisión...” (CIDH Caso Barrios Altos, serie C N° 83, sentencia del 3 de septiembre de 2001, Interpretación de la sentencia de fondo, párr. 16/18).

20) Que esta Corte ha sostenido que “la plenitud del estado de derecho...no se agota en la sola existencia de una adecuada y justa estructura normativa general, sino que exige esencialmente la vigencia real y segura del derecho en el seno de la comunidad y, por ende, la posibilidad de hacer efectiva la justiciabilidad plena de las transgresiones a la ley y de

los conflictos jurídicos. El verdadero valor del derecho, dice R. Von Ihering, descansa por completo en el conocimiento de sus funciones, es decir, en la posibilidad de su realización práctica...los otros poderes del Gobierno de la Nación se encuentran también vinculados por el propósito inspirador del dictado de la Constitución —que tanto vale como su propia razón de ser— integrado por los enunciados del Preámbulo, entre éstos el de ‘afianzar la justicia’” (Fallos: 300:1282) y respecto del alcance y sentido del principio preambular citado ha considerado que se trata “de un propósito liminar y de por sí operativo, que no sólo se refiere al Poder Judicial sino a la salvaguarda del valor justicia en los conflictos jurídicos concretos que se plantean en el seno de la comunidad...la admisión de soluciones notoriamente disvaliosas no resulta compatible con el fin común tanto de la tarea legislativa como de la judicial...” (Fallos: 302:1284).

En tal sentido, Domingo Faustino Sarmiento ha sostenido que “No es tanto el texto de las constituciones políticas lo que hace la regla de los poderes públicos, como los derechos de antemano conquistados y las prácticas establecidas...”, lo que lo lleva a sostener que “Para el ejercicio de una constitución cualquiera, no hay sino dos personajes de por medio: el mandatario y el ciudadano; los dos optísimos para instruirse, y saber si está o no en los términos de la constitución el intento sostenido por cada uno...”. Y al referirse al Preámbulo manifiesta “...es no sólo parte de la ley fundamental, sino también la pauta y piedra de toque, para la resolución de los casos dudosos, conformando su interpretación y práctica con los fines para que fueron adoptados las subsiguientes disposiciones y el espíritu que prevaleció en su adopción...”, y citando al juez Story recuerda que “el preámbulo de un estatuto es la llave para entrar en la mente del legislador, en cuanto a los males que requieren remedio y a los objetos que han de alcanzarse mediante la disposición del estatuto...” sin que ello importe que sea citado “para ensanchar los poderes confiados al gobierno general..., ni puede por implicancia, extender los poderes dados expresamente...Su verdadera función es explicar la naturaleza, extensión y aplicación de los poderes que la constitución confiere, sin crearlos en su esencia...” (Obras Completas de Sarmiento, VIII Comentarios de la Constitución, Ed. Luz del Día, Buenos Aires, 1948, Prólogo, pág. 27 y Capítulo I, El Preámbulo, págs. 50/54).

Las consideraciones precedentes conducen a la conclusión de aquello que adelantamos al comienzo en el sentido de reconocer que el texto constitucional y su interpretación y acatamiento no es patrimonio exclusivo del Poder Judicial, dentro del cual la Corte Suprema de Justicia de la Nación sin duda es el intérprete último en el caso concreto pero no el único cuando se trata de adecuar el ordenamiento jurídico infraconstitucional al mandato constituyente. En el ámbito del Poder Legislativo las directrices del Preámbulo, en los términos expuestos, y la disposición del art. 75, inc. 32 de la Constitución Nacional, en cuanto refiere a la facultad del Congreso a hacer todas las leyes y reglamentos para poner en ejercicio no sólo los poderes que dicha norma le atribuye sino todos los otros concedidos por la Constitución al Gobierno de la Nación Argentina, otorgan un marco adecuado de habilitación para que en la materia que nos ocupa el Congreso de la Nación se sienta obligado a dar una respuesta legislativa excepcional para satisfacer desde lo institucional las consecuencias que nacen de lo dispuesto en el art. 75, inc. 22, y con el fin preciso de proteger al Estado argentino de eventuales responsabilidades en el orden internacional.

21) Que, en consecuencia, la declaración de nulidad de las leyes 23.521 y 23.492 (Leyes de Obediencia Debida y de Punto Final) encuentra sustento en la interpretación

de la Constitución Nacional y de los Tratados de Derechos Humanos que ha efectuado el Congreso de la Nación al tiempo de debatir el alcance de sus facultades ante una situación excepcional. En efecto, en su condición de poder constituido alcanzado por las obligaciones nacidas a la luz de los tratados y jurisprudencia internacional en la materia, estando en juego la eventual responsabilidad del Estado argentino y con el fin último de dar vigencia efectiva a la Constitución Nacional, ha considerado oportuno asumir la responsabilidad institucional de remover los obstáculos para hacer posible la justiciabilidad plena en materia de delitos de lesa humanidad, preservando para el Poder Judicial el conocimiento de los casos concretos y los eventuales efectos de la ley sancionada.

22) Que en la cuestión *sub examine*, y por los argumentos precedentemente desarrollados, tiene especial aplicación la doctrina según la cual los actos públicos se presumen constitucionales en tanto y en cuanto, mediante una interpretación razonable de la Constitución, puedan entenderse armonizados con sus disposiciones. El principio de división de poderes y la regla según la cual no debe suponerse en los titulares de los poderes de gobierno la intención de conculcar el texto constitucional conducen al principio de presunción de constitucionalidad. Por tal razón ha sido doctrina reiterada de esta Corte entender que las leyes deben ser interpretadas de la manera “que mejor concuerde con las garantías, principios y derechos consagrados en la Constitución Nacional. De manera que solamente se acepte la que es susceptible de objeción constitucional cuando ella es palmaria, y el texto discutido no sea lealmente susceptible de otra concordante con la Carta Fundamental...” (Fallos: 200:180 y sus citas, entre otros). Consecuencia del principio enunciado es que “cuando las previsiones legales son lo suficientemente amplias como para abarcar ciertas materias que están dentro del legítimo ámbito de la competencia del congreso y otras que escapan a él, los jueces, a fin de permitir la vigencia y asegurar la validez de la ley, deben interpretarla restrictivamente, aplicándola sólo a las materias comprendidas dentro de la esfera que es propia del Poder Legislativo siempre que la norma interpretada lo consienta...En otras palabras: toda vez que respecto de una ley quepan dos interpretaciones jurídicamente posibles, ha de acogerse la que preserva, no la que destruye (Fallos: 247:387 y sus citas). Y ello ya que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido “que los derechos fundados en cualquiera de las cláusulas de la Constitución Nacional tienen igual jerarquía, por lo que la interpretación de ésta debe armonizarlas, ya sea que versen sobre los llamados derechos individuales o sobre atribuciones estatales...” (Fallos: 264:94 y sus citas, entre muchos otros). Por lo expuesto, es doctrina reiterada de la Corte que “la declaración de inconstitucionalidad de una ley es un acto de suma gravedad institucional y debe ser considerada como una *ultima ratio* de orden jurídico (Fallos: 249:51 y sus citas, entre muchos otros).

II. EXAMEN DE LAS LEYES.

23) Que la ley 23.492, conocida como ley de punto final, introdujo una cláusula especial de extinción de la acción penal por la presunta participación en cualquier grado en los delitos previstos en el art. 10 de la ley 23.049.

El texto es el siguiente: art. 1º “*Se extinguirá la acción penal respecto de toda persona por su presunta participación en cualquier grado, en los delitos del art. 10 de la ley 23.049, que no estuviere prófugo, o declarado en rebeldía, o que no haya sido ordenada su citación a prestar declaración indagatoria, por tribunal competente, antes de los sesenta días corridos a partir de la fecha de promulgación de la presente ley*”.

Al poco tiempo, 4 de junio de 1987 fue aprobada, la ley 23.521, conocida como Ley de Obediencia Debida. El art. 1º establecía que: “*Se presume sin admitir prueba en contrario que quienes a la fecha de comisión del hecho revistaban como oficiales jefes, oficiales subalternos, suboficiales y personal de tropa de las Fuerzas Armadas, de seguridad, policiales y penitenciarias, no son punibles por los delitos a que se refiere el art. 10, punto 1 de la ley 23.049 por haber obrado en virtud de obediencia debida.*”

La misma presunción será aplicada a los oficiales superiores que no hubieran revistado como comandante en jefe, jefe de zona, jefe de subzona o jefe de fuerza de seguridad, policial o penitenciaria si no se resuelve judicialmente, antes de los treinta días de promulgación de esta ley, que tuvieron capacidad decisoria o participaron en la elaboración de las órdenes”.

24) Que, así la ley de obediencia debida estableció como presunción *iuris et de iure* que quienes a la fecha de comisión del hecho ilícito hubieran revestido como oficiales, suboficiales y/o personal de tropa de las Fuerzas Armadas, de Seguridad, Policiales o Penitenciarias, no eran punibles por los delitos indicados en el art. 10 de la ley 23.049 entendiéndose que los autores habrían obrado en virtud de obediencia debida.

La mencionada ley fue impugnada de inconstitucional, ante diferentes tribunales federales del país, y planteada ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación quien en el año 1987, en la causa “Camps” (Fallos: 310:1162), declaró la validez constitucional de la ley 23.521, constitucionalidad luego convalidada en precedentes posteriores, así como la de la ley de punto final (Fallos: 311:401, 816, 890, 1085 y 1095; 312:111; 316:532 y 2171 y 321:2031, entre otros).

25) Que el juez Bacqué, votó en disidencia en dicha causa al declarar la inconstitucionalidad de la ley de obediencia debida. En lo que respecta al art. 1º de la ley 23.521 consideró que establecer sin admitir prueba en contrario que las personas mencionadas en ella actuaron en un estado de coerción y en la imposibilidad de inspeccionar las órdenes recibidas, vedaba a los jueces de la Constitución toda posibilidad de acreditar si las circunstancias fácticas mencionadas por la ley (estado de coerción e imposibilidad de revisar órdenes) existían, conculcando el principio de división de poderes pues, el Congreso carecía de facultades, dentro de nuestro sistema institucional, para imponer a los jueces una interpretación determinada de los hechos sometidos a su conocimiento en una “causa” o “controversia” preexistente a la ley en cuestión, ya que de otra forma el Poder Legislativo se estaría arrogando la facultad de resolver definitivamente respecto de las “causas” o “controversias” mencionadas. Por ello, entendió difícil encontrar una violación más evidente de principios fundamentales que la ley 23.521, toda vez que en cualquier disposición que inhabilite al Poder Judicial para cumplir con su obligación constitucional de juzgar significa, además de un desconocimiento de la garantía individual de ocurrir ante los tribunales, una manifiesta invasión en las prerrogativas exclusivas del Poder Judicial.

Fue concluyente en señalar que el art. 1º de la ley 23.521 era contrario también a la garantía del debido proceso que asegura la defensa en juicio de la persona y de los derechos, a través del dictado de una resolución judicial (arts. 1º, 94, 95 y 100, en su anterior redacción, de la Constitución Nacional).

Señaló que aún en la hipótesis que la disposición examinada fuera considerada como una ley de amnistía, ningún efecto tenía para borrar su invalidez respecto a delitos como

la tortura. Recordó que una larga tradición histórica y jurisprudencial ha considerado que la finalidad primordial de la amnistía alcanza sólo a los delitos políticos, en consecuencia quedaban excluidos de sus beneficios los delitos de características atroces.

Señaló que el deber de obedecer a un superior no es extensible a hechos de ilegalidad manifiesta y menos aún a conductas aberrantes. Recordó que ya el derecho romano excluía de toda excusa a la obediencia debida frente a hechos atroces, y que son muchos los textos, cuya redacción definitiva proviene del período postclásico o Justiniano, que limitaban la obediencia debida a los delitos *quae non habent atrocitatem facinoris*, lo cual podía traducirse, en el sentido de hechos que carezcan de la atrocidad correspondiente al delito grave (con cita de Digesto, Ley 43, Libro 24, Título II, pr. 7; Digesto, Libro 44, Título 7, pr. 20. Digesto, Libro 50, Título 17, pr. 157, entre otros). Recuerda que a partir de tales fuentes los glosadores y post glosadores —Baldo, Accursio, Bártolo, Odofredo— negaron a los delitos gravísimos el deber de obediencia por parte de los subordinados. Por otra parte tales soluciones no sólo alcanzaban a la obediencia doméstica del siervo y del *fluis familiae*, sino que se extendían a la obediencia a los magistrados.

Respecto a las órdenes impartidas en la esfera de la función, recuerda a Odofredo para quien, existía la obligación de obedecer el mandato ilegítimo, excepto que el hecho ordenado fuera atroz. De este modo la atrocidad del hecho aparecía como indicador del conocimiento de ilicitud que, entonces, no puede ignorar el subordinado.

Así, por ese camino se llega a la opinión de Gandino, en el cual ya no se menciona el carácter atroz del hecho, sino si el mandato, está abiertamente contra la ley o es dudoso. Por su parte Grocio, siguiendo la tradición de la filosofía clásica, estima que si existiendo duda no resulta, empero, posible la abstención de todo actuar, es preciso inclinarse por lo que aparezca como el mal menor, y en el caso de la guerra, la desobediencia constituye el mal menor frente al homicidio, sobre todo de un gran número de inocentes.

En cuanto al derecho canónico —parafrasea a San Agustín— aun en el campo militar, es obligatorio desobedecer a las órdenes contrarias a la ley divina. En sentido coincidente la Constitución *Gaudiun et spes* del Concilio Vaticano II, n° 79, luego de afirmar la obligatoriedad del derecho natural de gentes y sus principios fundamentales, señala que los actos que se oponen deliberadamente a tales principios, y las órdenes que mandan tales actos, son criminales, y la obediencia ciega no puede excusar a quienes las acatan (con cita de “Documentos de Vaticano II”, B.A.C. Madrid. MCMLXXII, pág. 282).

Señala que los lineamientos de la ecolástica cristiana y de la tradición jurídica formada a su amparo, han sido prolongados en el derecho penal liberal, acentuando el nivel de la propia responsabilidad en la obediencia, inclusive la militar, declarando punibles los delitos cometidos por el mandato superior, siempre que la ilegitimidad de éste fuera por completo manifiesta, criterio seguido por las constituciones de fines del siglo XIX, y principios que se mantienen vigentes hasta la era contemporánea (considerando 34).

Agregó que el art. 18 de la Constitución Nacional al establecer que: “...*Quedan abolidos para siempre... toda especie de tormento y los azotes...*”, constituía una valla infranqueable para la validez de la ley bajo examen pues “...este mandato constitucional forma parte de las convicciones éticas fundamentales de toda comunidad civilizada, que no puede permitir la impunidad de conductas atroces y aberrantes, como lo es la tortura”.

26) Que el suscripto comparte y hace suyas las enjundiosas consideraciones del juez Bacqué en la causa “Camps”, que lo llevaron a declarar la inconstitucionalidad de la ley de la obediencia debida, con sustento en que las presunciones *iuris et de iure* por ella establecidas implicaron la invasión por parte del Poder Legislativo de funciones propias del Poder Judicial (art. 116 de la Constitución Nacional).

Del mismo modo, en cuanto señaló que el art. 18 al abolir cualquier clase de tormentos impedía el dictado de tal norma respecto de delitos graves y aberrantes; y así como que esa ley vulneraba el principio de igualdad (art. 16 de la Constitución Nacional).

En efecto, su sanción implicó dejar sin protección bienes jurídicos elementales de determinados habitantes, como la vida y la libertad, a diferencia de los bienes jurídicos del resto de la población, quedando sin castigo la muerte y otros delitos contra miles de individuos en un período de tiempo cierto —desde 1976 a 1983— construyendo así una especial categoría de personas que no tenían derecho a la protección del más sagrado de los bienes como la vida humana.

27) Que, en cuanto a la ley 23.492, conocida como de Punto Final, no hay dudas que debe ser considerada una ley de amnistía encubierta, no sólo por el fin para “consolidación de la paz social y reconciliación nacional” invocado por el P.E.N. para sancionarla, sino por cuanto por otras características la alejan claramente del instituto de prescripción y la asimilan a una amnistía.

En efecto, la extinción de la acción penal prevista en la ley 23.492 estaba condicionada a que algo no ocurriera dentro de cierto plazo (el procesamiento en un caso, la citación a indagatoria en otro), si tal circunstancia ocurría, el hecho quedaba regido por el mismo sistema normativo que habría tenido si la ley no hubiera sido sancionada. Pero si se cumplía la condición negativa de no ser procesado o citado a prestar declaración indagatoria durante el plazo de 60 días, la acción penal quedaba extinguida. De esta manera la ley quedó limitada para hechos del pasado no aplicable a casos futuros, lo que la pone dentro del ámbito de la amnistía.

28) Que, por otra parte, el exiguo plazo de prescripción, más que reflejar la pérdida del interés social por el paso del tiempo —objetivo fundamental de la prescripción—, o la imposibilidad material de coleccionar pruebas, tendió a impedir la persecución de delitos respecto de los cuales no había disminuido el interés social, sino que, por el contrario se había acrecentado.

Además el plazo de sesenta días, irrazonablemente se apartó del principio de proporcionalidad que rige al instituto de la prescripción, en cuanto a que corresponde mayor plazo cuanto más grave es el delito (art. 62 Código Penal). Alejándose del criterio de otros países, que ante hechos similares —cometidos por el aparato estatal— tendieron a ampliarlos para hacer materialmente asequible la investigación (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso K. H.W vs. Alemania, parágrafo. 111, sentencia del 22 de marzo de 2001).

29) Que, además, las leyes 23.492 y 23.521, por otra parte, desconocieron todo rol a las víctimas y a sus familiares de acudir a los tribunales a solicitar el esclarecimiento y sanción penal de los responsables. Eso los obligó a conformarse con caminos alternativos, como buscar el reconocimiento de derecho “a la verdad”, a la identificación de cadáveres, indemnizaciones, pero se les desconoció toda legitimidad para reclamar judicialmente sanciones penales a los responsables, pese a ser los afectados directos.

III. EL MARCO DE ANÁLISIS GENERAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

30) Que este análisis de las mencionadas normas pone en evidencia que con ellas se ha pretendido liberar de responsabilidad a quienes cometieron los delitos previstos en el art. 10 de la ley 23.049 entre los cuales se encuentra, como en el caso, la desaparición forzada de personas, a pesar de que tales actos han sido analizados en la causa y calificados como crímenes contra la humanidad consistentes en la privación ilegal de la libertad, doblemente agravada, por mediar violencia y amenazas, reiterada en dos oportunidades en concurso real, la que, a su vez, concurriría materialmente con tormentos graves por haber sido cometidos en perjuicio de perseguidos políticos en dos oportunidades en concurso real entre sí (conf. decisión del juez de primera instancia confirmada por la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de esta Capital Federal). Por ello, corresponde examinar si es posible en el marco general de la protección de los derechos humanos vigente en la comunidad universal convalidar leyes que protegen la comisión de tal tipo de actos.

31) Que la Carta de la ONU marca el nacimiento de un nuevo derecho internacional y el final del viejo paradigma —el modelo de Wesfalia— difundido tres siglos antes tras el final de la anterior guerra europea de los treinta años. Representa un auténtico pacto social internacional —histórico y no metafórico, acto constituyente efectivo y no mera hipótesis teórica o filosófica— por medio del cual el derecho internacional se transforma estructuralmente, dejando de ser un sistema práctico, basado en tratados bilaterales *inter pares*, y convirtiéndose en un auténtico ordenamiento jurídico supraestatal: ya no es un simple *pactum associationis*, sino además, un *pactum subiectionis*. En el nuevo ordenamiento pasan a ser sujetos de derecho internacional no solo los estados, sino también los individuos y los pueblos (Luigi Ferrajoli, Derechos y garantías: la ley del más débil, Madrid, Ed. Trotta, 1999, pág. 145; en similar sentido ver también Lea Brilmayer, International Law in American Courts: A Modest Proposal, 100 The Yale Law Journal, 2277, 2297; 1991 y el informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75), Opinión Consultiva OC2/82, serie A N° 2, del 24 de septiembre de 1982, párrafo 29).

32) Que desde esta perspectiva de la protección de los derechos humanos, el primer párrafo del preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos —del 10 de diciembre de 1948— ha postulado el reconocimiento de la dignidad inherente y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana. Asimismo, el art. 1 dispone que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros. Las cláusulas concernientes a la protección de los derechos humanos insertas en la Declaración se sustentan, además, en la Carta de las Naciones Unidas que en su art. 55, inc. c, dispone que dicha organización promoverá el respeto universal de los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades y en su art. 56 prescribe que todos los Miembros se comprometen a tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización, para la realización de los propósitos consignados en el art. 55. Tales disposiciones imponen la responsabilidad, bajo las condiciones de la Carta, para cualquier infracción sustancial de sus disposiciones, especialmente cuando se encuentran involucrados un modelo de actividad o una

clase especial de personas (conf. Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1966, pág. 463).

33) Que estas declaraciones importaron el reconocimiento de los derechos preexistentes de los hombres a no ser objeto de persecuciones por el Estado. Esta necesaria protección de los derechos humanos a la que se han comprometido los estados de la comunidad universal no se sustenta en ninguna teoría jurídica excluyente. En realidad, sus postulados sostienen que hay principios que determinan la justicia de las instituciones sociales y establecen parámetros de virtud personal que son universalmente válidos independientemente de su reconocimiento efectivo por ciertos órganos o individuos, lo cual no implica optar por excluyentes visiones iusnaturalistas o positivistas. La universalidad de tales derechos no depende pues de un sistema positivo o de su sustento en un derecho natural fuera del derecho positivo (conf. Carlos Santiago Nino, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Buenos Aires, Ed. Paidós, 1984, pág. 24). El sistema internacional de protección de los derechos humanos se ha constituido con un objetivo claro que va más allá de las diversas pretensiones de fundamentación para la punición contra crímenes aberrantes y que afectan la misma condición humana. Esta concepción del derecho internacional procura excluir ciertos actos criminales del ejercicio legítimo de las funciones estatales (Bruno Simma y Andreas L. Paulus, *The responsibility of individuals for human rights abuses in internal conflicts: a positivist view*, 93 *American Journal of International Law* 302, 314; 1999) y se fundamenta, esencialmente, en la necesaria protección de la dignidad misma del hombre que es reconocida en la declaración mencionada y que no se presenta exclusivamente a través del proceso de codificación de un sistema de derecho positivo tipificado en el ámbito internacional.

34) Que también la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado (ver sentencia del caso Velásquez Rodríguez, serie C N° 4, del 29 de julio de 1988, párrafo 165) que la primera obligación asumida por los Estados Partes, en los términos del art. 1.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos es la de “respetar los derechos y libertades” reconocidos en la Convención. El ejercicio de la función pública tiene límites dados por los derechos humanos que son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado. La Comisión Interamericana recordó que en otra ocasión había puntualizado que “la protección de los derechos humanos, en especial de los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en los que sólo puede penetrar limitadamente. Así, en la protección de los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal (La expresión ‘leyes’ en el art. 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A N° 6, párr. 21)”, aspectos que también fueron considerados por la Corte Interamericana en la sentencia Castillo Petruzzi, Serie C N° 52, del 30 de mayo de 1999).

IV. EL SOSTENIMIENTO HISTÓRICO Y CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DE GENTES.

35) Que este sistema de protección de los derechos humanos de los individuos se sostiene en principios que se encuentran en los orígenes del derecho internacional y que —de

algún modo— lo trascienden pues no se limitan al mero ordenamiento de las relaciones entre las entidades nacionales sino que también atienden a valores esenciales que todo ordenamiento nacional debe proteger independientemente de su tipificación positiva. **El estudio del recurso extraordinario planteado por la querella se enhebra con estos presupuestos básicos que, en el actual estado del desarrollo de la ciencia jurídica, influyen en la actuación misma de esta Corte a la hora de considerar el ámbito de su competencia para decidir respecto de un crimen de lesa humanidad.**

36) Que corresponde señalar que desde comienzos de la Edad Moderna se admitían una serie de deberes de los estados en sus tratos que eran reconocidos por las naciones civilizadas como postulados básicos sobre los cuales debían desarrollarse las relaciones internacionales, sin perjuicio de la observación del derecho de gentes que corresponde a cada una de las naciones en su interior (*iure gentium...intra se*) (Francisco Suárez, *Las Leyes De Legibus*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1967, pág. 190, II, c. 19, n° 8; también citado por John P. Doyle, Francisco Suárez on The Law of Nations, en *Religion and International Law* (Mark W. Janis y Carolyn Evans eds.), La Haya, Martinus Nijhoff Publications, 1999, pág. 110 y nota 105 y Johanes Messner, *Ética social, política y económica a la luz del derecho natural*, Madrid, Rialp, 1967, pág. 442 y nota 202). Se trataba, en el léxico de aquel tiempo, de probar —mediante un método *a posteriori*— el derecho natural que debía regir entre las naciones que se hallaban, con cierto grado de probabilidad, entre las más civilizadas en el orden jurídico universal (Grocio, *Le droit de la guerre et de la paix*, Paris, Guillaumin, 1867, Tomo I, L. I. Cap. I. parr. XII, pág. 87 y Michael P. Zuckert, *Natural Rights and the New Republicanism*, Princeton, Princeton University Press, 1998), pauta sostenida en los principios fundamentales de justicia que no pueden quedar restringidos solamente a las leyes de la guerra (Juicio de Wilhelm List y otros, Tribunal Militar de los Estados Unidos en Nüremberg, United Nations War Crimes Commission, *Law Reports of Trials on War Criminals*, vol. VIII, 1949, pág. 49).

37) Que el derecho de gentes importaba un sistema complejo estructurado a partir de principios generales del derecho y de justicia, igualmente adaptable para el gobierno de los individuos en un estado de igualdad natural, y para las relaciones y conductas entre las naciones, basado en una colección de usos y costumbres, en el crecimiento de la civilización y del comercio y en un código de leyes convencionales y positivas. Dicho concepto suponía una suerte de moralidad básica a la que debía atarse la conducta de las naciones entre sí y con relación a sus habitantes que se estructuraba en un ordenamiento jurídico y ético que iba más allá de los sistemas internos positivos entonces existentes. Los elementos obligatorios del derecho de gentes no podían ser violados por la legislación positiva, eran vinculantes para todos, las legislaturas no debían prevalecer sobre ellos y el orden jurídico se entendía como declarativo de tales derechos preexistentes (Emerich de Vattel, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués a la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, Paris, Guillaumin —ed. orig. 1758— 1863, t. I, LXVIII, y Steward Jay, *Status of the Law of Nations in Early American Law*, 42 *Vanderbilt Law Review* 1989, 819, 827). En este sentido, George Nichols señalaba en la convención ratificatoria del estado de Virginia que el derecho de gentes (*law of nations*) no había sido decretado por ninguna nación en particular; que no había algo así como un particular derecho de gentes, sino que el derecho de gentes era permanente y general. Era superior a cualquier acto o ley de cualquier nación; implicaba el consentimiento de todas ellas, y era mutuamente

vinculante con todas, entendiéndose que era para común beneficio de todas (The Debates in the Several State Conventions on the Adoption of the Federal Constitution, editado por Jonathan Elliot, Filadelfia, J.B. Lippincott Company, 1901, t. III, pág. 502)

38) Que la importancia de esa tradición jurídica fue recogida por el art. 102 de la Constitución Nacional (el actual art. 118) en cuanto dispone que todos los juicios criminales ordinarios, que no se deriven del derecho de acusación concedido a la Cámara de Diputados se terminarán por jurados, luego que se establezca en la República esta institución. La actuación de estos juicios se hará en la misma provincia donde se hubiere cometido el delito; pero cuando éste se cometa fuera de los límites de la Nación, contra el Derecho de Gentes, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio.

39) Que la vinculación con tales principios implica, como se advierte, la continuación de una tradición jurídica sustancial que ha sido conformadora del moderno sistema de derecho internacional. Se trata de una copia casi textual del art. 117 de la Constitución de Venezuela que también se refería al derecho de gentes en el art. 71. Asimismo, los Estados Unidos de América habían reconocido la importancia de ese tipo de reclamos en la *Alien Tort Claims Act* que integraba la *Judiciary Act* de 1789 (capit. 20, parr. 9, b) y en el art. III, secc. 2^a, parr. 3, de la constitución norteamericana. También era compartida esta visión por el principal doctrinario del *common law* en el siglo XVIII en cuanto sostenía que “el derecho de las naciones es un sistema de reglas, deducible por la razón natural, y establecido por consentimiento universal entre los habitantes civilizados de la tierra; para decidir todas las disputas, regular todas las ceremonias y protocolos, y para asegurar la observancia de la justicia y de la buena fe en aquel trato que debe frecuentemente suceder entre dos o más estados independientes y los individuos pertenecientes a cada uno de ellos” (Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, Chicago, Callaghan, 1899, T. I —correspondiente al libro IV— pág. 1262).

40) Que la especial atención dada al derecho de gentes por la Constitución Nacional de 1853 —derivada en este segmento del proyecto de Gorostiaga— no puede asimilarse a una mera remisión a un sistema codificado de leyes con sus correspondientes sanciones, pues ello importaría trasladar ponderaciones y métodos de interpretación propios del derecho interno que son inaplicables a un sistema internacional de protección de derechos humanos. En efecto, desde sus mismos orígenes se ha considerado que la admisión de la existencia de los delitos relacionados con el derecho de gentes dependía del consenso de las naciones civilizadas, sin perjuicio, claro está, de las facultades de los diversos estados nacionales de establecer y definir los delitos castigados por aquel derecho (ver en tal sentido Joseph Story, *Commentaries on the Constitution of the United States*, Boston, Hilliard, Gray and Company, 1833, Vol III, cap. XX, 1154 a 1158; también James Kent, *Commentaries on American Law*, Vol. I, parte I, New York, Halsted, 1826, especialmente caps. I, II y IX).

41) Que, en estos casos en que queda comprometida la dignidad humana de las personas —sometidas a persecuciones provenientes de una organización criminal sustentada en la estructura estatal— corresponde atender a una interpretación dinámica de dicha cláusula constitucional para responder —en el estado de avance cultural actual— a los requerimientos de un debido castigo para aquellos que cometen crímenes contra el delito de gentes (conf. arg. Fallos: 322:2735, considerandos 6° y 9° y 315:952, considerando 3°). A la luz de lo expresado, corresponde concluir que la Constitución Nacional de 1853 reconoció la

supremacía de ese derecho de gentes y en ese acto lo incorporó directamente con el consiguiente deber de su aplicación correspondiente por los tribunales respecto a los crímenes aberrantes que son susceptibles de generar la responsabilidad individual para quienes los hayan cometido en el ámbito de cualquier jurisdicción. Por consiguiente, a la fecha de la institución de los principios constitucionales de nuestro país el legislador lo consideraba como preexistente y necesario para el desarrollo de la función judicial.

42) Que la existencia de esta regla de conducta entre las naciones y la conformación de un derecho de gentes aplicable también para la protección de los derechos humanos individuales se vislumbra en Juan B. Alberdi en cuanto señalaba que “el derecho internacional de la guerra como el de la paz, no es...el derecho de los beligerantes; sino el derecho común y general del mundo no beligerante, con respecto a ese desorden que se llama la guerra, y a esos culpables, que se llaman beligerantes; como el derecho penal ordinario no es el derecho de los delincuentes, sino el derecho de la sociedad contra los delincuentes que la ofenden en la persona de uno de sus miembros. Si la soberanía del género humano no tiene un brazo y un poder constituido para ejercer y aplicar su derecho a los Estados culpables que la ofenden en la persona de uno de sus miembros, no por eso deja ella de ser una voluntad viva y palpitante, como la soberanía del pueblo que ha existido como derecho humano antes que ningún pueblo la hubiese proclamado, constituido y ejercido por leyes expresas” (Juan B. Alberdi, *El crimen de la guerra*, cap. II, n° IX pub. en *Obras Selectas* —edición de Joaquín V. González—, Buenos Aires, Lib. La Facultad, 1920, T. XVI, pág. 48). Asimismo Alberdi hacía hincapié en la necesaria vinculación entre el derecho interno y las normas del derecho internacional humanitario en cuanto puntualizaba que “el derecho de gentes no será otra cosa que el desorden y la iniquidad constituidos en organización permanente del género humano, en tanto que repose en otras bases que las del derecho interno de cada Estado. Pero la organización del derecho interno de un Estado es el resultado de la existencia de ese Estado, es decir, de una sociedad de hombres gobernados por una legislación y un gobierno común, que son su obra. Es preciso que las naciones de que se compone la Humanidad formen una especie de sociedad o de unidad, para que esa unión se haga capaz de una legislación o de un gobierno más o menos común” (ob. cit. pág. 190).

43) Que, asimismo, este Tribunal ha reconocido en diversas ocasiones la importancia de esta incorporación del derecho de gentes al sistema institucional de nuestro país que no queda limitado, pues, a la exclusiva consideración de las normas locales y que se encuentra, por el contrario, interrelacionado con este sistema de convivencia general de las naciones entre sí que supone, en definitiva, la protección de derechos humanos básicos contra delitos que agravan a todo el género humano. Importaba, en resumidas cuentas, el reconocimiento declarativo de la existencia de ese conjunto de valores superiores a las que debían subordinarse las naciones por su mera incorporación a la comunidad internacional (ver, en diversos contextos, los precedentes de Fallos: 2:46; 19: 108; 62:60; 98:338; 107:395; 194:415; 211:162; 238:198; 240: 93; 244:255; 281:69; 284:28; 311:327; 312:197; 316:965; 318: 108; 319:2886; 322:1905; 323:2418; 324:2885).

V. SOBRE LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO DE GENTES, LA ACEPTACIÓN DEL *IUS COGENS* Y LAS OBLIGACIONES QUE DE ÉL EMERGEN

44) Que, por otro lado, el derecho de gentes se encuentra sujeto a una evolución que condujo a un doble proceso de reconocimiento expreso y de determinación de diversos

derechos inherentes a la dignidad humana que deben ser tutelados de acuerdo con el progreso de las relaciones entre los estados. Desde esta perspectiva se advierte que los crímenes del derecho de gentes se han modificado en número y en sus características a través de un paulatino proceso de precisión que se ha configurado por decisiones de tribunales nacionales, por tratados internacionales, por el derecho consuetudinario, por las opiniones de los juristas más relevantes y por el reconocimiento de un conjunto de normas imperativas para los gobernantes de todas las naciones; aspectos todos ellos que esta Corte no puede desconocer en el actual estado de desarrollo de la comunidad internacional.

45) Que, por consiguiente, la consagración positiva del derecho de gentes en la Constitución Nacional permite considerar que existía —al momento en que se produjeron los hechos investigados en la presente causa— un sistema de protección de derechos que resultaba obligatorio independientemente del consentimiento expreso de las naciones que las vincula y que es conocido actualmente —dentro de este proceso evolutivo— como *ius cogens*. Se trata de la más alta fuente del derecho internacional que se impone a los estados y que prohíbe la comisión de crímenes contra la humanidad incluso en épocas de guerra. No es susceptible de ser derogada por tratados en contrario y debe ser aplicada por los tribunales internos de los países independientemente de su eventual aceptación expresa. Estas normas del *ius cogens* se basan en la común concepción —desarrollada sobre todo en la segunda mitad del siglo XX— en el sentido de que existen conductas que no pueden considerarse aceptables por las naciones civilizadas.

46) Que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (ver informe n° 62/02, caso 12.285 Michael Domínguez v. Estados Unidos del 22 de octubre de 2002) ha definido el concepto de *ius cogens* en el sentido de que deriva de conceptos jurídicos antiguos de “un orden superior de normas jurídicas que las leyes del hombre o las naciones no pueden contravenir” y “como normas que han sido aceptadas, sea expresamente por tratados o tácitamente por la costumbre, como para proteger la moral pública en ellas reconocidas”. Su principal característica distintiva es su “relativa indelebilidad”, por constituir normas del derecho consuetudinario internacional que no pueden ser dejadas de lado por tratados o aquiescencia, sino por la formación de una posterior norma consuetudinaria de efecto contrario. Se considera que la violación de esas normas conmueve la conciencia de la humanidad y obligan —a diferencia del derecho consuetudinario tradicional— a la comunidad internacional como un todo, independientemente de la protesta, el reconocimiento o la aquiescencia (párrafo 49, con cita de CIDH, Roach y Pinkerton c. Estados Unidos, Caso 9647, Informe Anual de la CIDH 1987, párrafo 5).

47) Que antes de la comisión de los delitos investigados ya la discusión entre reconocidos publicistas respecto al carácter obligatorio del *ius cogens* había concluido con la transformación en derecho positivo por obra de la Conferencia codificadora de Viena, reunida en 1968 en primera sesión (conf. el artículo contemporáneo a tales debates de Pedro Antonio Ferrer Sanchís, Los conceptos “*ius cogens*” y “*ius dispositivum*” y la labor de la Comisión de Derecho Internacional en Revista Española de Derecho Internacional, segunda época, vol. XXI, n° 4, octubre-diciembre 1968, 763, 777). En efecto, la unánime aceptación del *ius cogens* es evidenciado en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, Viena, 26 de marzo al 29 de mayo de 1968, U.N. Doc. A/Conf. 39/11 (conf. Cherif Bassiouni, Crimes against Humanity in International Criminal Law, 2a. ed., La Haya, Kluwer Law International, 1999, pág. 217, nota 131). La Convención

de Viena sobre el Derecho de los Tratados aprobada el 23 de mayo de 1969 (ratificada por la ley 19.865) dispone en el art. 53 —cuyo título es “Tratados que estén en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*)”— que “es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”.

Estas normas del *ius cogens*, sin embargo, no son una gratuita creación de la Comisión de Derecho Internacional —creada en cumplimiento de la resolución 174 (II) de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 21 de noviembre de 1947)— ya que la presencia en el seno de esa institución de juristas representativos de los principales sistemas jurídicos del mundo contemporáneo que dieron su aprobación unánime a ese texto es índice de que las normas imperativas de derecho internacional general son generalmente aceptadas y reconocidas como válidas (Julio Ángel Juncal, La norma imperativa de derecho internacional general (“*ius cogens*”): los criterios para juzgar de su existencia, en La Ley 1321200; 1968) y la existencia de ese orden público internacional es, desde luego, anterior a la entrada en vigencia de ese tratado en cada uno de los países que lo han ratificado en sus respectivos órdenes nacionales porque, por naturaleza, preexiste a su consagración normativa en el orden positivo.

48) Que esta doctrina relacionada con obligaciones internacionales de un rango superior que prevalecen sobre las normas legales nacionales existía ya antes de la Segunda Guerra Mundial y posteriormente recibió el apoyo de diversos publicistas de derecho internacional en el sentido de que la prohibición de ciertos crímenes internacionales reviste el carácter de *ius cogens* de modo que se encuentra no sólo por encima de los tratados sino incluso por sobre todas las fuentes del derecho (Arnold D. McNair, *The law of Treaties*, 21324, 1951 y Gerald Fitzmaurice, *The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law*, 92 *Recueil des Cours de l’Academie de La Haye* 1, 1957; citados por M. Cherif Bassiouni, *Crimes against Humanity in International Criminal Law*, pág. 218 y Karen Parker y Lyn Beth Neylon, *jus cogens: Compelling the Law of Human Rights*, 12 *Hastings International and Comparative Law Review*, 411; 1989).

49) Que el *ius cogens* también se encuentra sujeto a un proceso de evolución que ha permitido incrementar el conjunto de crímenes de tal atrocidad que no pueden ser admitidos y cuya existencia y vigencia opera independientemente del asentimiento de las autoridades de estos estados. Lo que el antiguo derecho de gentes castigaba en miras a la normal convivencia entre Estados (enfocado esencialmente hacia la protección de los embajadores o el castigo de la piratería) ha derivado en la punición de crímenes como el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad (M. Cherif Bassiouni, *International Crimes: Jus cogens and Obligatio Erga Omnes*, 59 *Law and Contemporary Problems*, 56; 1996; Antonio Cassese, *International Law*, Londres, Oxford University Press, reimp. 2002, págs. 138 y 370, y Zephyr Rain Teachout, *Defining and Punishing Abroad: Constitutional limits of the extraterritorial reach of the Offenses Clause*, 48 *Duke Law Journal*, 1305, 1309; 1999).

El castigo a ese tipo de crímenes proviene, pues, directamente de estos principios surgidos del orden imperativo internacional y se incorporan con jerarquía constitucional como un derecho penal protector de los derechos humanos que no se ve restringido por alguna de las limitaciones de la Constitución Nacional para el castigo del resto de los delitos. La consideración de aspectos tales como la tipicidad y la prescriptibilidad de los delitos comunes debe ser, pues, efectuada desde esta perspectiva que asegura tanto el deber de punición que le corresponde al Estado Nacional por su incorporación a un sistema internacional que considera imprescindible el castigo de esas conductas como así también la protección de las víctimas frente a disposiciones de orden interno que eviten la condigna persecución de sus autores.

VI. SOBRE LAS FUENTES DEL DELITO DE LESA HUMANIDAD

50) Que resulta pues necesario determinar cuáles son las fuentes del derecho internacional para verificar si los delitos denunciados en la causa revisten el carácter de delitos de lesa humanidad para examinar el alcance del deber de punición que corresponde en estos casos respecto de los acusados y si revisten el carácter de imprescriptibles de los delitos a los que se dirige el objetivo de ese acuerdo entre dos o más personas.

51) Que para el conocimiento de las fuentes de este derecho internacional debe atenderse fundamentalmente a lo dispuesto por el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia que establece en su art. 38 que “esta Corte, cuya función es decidir de acuerdo con el derecho internacional aquellas disputas que le sean sometidas, aplicará:

a. Las convenciones internacionales, generales o particulares, que establezcan reglas expresamente reconocidas por los estados en disputa;

La costumbre internacional, como evidencia de la práctica general aceptada como derecho;

Los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas;

Con sujeción a las disposiciones del art. 49, las decisiones judiciales de los publicistas más altamente cualificados de varias naciones, como instrumentos subsidiarios para la determinación de las reglas del derecho”.

52) Que los crímenes contra la humanidad habían sido considerados ya en el Prólogo a la Convención de La Haya de 1907 en cuanto se señalaba que hasta que se haya creado un más completo código de leyes de la guerra, las Altas Partes Contratantes consideran conveniente declarar que en casos no incluidos en las regulaciones adoptadas por ellas, los habitantes y beligerantes quedan bajo la protección y la regla de los principios del derecho de las naciones (*law of nations*), como resultan de los usos establecidos entre los pueblos civilizados, de las leyes de la humanidad, y los dictados de la conciencia pública (un lenguaje similar había sido usado en el punto 9 del preámbulo de la Convención de la Haya de 1899 y posteriormente fue utilizado en los Protocolos I y II de 1977 de la Cuarta Convención de Ginebra).

53) Que el art. 6 (c) del Estatuto del Tribunal Militar Internacional para la Persecución de los Mayores Criminales de Guerra para el Teatro Europeo —según la Carta de Londres del 8 de agosto de 1945— definía como crímenes contra la humanidad al homicidio, exterminación, esclavización, deportación, y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, antes o durante la guerra, o persecuciones basadas en fundamentos

políticos, raciales o religiosos, en ejecución o en conexión con cualquier crimen dentro de la jurisdicción del Tribunal, sea o no en violación del derecho doméstico del país en que hayan sido perpetrados.

54) Que las conductas consideradas en las leyes impugnadas se refieren a los denominados crímenes contra la humanidad “cuyo presupuesto básico común —aunque no exclusivo— es que también se dirigen contra la persona o la condición humana y en donde el individuo como tal no cuenta, contrariamente a lo que sucede en la legislación de derecho común nacional, sino en la medida en que sea miembro de una víctima colectiva a la que va dirigida la acción”. Tales delitos se los reputa como cometidos “...contra el ‘derecho de gentes’ que la comunidad mundial se ha comprometido a erradicar, porque merecen la sanción y la reprobación de la conciencia universal al atentar contra los valores humanos fundamentales” (considerandos 31 y 32 del voto del juez Bossert en Fallos: 318:2148).

55) Que la falta de un aparato organizado de punición respecto de los estados nacionales no implica que deba omitirse el castigo de los crímenes contra la humanidad, porque precisamente una de las características peculiares en la persecución de estos crímenes consiste en que, en diversas ocasiones, no es posible su represión efectiva ante la ausencia de un marco nacional de punición que ha quedado insertado en un proceso político en el cual las mismas personas que cometieron tales hechos impiden, de un modo u otro, la búsqueda de la verdad y el castigo de los responsables. La protección de tales derechos humanos —y el establecimiento de la Carta misma— supone la inexistencia de mecanismos suficientes para proteger los derechos de los habitantes de la comunidad universal.

56) Que la calificación de los delitos contra la humanidad no depende de la voluntad de los Estados nacionales sino de los principios del *ius cogens* del Derecho Internacional (conf. arg. Fallos: 318:2148, considerando 4°), lo que pone en evidencia que sea plenamente aplicable el sistema de fuentes del derecho propio de aquéllos.

57) Que, de acuerdo con lo expresado, las fuentes del derecho internacional imperativo consideran como aberrantes la ejecución de cierta clase de actos y sostienen que, por ello, esas actividades deben considerarse incluidas dentro del marco normativo que procura la persecución de aquellos que cometieron esos delitos. Es posible señalar que existía, a la fecha de comisión de los actos precisados un orden normativo —formado por tales convenciones y por la práctica consuetudinaria internacional— que consideraba inadmisibles la comisión de delitos de lesa humanidad ejecutados por funcionarios del Estado y que tales hechos debían ser castigados por un sistema represivo que no necesariamente se adecuara a los principios tradicionales de los estados nacionales para evitar la reiteración de tales aberrantes crímenes.

VII. SOBRE EL DEBER DE PUNICION DEL ESTADO.

58) Que la integración entre estos principios recibidos por la comunidad internacional para la protección de los derechos inherentes a la persona con el sistema normativo de punición nacional fue una de las pautas básicas sobre la que se construyó todo el andamiaje institucional que impulsó a la Convención Constituyente de 1994 a incorporar los tratados internacionales como un orden equiparado a la Constitución Nacional misma (art. 75, inc. 22). En efecto, allí se señaló expresamente que lo que se pretendía establecer “es una política constitucional, cual es la de universalizar los derechos humanos, recono-

cer los organismos supranacionales de solución de conflictos como lo son la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos y promover opiniones consultivas de la Corte Interamericana, para que informe sobre el alcance de las normas consagradas en el Pacto, así como también sobre leyes y disposiciones conforme a sus propias resoluciones para asegurar que estén en armonía con el Poder Ejecutivo...La historia nacional y universal ha probado que cuando los estados nacionales violan los derechos humanos, esto sólo puede revertirse por la presencia coactiva de organismos internacionales que aseguren el respeto de los mismos. Los derechos consagrados internamente se convierten en letra muerta cuando el Estado nacional decide no cumplirlos” (Convencional Alicia Oliveira en la 22ª Reunión, 3ª. Sesión ordinaria del 2 de agosto de 1994 de la Convención Constituyente de 1994, Diario de Sesiones, T. III, pág. 2861); (conf. considerando 11 de la disidencia del juez Maqueda respecto de la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Cantos en la Resolución/2003 Expte. 1307/2003, Administración General del 21 de agosto de 2003).

59) Que el art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. Asimismo, el art. 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone que “toda persona tiene derecho ‘a un recurso efectivo’, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley” (en similar sentido el art. 2.2. y 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), (ver en tal sentido lo señalado por la Comisión Interamericana en Monseñor Oscar Romero, caso 11.481).

60) Que de lo expresado resulta que se ha conformado un sistema de protección de los derechos humanos que tiene dos facetas.

En primer lugar, la profundización de una incorporación al orden positivo de los derechos humanos que venía desarrollándose desde fines de la Segunda Guerra Mundial. El reconocimiento de tales derechos fue precisado mediante la Convención Constituyente de 1994 por la incorporación de tales tratados que establecían de un modo inequívoco lo que ya era reconocido por el derecho de gentes incorporado por el entonces art. 102 de la Constitución Nacional (hoy art. 118).

Por otra parte, ambos pactos establecían el derecho de los afectados en sus derechos humanos a lograr el acceso a la justicia mediante un sistema de recursos en el orden nacional y con la conformación de un tribunal internacional destinado, precisamente, a reparar los incumplimientos de los estados miembros respecto a la tutela de los derechos humanos y a la reparación de los daños causados por su violación en el ámbito interno.

61) Que la reforma constitucional de 1994 reconoció la importancia del sistema internacional de protección de los derechos humanos y no se atuvo al principio de soberanía ilimitada de las naciones. Sus normas son claras en el sentido de aceptar —como principio ya existente en ese momento— la responsabilidad de los estados al haber dado jerarquía constitucional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que ya se encontraban vigentes al momento de la

sanción de las leyes 23.492 y 23.521—. Correlativamente la negativa a la prosecución de las acciones penales contra los crímenes de lesa humanidad importa, de modo evidente, un apartamiento a esos principios e implica salir del marco normativo en el que se han insertado las naciones civilizadas especialmente desde la creación de la Organización de las Naciones Unidas. La incorporación de estos derechos al derecho positivo universal desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos y las subsecuentes convenciones de protección de diversos derechos humanos han supuesto el reconocimiento de este carácter esencial de protección de la dignidad humana.

62) Que al momento de la sanción de las mencionadas leyes existía **un doble orden de prohibiciones de alto contenido institucional** que rechazaba toda idea de impunidad respecto de los Estados Nacionales. Por un lado, **un sistema internacional imperativo** que era reconocido por todas las naciones civilizadas y, por otra parte, **un sistema internacional de protección de los derechos humanos constituido, en el caso, por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (aprobada el 1º de marzo de 1984 por ley 23.054 poco tiempo antes de la sanción de las leyes cuestionadas) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**. Esas dos fuentes consideraban inequívocamente que el delito de desaparición forzada de personas cometido por funcionarios de un Estado quedaba incluido en la categoría de los delitos de lesa humanidad y que las convenciones vigentes al momento de la sanción de las leyes impugnadas impedían que el Estado argentino dispusiera medidas que impidieran la persecución penal tendiente a averiguar la existencia del delito, la tipificación de la conducta examinada y, eventualmente, el castigo de los responsables de los crímenes aberrantes ocurridos durante el período citado.

63) Que la no punición se enfrenta, además, con el derecho de las víctimas o de los damnificados indirectos a lograr la efectiva persecución penal de los delitos de lesa humanidad. Representa la victoria de los regímenes autoritarios sobre las sociedades democráticas. Consagrar la protección de los criminales de lesa humanidad supone, al mismo tiempo, dar una licencia eventual a los futuros criminales. Los eventuales óbices procesales respecto a la ausencia de planteo en la instancia extraordinaria de este tipo de cuestiones por la querrela resulta irrelevante a la hora de examinar el marco de la imprescriptibilidad de la cuestión porque la esencia misma de los crímenes de lesa humanidad impide considerar que tales delitos puedan considerarse soslayados por el mero hecho de que la querrela no continúe con la denuncia formulada en tal sentido.

64) Que este Tribunal, en oportunidad de pronunciarse en el caso “Ekmekdjian” (Fallos: 315:1492) sostuvo que la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se trata de una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos (conf. considerando 15 del voto del juez Maqueda en la causa “Videla, Jorge Rafael” y considerando 15 del voto del juez Maqueda en la causa “Hagelin, Ragnar Erland” —Fallos: 326:2805 y 3268, respectivamente).

65) Que corresponde, pues, examinar el modo en que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado las obligaciones de los estados en relación a los deberes de

investigación y de punición de delitos aberrantes, entre los que se encuentran indudablemente los delitos aludidos en el art. 10 de la ley 23.049. En este sentido, el mencionado tribunal ha señalado en reiteradas ocasiones que el art. 25 en relación con el art. 1.1. de la Convención Americana, obliga al Estado a garantizar a toda persona el acceso a la administración de justicia y, en particular, a un recurso rápido y sencillo para lograr, entre otros resultados, que los responsables de las violaciones de los derechos humanos sean juzgados y obtener una reparación del daño sufrido.

En particular ha impuesto las siguientes obligaciones:

El principio general que recae sobre los estados de esclarecer los hechos y responsabilidades correspondientes que debe entenderse concretamente como un deber estatal que asegure recursos eficaces a tal efecto (Barrios Altos, Serie C N° 451, del 14 de marzo de 2001, considerando 48, y Velásquez Rodríguez, 29 de julio de 1988, considerandos 50 a 81);

Deber de los estados de garantizar los derechos de acceso a la justicia y de protección judicial (Loayza Tamayo, Serie C N° 33, del 17 de septiembre de 1997, considerando 57 y Castillo Páez, del 27 de noviembre de 1988, considerando 106);

La obligación de identificar y sancionar a los autores intelectuales de las violaciones a los derechos humanos (Blake, del 22 de noviembre de 1999, considerando 61);

La adopción de las disposiciones de derecho interno que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de la obligación incluida en el art. 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Loayza Tamayo, Serie C N° 42, del 27 de noviembre de 1998, considerando 171, Blake, considerando 65, Suárez Rosero, Serie C N° 35, del 12 de noviembre de 1997, considerando 80, Durand y Ugarte, Serie C N° 68, del 16 de agosto de 2000, considerando 143);

La imposición de los deberes de investigación y sanción a los responsables de serias violaciones a los derechos humanos no se encuentra sujeta a excepciones (Suárez Rosero, parr. 79; Villagrán Morales, Serie C N° 63, del 19 de noviembre de 1999, considerando 225, Velásquez, parr. 176);

La obligación de los estados miembros de atender a los derechos de las víctimas y de sus familiares para que los delitos de desaparición y muerte sean debidamente investigados y castigados por las autoridades (Blake, parr. 97, Suárez Rosero, considerando 107, Durand y Ugarte, considerando 130, Paniagua Morales, del 8 de marzo de 1998, considerando 94, Barrios Altos, parr. 42, 43, y 48).

En particular, ha destacado que el art. 25 “constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención” (caso Castillo Páez, sentencia del 3 de noviembre de 1997, parr. 82 y 83; Caso Suárez Rosero, sentencia del 12 de noviembre de 1997, párr. 65, Caso Paniagua Morales y otros, sentencia del 8 de marzo de 1998, parr. 164 y Caso Loayza Tamayo, Reparaciones, sentencia del 27 de noviembre de 1998, párr. 169). El ejercicio discrecional en la acusación que es válido bajo la ley doméstica puede no obstante quebrantar las obligaciones internacionales de un Estado (ver Diane F. Orentlicher, *Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regimen*, 100 *The Yale Law Journal*, 2537, 2553; 1991).

Debe tenerse en cuenta que la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado en el caso Blake, considerando 66 que la desaparición forzada o involuntaria constituye una de las más graves y crueles violaciones de los derechos humanos, pues no sólo produce una privación arbitraria de la libertad sino que pone en peligro la integridad personal, la seguridad y la propia vida del detenido. Además, le coloca en un estado de completa indefensión, acarreado otros delitos conexos. De ahí la importancia de que el Estado tome todas las medidas necesarias para evitar dichos hechos, los investigue y sancione a los responsables y además informe a los familiares el paradero del desaparecido y los indemnice en su caso.

66) Que, en consecuencia, los estados nacionales tienen el deber de investigar las violaciones de los derechos humanos y procesar a los responsables y evitar la impunidad. La Corte Interamericana ha definido a la impunidad como “la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana” y ha señalado que “el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y sus familiares” (conf. casos Castillo Páez, Serie C N° 43, párrafos 106 y 107 y Loayza Tamayo, Serie C N° 42, párrafos 169 y 170, ambos del 27 de noviembre de 1998). Esta obligación corresponde al Estado siempre que haya ocurrido una violación de los derechos humanos y que esa obligación debe ser cumplida seriamente y no como una formalidad (Casos El Amparo, Reparaciones, párr. 61 y Suárez Rosero, Reparaciones, Serie C N° 44, del 20 de enero de 1999, párr. 79).

67) Que es necesario tener en cuenta que las Observaciones formuladas por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas con arreglo al párrafo 4 del art. 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos habían precisado, con anterioridad a la sanción de las leyes 23.492 y 23.521, que los Estados Parte del mencionado Pacto existían obligaciones respecto a la desaparición y muerte de personas. En este sentido se instaba a adoptar medidas inmediatas y eficaces para determinar los hechos y para someter a la justicia a toda persona que se comprueba que haya sido responsable de la muerte de las víctimas; [Quinteros v. Uruguay (Comunicación 107/1981), ICCPR, A/38/40 (21 de julio de 1983) 216 en los párrafos 15 y 16; Baboeram v. Surinam (146/1983 y 148 154/1983), ICCPR, A/40/40 (4 de abril de 1985) párrafo 16; Barbato v. Uruguay (84/1981) (R. 21/84), ICCPR, A 38/40 (21 de octubre de 1982) párrafos 10 y 11].

VIII. Negación de la obediencia debida.

68) Que así las leyes de punto final y obediencia debida, son incompatibles con diferentes cláusulas de nuestra Constitución Nacional (arts. 16, 18, 116). Pero la invalidez de tales leyes también proviene de su incompatibilidad con diversos tratados internacionales de derechos humanos suscriptos por el Estado argentino, pues al momento de sancionarse las leyes 23.492 y 23.521 el orden jurídico argentino otorgaba primacía a los tratados por sobre las leyes del Congreso (art. 27 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, suscripta el 27 de enero de 1980).

69) Que, la Convención Americana de Derechos Humanos, antes de la sanción de las leyes establecía que “*Toda persona tiene derecho a que se respete su vida...*” y a que este derecho sea “*...protegido por la ley...*” y a que “*Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente*”

(art. 4); el derecho a la integridad física y a no “*ser sometido a torturas*” (art. 5º) así como el derecho a la “libertad personal” (art. 7º).

Por dicha convención el Estado se comprometió a “*Adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades*” (art. 2º), así como respetarlos y garantizarlos (art. 1º).

70) Que, por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, también vigente en el derecho interno al tiempo de sanción de esas leyes, además de establecer iguales derechos al tratado interamericano, a través de los arts. 2.1 y 14.1 el Estado argentino también asumió la obligación de garantía y la protección de las garantías judiciales a las que se refieren los arts. 1.1. y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

71) Que, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos o Degradantes, estableció el deber del Estado de perseguir esa clase de delitos, así como el deber de imponer penas adecuadas (art. 4.2), y la imposibilidad de que pueda “invocarse una orden de un funcionario superior o de una autoridad pública como justificación de la tortura” (art. 2.3). El principio de buena fe obligaba al Estado argentino a obrar conforme a los fines allí establecidos.

72) Que, consecuentemente, la sanción y vigencia de las leyes 23.492 y 23.521, en tanto impedían llevar adelante las investigaciones necesarias para identificar a los autores y partícipes de graves delitos perpetrados durante el gobierno de facto (1976-1983) y aplicarles las sanciones penales correspondientes, resultaban claramente violatorias de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos.

73) Que en tal sentido, resultan insoslayables las opiniones emitidas por los órganos interpretativos de tales tratados de derechos humanos, específicamente en materia de prescripción, amnistía y obediencia debida, respecto a esta clase de crímenes.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Barrios Altos” consideró “*que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*” (CIDH. Caso Barrios Altos, sentencia del 14 de marzo de 2001, párr. 41).

La trascendencia de este último precedente radica además en que la Corte Interamericana declara la invalidez misma de la ley de amnistía, y no su mera inaplicabilidad a un caso concreto llevado a sus estrados, y no sólo alude a amnistías, sino también “disposiciones de prescripción y excluyentes de responsabilidad”.

74) Que, por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el informe 28/92, al analizar las leyes de obediencia debida y de punto final y del decreto de indulto 1002/89 concluyó que las leyes 23.492 y 23.521 como el decreto 1002/89 eran incompatibles con el art. 18 (Derecho de Justicia) de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y los arts. 1, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

75) Que las Naciones Unidas, en el informe conocido como “Joinet”, señalan que la obediencia debida no puede exonerar a los ejecutores de su responsabilidad penal; a lo sumo puede ser considerada como circunstancia atenuante (Principio 29). La prescripción no puede ser opuesta a los crímenes contra la humanidad (Principio 24), y la amnistía no puede ser acordada a los autores de violaciones en tanto las víctimas no hayan obtenido justicia por la vía de un recurso eficaz (Principio 25) (U.N. E/CN. 4/Sub. 2/1997/20/Rev. 1).

Por su parte el Comité de Derechos Humanos, creado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, específicamente al referirse al caso argentino sostuvo que la ley de punto final y de obediencia debida y el indulto presidencial de altos oficiales militares, son contrarios a los requisitos del Pacto, pues niegan a las víctimas de las violaciones de los derechos humanos durante el período del gobierno autoritario de un recurso efectivo, en violación de los arts. 2 y 9 del Pacto (Comité de Derechos Humanos, Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos: Argentina, 5/04/95, CCPR/C/79/Add. 46; A/50/40, párr. 144165). También ha señalado que pese “a las medidas positivas tomadas recientemente para reparar injusticias pasadas, incluida la abolición en 1998 de la Ley de obediencia debida y la Ley de punto final,...Las violaciones graves de los derechos civiles y políticos durante el gobierno militar deben ser perseguibles durante todo el tiempo necesario y con toda la retroactividad necesaria para lograr el enjuiciamiento de sus autores” (*Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Argentina. 03/11/2000 CCPR/CO/70/ARG*).

Más recientemente el Comité de Derechos Humanos sostuvo que “en los casos en que algún funcionario público o agente estatal haya cometido violaciones de los derechos reconocidos en el Pacto, los Estados no podrán eximir a los autores de responsabilidad jurídica personal, como ha ocurrido con ciertas amnistías y anteriores inmunidades. Además, ningún cargo oficial justifica que se exima de responsabilidad jurídica a las personas a las que se atribuya la autoría de estas violaciones. También deben eliminarse otros impedimentos al establecimiento de la responsabilidad penal, entre ellos la defensa basada en la obediencia a órdenes superiores o los plazos de prescripción excesivamente breves, en los casos en que sean aplicables tales prescripciones” (Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 31, Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los estados parte en el Pacto, aprobada en la 2187a sesión, celebrada el 29 de marzo de 2004, págs. 17 y 18).

En sentido coincidente, el Comité contra la Tortura declaró que las leyes de punto final y obediencia debida eran incompatibles con las obligaciones del Estado argentino bajo la Convención (casos n° 1/1988, 2/1988 - O.R.H.M. y M.S. c/ Argentina).

76) Que de lo expuesto surge claramente que las leyes de “punto final” y “obediencia debida” dirigidas a procurar la impunidad de crímenes contra la humanidad, frente al derecho internacional al que el Estado se encontraba vinculado resultaban ineficaces. Por otra parte, el mismo criterio es el que se ha seguido en otras jurisdicciones importantes. Punto en el que concuerda también la doctrina más renombrada en la materia.

77) Que el Estatuto del Tribunal de Nüremberg en el art. 8 expresa que: “El hecho que el acusado haya actuado siguiendo órdenes de su gobierno o de un superior no lo libera de su responsabilidad, sin perjuicio de que ello puede ser considerado para mitigar la pena...”.

La importancia de este Estatuto, es que el mismo tomó características universales al ser receptado por las Naciones Unidas mediante resolución 95 (11/12/46), y representó un

cambio sustancial en la materia, ya que era la primera vez que se distinguía entre crímenes contra la paz, crímenes de guerra, y crímenes contra la humanidad, pudiendo ser acusados los individuos aun cuando alegaran haber actuado como funcionarios del Estado. Su criterio fue seguido en el art. 5° del Proyecto de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, del art. 2 (3) de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, por el art. VIII de la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas; y el art. 4° de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

Además, el mencionado Estatuto ha sido seguido por todos los tribunales *ad hoc* constituidos a instancia de las Naciones Unidas para investigar los delitos de lesa humanidad cometidos por diferentes autoridades gubernamentales con anterioridad a la constitución de la Corte Penal Internacional. Así el Estatuto Internacional para Rwanda (*art. 6°*); el Estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia (*art. 7*).

78) Que en términos similares está redactado el art. 33 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, vigente en nuestro país a partir de su aprobación (*ley 25.390*) y que rige para hechos cometidos con posterioridad a su creación.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos falló respecto a un guardia del muro de Berlín que ejecutó las órdenes de matar a individuos que intentaron cruzarlo. El ex soldado esgrimió que él era parte de un sistema militar sujeto a una absoluta disciplina y obediencia jerárquica y que había sido objeto de un previo e intenso adoctrinamiento político. El tribunal europeo señaló que ni aun un mero soldado podía obedecer ciegamente órdenes que implicaban infligir, no sólo normas de derecho interno, sino principios básicos de derechos humanos internacionalmente reconocidos. A tal fin recordó los principios afirmados en la Resolución 95 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, conocidas como los “Principios de Núremberg” que señalan que el acusado que actuó en cumplimiento de una orden no queda librado de responsabilidad (TEDH Caso K.H.W vs. Alemania, Sentencia del 22 de marzo de 2001).

79) Que en Estados Unidos, desde antiguo la jurisprudencia ha rechazado la innovación de obediencia debida para justificar actos manifiestamente ilícitos. Así en el caso “United States v. Bright” la Corte expresaba que “...la orden de un oficial superior para quitar la vida de los ciudadanos, o invadir la santidad de sus casas y privarlo de sus bienes, no debería proteger al inferior contra los cargos por tales delitos en los tribunales de este país” (24 F. Cas. 1232 —C.C.D. pág. 1809— n° 14647). Ver: United States v. Barrone 1 U.S.465, 467 (1804).

También resultan elocuentes, otros casos judiciales de EE.UU, Alemania e Israel, que han sido analizados por el juez Bacqué en la causa “Camps” (considerando 35) (Fallos: 310:1162).

Las mismas ideas fueron sustentadas en los momentos iniciales de nuestra organización nacional como lo revela el debate de la ley 182 del Congreso de la Confederación, donde ya se señalaba que “...para garantizar al ciudadano contra los avances del poder, es preciso que los ejecutores tengan también una pena”. También resulta elocuente la nota explicativa de Carlos Tejedor al art. 4° del Título III del Código Penal de 1870, donde cita como fuente la antigua doctrina que distinguían los crímenes atroces de los ligeros, y en cuanto a que la

orden no justificaba a aquel que cometía delitos atroces (considerando 37 y 34 voto de juez Bacqué, en causa “Camps” con cita de Rodolfo Moreno “El Código Penal y sus antecedentes” t. 2, Buenos Aires, 1922 págs. 268/269).

80) Que en cuanto a la doctrina internacional, el “Proyecto Princeton sobre Jurisdicción Internacional” elaborado por integrantes de la Comisión Internacional de Juristas y la Asociación Americana de Juristas, establecen los principios básicos que deberían servir de guía para la persecución internacional o nacional respecto de graves crímenes contra el derecho de gentes como los de lesa humanidad (Principio 2º). Entre ellos se señala que la invocación de un cargo oficial no libra al acusado de su responsabilidad personal sobre tales hechos (5); se prohíbe la aplicación de términos de prescripción de la acción penal (6º), y se señala que las leyes de amnistía son incompatibles con el deber internacional que tienen los estados de perseguir a los perpetradores de tales crímenes (7.1 y 7.2).

Por su parte Bassouni señala que del elevado estatus de tales crímenes deriva la carga de extraditarlos, la imprescriptibilidad de la acción penal, el desconocimiento de inmunidades a los jefes de Estado, y el rechazo de la invocación de “obediencia de órdenes superiores” como causa de justificación (M. Cheriff Bassiouni; “Accountability for International Crime and Serious Violation of Fundamental Human Rights”, 59 Law & Contemporary Problems 63, 69 - autumn 1996).

En el mismo sentido Orentlicher señala que constituye un principio universalmente aceptado que los individuos acusados de graves violaciones a los derechos individuales nunca deben ser exonerados con sustento en que obedecían órdenes, sin perjuicio de que tal circunstancia pueda ser tomada en cuenta para la mitigación de la pena. Con respecto a las leyes de amnistía, expresa que salvo en casos de extrema necesidad y en que estén en juego los intereses esenciales del Estado, nunca tendrán virtualidad para desconocer las obligaciones internacionales del Estado, ni aun cuando ello genere malestar militar (Orentlicher Diane, “Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime. The Yale Law Journal, vol 100:2537, págs. 2596/2598 [1991]).

81) Que también se ha sostenido que aun cuando históricamente la amnistía ha sido asociada a conceptos como la paz y la compasión, ella fue explotada por los perpetradores de graves crímenes para lograr impunidad. Por ello tales exoneraciones resultan incompatibles con el deber internacional que tienen los estados de investigar; de modo que éstos siguen obligados a perseguir y sancionar tales crímenes aunque para ello sea necesario anular tales amnistías. Para el caso que se ponga en riesgo significativo los poderes del Estado, éste, ante tal emergencia, puede posponer esa obligación, la cual deberá ser cumplida cuando el peligro haya pasado (Geoffrey Robertson “Crimes Against Humanity”, Cap: The Limits of Amnesty, págs. 256/265, The New Press New York, 2000).

82) Que, en síntesis, las leyes de punto final y de obediencia debida son inconstitucionales conforme a todas las consideraciones expuestas.

IX. PRINCIPIO DE LEGALIDAD

83) Que lo hasta aquí expresado en modo alguno implica desconocer el principio *nullum crimen sine lege* por cuanto la conducta materia de juzgamiento, al momento de los hechos, no sólo estaba prevista en el derecho internacional —incorporada mediante

el art. 118 de la Constitución Nacional—, sino que también constituía un delito para el Código Penal argentino.

Cabe tener presente que la persecución de crímenes contra el derecho de gentes sobre la base de la ley interna de cada Estado no es un criterio nuevo, dado que fue adoptado en la mayoría de los procesos seguidos ante cortes de diversos países que juzgaron crímenes de esa naturaleza. Así se ha procedido en los Estados Unidos en el caso *United States v. Calley* (22 U.S.C.M.A. 534, December 21, 1973). En Israel en el caso *Eichmann* y en Grecia en el juicio seguido a la junta militar que gobernó ese país hasta el año 1974 (Ratner, Steven R. y Abrams, Jason “Accountability for Human Rights Atrocities in International Law: Beyond the Nüremberg Legacy, pág. 168).

Por otra parte el encuadramiento de aquellas conductas investigadas en los tipos penales locales en modo alguno implica eliminar el carácter de crímenes contra la humanidad ni despojarlos de las consecuencias jurídicas que les caben por tratarse de crímenes contra el derecho de gentes.

84) Que, por lo expuesto, las conductas investigadas no sólo eran crímenes para la ley internacional y para tratados suscriptos por la República Argentina (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Convención Americana sobre Derechos Humanos) sino que nuestro código preveía una clara descripción de la conducta así como su respectiva sanción, lo que implica preservar debidamente el principio de legalidad cuyo fin es que cualquiera que vaya a cometer un acto ilegal esté claramente advertido con anterioridad por la norma que esa conducta constituye un delito y su realización conlleva una pena.

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos fue llamado para resolver la denuncia contra Alemania, por quienes fueron condenados en dicho país por el delito de homicidio, cometido contra aquellas personas que habían intentado cruzar el muro de Berlín que dividía dicha ciudad. Para ello los jueces habían ponderado que los condenados, en su carácter de altos funcionarios de la ex República Democrática Alemana habían sido los mentores de tal “plan de seguridad”, y los que impartieron las ordenes de aniquilamiento. Los tribunales rechazaron la justificación de que los acusados habían actuado amparados por reglamentaciones internas, al considerar que las conductas imputadas constituían flagrantes violaciones de derechos humanos.

Ante el Tribunal de Estrasburgo los ex funcionarios esgrimieron que fueron condenados por hechos que no constituían delitos al tiempo de su comisión para la ley alemana, y que consecuentemente su condena violaba los arts. 7º, 1º y 2º de la Convención europea que establecen el principio de legalidad y de irretroactividad de la ley penal.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que los tribunales alemanes no habían violado el art. 7 de la Convención, pues esta norma no podía ser interpretada para amparar acciones que vulneraban derechos humanos básicos, protegidos por innumerables instrumentos internacionales, entre ellos el art. 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Agregó que, la actuación de los tribunales alemanes era consistente con el deber que pesa sobre los estados de salvaguardar la vida dentro de su jurisdicción, utilizando para ello el derecho penal. Agregó que las prácticas de los funcionarios de la ex Alemania oriental infringieron valores supremos de jerarquía internacional. A la luz de todo ello el Tribunal

Europeo de Derechos Humanos enfatizó que al momento que los reclamantes cometieron los actos materia de persecución, ellos constituían delitos definidos con suficiente accesibilidad y previsión por los tratados internacionales, y que el derecho a la vida y a la libertad se encontraban protegidos —entre otros— por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por la ex Alemania Democrática en el año 1974, con anterioridad a las acciones imputadas. Consecuentemente descartó la violación de los principios de legalidad e irretroactividad de la ley penal (Caso: *Streletz, Kessler y Krentz Vs. Alemania*, sentencia del 22 de marzo de 2001).

85) Que en cuanto a la objeción del recurrente de que sería contrario al principio de legalidad material, consagrado en el art. 18 de la Constitución Nacional, tomar en consideración una figura delictiva no tipificada en la legislación interna, como la desaparición forzada de personas.

Frente a ello cabe afirmar que el delito de desaparición forzada de personas se encontraba tipificado en distintos artículos del Código Penal argentino, pues no cabe duda que el delito de privación ilegítima de la libertad previsto en dicho código contenía una descripción lo suficientemente amplia como para incluir también, en su generalidad, aquellos casos específicos de privación de la libertad que son denominados “desaparición forzada de personas” (art. 141 y, particularmente, 142 y 144 bis).

86) Que, por otra parte, el crimen de la desaparición forzosa de personas fue tenido en cuenta para la creación del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, mediante resolución 20 (XXXVI) del 29 de febrero de 1980, constituyó una actitud concreta de censura y repudio generalizados, por una práctica que ya había sido objeto de atención en el ámbito universal por la Asamblea General (resolución 33/173 del 20 de diciembre de 1978), por el Consejo Económico y Social (resolución 1979/38 del 10 de mayo de 1979) y por la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías (resolución 5 B [XXXII]) del 5 de septiembre de 1979). También las resoluciones de la asamblea general n° 3450 (XXX; 9/12/75); la 32/128 (16/12/77); y 33/173 del 20 de diciembre de 1978.

87) Que, en el ámbito regional americano, la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos y la Comisión Interamericana se habían referido reiteradamente a la cuestión de las desapariciones para promover la investigación de tales situaciones y para exigir que se les ponga fin [AG/RES. 443 (IX0/79) de 31 de octubre de 1979; AG/RES 510 (X0/80) de 27 de noviembre de 1980; AG/RES. 618 (XII0/82) de 20 de noviembre de 1982; AG/RES. 666 (XIII0/83) del 18 de noviembre de 1983; AG/RES. 742 (XIV0/84) del 17 de noviembre de 1984 y AG/RES. 890 (XVII0/87) del 14 de noviembre de 1987; Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Informe Anual, 1978, págs. 2224a; Informe Anual 1980/1981, págs. 1131/14; Informe Anual, 1982/1983, págs. 495/1; Informe Anual, 1985/1986, págs. 404/2; Informe Anual, 1986/1987, págs. 299/306 y en muchos de sus informes especiales por países como OEA/Ser.L/V/II.49, doc. 19, 1980 (Argentina); OEA/ Ser.L/V/II.66, doc. 17, 1985 (Chile) y OEA/Ser.L/V/II.66, doc. 16, 1985 (Guatemala)].

88) Que sobre la base de tales precedentes internacionales, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha rechazado la excepción de irretroactividad de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, respecto de delitos cometidos con an-

terioridad a su sanción, al considerar que aquellas conductas ya constituían delitos de lesa humanidad, repudiados por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos incluso en la década de los setenta (CIDH Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador, Serie C N° 118, sentencia de 23 de noviembre de 2004, parágr. 104; ver también caso Velásquez Rodríguez, Serie C N° 4, del 29 de julio de 1988).

En conclusión, ya en el momento de los hechos investigados, el orden jurídico interno contenía normas internacionales que reputaban a la desaparición forzada de personas como crimen contra la humanidad.

Ello significa que aquellos tipos penales, en cuyas descripciones pudiera subsumirse la privación de la libertad que acompaña a toda desaparición forzada de personas, adquirieron, en esa medida, un atributo adicional —la condición de lesa humanidad, con las consecuencias que ello implica— en virtud de una normativa internacional que las complementó.

En este contexto la ratificación en años recientes de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas por parte de nuestro país sólo ha significado una manifestación más del proceso de codificación del preexistente derecho internacional no contractual.

89) Que, en síntesis, el reproche internacional respecto de tales delitos, así como el carácter de *ius cogens* de los principios que obligaban a investigarlos, con vigencia anterior a los hechos imputados, conllevan desestimar el planteo de supuesta violación al principio de irretroactividad y de legalidad.

X. SOBRE LA IMPRESCRIPTIBILIDAD.

90) Que este sistema interamericano de protección de derechos humanos impone que las actuaciones dirigidas a investigar la verdad de lo ocurrido y a lograr la punición de los responsables de delitos aberrantes sean desarrolladas seriamente por los respectivos estados nacionales. En otros términos las actuaciones penales respectivas no pueden constituir procedimientos formales para superar —mediante puras apariencias— los requerimientos de la Convención Americana ni deben conformarse como métodos inquisitivos que importen la violación del derecho a defensa en juicio de los imputados.

Concretamente la Corte Interamericana ha afirmado en el caso Barrios Altos que “considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias, y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos” (Serie C N° 45, párrafo 41).

91) Que, sin perjuicio de ello, la calificación de delitos de lesa humanidad queda unida, además, con la imprescriptibilidad de este tipo de crímenes según resulta de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y contra la Humanidad, adoptada por la Asamblea de las Naciones Unidas, Resolución 2391 (XXIII) del 26 de noviembre de 1968 aprobada por la ley 24.584. Dicha regla también ha sido mantenida por el art. 29 del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Tal decisión sobre la falta de un derecho a la prescripción se vincula, desde luego, con la simétrica obligación de los estados nacionales

de adoptar las medidas tendientes a la persecución de este tipo de delitos aberrantes con la consiguiente obligación de no imponer restricciones, de fundamento legislativo, sobre la punición de los responsables de tales hechos.

92) Que los principios que, en el ámbito nacional, se utilizan habitualmente para justificar el instituto de la prescripción no resultan necesariamente aplicables en el ámbito de este tipo de delitos contra la humanidad porque, precisamente, el objetivo que se pretende mediante esta calificación es el castigo de los responsables dónde y cuándo se los encuentre independientemente de las limitaciones que habitualmente se utilizan para restringir el poder punitivo de los Estados. La imprescriptibilidad de estos delitos aberrantes opera, de algún modo, como una cláusula de seguridad para evitar que todos los restantes mecanismos adoptados por el derecho internacional y por el derecho nacional se vean burlados mediante el mero transcurso del tiempo. El castigo de estos delitos requiere, por consiguiente, de medidas excepcionales tanto para reprimir tal conducta como para evitar su repetición futura en cualquier ámbito de la comunidad internacional.

93) Que desde esta perspectiva, las decisiones discrecionales de cualquiera de los poderes del Estado que diluyan los efectivos remedios de los que deben disponer los ciudadanos para obtener el castigo de tal tipo de delitos no resultan aceptables. De allí surge la consagración mediante la mencionada Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad de un mecanismo excepcional —pero al mismo tiempo imprescindible— para que esos remedios contra los delitos aberrantes se mantengan como realmente efectivos, a punto tal que la misma Convención dispone en su art. 1 que los crímenes de lesa humanidad son imprescriptibles cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido.

94) Que la relevancia de esa Convención como mecanismo para el logro de una efectiva persecución de los responsables de crímenes aberrantes surge, finalmente, también de la ley 25.778 que le ha conferido jerarquía constitucional en los términos del art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional, de modo que al deber de punición que corresponde a los tribunales en estos casos se aúna la presencia de una norma positiva de derecho internacional que consagra la imposibilidad de considerar extinguida la acción penal por prescripción respecto del delito denunciado en la causa.

95) Que, por lo expresado, la negativa **de los apelantes** a considerar el delito de **desaparición forzada de personas como un delito de lesa humanidad (conf. fs. 31 del recurso extraordinario)** resulta inadmisibles a la luz de principios del *ius cogens* que imponen su represión por los órganos estatales y que permiten tipificar a ese delito como autónomo en el actual estado de avance de la ciencia jurídica. Asimismo, los fundamentos expresados revelan que ante la comprobación de una conducta de tales características se impone que este Tribunal intervenga para asegurar el deber de punición que corresponde al Estado argentino en virtud de lo dispuesto por el art. 118 de la Constitución Nacional y de los principios que emanan de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que, por consiguiente, impiden la aplicación de las normas ordinarias de prescripción respecto de un delito de lesa humanidad tal como lo dispone la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, aprobada por la ley 24.584 e incorporada con rango constitucional mediante la ley 25.778.

Por ello, y lo concordemente dictaminado por el señor Procurador General de la Nación, se resuelve:

1.- Hacer lugar parcialmente a la queja y al recurso extraordinario según el alcance indicado en los considerandos; declarar la inconstitucionalidad de las leyes 23.492 y 23.521, y confirmar las resoluciones apeladas.

2.- Declarar la validez de la ley 25.779.

3.- Declarar, a todo evento, de ningún efecto las leyes 23.492 y 23.521 y cualquier acto fundado en ellas que pueda oponerse al avance de los procesos que se instruyan, o al juzgamiento y eventual condena de los responsables, u obstaculizar en forma alguna las investigaciones llevadas a cabo por los canales procedentes y en el ámbito de sus respectivas competencias, por crímenes de lesa humanidad cometidos en el territorio de la Nación Argentina.

4.- Imponer las costas al recurrente (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Agréguese la queja al principal. Notifíquese y devuélvase.

JUAN CARLOS MAQUEDA.

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON E. RAÚL ZAFFARONI

Considerando:

Que el infrascripto coincide con los considerandos 1° a 11 del voto del juez Petracchi.

Las leyes 23.492 y 23.521 no pueden surtir efectos por imperio de normas de derecho internacional público.

12) Que esta Corte comparte el criterio del señor Procurador General en cuanto a que las leyes 23.492 y 23.521 fueron posteriores a la ratificación argentina de la Convención Americana y que conforme a las obligaciones asumidas por la República en ese acto, el Congreso Nacional estaba impedido de sancionar leyes que las violasen.

13) Que también entiende —en consonancia con el señor Procurador General— que conforme al criterio sostenido por este Tribunal en la causa “Ekmekdjian” (Fallos: 315:1492) las normas violadas integran el derecho interno, criterio reafirmado por la Convención Nacional Constituyente en 1994, expresamente sancionado por el inc. 22, del art. 75 de la Constitución Nacional, es decir, que por lo menos desde el citado fallo impera en la jurisprudencia de esta Corte el llamado criterio del “derecho único”. Tesis correcta, desde que su contraria, o sea, la llamada del “doble derecho”, según la cual la norma internacional obliga al Estado pero no constituye derecho interno, es hoy casi unánimemente rechazada por los internacionalistas, políticamente ha sido empleada para impedir la vigencia de Derechos Humanos en poblaciones coloniales, y lógicamente resulta aberrante, desde que siempre que hubiera contradicción entre el derecho interno y el internacional, obliga a los jueces a incurrir en un injusto (de derecho interno si aplica el internacional o de este último si aplica el interno). Dicho en otras palabras, los jueces, ante un supuesto de contradicción, conforme a la tesis contraria a la sostenida por esta Corte, deben optar entre el prevaricato o la complicidad en un injusto internacional del Estado.

14) Que conforme al criterio de aplicación obligada sostenido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Barrios Altos”, ratificado en todas las sentencias que cita el dictamen del señor Procurador General, las mencionadas leyes no pueden producir ningún efecto según el derecho internacional regional americano, pero además esas leyes también resultan violatorias del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, lo que importa que no sólo desconocen las obligaciones internacionales asumidas en el ámbito regional americano sino incluso las de carácter mundial, por lo cual se impone restarle todo valor en cuanto a cualquier obstáculo que de éstas pudiera surgir para la investigación y avance regular de los procesos por crímenes de lesa humanidad cometidos en territorio de la Nación Argentina.

Tal como lo señala el señor Procurador General, el derecho internacional también impone la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, consagrada primeramente por el derecho internacional consuetudinario y codificada en convenciones con posterioridad, conforme al criterio sostenido en la causa A.533.XXXVIII. “Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros —causa n° 259—”. No existe problema alguno de tipicidad, pues se trata de casos de privación ilegal de libertad o ésta en concurso con torturas y con homicidios alevosos, es decir, de delitos que siempre merecieron las penalidades más graves de nuestras leyes positivas, y en cuanto a su calificación como crímenes de lesa humanidad, tampoco es discutible, desde que los más graves crímenes cometidos en la Segunda Guerra Mundial y juzgados conforme al Estatuto de Núrnberg fueron precisamente masivas privaciones ilegales de libertad seguidas de torturas y de homicidios alevosos.

Sin perjuicio de precisar más adelante algunos de estos conceptos, al único efecto de establecer lo que imponen las normas de derecho internacional (y también de derecho interno conforme a la mencionada tesis del derecho único), las anteriores consideraciones son suficientes para que esta Corte haga cesar cualquier efecto obstaculizante emergente de las leyes 23.492 y 23.521.

15) Que a efectos de cumplir con el mandato del derecho internacional, cabe observar que no basta con constatar que el Congreso Nacional sancionó leyes que violaban tratados internacionales y normas constitucionales, o sea, que el derecho internacional exige algo más que la mera declaración de inconstitucionalidad de las leyes 23.492 y 23.521. En efecto: la clara jurisprudencia de “Barrios Altos” exige que ningún efecto de esas leyes pueda ser operativo como obstáculo a los procesos regulares que se llevan o deban llevarse a cabo respecto de las personas involucradas en los crímenes de lesa humanidad cometidos en la última dictadura militar.

Estos efectos están previstos en la ley 25.779.

16) Que conforme a esto, es menester declarar no sólo la inconstitucionalidad de las leyes 23.492 y 23.521, sino también declararlas inexecutable, es decir, de ningún efecto. Por ello, sin perjuicio de que esta Corte, en función de mandatos de derecho interno y de derecho internacional, declare la inconstitucionalidad de las leyes cuestionadas y, más aún, declare expresamente que carecen de todo efecto que de ellas o de los actos practicados en su función, puedan emerger obstáculos procesales que impidan el cumplimiento de los mandatos del derecho internacional, no puede obviar que el propio Congreso Nacional sancionó la ley 25.779 que declara *insanablemente nulas* las leyes 23.492 y 23.521, aplican-

do a su respecto las palabras que el texto constitucional reserva para los actos previstos en su art. 29, ley que forma parte del derecho positivo vigente.

17) Que si bien la ley 25.779 coincide con lo que en derecho debe resolver esta Corte, su texto escueto contrasta notoriamente con la extensión y dificultad de los problemas que plantea su alcance, el sentido que puede darse a sus palabras y su propia constitucionalidad, debiendo recordarse que casi todos los argumentos jurídicos que apoyan su constitucionalidad como los que la niegan han sido esgrimidos en ocasión del debate legislativo en ambas Cámaras del Congreso de la Nación. Cabe reconocer, en homenaje a los legisladores, que se trata de un debate donde, junto a aspectos puramente políticos, se han tratado con particular seriedad las cuestiones jurídicas.

El Congreso Nacional no está habilitado en general para anular leyes.

18) Que el primer y básico cuestionamiento a la ley 25.779 pone en tela de juicio la competencia del Congreso Nacional para declarar la nulidad insanable de una ley sancionada y derogada cinco años antes por él mismo (ley 24.952). Además se sostiene que reconocer esta competencia al Congreso, en el caso de leyes penales, implicaría violar garantías constitucionales (y las propias normas internacionales) que hacen a la seguridad jurídica, como la cosa juzgada y la irretroactividad de la ley penal (o la ultra actividad de la ley penal más benigna).

Por cierto que están lejanos los tiempos en que se afirmaba la omnipotencia del Parlamento inglés sosteniendo que “puede hacer hasta cosas que sean algo ridículas; puede hacer que Malta esté en Europa, hacer a una mujer un Corregidor o un Juez de Paz; pero no puede cambiar las leyes de la naturaleza, como hacer de una mujer un hombre o de un hombre una mujer” (Lord Holt, citado en: O. M. Wilson, *Digesto de la Ley Parlamentaria, traducido del inglés con autorización del Senado y encargo de la Comisión de Revisión del Reglamento por A. Belin*, Buenos Aires, 1877, pág. 195). Dejando de lado la cuestión geográfica y que hoy Malta forma parte de la Unión Europea, como también la misoginia repugnante de la frase y que por suerte hay muchas mujeres juezas, y que los avances de la técnica médica permiten superar lo otrora insuperable, lo cierto es que el extraordinario poder del Parlamento inglés proviene de su milenaria lucha con la monarquía, de la que cobró su potestad casi absoluta: “El poder y jurisdicción del Parlamento son tan grandes y tan trascendentales y absolutos, que no se considera tener límites en cuanto a causa alguna ni persona” (Op. et loc. cit.). Esto se explica porque el Parlamento inglés ejerce el poder constituyente mismo, lo que le habilitaba incluso a condenar y aplicar penas, entre otras cosas. Además, la legalidad era una cuestión siempre problemática en el derecho inglés, dada la vigencia general del *Common Law* y la potestad judicial de crear tipos penales. Pero esto también es historia en el propio derecho penal británico, pues domina el *Statute Law* y los jueces han perdido definitivamente el poder de crear tipos penales, tal como lo declaró formalmente la Cámara de los Lores en 1972 (*Knüller Ltd. v. Director of Public Prosecutions*, cit. en *Cross and Jones, Introduction to Criminal Law*, London, 1976, págs. 1112).

Por lo que hace a los poderes tan amplios del Parlamento, en cuanto éste atravesó el Atlántico y se convirtió en el Poder Legislativo en una República, dejó de ejercer el poder constituyente, y la separación de poderes conforme a los pesos y contrapesos le estableció límites que no puede exceder, sin riesgo de que sus leyes no se apliquen por decisión de los

jueces, que devienen controladores de estos límites. Este es el sentido del control difuso de constitucionalidad de origen norteamericano que inspira nuestra Constitución Nacional.

Además, es claro que el Poder Legislativo no puede ejercer la jurisdicción, más que en los casos y condiciones que la Constitución establezca y con los alcances y efectos previstos en ésta. En materia específicamente penal, la Constitución de los Estados Unidos prohíbe expresamente que el Congreso dicte sentencias, con la mención específica del llamado *Bill of Attainder* (confr. Paschal, Jorge W., *La Constitución de los Estados Unidos explicada y anotada*, Trad. de Clodomiro Quiroga, Buenos Aires, 1888, pág. 463). Este es el límite que también parece violado por la ley 23.521, tal como lo señala el señor Procurador General en su dictamen, pues no se ha limitado a amnistiar, sino que, mediante el establecimiento de una pretendida presunción *iuris et de iure* de una causal de exclusión de delito, quiso declarar lícitos o exculpados los delitos cometidos, cuando ésta es una función exclusiva del Poder Judicial y por completo ajena a la incumbencia del legislador.

19) Que pretender que el Congreso Nacional tiene la potestad de anular cualquier ley penal importaría cancelar la retroactividad de la ley penal más benigna, acabar con su ultra actividad y, por consiguiente, desconocer la irretroactividad de la ley penal más gravosa. No sería menos riesgoso el desconocimiento de la cosa juzgada cuando, habiendo mediado procesos que, siguiendo su curso normal, hubiesen terminado en absolucón, éstos fuesen revisables en función de las leyes penales pretendidamente anuladas. Por ende, en un análisis literal y descontextualizado de la ley 25.779, ésta no sería constitucionalmente admisible, aunque coincida en el caso con lo que en derecho corresponde resolver a esta Corte.

20) Que no es válido el argumento que quiere legitimar la ley 25.779 invocando el antecedente de la ley 23.040 de diciembre de 1983, referida al acto de poder número 22.924 de septiembre de ese mismo año, conocido como “ley de autoamnistía”. En realidad, esa llamada “ley” ni siquiera era una “ley de facto”, porque no podría considerarse tal una forma legal con contenido ilícito, dado que no era más que una tentativa de encubrimiento entre integrantes de un mismo régimen de poder e incluso de una misma corporación y del personal que había actuado sometido a sus órdenes. Cualquiera sea la teoría que se sostenga respecto de la validez de los llamados “decretosleyes” o “leyes de facto” antes de la introducción del art. 36 vigente desde 1994, lo cierto es que éstos requieren un mínimo de contenido jurídico, que no podía tenerlo un acto de encubrimiento de unos integrantes de un régimen de facto respecto de otros o de algunos respecto de sí mismos. En rigor, la ley 23.040 era innecesaria, pues hubiese sido absurdo que los jueces tuviesen en cuenta una tentativa de delito de encubrimiento con mera forma de acto legislativo “de facto”, para obstaculizar el avance de la acción penal. Con ello no hubiesen hecho más que agotar el resultado de una conducta típica de encubrimiento.

21) Que la inhabilidad general del Congreso Nacional para anular leyes penales sancionadas por él mismo está ampliamente reconocida en el propio debate legislativo de la ley 25.779. Ninguno de los argumentos sostenidos para defender en el caso esta potestad del Congreso ha pretendido que éste se encuentra habilitado para anular cualquier ley y menos cualquier ley penal en cualquier circunstancia. Por el contrario, todos los argumentos a favor de la constitucionalidad de la ley 25.779 han discurrido sobre la base de que se trata de una circunstancia extremadamente excepcional. De todas maneras, esta excepcionalidad debe ser seriamente analizada, pues es sabido que los desarrollos antiliberales y antidemo-

cráticos siempre invocan cuestiones de excepción y, además, lo que comienza aceptándose como extraordinario, para desgracia de la República y de las libertades públicas, fácilmente suele devenir ordinario.

Los argumentos de excepcionalidad

22) Que no es del caso analizar el debate legislativo en detalle, sino extraer de éste los argumentos medulares que se han empleado, porque ilustran acerca de la excepcionalidad invocada. Las razones centrales que se dieron para fundar la constitucionalidad de esta potestad del Congreso en el caso concreto, o sea, la excepcionalidad legitimante invocada, se centraron en torno a cuatro ideas básicas: a) el estado de necesidad en que se hallaba el Congreso Nacional y el Poder Ejecutivo en el momento de la sanción de estas leyes; b) el art. 29 constitucional, c) el derecho supralegal y d) el derecho internacional.

La invocación de la coacción o necesidad.

23) Que el argumento que invoca un estado de necesidad de los poderes nacionales en el momento de sancionar las leyes que se quieren anular, no resiste mayor análisis. Sin perjuicio de reconocer que se planteaba una situación delicada en esos momentos, cuya valoración no corresponde a esta Corte Suprema —como tampoco el acierto o desacierto de la sanción de estas leyes para resolverla—, es verdad que el Congreso de la Nación suele sancionar leyes presionado por las circunstancias con mucha frecuencia y eso es materia corriente en la política de cualquier Estado. Abrir la puerta de futuras nulidades invocando el estado de necesidad o la coacción en cada uno de esos casos importa sembrar una inseguridad jurídica formidable. Si la coacción de las circunstancias habilitara la posibilidad de que el propio Congreso Nacional anulara sus leyes, no habría razón por la cual no se podrían anular también por otros vicios que acarrear ese efecto en numerosos actos jurídicos, como el error o la ignorancia de las circunstancias, lo que eliminaría toda previsibilidad, condición indispensable para la coexistencia pacífica de toda sociedad.

Apelación al art. 29 constitucional.

24) Que también se ha sostenido que la potestad anulatoria en el caso quedaría habilitada con una pretendida aplicación extensiva del art. 29 de la Constitución Nacional. Sin embargo, de la letra de este artículo surge claramente que esas leyes configuran una hipótesis no contemplada en su texto. Por ende, no se trataría de una *interpretación extensiva* del art. 29, sino de una *integración analógica* de ese texto. La interpretación extensiva siempre tiene lugar dentro de la resistencia semántica del texto (pues de lo contrario no sería interpretación) (en el sentido de que la interpretación siempre es *intra legem*: Max Ernst Mayer, *Der allg. Teil des deutschen Strafrechts*, Heidelberg, 1923, pág. 27; igual, Arthur Kaufmann, *Analogie und Natur der Sache*, 1965), en tanto que la integración analógica postula la aplicación a un caso semejante pero no contemplado en la letra de la ley.

Independientemente de que el art. 29 constitucional responde a una coyuntura histórica particular y casi referida a una persona, las consecuencias de admitir su integración analógica serían muy peligrosas, pues una mayoría parlamentaria coyuntural podría imponer la responsabilidad y la pena correspondientes a los *infames traidores a la Patria* a cualquier opositor. Ante esta perspectiva, claramente no querida por la Constitución Nacional, conviene seguir sosteniendo la prohibición de analogía respecto de este texto.

Por otra parte, el art. 29 constitucional es un caso de *delito constitucionalizado* y, si bien no es un tipo penal, está íntimamente vinculado al tipo que el legislador ordinario construye en función del mandato constitucional y, por ende, su integración analógica siempre es violatoria del art. 18 de la misma Constitución y de las disposiciones concernientes a legalidad de los tratados internacionales incorporados a la Constitución.

En síntesis, la invocación del art. 29 constitucional no puede fundar la excepcionalidad de las circunstancias y la única utilidad que presenta este texto para el caso es la de inspirar la fórmula que la ley 25.779 emplea para disponer la ineficacia de las leyes 23.492 y 23.521.

La apelación a la supralegalidad.

25) Que no han faltado en el curso del debate apelaciones abiertas al derecho natural. Por momentos, en el Congreso de la Nación se renovó el debate entre jusnaturalistas y positivistas. La invocación de un derecho supralegal para desconocer límites de legalidad siempre es peligrosa, pues todo depende de quién establezca lo que es o se pretende *natural*. Como es sabido, no hay una única teoría acerca del *derecho natural*, sino muchas. Basta revisar cualquier texto que contemple la historia del pensamiento jurídico para verificar la enorme gama de versiones del jusnaturalismo y sus variables (es suficiente remitir a obras ampliamente divulgadas y clásicas, como Alfred Verdross, *La filosofía del derecho del mundo occidental*, Centro de Estudios Filosóficos, UNAM, México, 1962; Hans Welzel, *Introducción a la Filosofía del Derecho, Derecho Natural y Justicia Material*, Aguilar, Madrid, 1971). Sin entrar en mayores detalles que no vienen al caso, es claro que hay un derecho natural de raíz escolástica, otros de claro origen contractualista liberal y absolutista, pero también hubo *derechos naturales* —con ese u otro nombre— autoritarios y totalitarios, abiertamente irracionales. La legislación penal nazista apelaba a un pretendido derecho natural fundado en la sangre, la raza y el suelo (al respecto, Édouard ConteCornelia Essner, *Culti di sangue, Antropologia del Nazismo*, Carocci Editore, Roma, 2000; Michael BurleighWolfgang Wippermann, *Lo Stato Razziale*, Germania 19331945, Rizzoli, Milano, 1992; George L. Mosse, *La Cultura Nazi*, Grijalbo, Barcelona, 1973; sobre su extensión al fascismo italiano, Giorgio IsraelPietro Nastasi, *Scienza e Razza Nell'Italia Fascista*, Il Mulino, Bologna, 1998). El stalinismo, por su parte, lo hacía remitiendo a los principios de la sociedad socialista (asi: Stucka Pasukanis Vysinskij Strogovic, *Teorie Sovietiche del Diritto*, Giuffrè, Milano, 1964).

Además, el argumento jusnaturalista corre el riesgo de enredarse y terminar legitimando lo que la ley 25.779 quiere descalificar de modo tan radical, pues reconocer injustos o ilícitos supraleales importa admitir también justificaciones supraleales y, con ello, entrar al debate de la llamada guerra sucia con el autoritarismo de seguridad nacional, que también era una construcción supraleal, o sea que, aunque nadie lo haya desarrollado con ese nombre, se sostuvo la existencia de un aberrante *derecho supraleal de seguridad nacional* (puede verse el ensayo que en este sentido lleva a cabo Carlos Horacio Domínguez, *La Nueva Guerra y el Nuevo Derecho, Ensayo para una Estrategia Jurídica Antisubversiva*, Círculo Militar, Buenos Aires, 1980; en lo específicamente penal intentó esta empresa Fernando Bayardo Bengoa, *Protección Penal de la Nación*, Montevideo, 1975; en sentido crítico sobre estas ideologías, Comblin, Joseph, *Le Pouvoir Militaire en Amerique Latine*, París, 1977; Montealegre, Hernán, *La Seguridad del Estado y los Derechos Humanos*, Santiago de Chile, 1979).

Por otra parte, la invocación de fuentes jurídicas supralegales siempre obliga a volver la vista al drama alemán de la posguerra y muy especialmente al debate que en su tiempo se generó. Es sabido que ante las atrocidades cometidas por los criminales nazistas surgió en la posguerra alemana un poderoso movimiento teórico de resurgimiento del jusnaturalismo, del que se hicieron eco varias sentencias del Tribunal Constitucional. La apelación a un derecho supralegal se llevó a cabo especialmente por la vía de la “naturaleza de las cosas” (sobre ello, Alessandro Baratta, *Natur der Sache und Naturrecht*, Darmstadt, 1965; del mismo, *La Teoria della Natura del Fatto alla Luce Della “nuova retorica”*, Giuffrè, Milano, 1968; también *Rechtspositivismus und Gesetzespositivismus*, en ARSP, Wiesbaden, 1968; *Juristische Analogie und Natur der Sache*, en “Fest. f. Erik Wolf”, Frankfurt, 1972; *Il Problema Della Natura del Fatto, Studi e Discussioni Negli Ultimi Anni*, Giuffrè, Milano, 1968; Luis Recaséns Siches, *Experiencia Jurídica, Naturaleza de la Cosa y Lógica “razonable”*, UNAM, México, 1971; Ernesto Garzón Valdes, *Derecho y “naturaleza de las cosas”, Análisis de una Nueva Versión del Derecho Natural en el Pensamiento Jurídico Alemán Contemporáneo*, Univ. Nac. de Córdoba, 1970).

El estado espiritual de la ciencia jurídica alemana de la mitad del siglo pasado y especialmente de su filosofía del derecho lo marcó en gran medida la polémica sobre la llamada “vuelta” o “giro” de Gustav Radbruch, expresado en un breve artículo de 1946 con el título de “Injusto legal y derecho supralegal” (*Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, en *Rechtsphilosophie*, Stuttgart, 1970, pág. 347; el impacto de este trabajo se observa en diversas contribuciones después de veinte años de la muerte de Radbruch, en los “Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch, herausgegeben von Arthur Kaufmann”, Göttingen, 1968). “El conflicto entre justicia y seguridad del derecho —sostenía este autor en ese artículo— debería resolverse en forma que el derecho positivo, garantizado por el estatuto y el poder, tenga preeminencia aun cuando en su contenido sea injusto o inadecuado, salvo que el conflicto entre la ley positiva y la justicia alcance una medida tan intolerable que la ley, como ‘derecho injusto’, ceda ante la justicia”.

Sabemos que esta fórmula fue duramente criticada en su momento por Hart, quien se hacía cargo del drama alemán, pero sostenía que era preferible aplicar el derecho positivo antes que correr el riesgo de utilizar leyes retroactivamente, incluso en los casos de *intolerabilidad* exceptuados por Radbruch. No obstante, como se ha demostrado en una completísima investigación más reciente, la fórmula de Radbruch no tuvo muchas consecuencias prácticas en Alemania (Giuliano Vassalli, *Formula di Radbruch e Diritto Penale. Note sulla punizione dei “delitti di Stato” nella Germania Postnazista e nella Germania Postcomunista*, Giuffrè, Milano, 2002).

Cabe advertir que media una notoria diferencia entre el momento en que este debate tuvo lugar y el presente. En la posguerra no había Constitución en Alemania; la Constitución de la República Federal se sancionó en 1949 y en ese momento las perspectivas de la Carta de Bonn no eran mejores que las de Weimar treinta años antes. En el plano universal sólo existía la Declaración Universal de Derechos Humanos, instrumento fundamental pero realmente débil en ese momento, pues la aceptación de su consideración como *ius cogens* es muy posterior a los primeros años de la posguerra. Tampoco existía en Europa un sistema regional de Derechos Humanos; la Convención de Roma es de 1950 y su ratificación y puesta en funcionamiento para todo el continente fueron muy posteriores y gradua-

les. En otras palabras, no se había positivizado suficientemente el derecho internacional de los Derechos Humanos y eran débiles las consagraciones nacionales.

La consagración de los Derechos Humanos se obtuvo primero en las constituciones nacionales y luego se globalizó, en una evolución que llevó siglos (confr. Antonio Augusto Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Porto Alegre, 1997, volume I págs. 17 y sgtes.). Los padres liberales del derecho penal de los siglos XVIII y XIX necesitaron poner límites al poder estatal desde lo supralegal, pues carecían de constituciones. Por ello, Feuerbach consideraba que la filosofía era fuente del derecho penal y Carrara derivaba su sistema de la razón. La consagración de derechos en las constituciones sirvió para positivizar en el plano nacional estas normas antes supralegales, pero luego las constituciones fallaron, los estados de derecho constitucionales se derrumbaron (la *Weimarergrundgesetz* perdió vigencia, la *Oktoberverfassung* austríaca de 1921 fue sepultada, el *Statuto Albertino* italiano no sirvió de nada, etc.) y tampoco tuvieron éxito los intentos internacionalistas de la Liga de las Naciones. Los totalitarismos de entreguerras barrieron con todos esos obstáculos y muchos años después, pasada la catástrofe y superadas etapas de congelamiento posteriores, los Derechos Humanos se internacionalizaron y globalizaron. Este último fenómeno de positivización de los Derechos Humanos en el derecho internacional, como reaseguro de sus positivizaciones nacionales, es lo que hizo perder buena parte del sentido práctico al clásico debate entre positivismo y jusnaturalismo, sin que, por supuesto pierda importancia teórica y tampoco cancele sus consecuencias prácticas, porque nada garantiza que el proceso de positivización no se revierta en el futuro.

En síntesis, respecto de los argumentos esgrimidos en este sentido para explicar la excepcionalidad de la circunstancia de la ley 25.779 en el curso de su debate invocando el derecho natural o supralegal, cabe concluir que no es necesario perderse en las alturas de la supralegalidad, cuando el derecho internacional de los Derechos Humanos, que forma un plexo único con el derecho nacional, confirmado por el inc. 22 del art. 75 de la Constitución Nacional, hace ineficaces las leyes que la ley 25.779 declara nulas. Esto lleva al tercer orden de argumentos sostenidos en el debate parlamentario.

El argumento de derecho internacional.

26) Que se aproxima mucho más al núcleo del problema la posición que funda la legitimidad de la nulidad de las leyes de marras en el derecho internacional vigente como derecho interno. Tal como se ha señalado, es claro que las leyes que se pretenden anular chocan frontalmente con la ley internacional. Pueden citarse varios textos incorporados a nuestra Constitución en función del inc. 22 del art. 75, pero basta recordar la mencionada jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su sentencia del 14 de marzo de 2001, en el caso “Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú)” serie C N° 75: “Esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”. La Corte Interamericana considera que “las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que cons-

tituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni pueden tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en el Perú”.

Esta jurisprudencia es —sin duda— aplicable al caso de las leyes que anula la ley 25.779 y, conforme a ella, es claro que la eficacia de éstas sería considerada un ilícito internacional. Cualquiera sea la opinión que se sostenga respecto de las leyes de marras, la eficacia de las leyes 23.492 y 23.521 haría incurrir a la República Argentina en un injusto internacional que sería sancionado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, conforme al criterio firmemente asentado respecto del Perú, caso en el que este país, después de serias resistencias, debió allanarse.

Tal como también se señaló no vale para el caso argumentar sobre la base de que la Convención Americana no estaba vigente al momento de los crímenes a cuyo juzgamiento obstan las leyes 23.492 y 23.521. Cualquiera sea el *nomen juris* y la verdadera naturaleza jurídica de estas leyes, lo cierto es que el principio de legalidad penal es amplio, pero no ampara la eventual posibilidad de que el agente de un delito sea amnistiado o beneficiado con cualquier otra cancelación de tipicidad o impedimento de procedibilidad en alguna ley sancionada en el futuro. Lo cierto es que la Convención Americana fue ratificada en 1984 y en el mismo año se reconoció la competencia plena de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es decir, que la sanción de esas leyes es claramente posterior a la ratificación de la Convención y, por ende, cualquiera sea el juicio que éstas merezcan, de conformidad con el criterio jurisprudencial mencionado, son actos prohibidos por la Convención. El ilícito internacional —del que sólo puede ser responsable el Estado argentino— lo constituyen las leyes sancionadas con posterioridad a esa ratificación.

27) Que la ley 25.778, sancionada simultáneamente con la 25.779, ambas publicadas en el Boletín Oficial del 3 de septiembre de 2003, otorga “jerarquía constitucional a la Convención sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, adoptada por la Asamblea General de Organización de las Naciones Unidas, el 26 de noviembre de 1968 y aprobada por la Ley 24.584”. Esta Convención, según entendió esta Corte Suprema en la causa “Arancibia Clavel” ya citada, no hace imprescriptibles crímenes que antes eran prescriptibles, sino que se limita a codificar como tratado lo que antes era *ius cogens* en función del derecho internacional público consuetudinario, siendo materia pacífica que en esta rama jurídica, la costumbre internacional es una de sus fuentes. En consecuencia, la prescripción establecida en la ley interna no extinguía la acción penal con anterioridad a esa ley y, por tanto, su ejercicio en función de la misma no importa una aplicación retroactiva de la ley penal.

Se argumentó en el debate parlamentario que sería contradictorio que el Congreso Nacional otorgase jerarquía constitucional a esta Convención y mantuviese cualquier efecto de las leyes que se pretenden anular, o sea, que prácticamente la ley 25.779 sería una consecuencia necesaria de la ley 25.778. No nos parece que se trate de una consecuencia necesaria, porque ninguna de las leyes cuestionadas está referida a la prescripción y, en último análisis, la prescripción sería sólo uno de los obstáculos legislativos al ejercicio de la acción penal, pero en modo alguno agotaría los opuestos por las leyes de marras. Si lo que se pretende es asentar la excepcionalidad en la incongruencia de otorgar jerarquía constitucional a una norma que remueve el obstáculo de la prescripción y, al mismo tiempo, dejar

intactos otros obstáculos, este es un buen argumento de política penal, pero no alcanza para explicar la excepcionalidad de la situación que habilitaría al Congreso Nacional a anular dos leyes penales.

28) Que el orden jurídico debe ser interpretado en forma coherente, no contradictoria, pero la coherencia del orden jurídico no habilita tampoco al Congreso Nacional a anular una ley penal. Si la contradicción entre normas vigentes facultase para la anulación de leyes, no sería difícil anular la mayoría de las leyes, si las entendemos en sentido literal. La no contradicción no se basa en la ilusión de legislador racional, que es un legislador ideal, inventado por el derecho o por el intérprete, y que no es el legislador histórico. El legislador puede incurrir en contradicciones y de hecho lo hace, pero es tarea de los jueces reducir las contradicciones, porque lo que no puede ser contradictorio es la interpretación del derecho, y ésta, como es sabido, incumbe a los jueces. Por ende, si se tratase sólo de anular una ley en razón de su contradicción con otras leyes, no sería tarea que incumbiese al Poder Legislativo, sino al Judicial.

Por otra parte, por mucho que la coherencia interna del orden jurídico sea un valor positivo, en función de la necesaria racionalidad de los actos de gobierno como requisito del principio republicano, esto no autoriza a dar prioridad a una parte de la Constitución (o del derecho internacional incorporado a ella) sobre otra, desconociendo la vigencia de esta última. No es admisible que para no violar las Convenciones incorporadas a la Constitución se desconozcan garantías penales y procesales que la propia Constitución establece. Más aún, el propio derecho internacional se opone a esta priorización de normas, al prohibir las interpretaciones de mala fe de las convenciones y al establecer las llamadas cláusulas *pro homine*.

Ello es así porque al admitir la jerarquización de las normas constitucionales se firma el certificado de defunción de la propia Constitución. Cuando se distingue entre normas superiores y que hacen al espíritu mismo de la Constitución y normas constitucionales simplemente legales, se habilita a desconocer estas últimas para mantener la vigencia de las primeras. Este fue el procedimiento a través del cual se racionalizó el desbaratamiento de la Constitución de Weimar, sosteniendo sus detractores que si la Constitución expresa valores fundamentales, no puede admitirse que su texto otorgue garantías ni espacio político a los enemigos de estos valores, especialmente en situaciones anormales o caóticas (así, Carl Schmitt, *Legalität und Legitimität*, Berlín, 1933). Pero la propia experiencia nacional es muy ilustrativa en este sentido, puesto que ningún golpe de Estado argentino negó formalmente los valores constitucionales, sino que afirmaron todos que violaban la Constitución para salvarlos. Todas las violaciones a la Constitución Nacional se fundaron en una pretendida jerarquización de sus normas, incluso las que esgrimían la doctrina de la seguridad nacional y cometieron los crímenes cuyo juzgamiento obstaculizan las leyes 23.492 y 23.521.

En síntesis: si bien los argumentos que pretenden fundar la circunstancia extraordinaria que habilitaría al Congreso Nacional a anular las mencionadas leyes por vía del derecho internacional se acercan mucho más a una explicación razonable, no alcanzan para justificar esta circunstancia, pues no puede fundarse esa habilitación en la necesidad de dotar de coherencia al orden jurídico —cuestión que, por otra parte, incumbe al Poder Judicial en su tarea interpretativa y de control de constitucionalidad— y porque no pueden jerar-

quizarse normas constitucionales, so pena de abrir la puerta para la renovación de viejas racionalizaciones de las más graves violaciones a la Constitución.

El fundamento constitucional de la ley 25.779.

29) Que descartados los ejes argumentales sostenidos en el debate parlamentario de la ley 25.779 para fundar la competencia del Congreso Nacional para anular las leyes mencionadas, es deber de esta Corte agotar las posibles interpretaciones de la ley 25.779 antes de concluir en su inconstitucionalidad. Sabido es que la inconstitucionalidad es un remedio extremo, que sólo puede operar cuando no resta posibilidad interpretativa alguna de compatibilizar la ley con la Constitución Nacional, conforme a un elemental principio de prudencia que debe regir las decisiones judiciales.

Aunque se remonta a Karl Binding, modernamente se insiste, con más depurada metodología, en la distinción entre “norma” y “enunciado normativo”. Toda ley es un “enunciado normativo” que nos permite deducir la “norma” (así, Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, págs. 50 y sgtes.). Así, el art. 79 del Código Penal es un enunciado normativo, pero la norma es el “no matarás”. El art. 1º de la ley 25.779 también es un enunciado normativo, en tanto que la norma es “prohibido reconocerle cualquier eficacia a las leyes 23.492 y 23.521”. En reiteradas ocasiones en el curso del debate legislativo se insiste en la necesidad de “remover obstáculos” al juzgamiento de esos delitos. Se trata de una ley que sanciona una norma que prohíbe considerar de cualquier eficacia a otras dos leyes. Si usásemos una terminología jurídica poco empleada entre nosotros, pero bastante común en otros países de nuestra región y de lengua castellana, concluiríamos en que se impone considerar a las mencionadas leyes “inexequibles”, es decir, inejecutables. Desentrañada la norma, no tiene sentido analizar si se trata de una verdadera nulidad, análoga a la del derecho privado regulada en el Código Civil, o si este concepto es aplicable en el derecho público o si tiene una naturaleza diferente. Dicho más sintéticamente: se trata de saber si el Congreso Nacional podía en el caso prohibir que se tomasen en cuenta las leyes cuestionadas para cualquier efecto obstaculizador del juzgamiento de estos delitos, sin que quepa asignar mayor importancia al “*nomen juris*” que quiera dársele a esa prohibición.

30) Que la verdadera legitimación de esta norma se esgrime varias veces en el debate legislativo, pero no se la destaca suficientemente ni se extraen de ella las consecuencias jurídicas que inevitablemente se derivan con formidable gravedad institucional. Se trata nada menos que de la puesta en cuestión de la soberanía de la República Argentina. Quienes pretenden que la República desconozca sus obligaciones internacionales y mantenga la vigencia de las leyes de marras, invocan la soberanía nacional y rechazan la vigencia del derecho internacional como lesivo a ésta, cuando el derecho internacional reconoce como fuente, precisamente, las soberanías nacionales: ha sido la República, en ejercicio de su soberanía, la que ratificó los tratados internacionales que la obligan y la norma que la sujeta a la competencia plena de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (sobre estos conceptos, Hermann Heller, *La soberanía, Contribución a la teoría del Derecho Estatal y del Derecho Internacional*, UNAM, México, 1965). Hoy las normas que obligan a la República en función del ejercicio que hizo de su soberanía, le imponen que ejerza la jurisdicción, claro atributo de la propia soberanía, so pena de que ésta sea ejercida por cualquier competencia del planeta, o sea, que si no la ejerce en función del principio territorial entra a operar el principio universal y cual-

quier país puede ejercer su jurisdicción y juzgar los crímenes de lesa humanidad cometidos en territorio nacional por ciudadanos y habitantes de la República.

31) Que en varias ocasiones se dice en el debate que se presenta la alternativa de juzgar los delitos de lesa humanidad en función del principio de territorialidad o de ceder a las peticiones de extradición para que estos delitos sean juzgados por otros países. Pero la mención no dimensiona adecuadamente el problema, porque pareciera que se trata de una alternativa que involucra sólo a un grupo de personas cuya extradición se ha solicitado. Se pasa por alto que se trata de un hecho nuevo, muy posterior a la sanción de las leyes de marras, y con consecuencias jurídicas colosales.

El hecho nuevo: la operatividad real del principio universal.

32) Que el Congreso de la Nación no podía pasar por alto —y de hecho no lo hizo— la existencia de un hecho nuevo que completa el panorama anterior y reclama una urgente atención. Desde la sanción de las dos leyes en cuestión, pero con creciente frecuencia, el principio universal ha comenzado a operar en forma efectiva y no meramente potencial. Es de público conocimiento que ciudadanos argentinos han sido sometidos a juicio en el extranjero, que también ciudadanos argentinos han puesto en marcha jurisdicción extranjera para obtener condenas que no podían reclamar a la jurisdicción nacional, que hubo condenas en el extranjero, que han mediado pedidos de extradición por estos crímenes, es decir, que el principio universal, que era una mera posibilidad potencial con posterioridad a la sanción de las leyes cuestionadas, comenzó a operar en forma efectiva y creciente.

El principio universal en materia penal se conoce desde hace más de dos siglos, especialmente con referencia a la trata de esclavos, estando receptado en nuestra Constitución desde 1853 y obliga a la República no sólo en razón del derecho internacional consuetudinario sino en virtud de varios tratados internacionales ratificados por nuestro país. Como es sabido, tiene carácter subsidiario, o sea, que cualquier país está habilitado para juzgar los crímenes contra la humanidad, pero a condición de que no lo haya hecho el país al que incumbía el ejercicio de la jurisdicción conforme al principio de territorialidad.

Es claro que la jurisdicción es un atributo de la soberanía y que ésta, en nuestro sistema, emana del pueblo. En consecuencia, el principio universal deviene operativo cuando un Estado no ha ejercido su soberanía y, por ello, los restantes estados de la comunidad internacional quedan habilitados para hacerlo. Un Estado que no ejerce la jurisdicción en estos delitos queda en falta frente a toda la comunidad internacional.

33) Que el hecho nuevo que hoy se presenta es el funcionamiento real, efectivo y creciente del principio universal. Hay ciudadanos argentinos que están detenidos, procesados y juzgados por otros estados en razón de estos delitos cometidos en el territorio nacional. Hay ciudadanos argentinos cuya extradición es requerida a la República en razón de hechos similares. Es del dominio público que el gobierno de España ha paralizado los pedidos de extradición justamente con motivo de la sanción de la ley 25.779, a la espera de que estos delitos sean efectivamente juzgados en nuestro país. Cualquiera sea la opinión que se tenga sobre el funcionamiento concreto del principio universal, sobre la autoridad moral de los estados que lo invocan, sobre la coherencia o incoherencia de su invocación, lo cierto es que la comunidad internacional lo está aplicando por delitos cometidos en nuestro territorio, en razón de que la República no ha ejercido la jurisdicción, o sea, no ha ejercido su so-

beranía. El hecho nuevo que aparece a partir de las leyes cuestionadas no es la mera posibilidad de ejercicio de la jurisdicción extranjera sobre hechos cometidos en el territorio, sino el efectivo ejercicio de esas jurisdicciones. Los reclamos de extradición generan la opción jurídica de ejercer la propia jurisdicción o de admitir lisa y llanamente la incapacidad para hacerlo y, por ende, renunciar a un atributo propio de la soberanía nacional, cediendo la jurisdicción sobre hechos cometidos en el territorio de la Nación por ciudadanos argentinos.

34) Que si bien existen múltiples conceptos de Constitución y la doctrina los perfecciona o vincula, en el plano más elemental y menos pretencioso, no puede desconocerse que la función que necesariamente debe cumplir una Constitución, sin la cual faltaría su esencia, o sea no habría directamente una Constitución, es una distribución del poder (o si se prefiere una atribución de poder) para el ejercicio del gobierno que presupone la soberanía. Más sintéticamente: *la función esencial de la Constitución es la atribución o distribución del poder para el ejercicio de las potestades inherentes a la soberanía.*

35) Que aceptada esta premisa elemental, no puede interpretarse nunca una Constitución entendiendo que cualquiera de sus normas impone a los poderes constituidos que no ejerzan o renuncien el ejercicio de la soberanía (y de la jurisdicción como uno de sus atributos). Desde la perspectiva de la onticidad de una Constitución, semejante interpretación reduciría a la propia Constitución a un elemento defectuoso, en parte una *noConstitución*, negadora de su propia esencia, y degradaría al Estado a la condición de un Estado imperfecto o disminuido ante la comunidad internacional, habilitada a ejercer la soberanía ante su confesa incapacidad para ejercerla. La dignidad de la República en la comunidad internacional exige que ésta reafirme plenamente su voluntad de ejercer su jurisdicción y, por ende, su soberanía, y que de este modo restaure a la República en su condición de Estado pleno y completo y ponga a salvo a todos sus habitantes del riesgo de ser sometido a cualquier competencia con motivo o pretexto de crímenes contra la humanidad.

El Preámbulo de la Constitución Nacional no es una mera manifestación declarativa, sino que cumple una función orientadora de la interpretación de todas las normas del texto máximo. En su redacción está claramente establecida la función esencial de toda Constitución o norma fundamental. “Constituir la unión nacional, afianzar la justicia, consolidar la paz interior”, no son objetivos enumerados al azar, sino claramente propios de toda Constitución, que serían negados en la medida en que se interpretase cualquiera de sus normas obligando a los jueces a admitir o legitimar una pretendida incapacidad de la Nación Argentina para el ejercicio de su soberanía, con la consecuencia de que cualquier otro país pueda ejercerla ante su omisión, en razón de violar el mandato internacional (asumido en ejercicio pleno de su propia soberanía) de juzgar los crímenes de lesa humanidad cometidos en su territorio por sus habitantes y ciudadanos, cediendo ese juzgamiento a cualquier otra nación del mundo, colocando a sus habitantes en riesgo de ser sometidos a la jurisdicción de cualquier Estado del planeta, y, en definitiva, degradando a la propia Nación a un ente estatal imperfecto y con una grave *capitis deminutio* en el concierto internacional. Además, la omisión del ejercicio de la jurisdicción territorial (o sea, el no ejercicio de un claro atributo de su soberanía) abre un estado de sospecha sobre todos los ciudadanos del Estado omitente y no sólo sobre los responsables de estos crímenes.

36) Que este es el verdadero fundamento por el cual el Congreso Nacional, más allá del *nomen juriis*, mediante la ley 25.779 quita todo efecto a las leyes cuya constitucio-

nalidad se discute en estas actuaciones. Si la ley 25.779 no se hubiese sancionado, sin duda que serían los jueces de la Nación y esta Corte Suprema quienes hubiesen debido cancelar todos los efectos de las leyes 23.492 y 23.521. La sanción de la ley 25.779 elimina toda duda al respecto y permite la unidad de criterio en todo el territorio y en todas las competencias, resolviendo las dificultades que podría generar la diferencia de criterios en el sistema de control difuso de constitucionalidad que nos rige. Además, brinda al Poder Judicial la seguridad de que un acto de tanta trascendencia, como es la inexecutable de dos leyes penales nacionales, la reafirmación de la voluntad nacional de ejercer en plenitud la soberanía y la firme decisión de cumplir con las normas internacionales a cuya observancia se sometió en pleno ejercicio de esa soberanía, resulte del funcionamiento armónico de los tres poderes del Estado y no dependa únicamente de la decisión judicial. En tal sentido, el Congreso de la Nación no ha excedido el marco de sus atribuciones legislativas, como lo hubiese hecho si indiscriminadamente se atribuyese la potestad de anular sus propias leyes, sino que se ha limitado a sancionar una ley cuyos efectos se imponen por mandato internacional y que pone en juego la esencia misma de la Constitución Nacional y la dignidad de la Nación Argentina.

Lo que corresponde resolver en autos.

37) Que de cualquier manera, sin perjuicio de reconocer que las leyes 23.492 y 23.521 han perdido todo efecto en función de la ley 25.779, corresponde que esta Corte Suprema disipe cualquier duda que pueda subsistir a su respecto y, por ende, que ratifique que las leyes 23.492 y 23.521 son inconstitucionales, como también que se cancela cualquier efecto directo de ellas o de los actos en ellas fundados que constituya un obstáculo para el juzgamiento de los crímenes de lesa humanidad cometidos en el territorio de la Nación Argentina. De este modo, no quedan dudas acerca de que cesa la posibilidad de que cualquier país pueda invocar el principio universal y reclamar el juzgamiento de estos crímenes en extraña jurisdicción, reasumiendo la Nación la plenitud de su soberanía y, por ende, del ejercicio de la jurisdicción como atributo de ésta.

Por ello, y lo concordemente dictaminado por el señor Procurador General de la Nación, se resuelve:

1.- Hacer lugar parcialmente a la queja y al recurso extraordinario según el alcance indicado en los considerandos; declarar la inconstitucionalidad de las leyes 23.492 y 23.521, y confirmar las resoluciones apeladas.

2.- Declarar la validez de la ley 25.779.

3.- Declarar, a todo evento, de ningún efecto las leyes 23.492 y 23.521 y cualquier acto fundado en ellas que pueda oponerse al avance de los procesos que se instruyan, o al juzgamiento y eventual condena de los responsables, u obstaculizar en forma alguna las investigaciones llevadas a cabo por los canales procedentes y en el ámbito de sus respectivas competencias, por crímenes de lesa humanidad cometidos en el territorio de la Nación Argentina.

4.- Imponer las costas al recurrente (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Agréguese la queja al principal. Notifíquese y devuélvase.

E. RAÚL ZAFFARONI.

VOTO DE LA SEÑORA MINISTRA DOCTORA DOÑA ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO

Considerando:

Que la infrascripta coincide con los considerandos 1° a 11 del voto del juez Petracchi.

12) Que la sanción de la ley 25.779, que declaró “insanablemente nulas” las leyes 23.521 (conocida como “ley de obediencia debida”) y 23.492 (llamada “ley de punto final”), que habían sido derogadas por la ley 24.952, sancionada el 25 de marzo de 1998 y promulgada el 15 de abril de ese año, merece el debido análisis a los efectos de determinar si, en el caso concreto, el Poder Legislativo tenía facultades para concretar un acto de tal naturaleza en el marco de la Constitución Nacional y, en su caso, cuáles son los alcances y efectos que se derivan de dicho acto.

13) Que, a los fines interpretativos, cabe recordar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la opinión Consultiva 14/94 del 9 de diciembre de 1994 (CIDH Serie A) Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) ha establecido que “...Según el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno...”.

Las reglas a cumplir de buena fe, que pueden considerarse como principios generales del derecho, han sido aplicadas por la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia (Caso de las Comunidades grecobúlgaras —1930—, Serie B, n° 17, pág. 32; caso de nacionales Polacos de Danzig —1931—, Series A/B, n° 44, pág. 24; caso de las Zonas Libres (1932), Series A/B n° 46, pág. 167 y Aplicabilidad de la obligación a arbitrar bajo el convenio de Sede de las Naciones Unidas —caso de la Misión del PLO— 1988, 12 a 312, párr. 47), y han sido además codificadas en los arts. 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (punto III.35 de la Opinión Consultiva citada).

En línea con estos principios, la Corte Interamericana sostuvo también que son muchas las maneras como un Estado puede violar un tratado internacional y, de manera específica, la Convención. En este último caso, por ejemplo, bastaría con omitir dictar aquellas normas a las que se encuentra obligado por el art. 2 de ella; o bien, la violación podría provenir de dictar disposiciones que no estén de conformidad con las obligaciones que le son exigidas por ese instrumento (punto III.37 de la Opinión Consultiva citada).

En consecuencia, sostuvo la Corte que “...la promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado al ratificar o adherir a la Convención constituye una violación de ésta y que, en el evento de que esa violación afecte derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados, genera responsabilidad internacional para el Estado” (punto III.50 de la Opinión Consultiva citada).

Con referencia a las obligaciones y responsabilidades de los agentes o funcionarios del Estado que dieran cumplimiento a una ley violatoria de la Convención, se dispone que “...la responsabilidad individual puede ser atribuida solamente por violaciones consideradas como delitos internacionales en instrumentos que tengan ese mismo carácter, tales como los crímenes contra la paz, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad o el genocidio, que naturalmente afectan también derechos humanos especí-

ficos. En el caso de los delitos internacionales referidos, no tiene ninguna trascendencia el hecho de que ellos sean o no ejecutados en cumplimiento de una ley del estado al que pertenece el agente o funcionario. El que el acto se ajuste al derecho interno no constituye justificación desde el punto de vista del derecho internacional...” (punto IV 53 y 54 de la Opinión Consultiva citada).

14) Que, en el caso “Barrios Altos”, Serie C N° 75, (sentencia del 14 de marzo de 2001, Cap. VII “Incompatibilidad de leyes de amnistía con la Convención, párrs. 41/44 y 48), la Corte Interamericana de Derechos Humanos expresó que “...son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos...”, en virtud de que “...Las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana...”. Por lo tanto, “...como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables...”.

En oportunidad de proceder a aclarar los alcances de la sentencia citada, el Tribunal Internacional expresó “...En cuanto al deber del estado de suprimir de su ordenamiento jurídico las normas vigentes que impliquen una violación a la Convención, este Tribunal ha señalado en su jurisprudencia que el deber general del Estado, establecido en el art. 2 de la Convención, incluye la adopción de medidas para suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que impliquen violación a las garantías previstas en la Convención, así como la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la observancia efectiva de dichas garantías...En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas...La promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado parte en la Convención constituye *per se* una violación de ésta y genera responsabilidad internacional...”.

15) Que la ley 23.492 (llamada “de punto final”) en su artículo primero sostiene: “Se extinguirá la acción penal respecto de toda persona por su presunta participación en cualquier grado, en los delitos del artículo 10 de la Ley N° 23.049, que no estuviere prófugo, o declarado en rebeldía, o que no haya sido ordenada su citación a prestar declaración indagatoria, por tribunal competente, antes de los sesenta días corridos a partir de la fecha de promulgación de la presente ley. En las mismas condiciones se extinguirá la acción penal contra toda persona que hubiere cometido delitos vinculados a la instauración de formas violentas de acción política hasta el 10 de diciembre de 1983”.

La norma en cuestión introduce una cláusula excepcional de extinción de la acción penal. En efecto, sólo se incluyeron en la ley delitos presuntamente cometidos por determinados individuos dentro de un preciso período histórico; se establecía a su respecto un por

demás exiguo lapso extintivo, que aparece alejado de cualquier término de proporcionalidad respecto de la escala penal aplicable al hecho establecida con criterio general en el art. 62 del Código Penal; y se fijaban además para esos supuestos precisas y particulares reglas interruptivas del plazo extintivo, también alejadas de la normativa específica establecida en el art. 67 del Código Penal.

16) Que, por su parte, la ley 23.521 (conocida como “de obediencia debida”), en su art. 1° establecía que “...Se presume sin admitir prueba en contrario que quienes a la fecha de comisión del hecho revistaban como oficiales jefes, oficiales subalternos, suboficiales y personal de tropa de las Fuerzas Armadas, de seguridad, policiales y penitenciarias, no son punibles por los delitos a que se refiere el artículo 10, punto 1°, de la ley n° 23.049 por haber obrado en virtud de obediencia debida. La misma presunción será aplicada a los oficiales superiores que no hubieran revistado como comandante en jefe, jefe de zona, jefe de subzona o jefe de fuerza de seguridad, policial o penitenciaria si no se resuelve judicialmente, antes de los treinta días de promulgación de esta ley, que tuvieron capacidad decisoria o participaron en la elaboración de las órdenes. En tales casos se considerará de pleno derecho que las personas mencionadas obraron en estado de coerción bajo subordinación a la autoridad superior y en cumplimiento de ordenes, sin facultad o posibilidad de inspección, oposición o resistencia a ellas en cuanto a su oportunidad y legitimidad...”.

Establecía entonces una presunción *iure et de iure* de impunidad, afirmando, sin admitir prueba en contrario, que los sujetos abarcados en la norma, al llevar a cabo los ilícitos comprendidos en ella habían actuado “en virtud de obediencia debida”, esto es, en “estado de coerción bajo subordinación a la autoridad superior y en cumplimiento de órdenes, sin facultad o posibilidad de inspección, oposición o resistencia a ellas en cuanto a su oportunidad y legitimidad”.

17) Que tal como señala el señor Procurador General en su dictamen, a partir del precedente de Fallos: 315:1492, esta Corte retornó a la doctrina de Fallos: 35:207 acerca de que el art. 31 de la Constitución Nacional establece que los tratados internacionales poseen jerarquía superior a las leyes nacionales y a cualquier norma interna de jerarquía inferior a nuestra Ley Fundamental, aspecto que fue reafirmado por la Convención Nacional Constituyente en 1994 al sancionar el art. 75, inc. 22, en su actual redacción, consagrándose así en el propio texto de la Constitución tal principio así como también, de manera expresa, la jerarquía constitucional de los tratados internacionales sobre derechos humanos.

18) Que a poco que se analicen las leyes en cuestión se advertirá que las mismas aparecen en pugna tanto con el derecho internacional de los derechos humanos que forma parte de nuestra Constitución Nacional cuanto de las normas de nuestro orden interno.

Como lógica conclusión, puede afirmarse entonces que el Congreso Nacional no se encontraba habilitado para dictar tales normas y que al hacerlo ha vulnerado no sólo principios constitucionales sino también los tratados internacionales de derechos humanos, generando un sistema de impunidad con relación a delitos considerados como crímenes de lesa humanidad, del que se deriva la posibilidad cierta y concreta de generar responsabilidad internacional para el Estado argentino.

19) Que, en efecto, en lo que atañe a la ley 23.521, resulta insoslayable que la presunción *iure et de iure* de inculpabilidad que se establece en su art. 1° implica una lisa y llana

violación a la división de poderes, por cuanto el Poder Legislativo se ha arrogado facultades propias del Poder Judicial al imponer a los jueces una interpretación determinada de los hechos que les competía juzgar, impidiéndoles que, en ejercicio de atribuciones propias y excluyentes, los magistrados judiciales examinaran las circunstancias del caso y determinaran en cada supuesto concreto si efectivamente en él se daban las situaciones que aquella ley preanunciaba dándolas por sentado, sin admitir prueba en contrario (conf. disidencias respectivas de los jueces Petracchi y Bacqué en Fallos: 310:1162).

Ambas leyes, además, son violatorias del principio de igualdad ante la ley, ya que aparejan un tratamiento procesal de excepción para los sujetos amparados y, de manera simultánea, privan a las víctimas de los hechos, o a sus deudos, de la posibilidad de acudir a la justicia para reclamar el enjuiciamiento y punición de los autores de los actos ilícitos que los damnifican.

20) Que en cuanto al orden internacional, sin perjuicio de que posteriormente fuera elevada a jerarquía constitucional, lo cierto es que al momento de dictarse las leyes en cuestión, ya contaba con aprobación legislativa la Convención Americana sobre Derechos Humanos —ley 23.054, sancionada el 1° de marzo de 1984—. Dicha Convención, dispone que toda persona tiene derecho a que se respete su vida e indica que ello ha de establecerse a través de la ley (art. 4). Asimismo, entre los derechos civiles y políticos, reconoce el derecho a la integridad física y a “no ser sometido a torturas” (art. 5), así como también el derecho a la libertad personal (art. 7). También en su art. 25 establece el deber de los estados de garantizar a las personas la posibilidad de acudir a los tribunales a procurar el amparo contra aquellos actos “...que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales...”.

De manera simultánea fija la obligación para los Estados de “...Adoptar, con arreglo a sus disposiciones constitucionales y las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades” (art. 2), así como “respetar los derechos y libertades reconocidos y a garantizar su libre y pleno ejercicio” (art. 1).

21) Que por su parte, a través de los arts. 2.1 y 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos —ley 23.313, sancionada el 17/4/86, vigente por lo tanto en el derecho interno al momento de sanción de las leyes de marras— el Estado argentino asumió el aseguramiento y protección de las garantías judiciales referenciadas en los arts. 1.1 y 2 de la citada Convención.

22) Que asimismo también se hallaba vigente entonces la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes —ley 23.338, sancionada el 30/7/86—, que en su preámbulo menciona de manera expresa “...la obligación que incumbe a los estados en virtud de la Carta [de las Naciones Unidas], en particular del artículo 55, de promover el respeto universal y la observancia de los derechos humanos y las libertades fundamentales...”, y en su articulado impone a los estados el deber de perseguir esa clase de delitos e imponer penas adecuadas (4.2), y veda cualquier posibilidad de exculpar el hecho invocando “...una orden de un funcionario superior o de una autoridad pública...” (2.3).

23) Que como consecuencia de lo expuesto, resulta incontrovertido que al mismo momento de su sanción, en tanto las leyes 23.492 y 23.521 tenían por efecto liso y llano impedir las investigaciones tendientes a determinar la responsabilidad individual por la comisión de graves delitos cometidos durante la vigencia del gobierno de facto instaurado entre el 24 de marzo de 1976 y el 10 de diciembre de 1983, y su punición respecto de los autores, encubridores y cómplices, resultaban a todas luces violatorias de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes.

24) Que en abono de lo expuesto, cabe mencionar las opiniones vertidas por los órganos interpretativos de tales convenciones sobre derechos humanos, en particular en lo que atañe a temas tales como prescripción, amnistía y obediencia debida.

25) Que con relación a la opinión vertida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Barrios Altos” Serie C N° 75 (sentencia del 14 de marzo de 2001, Cap. VII “Incompatibilidad de leyes de amnistía con la Convención”, párrs. 41/45), cabe remitir a las ponderaciones expresadas en el considerando 14, para evitar repeticiones innecesarias.

Baste decir que, en dicho caso, el tribunal internacional no se limitó a decretar la inaplicabilidad de la ley de amnistía al caso concreto que se le sometía a conocimiento, sino su invalidez, abarcando además de las disposiciones sobre amnistía, aquellas referidas a “...prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad...” en tanto tenían por fin —como en el caso que ocupa decidir—, “...impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos, tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos...”.

26) Que en el Informe 28/92, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, al analizar las leyes 23.492 y 23.521, así como también el decreto de indulto 1002/89, concluyó en que todos ellos eran incompatibles con el art. 18 (Derecho de Justicia) de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y los arts. 1, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

27) Que por su parte, el Comité de Derechos Humanos —creado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos— con relación al “caso argentino”, expresó que las leyes de obediencia debida y de punto final, y el decreto de indulto presidencial de altos oficiales de las fuerzas armadas, resultan contrarios a los principios del Pacto, pues niegan a las víctimas de violaciones a los derechos humanos durante el período en que se instauró el último gobierno de facto, el acceso a un recurso efectivo, con la consecuente trasgresión de los arts. 2 y 9 del Pacto (Comité de Derechos Humanos, Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos: Argentina, 5/4/95, CCPR/C/79/Add. 46; A/50/40, párr. 144165).

Con posterioridad, dijo además que pese “...a las medidas positivas tomadas recientemente para reparar injusticias pasadas, incluida la abolición en 1998 de la ley de obediencia debida y la ley de punto final...las violaciones graves de los derechos civiles y políticos durante el gobierno militar deben ser perseguibles durante todo el tiempo ne-

cesario y con toda la retroactividad necesaria para lograr el enjuiciamiento de sus autores...” (Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Argentina, 3/11/2000 CCPR/CO/70/ ARG).

Por último, el pasado año, sostuvo que “...en los casos en que algún funcionario público o agente estatal haya cometido violaciones de los derechos reconocidos en el Pacto, los Estados no podrán eximir a los autores de responsabilidad jurídica personal, como ha ocurrido con ciertas amnistías y anteriores inmunidades. Además, ningún cargo oficial justifica que se exima de responsabilidad jurídica a las personas que se atribuya la autoría de estas violaciones. También deben eliminarse otros impedimentos al establecimiento de la responsabilidad penal, entre ellos la defensa basada en la obediencia a órdenes superiores o los plazos de prescripción excesivamente breves, en los casos en que sean aplicables tales prescripciones...” (Comité de Derechos humanos, Observación general n° 31, Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados parte en el Pacto, aprobada en la 2187° sesión, celebrada el 29 de marzo de 2004, págs. 17 y 18).

28) Que finalmente, en idéntico sentido el Comité contra la Tortura declaró que las llamadas “leyes de punto final” y de “obediencia debida” eran incompatibles con las obligaciones del Estado argentino respecto de la Convención (casos n° 1/1998, 2/1988 - O.R.H.M. y M.S. c/ Argentina).

29) Que por lo tanto, resulta palmario que las leyes 23.492 y 23.521, que apuntaban a procurar la impunidad de los hechos en ellas contemplados tenían vicios originarios por su grave infracción al derecho internacional de los derechos humanos.

Como consecuencia de ello, es que se sancionó la ley 25.779, a través de la cual se declaran “...insanablemente nulas...” las leyes de mención.

Del debate parlamentario de dicha norma se advierte que los legisladores han tenido principalmente en mira subsanar aquella infracción, y cumplir de manera debida las obligaciones asumidas a través de los tratados internacionales de derechos humanos, eliminando todo aquello que pudiera constituir un impedimento normativo para avanzar en la investigación y punición de hechos como aquellos que son materia de la presente causa, extremo que no había sido cubierto por la ley 24.952, cuyo art. 2 derogaba esas normas.

De allí que habrá de consagrarse la validez constitucional de la ley 25.779.

Mas ello, por sí solo, no resulta suficiente.

En efecto, la clara y terminante doctrina sentada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos tanto en el caso “Barrios Altos”, expuesta en los considerandos 14 y 25, torna imperativo que, con el fin de satisfacer el estándar allí establecido e impedir por tanto que pueda invocarse la ultractividad de la ley penal más benigna o, eventualmente, la cosa juzgada, esta Corte declare además que dichas normas carecen de cualquier efecto y que lo propio ocurre respecto de cualquier acto que, fundado en las mismas, pretendiera oponerse como impedimento al progreso de algún proceso judicial en trámite, o a su iniciación futura, en el ámbito de las respectivas competencias, respecto de hechos vinculados con crímenes de lesa humanidad ocurridos en el territorio nacional.

30) Que por otra parte, no puede soslayarse que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos habilita a que, frente a un crimen internacional de lesa huma-

nidad, si el Estado no quisiera o no pudiera cumplir con su obligación de sancionar a los responsables, resulte plenamente aplicable la jurisdicción universal para que cualquier Estado persiga, procese y sancione a quienes aparezcan como responsables de esos ilícitos, aun cuando los mismos hubieran sido cometidos fuera de su jurisdicción territorial o no guardaran relación con la nacionalidad del acusado o de las víctimas, en virtud de que tales hechos afectan a la humanidad entera y quebrantan el orden público de la comunidad mundial (Informe n° 133/99 caso 11.725 Carmelo Soria Espinoza, Chile, 19 de noviembre de 1999, párrs. 136 a 149 y punto 2 de las recomendaciones). Por lo cual, si no se ejerce la jurisdicción en función del principio territorial, entra a operar el principio universal y se pone en juego la soberanía de la República Argentina.

31) Que respecto del agravio vinculado con la supuesta lesión a la garantía de ley penal más benigna, *nullum crimen nulla poena sine lege*, así como la prohibición de aplicar la ley *ex post facto*, referenciados en el considerando 6°, párrafo tercero, esta Corte sostuvo en oportunidad de resolver la causa A.533.XXXVIII “Arancibia Clavel, Enrique Lautaro y otros s/ homicidio calificado y asociación ilícita —causa n° 259—”, sentencia del 24 de agosto de 2004, que “la desaparición forzada de personas constituye una violación múltiple y continuada de numerosos derechos reconocidos en la Convención [Interamericana sobre Desaparición Forzada de personas] y que los estados partes están obligados a respetar y garantizar”, sin perjuicio de la ley positiva del Estado que se trate, ya que aun cuando no existía al momento de los hechos —cabe recordar que se trataba de ilícitos acaecidos con anterioridad a aquellos que se pretendió amparar bajo las leyes en cuestión— “ningún texto convencional en vigencia, aplicable a los Estados Partes en la Convención, que emplee esta calificación, la doctrina y la práctica internacionales han calificado muchas veces las desapariciones como un delito contra la humanidad” (conf. Caso Velásquez Rodríguez, sentencia del 29 de julio de 1988 Serie C n° 4; luego reiterado en el caso Godínez Cruz, sentencia del 20 de enero de 1989, Serie C n° 5; y recientemente en el caso Blake, sentencia del 24 de enero de 1998, Serie C n° 36, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Asimismo, conf. Preámbulo de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas). Desde esta perspectiva, podría afirmarse que la ratificación en años recientes de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas por parte de nuestro país sólo ha significado, como ya se adelantara, la reafirmación por vía convencional del carácter de lesa humanidad postulado desde antes para esa práctica estatal, puesto que la evolución del derecho internacional a partir de la segunda guerra mundial permite afirmar que para la época de los hechos imputados el derecho internacional de los derechos humanos condenaba ya la desaparición forzada de personas como crimen de lesa humanidad. Esto obedece a “que la expresión desaparición forzada de personas no es más que un *nomen iuris* para la violación sistemática de una multiplicidad de derechos humanos, a cuya protección se había comprometido internacionalmente el Estado argentino desde el comienzo mismo del desarrollo de esos derechos en la comunidad internacional una vez finalizada la guerra (Carta de Naciones Unidas del 26 de junio de 1945, la Carta de Organización de los Estados Americanos del 30 de abril de 1948, y la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre del 2 de mayo de 1948)” (dictamen del señor

Procurador General en la causa M.960.XXXVII “Massera, Emilio Eduardo s/ incidente de excarcelación”, sentencia del 15 de abril de 2004, —considerando 13—).

También expresó este Tribunal que “...los delitos como el genocidio, la tortura, la desaparición forzada de personas, el homicidio y cualquier otro tipo de actos dirigidos a perseguir y exterminar opositores políticos..., pueden ser considerados crímenes contra la humanidad, porque atentan contra el derecho de gentes tal como lo prescribe el art. 118 de la Constitución Nacional...”, y que su carácter de “imprescriptibles” se deriva de la costumbre internacional que el Estado argentino había contribuido a formar en esa dirección —con antelación a la ocurrencia de los hechos amparados en las leyes en análisis, conforme se desprende del considerando 13 del citado fallo, parcialmente transcrito más arriba—, de modo que la Convención sobre Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad “...ha representado únicamente la cristalización de principios ya vigentes para nuestro Estado Nacional como parte de la Comunidad Internacional” (conf. considerandos 16, 31 y 32, del fallo dictado por esta Corte en la causa “Arancibia Clavel”).

32) Que en consecuencia, los hechos contemplados en las leyes 23.492 y 23.521 eran considerados crímenes contra la humanidad por el derecho internacional de los derechos humanos vinculante para la Argentina, con antelación a su comisión, de lo que se deriva como lógica consecuencia la inexorabilidad de su juzgamiento y su consiguiente imprescriptibilidad.

De tal modo, en manera alguna puede argumentarse que se trate de una aplicación retroactiva de la Convención al caso, puesto que la esencia que se recoge en el instrumento internacional era la regla según la costumbre internacional que se encontraba vigente desde la década de 1960, a la cual adhería el Estado argentino criterio que, por otra parte fue sostenido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al resolver el caso “Barrios Altos” (considerandos 33, 34 y 35).

Por ello, y lo concordemente dictaminado por el señor Procurador General de la Nación, se resuelve:

1.- Hacer lugar parcialmente a la queja y al recurso extraordinario según el alcance indicado en los considerandos; declarar la inconstitucionalidad de las leyes 23.492 y 23.521, y confirmar las resoluciones apeladas.

2.- Declarar la validez de la ley 25.779.

3.- Declarar, a todo evento, de ningún efecto las leyes 23.492 y 23.521 y cualquier acto fundado en ellas que pueda oponerse al avance de los procesos que se instruyan, o al juzgamiento y eventual condena de los responsables, u obstaculizar en forma alguna las investigaciones llevadas a cabo por los canales procedentes y en el ámbito de sus respectivas competencias, por crímenes de lesa humanidad cometidos en el territorio de la Nación Argentina.

4.- Imponer las costas al recurrente (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Agréguese la queja al principal. Notifíquese y devuélvase.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO.

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON RICARDO LUIS LORENZETTI

Considerando:

Que el infrascripto coincide con los considerandos 1° a 11 del voto del juez Petracchi.

12) Que es indudable la trascendencia institucional que tiene la presente causa para la Nación Argentina, no sólo por el carácter de los acontecimientos pasados que se juzgan, sino también por las sucesivas disposiciones legislativas y judiciales que sobre ellos han recaído, todo lo cual obliga a una extrema prudencia en el juicio.

La práctica constitucional, al igual que las catedrales medievales en cuya edificación intervenían varias generaciones, es una obra colectiva que se perfecciona a través de los años y con el aporte de varias generaciones (Nino, Carlos, “Fundamentos de Derecho Constitucional”, Buenos Aires, Astrea, 1992). Quienes tomaron decisiones, legislaron o dictaron sentencias en los últimos treinta años hicieron su valioso aporte en las situaciones que les tocaron vivir. Pero en la hora actual, es deber de esta Corte, tomar en cuenta el grado de maduración que la sociedad muestra sobre la concepción de la justicia, entendida como los principios morales que aceptarían personas libres, iguales, racionales y razonables que permitan una convivencia basada en la cooperación (Rawls, John, “Teoría de la justicia”, México, Fondo de Cultura Económica, 1971; del mismo autor “Justice as Fairness. A Restatement”, Ed Erin Kelly, Harvard, 2001; Barry, Brian, “Justice as impartiality”, Oxford, Clarendon Press, 1995) y que no son otros que los del estado de derecho. Nuestro deber en la hora actual es garantizar, de modo indubitable, la vigencia plena y efectiva del estado de derecho para quienes habitan esta Nación y para las generaciones futuras.

13) Que la resolución recurrida ha calificado a los delitos imputados dentro de la categoría de “crímenes contra la humanidad” consistentes en la privación ilegal de la libertad doblemente agravada por mediar violencia y amenazas y por haber durado más de un mes, reiterada en dos oportunidades en concurso real, las que, a su vez concurren materialmente con tormentos agravados por haber sido cometidos en perjuicio de perseguidos políticos, en dos oportunidades en concurso real entre sí.

La descripción jurídica de estos ilícitos contiene elementos comunes de los diversos tipos penales descriptos, y otros excepcionales que permiten calificarlos como “crímenes contra la humanidad” porque: 1 afectan a la persona como integrante de la “humanidad”, contrariando a la concepción humana más elemental y compartida por todos los países civilizados; 2 son cometidos por un agente estatal en ejecución de una acción gubernamental, o por un grupo con capacidad de ejercer un dominio y ejecución análogos al estatal sobre un territorio determinado.

El primer elemento pone de manifiesto que se agrede la vida y la dignidad de la persona, en cuanto a su pertenencia al género humano, afectando aquellos bienes que constituyen la base de la coexistencia social civilizada. Desde una dogmática jurídica más precisa, se puede decir que afectan derechos fundamentales de la persona, y que estos tienen esa característica porque son “fundantes” y “anteriores” al estado de derecho. Una sociedad civilizada es un acuerdo hipotético para superar el estado de agresión mutua (Hobbes, Thomas, “Leviatán. O la materia, forma y poder de una República, eclesiástica y civil”, México, Fondo de Cultura Económica, 1994), pero nadie aceptaría celebrar ese contrato si no existen garantías de respeto de la autonomía y dignidad de la persona pues “aunque los

hombres, al entrar en sociedad, renuncian a la igualdad, a la libertad y al poder ejecutivo que tenían en el estado de naturaleza, poniendo todo esto en manos de la sociedad misma para que el poder legislativo disponga de ello según lo requiera el bien de la sociedad, esa renuncia es hecha por cada uno con la exclusiva intención de preservarse a sí mismo y de preservar su libertad y su propiedad de una manera mejor, ya que no puede suponerse que criatura racional alguna cambie su situación con el deseo de ir a peor” (Locke, John, “Segundo Tratado sobre el Gobierno civil”, capítulo 9, Madrid, Alianza, 1990). Tales derechos fundamentales son humanos, antes que estatales. Por ello, los derechos fundamentales no pueden ser suprimidos por el Estado Nacional y si no son respetados, tienen tutela transnacional. Este aspecto vincula a esta figura con el derecho internacional humanitario, puesto que ningún estado de derecho puede asentarse aceptando la posibilidad de la violación de las reglas básicas de la convivencia y admitiendo comportamientos que tornan a las personas irreconocibles como tales.

El segundo aspecto requiere que la acción no provenga de otro individuo aislado, sino de la acción concertada de un grupo estatal o de similares características que se propone la represión ilícita de otro grupo, mediante la desaparición física de quienes lo integran o la aplicación de tormentos. No se juzga la diferencia de ideas, o las distintas ideologías, sino la extrema desnaturalización de los principios básicos que dan origen a la organización republicana de gobierno. No se juzga el abuso o el exceso en la persecución de un objetivo loable, ya que es ilícito tanto el propósito de hacer desaparecer a miles de personas que piensan diferente, como los medios utilizados que consisten en la aniquilación física, la tortura y el secuestro configurando un “Terrorismo de Estado” que ninguna sociedad civilizada puede admitir. No se juzga una decisión de la sociedad adoptada democráticamente, sino una planificación secreta y medios clandestinos que sólo se conocen muchos años después de su aplicación. No se trata de juzgar la capacidad del Estado de reprimir los delitos o de preservarse a sí mismo frente a quienes pretenden desestabilizar las instituciones, sino de censurar con todo vigor los casos en que grupos que detentan el poder estatal actúan de modo ilícito, fuera del ordenamiento jurídico o cobijando esos actos con una ley que sólo tiene la apariencia de tal. Por ello, es característico de esos delitos el involucrar una acción organizada desde el Estado o una entidad con capacidad similar, lo que comprende la posibilidad del dictado de normas jurídicas que aseguran o pretenden asegurar la impunidad.

En el caso, Julio Simón es acusado de delitos que contienen los elementos de calificación mencionados, ya que actuó en su condición de miembro de la Policía Federal Argentina y ejecutando un plan que incluía la persecución de personas por razones políticas. La existencia de estos hechos ha quedado plenamente acreditada, al menos al extremo necesario para fundar el auto de mérito que el recurrente impugna.

14) Que entiende esta Corte Suprema que esos hechos están bien calificados jurídicamente por lo antes dicho, y también para la etapa procesal en la que dicta la resolución de grado.

15) Que efectuada esta calificación del tipo, corresponde examinar los complejos problemas jurídicos que revelan las cuestiones planteadas en autos, relativas a la constitucionalidad de las leyes 23.492 y 23.521, denominadas respectivamente de “obediencia debida” y “punto final”, acerca de la ley 25.779 que declara la nulidad de ambas y la extensión del principio de legalidad.

Esta Corte entiende que debe darse una respuesta precisa a estas cuestiones, ya que el estado de derecho no puede estar basado en simples razones de excepción, ni prescindir de fundados principios jurídicos que confieran estabilidad a las decisiones y den seguridad jurídica a los ciudadanos.

16) Que la fuente del derecho a la que debe recurrirse para calificar a los mencionados delitos, es la Constitución Nacional (art. 31 Constitución Nacional) en tanto norma fundamental de reconocimiento del estado de derecho. Para estos fines, aquélla debe ser entendida como un sistema jurídico que está integrado por las reglas que componen su articulado y los tratados que “en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la Primera Parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos” (art. 75 inc. 22 Constitución Nacional).

17) Que para comprender el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico argentino no cabe reeditar discusiones doctrinarias acerca del dualismo o monismo. La idea de que existe un doble derecho integrado por las normas internacionales que deben ser adoptadas o incorporadas a nuestro derecho interno, o de que configuran normas constitucionales de segundo rango, no se compadece con la clara disposición de la Constitución Argentina ya citada en materia de derechos humanos. Esta Corte ha definido esta cuestión en precedentes que establecieron la operatividad de los tratados sobre derechos humanos, y el carácter de fuente de interpretación que tienen las opiniones dadas por los órganos del sistema interamericano de protección de derechos humanos en casos análogos (Fallos: 315:1492; 318:514). La incorporación de los tratados sobre derechos humanos especificados en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional es una decisión de los constituyentes, que los poderes constituidos no pueden discutir. La función de los jueces es claramente interpretativa, basada en un juicio de ponderación, con sustento en los principios de armonización, complementariedad, y pleno significado de todas las disposiciones.

18) Que estas fuentes revelan la existencia de un derecho humanitario constitucionalizado (art. 75 inc. 22 Constitución Nacional) que debe ser interpretado conforme al principio de legalidad (art. 18 Constitución Nacional), para proveer de la suficiente seguridad jurídica que reclama el estado de derecho.

La invocación de un derecho supra legal para desconocer límites de legalidad no permite aventar los riesgos que la experiencia histórica ha revelado, ya que hay numerosas versiones del derecho natural (Alfred Verdross, “La filosofía del derecho del mundo occidental”, México, Centro de Estudios Filosóficos, UNAM, 1962; Hans Welzel, “Introducción a la Filosofía del Derecho: Derecho Natural y Justicia Material”, Madrid, Aguilar, 1971). Sin entrar en mayores detalles que no vienen al caso, es claro que hay un derecho natural de raíz escolástica, otros de claro origen contractualista liberal y absolutista, pero también hubo derechos naturales —con ese u otro nombre— autoritarios y totalitarios. Es suficientemente conocido que la legislación penal del nacionalsocialismo apelaba a un pretendido derecho natural fundado en la sangre, la raza y el suelo (Édouard ConteCornelia Essner, “Culti di sangue, Antropología del nazismo”, Roma, Carocci Editore, 2000; Michael BurleighWolfgang Wippermann, “Lo Stato razziale”, Germania 19331945, Milano, Rizzoli, 1992; George L. Mosse, “La cultura nazi”, Barcelona, Grijalbo, 1973), o que el stalinismo se fundó en principios de la sociedad socialista (así: StuckaPasukanisVysinskijStrogovic,

“Teorie sovittiche del diritto”, Milano, Giuffrè, 1964). Sin embargo, la reacción alemana frente a las atrocidades del nazismo provocó un poderoso movimiento teórico de resurgimiento del jusnaturalismo, del que se hicieron eco varias sentencias emanadas del Tribunal Constitucional de dicho país. La apelación a un derecho supra legal se llevó a cabo especialmente por la vía de la “naturaleza de las cosas” (sobre ello, Alessandro Baratta, “La teoría della natura del fatto alla luce della ‘nuova retorica’”, Milano, Giuffrè, 1968; Luis Recaséns Siches, “Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y Lógica ‘razonable’”, México, UNAM, 1971; Ernesto Garzón Valdés, “Derecho y ‘naturaleza de las cosas’, Análisis de una nueva versión del derecho natural en el pensamiento jurídico alemán contemporáneo”, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 1970).

Cabe advertir que media una notoria diferencia entre el momento en que este debate tuvo lugar y el presente. En la posguerra no había constitución en Alemania; la Constitución de la República Federal se sancionó en 1949 y en ese momento las perspectivas de la Carta de Bonn no eran mejores que las de Weimar treinta años antes. En el plano universal sólo existía la Declaración Universal de Derechos Humanos, instrumento fundamental pero realmente débil en ese momento, pues la aceptación de su consideración como derecho imperativo (“*ius cogens*”) es muy posterior a los primeros años de la posguerra. Tampoco existía en Europa un sistema regional de Derechos Humanos; la Convención de Roma data de 1950 y su ratificación y puesta en funcionamiento para todo el continente fueron muy posteriores y graduales. En otras palabras, no se había positivizado suficientemente el derecho internacional de los derechos humanos y aún eran débiles las leyes nacionales.

La consagración de los derechos humanos se obtuvo primero en las constituciones nacionales y luego se globalizó, en una evolución que llevó siglos. Los padres liberales del derecho penal de los siglos XVIII y XIX necesitaron poner límites al poder estatal desde lo supra legal, pues carecían de constituciones. Por ello, Feuerbach consideraba que la filosofía era fuente del derecho penal y Carrara derivaba su sistema de la razón. La incorporación de derechos en las constituciones sirvió para positivizar en el plano nacional estas normas antes supra legales, pero luego las constituciones fallaron, los estados de derecho constitucionales se derrumbaron y tampoco tuvieron éxito los intentos internacionalistas de la Liga de las Naciones. Los totalitarismos de entreguerras barrieron con todos esos obstáculos y muchos años después, pasada la catástrofe y superadas etapas de congelamiento posteriores, los derechos humanos se internacionalizaron y globalizaron. En efecto, a partir de las declaraciones de derechos realizadas en las revoluciones estadounidense y francesa, y en los dos siglos posteriores, se producen los dos procesos que Treves llamó de “positivización” de los derechos y principios contenidos en ellas —al primero de ellos— y, luego de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948, de “internacionalización” de los mismos derechos positivizados (Renato Treves, “Diritti umani e sociología del diritto” en Renato Treves y Vincenzo Ferrari coords., “Sociología dei Diritti Umani”, Milano, Franco Angelo, 1989). Este último fenómeno de positivización de los derechos humanos en el derecho internacional, como reaseguro de sus positivizaciones nacionales, es lo que hizo perder buena parte del sentido práctico al clásico debate entre positivismo y jusnaturalismo, sin que, por supuesto, pierda importancia teórica y tampoco cancele sus consecuencias prácticas, porque nada garantiza que el proceso de positivización no se revierta en el futuro. Ello es consecuencia del ambiente cultural y político del cual nacen la Carta de la ONU de 1945, la Declaración Universal de 1948 y por lo tanto, como afirma Ferrajoli, el antifascismo es el

rasgo de la democracia contemporánea nacida de las ruinas de la segunda guerra mundial. Tras comprobar que las mayorías requieren de límites que están en las propias constituciones estatales, y que los mismos Estados requieren de límites supranacionales (Luigi Ferrajoli, “El Tribunal Penal Internacional: una decisión histórica para la cual nosotros también hemos trabajado” en Revista “Nueva Doctrina Penal”, Buenos Aires, del Puerto, tomo 2002/B) surge un nuevo enfoque basado en la Democracia Constitucional.

19) Que la afirmación de que la fuente normativa es el derecho internacional humanitario positivizado, permite seguir admitiendo una regla de reconocimiento de lo que es legal y de lo que no lo es (Herbert L. Hart, “The concept of law”, Oxford, Clarendon Press, 1961), lo que no impide dos aseveraciones complementarias.

El derecho es un sistema de reglas y de principios y estos últimos permiten una apertura hacia las consideraciones morales del derecho (Lon Fuller, “The morality of law”, New Haven, Yale University Press, 1969). Las proposiciones normativas exhiben una pretensión de verdad o corrección que las vincula con la visión ética del derecho, lo cual, en el campo de los derechos humanos, permite una conciliación de su tutela con la aplicación de los principios republicanos (Jürgen Habermas, “Derechos humanos y Soberanía popular. Concepción liberal y republicana”, en “Derechos y Libertades”, número 3, Madrid, Universidad Carlos III, 1994). Esta pretensión de fundamentabilidad ética de la legislación ha llevado a sostener que el legislador puede dictar una ley que revela una insostenible contradicción con la justicia, y que el ciudadano no debe obedecer (Robert Alexy, “La decisión del Tribunal Constitucional alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del muro de Berlín”, en Revista “Doxa”, Alicante, 1997).

El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica se ha resuelto otorgando prioridad al derecho positivo, el que tiene primacía aun cuando su contenido sea injusto y anti-funcional, salvo que la contradicción de la ley positiva con la justicia alcance una medida tan insostenible que la ley, en cuanto “derecho injusto” deba retroceder ante la justicia. Esta es la “fórmula Radbruch” (Gustav Radbruch, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht* (1946) traducción española bajo el título “Arbitrariedad legal y Derecho suprallegal”, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1962) que, si bien tiene un claro origen ius-naturalista, puede ser ajustada al canon hermenéutico de la previsibilidad por la vía del control ético y del principio lógico interno del derecho. En este sentido puede decirse que la ley debe ser interpretada conforme al estándar del ser humano maduro dotado de razonabilidad práctica (John Finnis, “Aquinas. Moral, Political and legal Theory”, Oxford, Oxford University Press, 1998, y “Natural law and natural rights”, Oxford, Clarendon Press, 1980).

Este criterio fue aplicado recientemente por el Tribunal Constitucional Federal de Alemania (Caso “Guardianes del muro” “Mauerschützen”, del 24 de octubre de 1996) en una decisión ratificada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Caso *Streletz, Kessler y Krenz v. Alemania*”, Estrasburgo, 22 de marzo de 2001), en la que ambos tribunales negaron legitimidad a la excusa que invocaron los guardianes del muro de Berlín para asesinar en cumplimiento de la ley. Se afirmó en dichos fallos que existían principios básicos de derechos humanos claramente reconocidos y reconocibles en el origen mismo de la acción, por lo que no puede invocarse la aplicación retroactiva de la ley ni violación alguna al principio de legalidad.

La segunda vertiente complementaria es la existencia del “Derecho de Gentes” reconocido tempranamente en el derecho argentino. El art. 118 de la Constitución Nacional recepta esta fuente y se ha reconocido la competencia de los jueces nacionales para juzgar conforme a derecho de gentes (art. 4 de la ley 27 y art. 21 de la ley 48). Ello implica admitir la existencia de un cuerpo de normas fundadas en decisiones de tribunales nacionales, tratados internacionales, derecho consuetudinario, opiniones de los juristas, que constituyen un orden común a las naciones civilizadas. Se trata de una antigua tradición valorada por los más antiguos e importantes juristas de la tradición anglosajona (William Blackstone, “Commentaries on the Laws of England”, 16th. edition, London, Cadell and Butterworth) e iberoamericana (Francisco Suárez, “De legibus”, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1967).

El derecho de gentes es claro en sus efectos, ya que se reconoce su carácter imperativo (“*ius cogens*”), pero su contenido es todavía impreciso en las condiciones actuales del progreso jurídico, por lo cual es necesario obrar con suma cautela y reconocerle el carácter de fuente complementaria a los fines de garantizar su aplicación sin que se lesione el principio de legalidad (art. 18 Constitución Nacional). Es necesaria la prudencia extrema en el campo de la tipificación de los delitos internacionales con base en el denominado derecho de gentes. No obstante, en lo que respecta a esta causa, la violación de derechos humanos y el genocidio están ampliamente reconocidos como integrantes del derecho de gentes.

20) Que definido con claridad el bloque de constitucionalidad en materia de delitos de lesa humanidad, corresponde examinar si las leyes denominadas “de obediencia debida” y “punto final”, invocadas por la defensa y descalificadas por los tribunales de grado, se ajustan o no al mandato de la Carta Magna.

21) Que la ponderación de las leyes cuestionadas con relación al bloque de constitucionalidad vigente a la época de su sanción, conduce a la afirmación de su inconstitucionalidad.

Las leyes 23.492 y 23.521 fueron sancionadas el 29 de diciembre de 1986 y el 4 de junio de 1987 respectivamente, es decir que ambas fueron posteriores a la ratificación argentina de la Convención Americana sobre Derechos Humanos realizada en el año 1984. En el caso resulta relevante especificar lo decidido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la causa “Barrios Altos” Serie C N° 75, (sentencia del 14 de marzo de 2001) que ha señalado que “son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y la sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”.

También resultan violatorias del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, lo que importa que no sólo desconocen las obligaciones internacionales asumidas en el ámbito regional americano sino incluso las de carácter mundial, por lo cual se impone restarle todo valor en cuanto a cualquier obstáculo que de éstas pudiera surgir para la investigación y alcance regular de los procesos por crímenes de lesa humanidad cometidos en territorio de la Nación Argentina.

22) Que siendo este argumento suficiente para su descalificación, corresponde examinar otros aspectos específicos, para dar satisfacción a los imputados en el ejercicio de su derecho de defensa.

23) Que desde las primeras versiones sobre lo que es el derecho se reconocía algo parecido al principio de la realidad. De esa forma se aceptaba que existían hechos que no pueden olvidarse. Ello regía, en las diferentes versiones de derecho natural o de derecho positivo, también sobre las facultades que tiene el propio soberano. Es así que desde que el adjetivo “*amnemon*” (olvidadizo) se sustantivó en la Atenas que deseaba pasar página tras la dictadura de los Treinta tiranos, dando lugar al primer “soberano acto de olvido” o “amnistía”, se reconocía que no todo hecho podía encuadrar en ese tipo de decreto. En la evolución mencionada se arriba a la “*communis opinio*” de que los delitos de lesa humanidad no deberían ser amnistiados. Tras la positivización e internacionalización de los derechos humanos, aquellos hechos (los delitos de lesa humanidad) que no “pueden” olvidarse, tampoco “deben” olvidarse. Esa afirmación integra el corpus de nuestra Constitución Nacional.

La ley 23.492 dispuso que “se extinguirá la acción penal respecto de toda persona por su presunta participación en cualquier grado, en los delitos del art. 10 de la ley 23.049, que no estuviere prófugo, o declarado en rebeldía, o que no haya sido ordenada su citación a prestar declaración indagatoria, por tribunal competente, antes de los sesenta días corridos a partir de la fecha de promulgación de la presente ley”. En este sentido la ley tiene una finalidad clara que, por sus efectos, puede ser encuadrada dentro de la noción de amnistía.

No es preciso que esta Corte juzgue las finalidades que motivaron al legislador de la época, ni es necesario determinar si el propósito de obtener la “paz social” fue logrado por ese medio. Lo cierto es que, dado el grado de madurez del derecho internacional humanitario obligatorio, juzgado en la actualidad, no es posible sostener válidamente su constitucionalidad y para ello es suficiente con la remisión ya efectuada a lo resuelto en el caso “Barrios Altos” por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El Honorable Congreso de la Nación tiene facultades para dictar leyes de amnistía (art. 75 inc. 20 Constitución Nacional). Pero una ley que clausura no sólo las penalidades sino la propia investigación y condena, priva de toda satisfacción moral a una comunidad aún profundamente dolida por los tremendos horrores sucedidos en esos años.

Nuestros constituyentes originarios quisieron terminar de una vez y para siempre con la tortura del opositor político, no sólo para transformar las conductas del presente que les tocó vivir, sino para que el futuro se basara en el debate de ideas y no en la supresión física del opositor. Lamentablemente no hemos cumplido ese deseo, pero lo incumpliríamos aún más si los delitos fueran objeto de amnistía, ya que no serían eliminados para siempre como manda el art. 18 de la Constitución Nacional.

Es necesario señalar, entonces, lo dicho sobre que aún las leyes de amnistía tienen un límite moral, y está dado por la imposibilidad de amnistiar delitos de lesa humanidad, conforme se ha dicho, porque si se pretende forzar a “olvidar” y a perdonar los agravios proferidos a los significados profundos de la concepción humana, si los delitos atroces quedan impunes, la sociedad no tiene un futuro promisorio porque sus bases morales estarán contaminadas.

24) La ley 23.521, al invadir esferas propias del poder judicial y al consagrar una exigente basada en la obediencia de órdenes reconocibles como ilegales es inconstitucional. La mencionada ley dispone (art. 1°) que “se presume, sin admitir prueba en contrario, que quienes a la fecha de comisión del hecho revistaban como oficiales jefes, oficiales subalternos, suboficiales y personal de tropa de las Fuerzas Armadas, de seguridad, policiales y penitenciarias, no son punibles por los delitos a que se refiere el art. 10, punto 1 de la ley 23.049 por haber obrado en virtud de obediencia debida. La misma presunción será aplicada a los oficiales superiores que no hubieran revistado como comandante en jefe, jefe de zona, jefe de subzona o jefe de fuerza de seguridad, policial o penitenciaria si no se resuelve judicialmente, antes de los treinta días de promulgación de esta ley, que tuvieron capacidad decisoria o participaron en la elaboración de órdenes”.

Esta ley presenta varias objeciones constitucionales relevantes.

En primer lugar, impone a los jueces una determinada interpretación de los hechos sometidos a su conocimiento en una causa o controversia (opinión del ministro Bacqué en su disidencia en Fallos: 310:1162). El Honorable Congreso de la Nación tiene facultades para establecer presunciones generales, pero en la norma que se analiza se observa que se dirige a un grupo de casos específicamente delimitados subjetiva y objetivamente, con la clara intención de sustraerlos al juzgamiento por parte del Poder Judicial de la Nación, lo cual afecta la división de poderes.

En segundo lugar, consagra una exigente respecto de quienes han obrado en cumplimiento de órdenes claramente reconocibles como ilícitas, lo que es contrario a principios de una larga tradición jurídica que hoy tiene rango constitucional.

Ya en el derecho romano se limitó la obediencia debida a los hechos que carezcan de la atrocidad del delito grave (“*quae non habent atrocitatem facinoris*”) (Digesto, L.43, Libro 24, Título III), regla que fue mantenida en el medioevo a través de los glosadores y postglosadores (Baldo, Bártolo) y en el derecho de inspiración cristiana que siempre consideró que no se podían justificar las conductas que se amparaban en órdenes contrarias a la ley divina.

Esta tradición jurídica no fue ignorada por los fundadores de la patria al declarar que “quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes” (art. 18 Constitución Nacional).

Existe entonces una regla de comportamiento ético constitucionalizada que es una frontera que debe ser respetada tanto por quienes reciben este tipo de órdenes como para el legislador que pretenda legitimarlas.

25) Que corresponde fijar con precisión los efectos de la declaración de inconstitucionalidad. Las leyes mencionadas deben ser descalificadas por su inconstitucionalidad y además deben removerse los obstáculos para cumplir con las obligaciones internacionales del Estado Nacional en esta materia. En efecto: la clara jurisprudencia de “Barrios Altos” ya citada, exige que ningún efecto de esas leyes pueda ser operativo como obstáculo a los procesos regulares que se llevan o deban llevarse a cabo respecto de las personas involucradas en los crímenes de lesa humanidad cometidos en el período comprendido por ellas.

26) Que cabe examinar la ley 25.779 sancionada por el Honorable Congreso de la Nación en cuanto declara *insanablemente nulas* las leyes 23.492 y 23.521.

27) Que la sanción de la ley mencionada es una clara demostración de los esfuerzos de la Nación Argentina para cumplir con las normas internacionales a las que se había obligado. Es sin duda loable el propósito del Congreso de la Nación en este aspecto, así como lo es también el esfuerzo argumentativo realizado por los legisladores en la fundamentación de la ley en una abrumadora coincidencia de opiniones. En este sentido, se dijo que nada hay que impida al Congreso revisar sus propios actos (según palabras del señor diputado Díaz Bancalari en su debate parlamentario) y se invocó la necesidad de cumplir los criterios internacionales en la materia que surgen de la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad aprobada por el Congreso (conforme lo expresado por los señores senadores Terragno y Perceval), con la finalidad de ejercer un control general y preventivo respecto de la inconstitucionalidad de las normas (señora diputada Carrió), existiendo una clara coincidencia en que es competencia del Poder Judicial la declaración de inconstitucionalidad en un caso concreto. En definitiva, se ha cumplido con la obligación que tiene el Estado de introducir en el derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas.

Corresponde señalar que el Honorable Congreso de la Nación ha expresado un consenso sobre la necesidad de desmontar los efectos de las leyes referidas que es de un valor indudable para esta Corte Suprema, que no debe ignorar el estado de conciencia mayoritario de la comunidad en un tiempo determinado. También es necesario poner de relieve la prudencia de la norma al emplear un lenguaje declarativo pero no directamente anulatorio.

Establecidos estos efectos jurídicos declarativos de la ley 25.779, corresponde delimitar con precisión otros aspectos.

28) Que el meritorio efecto declarativo que se le reconoce a la ley 25.779 debe ser interpretado armónicamente con los límites que la Constitución Nacional y el derecho infraconstitucional establecen para el específico efecto de nulidad.

Por ello, el primer y básico cuestionamiento se refiere a la competencia del Honorable Congreso de la Nación. Se ha señalado que el parlamento inglés tenía amplias facultades fundadas en la necesidad de luchar contra la monarquía, y podía hacer de todo, menos cambiar el orden de la naturaleza” (Lord Holt, citado en O. M. Wilson, “Digesto de la Ley Parlamentaria”, traducido del inglés con autorización del Senado y encargado de la Comisión de Revisión de Reglamento por A. Belin, Buenos Aires, 1877, p. 195; Manuel Rivacoba y Rivacoba, “Incongruencia e inconstitucionalidad de la llamada ley argentina de obediencia debida”, en Revista “Doctrina Penal”, volumen 10, Buenos Aires, Depalma, 1987). Esta configuración cambió con el tiempo y especialmente en el sistema adoptado en nuestro país, basado en la separación de poderes, con límites que no puede exceder, sin riesgo de que sus leyes no se apliquen por decisión de los jueces, que devienen controladores de estos límites. Este es el sentido del control difuso de constitucionalidad de origen norteamericano que inspira a nuestra Constitución Nacional. El Poder Legislativo no puede ejercer la jurisdicción, más que en los casos y condiciones que la Constitución establezca y con los alcances y efectos previstos en ésta. Esta limitación es reconocida por el propio Congreso Nacional en el debate legislativo de la ley 25.779. Ninguno de los argumentos sostenidos para defender en el caso esta potestad del Congreso ha pretendido que éste se encuentra habilitado para anular cualquier ley y menos cualquier ley penal en cualquier circunstancia. Por el contrario, todos los argumentos

a favor de la constitucionalidad de la ley 25.779 han discurrido sobre la base de que se trata de una circunstancia extremadamente excepcional.

El Congreso Nacional puede ejercer un control preventivo de constitucionalidad en oportunidad de debatir un proyecto de ley. Una vez sancionada la norma, si detecta una inconstitucionalidad o ella ha sido declarada por un juez, puede ejercer un control reparador derogándola con efectos para el futuro. Pero es necesario establecer con toda precisión que, de acuerdo con nuestra Constitución, la única vía para privar retroactivamente de efectos a una ley es, de modo excluyente, la declaración de su inconstitucionalidad en un caso por parte de un tribunal de justicia.

El segundo argumento es la situación excepcional. La tesis que invoca un estado de necesidad de los poderes nacionales en el momento de sancionar las leyes que se quieren anular, aunque pueda ser entendido en la situación dada, no puede ser admitido como un criterio general válido para justificar la nulidad de las leyes. En el momento de la sanción de las leyes había una situación delicada invocada por el legislador, cuya valoración no corresponde a esta Corte Suprema. Pero si se permitiera que el Congreso estableciera nulidades invocando el estado de necesidad o la coacción, se introduciría una inseguridad jurídica formidable, ya que serían numerosas e imprecisas las situaciones en las que se podría invocar presiones y necesidades, propias de la actividad legisferante.

El tercero, es la aplicación extensiva del art. 29 de la Constitución Nacional. Sin embargo, de la letra de este artículo surge claramente que esas leyes configuran una hipótesis no contemplada en su texto. Por ende, no se trataría de una interpretación extensiva del art. 29, sino de una integración analógica de ese texto, la cual puede ser violatoria del art. 18 de la misma Constitución y de las disposiciones concernientes a la legalidad de los tratados internacionales incorporados a la Constitución.

El cuarto, es el derecho natural, el que no es necesario invocar, por las razones ya apuntadas en considerandos anteriores, ya que el derecho internacional de los derechos humanos, que forma un plexo único con el derecho nacional, confirmado por el inc. 22 del art. 75 de la Constitución Nacional, hace ineficaces las leyes que la ley 25.779 declara nulas.

El quinto argumento es la coherencia del ordenamiento jurídico, lo cual, *per se*, no habilita tampoco al Congreso Nacional a anular una ley penal. El legislador puede incurrir en contradicciones y de hecho lo hace, pero es tarea de los jueces reducir las contradicciones porque lo que no puede ser contradictorio es la interpretación del derecho, y ésta, como es sabido, incumbe a los jueces. Por ende, si se tratase sólo de anular una ley en razón de su contradicción con otras leyes, no sería tarea que incumbiese al Poder Legislativo, sino al Judicial.

29) Que efectuadas las precisiones del considerando anterior, que llevan a sostener el carácter declarativo de la ley 25.779 y la imposibilidad de concederle un efecto nulificante, es deber de esta Corte agotar las posibles interpretaciones de la ley 25.779 antes de concluir en su inconstitucionalidad. Sabido es que la inconstitucionalidad es un remedio extremo, que sólo puede operar cuando no resta posibilidad interpretativa alguna de compatibilizar la ley con la Constitución Nacional, conforme a un elemental principio de economía hermenéutica y prudencia que debe regir las decisiones judiciales.

Para estos fines corresponde distinguir entre “norma” y “enunciado normativo”, y afirmar que toda ley es un “enunciado normativo” que nos permite deducir la “norma” (Robert

Alexy, “Teoría de los Derechos Fundamentales”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, páginas 50 y siguientes). Así, el art. 79 del Código Penal es un enunciado normativo, pero la norma es el “no matarás”. El art. 1° de la ley 25.779 también es un enunciado normativo, en tanto que la norma es “prohibido reconocerle cualquier eficacia a las leyes 23.492 y 23.521”.

La norma ya estaba en el derecho vigente sobre la base del bloque de constitucionalidad descrito en los considerandos precedentes.

El Congreso debía remover los obstáculos para que la norma fuera aplicable, cumpliendo con las convenciones internacionales a las que había dado vigor. Tal como se ha señalado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la causa citada en el considerando 21 del presente voto consideró que “las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni pueden tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en Perú”. Esta jurisprudencia es —sin duda— aplicable al caso de las leyes que anula la ley 25.779 y, conforme a ella, es claro que la eficacia de éstas últimas sería considerada un incumplimiento internacional susceptible de ser sancionado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El Congreso de la Nación se encontraba ante una norma que integraba el ordenamiento jurídico y que debía dejar sin efecto para remover los obstáculos que impedían su aplicación, y concurrió un hecho nuevo.

Este hecho posterior es la operatividad real del principio universal.

Sabido es que comenzaron a promoverse acciones de persecución penal por los hechos que se investigan en esta causa ante varios tribunales de otros países, porque en la República existían impedimentos legales que no eran removidos. Cualquiera sea la opinión que se tenga acerca del funcionamiento concreto del principio universal, sobre la autoridad moral de los estados que lo invocan, sobre la coherencia o incoherencia de su invocación, lo cierto es que la comunidad internacional lo está aplicando por delitos cometidos en nuestro territorio, en razón de que la República no ha ejercido la jurisdicción, o sea, no ha ejercido su soberanía.

Hoy las normas que obligan a la República en función del ejercicio que hizo de su soberanía, le imponen que ejerza la jurisdicción, claro atributo de la propia soberanía, so pena de que ésta sea ejercida por cualquier competencia del planeta.

Es claro que la jurisdicción es un atributo de la soberanía y que ésta, en nuestro sistema, emana del pueblo. En consecuencia, el principio universal deviene operativo cuando un Estado no ha ejercido su soberanía y, por ello, los restantes estados de la comunidad internacional quedan habilitados para hacerlo. Un Estado que no ejerce la jurisdicción en estos delitos queda en falta frente a toda la comunidad internacional.

La dignidad de la República en la comunidad internacional, exige que ésta reafirme plenamente su voluntad de ejercer su jurisdicción y su soberanía.

Este es el fundamento por el cual el Congreso Nacional, más allá del *nomen juris*, mediante la ley 25.779 quita todo efecto a las leyes cuya constitucionalidad se discute

en estas actuaciones. Si la ley 25.779 no se hubiese sancionado, sin duda que serían los jueces de la Nación y esta Corte Suprema quienes hubiesen debido cancelar todos los efectos de las leyes 23.492 y 23.521. La sanción de la ley 25.779 elimina toda duda al respecto y permite la unidad de criterio en todo el territorio y en todas las competencias, resolviendo las dificultades que podría generar la diferencia de criterios en el sistema de control difuso de constitucionalidad que nos rige. Además brinda al Poder Judicial la seguridad de que un acto de tanta trascendencia, resulte del funcionamiento armónico de los tres poderes del Estado y no dependa únicamente de la decisión judicial. En tal sentido, el Congreso de la Nación no ha excedido el marco de sus atribuciones legislativas, como lo hubiese hecho si indiscriminadamente se atribuye la potestad de anular sus propias leyes, sino que se ha limitado a sancionar una ley cuyos efectos se imponen por mandato internacional y que pone en juego la esencia misma de la Constitución Nacional y la dignidad de la Nación Argentina.

30) Que es necesario responder a las objeciones basadas en el principio de legalidad reconocido en la Constitución Nacional.

En este sentido, el bloque de constitucionalidad debe ser interpretado de manera armónica como se dijo en los considerandos anteriores. No es admisible que para no violar las convenciones incorporadas a la Constitución Nacional se desconozcan garantías penales y procesales que la propia Ley Fundamental establece. Más aún, el propio derecho internacional se opone a esta priorización de normas, al prohibir las interpretaciones de mala fe de las convenciones y al establecer las llamadas cláusulas “*pro homine*”, lo que está claramente expresado en el art. 75 inc. 22 de la Constitución al establecer el principio no derogatorio.

La ilicitud de las conductas existía con anterioridad a los hechos y estaba claramente descripta en el Código Penal Argentino, en el art. 18 de la Constitución Nacional que prohibía las torturas, en el principio moral descripto en considerandos anteriores y en el derecho de gentes.

Sobre este punto no hay dudas en nuestro sistema ni en el derecho comparado. Al respecto, conviene recordar nuevamente al Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el ya mencionado caso “*Streletz, Kessler, y Krenz vs. Alemania*”, en el cual los imputados invocaron que, en vista de la real situación en la RDA sus condenas por los tribunales alemanes no habían sido previsibles y que habría sido absolutamente imposible para ellos prever que algún día serían conducidos ante un tribunal penal a causa del cambio de circunstancias. El Tribunal sostuvo que esa argumentación no lo convencía, ya que “la amplia separación existente entre la legislación de la República Democrática Alemana (RDA) y su práctica fue en gran parte la obra de los propios peticionantes. A causa de las muy importantes posiciones que ellos ocupaban en el aparato estatal, evidentemente no podían haber sido ignorantes de la Constitución y la legislación de la RDA, o de sus obligaciones internacionales y de las críticas que internacionalmente se habían hecho de su régimen de policía de frontera. Además, ellos mismos habían implementado o mantenido tal régimen, colocando por sobre las previsiones legales publicadas en el boletín oficial de la RDA órdenes secretas e instrucciones de servicio sobre la consolidación y perfeccionamiento de las instalaciones de protección de la frontera y el uso de armas de fuego. En la orden de disparar dada a los guardias fronterizos ellos habían insistido en la necesidad de proteger las fronteras de la RDA “a cualquier precio” y de “arrasar a los violadores de frontera” o “aniquilarlos”. Por lo

tanto los peticionantes fueron directamente responsables por la situación que existía en la frontera entre los dos estados alemanes desde comienzos de los 60 hasta la caída del Muro de Berlín en 1989. Agrega que “una práctica estatal como la política de policía de frontera de la RDA, que flagrantemente viola los derechos humanos y sobre todo el derecho a la vida, que es el valor supremo en la jerarquía internacional de los derechos humanos, no puede estar cubierta por la protección del art. 7 de la Convención. Dicha práctica, que vació de contenido a la legislación sobre la cual se suponía que estaba basada, y que fue impuesta a todos los órganos de la RDA, incluyendo sus tribunales, no puede ser descripta como “derecho” en el sentido del art. 7 de la Convención”.

En conclusión, no hay una violación del principio “*nulla poena sine lege*”, en la medida en que los crímenes de lesa humanidad siempre estuvieron en el ordenamiento y fueron reconocibles para una persona que obrara honestamente conforme a los principios del estado de derecho.

31) Que con referencia a las leyes 23.492 y 23.521, no vale argumentar sobre la base de que la Convención Americana no estaba vigente al momento de los crímenes a cuyo juzgamiento obstan dichos textos. Cualquiera sea el *nomen juris* y la verdadera naturaleza jurídica de estas leyes, lo cierto es que el principio de legalidad penal es amplio, pero no ampara la eventual posibilidad de que el agente de un delito sea amnistiado o beneficiado con cualquier otra cancelación de tipicidad o impedimento de procedibilidad en alguna ley sancionada en el futuro. Lo cierto es que la Convención Americana fue ratificada en 1984 y en el mismo año se reconoció la competencia plena de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es decir, que la sanción de esas leyes es claramente posterior a la ratificación de la Convención y, por ende, cualquiera sea el juicio que éstas merezcan, de conformidad con el criterio jurisprudencial mencionado, son actos prohibidos por la Convención. El ilícito internacional —del que sólo puede ser responsable el Estado Argentino— lo constituyen las leyes sancionadas con posterioridad a esa ratificación.

32) Que también cabe rechazar el argumento sobre la imprescriptibilidad, ya que ésta es una de las características de los delitos de lesa humanidad.

Tal como lo señala el señor Procurador General, el derecho internacional impone la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, consagrada primeramente por el derecho internacional consuetudinario y codificada en convenciones con posterioridad, conforme al criterio sostenido en la causa “Arancibia Clavel” ya decidido por esta Corte Suprema (A.533.XXXVIII., sentencia del 24 de agosto de 2004). Al respecto cabe citar la Convención Internacional sobre Imprescriptibilidad de Delitos de Lesa Humanidad (art. 1º), la Convención Americana sobre Desaparición de Personas (art. 9º) así como la interpretación de tribunales internacionales. En el mismo sentido cabe referir de nuevo, por su influencia en el derecho argentino, lo decidido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *in re* “Barrios Altos” que, con relación al tema ha dicho que “son inadmisibles... las disposiciones de prescripción...que pretendan impedir la investigación y la sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”.

El principio de legalidad está cumplido en este aspecto.

Por ello, y lo concordemente dictaminado por el señor Procurador General de la Nación, se resuelve:

1.- Hacer lugar parcialmente a la queja y al recurso extraordinario según el alcance indicado en los considerandos; declarar la inconstitucionalidad de las leyes 23.492 y 23.521, y confirmar las resoluciones apeladas.

2.- Declarar la validez de la ley 25.779.

3.- Declarar, a todo evento, de ningún efecto las leyes 23.492 y 23.521 y cualquier acto fundado en ellas que pueda oponerse al avance de los procesos que se instruyan, o al juzgamiento y eventual condena de los responsables, u obstaculizar en forma alguna las investigaciones llevadas a cabo por los canales procedentes y en el ámbito de sus respectivas competencias, por crímenes de lesa humanidad cometidos en el territorio de la Nación Argentina.

4.- Imponer las costas al recurrente (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Agréguese la queja al principal. Notifíquese y devuélvase.

RICARDO LUIS LORENZETTI.

VOTO DE LA SEÑORA MINISTRA DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

Que la infrascripta coincide con los considerandos 1° a 6° del voto del juez Petracchi.

7°) Que, en primer término, corresponde señalar que el recurso extraordinario es inadmisible en cuanto al agravio fundado en la falta de legitimación de Horacio Verbitsky (presidente del Centro de Estudio Legales y Sociales) para ejercer el rol de querellante en el proceso que aquí se trata, pues esta Corte tiene establecido que la decisión que rechaza la excepción de falta de acción y acepta el rol de parte querellante no constituye sentencia definitiva. Por otra parte, en el caso la parte recurrente no ha demostrado que se verifique una situación que autorice a equiparar esta resolución a una sentencia definitiva, es decir, que aún sin tratarse del pronunciamiento final al que se refiere el artículo 14 de la ley 48, impida la continuación del proceso o resuelve un punto constitucional sin posibilidad de revisarlo en una etapa posterior.

8°) En relación con el segundo de los agravios mencionados, la resolución dictada por la Cámara de Apelaciones ha sido contraria a la validez de las leyes federales 23.492 y 23.521 (artículo 14.1 de la ley 48) y también al derecho que la defensa fundó en dichas leyes, a saber el derecho de las personas imputadas en la causa a no ser sometidas a proceso por los hechos investigados (artículo 14.3 de la ley 48). Por otra parte, el punto constitucional en cuestión no podrá ser revisado en la sentencia definitiva, pues el derecho a no ser sometido a proceso se extinguiría, precisamente, con el dictado de dicha sentencia que convertiría a los procesados en personas condenadas o absueltas.

Es definitivo el pronunciamiento también en el sentido de que las cuestiones federales no pueden ser revisadas por ningún otro tribunal, pues el auto de procesamiento no es de aquellas resoluciones contra las cuales puede interponerse el recurso de casación (artículos

457, 458 y 459 del Código Procesal Penal de la Nación). Con el alcance indicado, el recurso extraordinario interpuesto resulta admisible.

9º) El punto que debe tratar esta Corte es, entonces, si en las leyes 23.492, 23.521 o en las normas sobre prescripción de la acción contenidas en el Código Penal puede apoyarse el derecho subjetivo a no ser sometido a proceso por los hechos objeto de esta causa o si, como lo ha resuelto la Cámara de Apelaciones, existe un obstáculo constitucional para el reconocimiento de ese derecho.

10) La resolución recurrida ha clasificado los delitos imputados en la categoría de crímenes contra la humanidad, consistentes en privación ilegal de la libertad doblemente agravada por mediar violencia y amenazas y por haber durado más de un mes, reiterada en dos oportunidades en concurso real, las que, a su vez, concurren materialmente con tormentos agravados por haber sido cometidos en perjuicio de perseguidos políticos, en dos oportunidades en concurso real entre sí (artículo 118 C.N.; 55, 144 bis, inc. 1º y último párrafo —ley 14.616— en función del art. 142, incs. 1º y 5º —ley 21.338— 144 ter, párrafos primero y segundo —ley 14.616— todos del Código Penal).

El debate sobre el acierto de la clasificación como delitos de lesa humanidad, así como la discusión sobre la prueba de los hechos y la aplicación de la ley penal interna, no está cerrada y puede reproducirse y desarrollarse con total amplitud en ocasión del juicio oral que culminará con el dictado de la sentencia definitiva. El tribunal de juicio, y los que intervengan por recurso contra la sentencia definitiva, no se verán en absoluto limitados por lo que haya resuelto la Cámara de Apelaciones en la resolución confirmatoria del auto de procesamiento, que es ahora materia de recurso extraordinario.

Por tal razón, lo único que cabe examinar a esta altura del proceso por la Corte Suprema son los argumentos esgrimidos por los recurrentes contra uno de los efectos de esa clasificación, a saber: el deber del Estado de establecer judicialmente quiénes han sido sus responsables como opuesto al derecho invocado por la defensa.

Sin perjuicio de ello, cabe señalar que la clasificación de los hechos como crímenes contra la humanidad resulta, por lo que diré, en principio plausible. Si se tiene en cuenta que esta categoría de crímenes internacionales se refiere a diversas conductas que también son consideradas delictivas en el derecho interno de los países, se hace necesario determinar cuál es el rasgo que autoriza la inclusión de un acto no sólo en esta última, sino también en la primera. Considero que el criterio más ajustado al desarrollo y estado actual del derecho internacional es el que caracteriza a un delito como de lesa humanidad cuando las acciones correspondientes han sido cometidas por un agente estatal en ejecución de una acción o programa gubernamental. La única posibilidad de extender la imputación de delitos de lesa humanidad a personas que no son agentes estatales es que ellas pertenezcan a un grupo que ejerce el dominio sobre un cierto territorio con poder suficiente para aplicar un programa, análogo al gubernamental, que supone la ejecución de las acciones criminales (Bassiouni, Cherif M., *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, Kluwer Law International, La Haya, 1999, Capítulo 6, especialmente pp. 243/246 y 275). La descripción de la conducta que se imputa al procesado Julio Simón incluye las circunstancias de haber actuado en su condición de miembro de la Policía Federal Argentina y en el marco de un plan sistemático orientado a la persecución de personas por razones políticas

(Punto IV de la resolución confirmatoria del auto de procesamiento y Punto IX de la resolución denegatoria de la excepción de falta de acción).

11) Las razones que ha dado la defensa para fundar su derecho contra el sometimiento a proceso son dos: a) la prescripción de la acción penal y b) la operatividad de las leyes de “obediencia debida” y “punto final”. Creo que ambas oposiciones a la continuación de los procedimientos deben ser rechazadas.

12) El argumento de la defensa puede ser entendido de dos maneras: o bien que la calificación de los hechos como delitos de lesa humanidad es inadecuada y, por eso, deben aceptarse las defensas de prescripción y amnistía, o bien que, aún si fuese procedente dicha calificación, igualmente correspondería hacer lugar a las defensas de prescripción y amnistía.

13) La primera versión del argumento, como dejé establecido en el considerando décimo, no puede ser revisada por la Corte Suprema en esta etapa inicial del proceso, pues el encuadre de los hechos como de lesa humanidad no ha sido resuelto de manera definitiva sino provisional por la Cámara de Apelaciones. Por otra parte, no hay manera alguna de investigar penalmente la posible comisión de delitos de lesa humanidad si, en las resoluciones judiciales que sirven de base a los procedimientos, no se califican las conductas imputadas bajo alguna de las formas que estos crímenes pueden asumir. El acierto de la clasificación de los hechos como crímenes contra la humanidad y, en su caso, en cuál de sus formas, es un aspecto del caso que ha de ser materia de decisión en la sentencia definitiva, por lo que invocar ahora la improcedencia de tal clasificación para impedir la llegada del proceso a juicio monta tanto como pedir que se resuelva sin juicio aquello que supone su realización.

Por tal razón, el punto será examinado por esta Corte en caso de que le sea planteado, a través del recurso establecido en el artículo 14 de la ley 48, contra el pronunciamiento final.

14) La segunda versión del argumento supone que la acción penal para perseguir judicialmente un delito de lesa humanidad, de acuerdo con el derecho internacional, puede extinguirse por prescripción o amnistía.

La respuesta es que los instrumentos internacionales que establecen esta categoría de delitos, así como el consiguiente deber para los Estados de individualizar y enjuiciar a los responsables, no contemplan, y por ende no admiten, que esta obligación cese por el transcurso del tiempo, amnistías o cualquier otro tipo de medidas que disuelvan la posibilidad del reproche. Por el contrario, los instrumentos internacionales que alguna mención hacen del tema establecen precisamente el criterio opuesto: Convención Internacional Sobre Imprescriptibilidad de Delitos de Lesa Humanidad, artículo I; Convención Americana sobre Desaparición Forzada de Personas, artículo 7°; Estatuto de la Corte Penal Internacional, artículo 29.

A tales cláusulas cabe agregar la cita de los artículos 1, 2, 8 y 25 de la Convención Americana, conforme la interpretación que de ellos hizo la Corte Interamericana en el caso “Barrios Altos”, Serie C N° 75, sentencia del 14 de marzo de 2001. En el párrafo 41 de dicho pronunciamiento, ese tribunal expresa:

“Esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales

como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”.

Más adelante, en el párrafo 43, confronta estas consideraciones con las cláusulas de la Convención Americana:

“La Corte estima necesario enfatizar que, a la luz de las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, los Estados Partes tienen el deber de tomar las providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz, en los términos de los artículos 8 y 25 de la Convención. Es por ello que los Estados Partes en la Convención que adopten leyes que tengan este efecto, como lo son las leyes de autoamnistía, incurrir en una violación de los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la Convención. Las leyes de la autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de la violación a derechos humanos ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente” [Énfasis añadido].

Por lo tanto, si los jueces, en la etapa inicial en que se encuentra el proceso, hubiesen calificado los hechos como crímenes contra la humanidad y acto seguido declarado extinguida la acción por prescripción o amnistía, hubiesen incurrido en una contradicción manifiesta con las propias bases de su pronunciamiento y, consiguientemente, en una palmaria violación del derecho penal internacional.

Esto implica que, cuando se trata de procesos penales por delitos de lesa humanidad, las personas imputadas no pueden oponerse a la investigación de la verdad y al juzgamiento de los responsables a través de excepciones perentorias, salvo cuando el juicio sea de imposible realización (muerte del acusado), o ya se haya dictado una sentencia de absolución o condena (cosa juzgada).

15) De la combinación de las respuestas a los argumentos, tratadas en los dos considerandos precedentes, resulta que las defensas de prescripción y amnistía no pueden admitirse, salvo que, previamente, se consiga refutar la clasificación de los hechos como crímenes contra la humanidad. Por otra parte, esta refutación sólo podrá ser considerada por esta Corte al revisar un pronunciamiento que no admita la revisión posterior del punto, es decir, en la sentencia definitiva (Sobre el criterio correcto para equiparar un auto de prisión preventiva a una sentencia definitiva, ver el argumento de Fallos: 290:393 y 300:642).

En otras palabras, los recurrentes no cuentan con un derecho constitucional a cancelar la continuación del proceso por prescripción o amnistía y, en la medida que las leyes 23.492 y 23.521 pueden reconocerlo, son inconstitucionales.

16) Sin perjuicio de que lo antes expuesto es suficiente para rechazar el recurso extraordinario, la gravedad de las consecuencias que derivan de esta decisión hace necesario considerar si, como lo postula la recurrente, la resolución que propongo implica la violación del principio de legalidad, en alguna de sus manifestaciones.

En primer lugar, el principio de legalidad en cuanto protege la competencia del Congreso para legislar en materia penal, se ha visto cumplido con la doble intervención del

poder legislativo, tanto al ratificar la Convención sobre Imprescriptibilidad (ley 24.584), cuanto al conferirle “jerarquía constitucional” (ley 25.778).

En otro sentido, el principio de legalidad busca preservar de diversos males que podrían afectar la libertad de los ciudadanos, en particular los siguientes: la aplicación de penas sin culpabilidad, la frustración de la confianza en las normas (seguridad jurídica) y la manipulación de las leyes para perseguir a ciertas personas (imparcialidad del derecho). La modificación de las reglas sobre prescripción de manera retroactiva, que supone la aplicación de la Convención sobre Imprescriptibilidad de 1968, no altera el principio de legalidad bajo ninguna de estas lecturas.

No se viola el principio de culpabilidad, en la medida que las normas legales sobre prescripción no forman parte de la regla de derecho en que se apoya el reproche penal, es decir, su modificación no implica cambio alguno en el marco de ilicitud que el autor pudo tener en cuenta al momento de realizar las conductas que se investigan. En otros términos, no se condena por acciones lícitas al momento de la comisión, ni se aplican penas más graves.

Tampoco hay frustración de la confianza en el derecho que corresponde asegurar a todo ciudadano fiel a las normas, porque la prescripción de la acción penal no es una expectativa con la que, al momento del hecho, el autor de un delito pueda contar, mucho menos con el carácter de una garantía constitucional. El agotamiento del interés público en la persecución penal, que sirve de fundamento a la extinción de la acción por prescripción, depende de la pérdida de toda utilidad en la aplicación de la pena que el autor del delito merece por ley. Es absurdo afirmar que el autor de un delito pueda adquirir, al momento de cometerlo, una expectativa garantizada constitucionalmente a esa pérdida de interés en la aplicación de la pena.

Sobre la base de lo señalado en los dos párrafos anteriores, considero que resultaba correcta la jurisprudencia de esta Corte que no reconocía en el artículo 18 de la Constitución Nacional un derecho a liberarse de la persecución penal por el transcurso del tiempo. Así lo ha dicho, remitiéndose al dictamen del Procurador General, en Fallos: 181:288, quien sostuvo que “Las leyes *ex post facto* inaplicables en el concepto constitucional, son las que se refieren a delitos y no las que estatuyen acerca de la manera de descubrirlos y perseguirlos...”. A ello debe agregarse lo asentado en Fallos: 193:487, esto es que “La garantía constitucional invocada [defensa en juicio] asegura la audiencia de los procesados e impone que se les dé ocasión de hacer valer sus medios de defensa en la oportunidad y forma prevista por las leyes de procedimiento...pero no requiere que se les asegure la exención de responsabilidad por el solo transcurso del tiempo, ni constituye ciertamente tampoco un medio para dilatar la marcha de los juicios, a los efectos de procurarla”. En el caso de crímenes contra la humanidad, cabe agregar que el Estado argentino ha declinado la exclusividad del interés en la persecución penal para constituirse en el representante del interés de la comunidad mundial, interés que ésta misma ha declarado inextinguible.

Por otro lado, tampoco ha habido un desconocimiento del principio de legalidad como protección de la objetividad, entendida como “no manipulación”, que previene contra las decisiones parciales oportunistas. Si bien la Convención sobre Imprescriptibilidad ha sido ratificada por la República Argentina en 1995, ella había sido aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas ya en 1968 como un eslabón más del proceso que se había iniciado con el dictado de la Carta de Londres en 1946, la que sirvió de base a los juicios de

Nüremberg y cuyo artículo 6.c introduce la primera delimitación expresa de los crímenes contra la humanidad. Este proceso continuó con la sanción del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyo artículo 15.2, establece el compromiso de juzgar y condenar a los responsables de delitos conforme a principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional (la eficacia de la reserva hecha por la República Argentina al ratificarlo se ve debilitada por la posterior aprobación sin reservas de la Convención sobre Imprescriptibilidad), la Convención sobre Imprescriptibilidad de 1968 y, más recientemente, con la organización de los tribunales para juzgamiento de crímenes en la ex Yugoslavia (1993) y Rwanda (1994), así como la aprobación del Estatuto para la Corte Penal Internacional (1998). En el ámbito regional americano, este proceso dio lugar al dictado de la Convención sobre Desaparición Forzada de Personas (1994).

En este contexto, la ratificación de la Convención sobre Imprescriptibilidad en 1995 no puede tomarse como una manipulación del derecho que afecte su imparcialidad al instaurar una persecución selectiva o discriminatoria, pues la Convención se encontraba aprobada por la Asamblea de la ONU desde 1968 y en cualquier momento que hubiese sido ratificada por Argentina, antes o después de la comisión de los hechos de esta causa, el efecto hubiera sido, como se verá en el considerando siguiente, el mismo, a saber: el de implantar la imprescriptibilidad retroactiva y prospectiva para los delitos de lesa humanidad cometidos en territorio argentino. Por lo tanto, al ser indiferente el momento de su ratificación, no puede alegarse manipulación alguna por el hecho de habérsela llevado a cabo con posterioridad a la comisión de los hechos de la causa.

17) Tampoco puede omitirse la aplicación de la Convención sobre Imprescriptibilidad cuando ella es retroactiva, si se tiene en cuenta que fue dictada con la manifiesta intención de tener dicho efecto retroactivo (El objetivo inmediato fue el de remover el obstáculo que suponían las leyes nacionales sobre prescripción para el juzgamiento de crímenes cometidos durante el régimen nazi que gobernó Alemania entre 1933 y 1945).

En los trabajos preparatorios que precedieron a la aprobación de la Convención, algunos gobiernos plantearon el problema de la aplicación retroactiva. El representante de Noruega, Sr. Amlie, manifestó: “uno de los principios básicos del ordenamiento penal de su país es el de la irretroactividad de la ley, con la consecuencia de que aquellas personas que hayan cometido un delito cuyo plazo de prescripción hubiese expirado no pueden ser sometidas nuevamente a proceso en el caso de que una ley posterior ampliara el citado término de caducidad”. Agregó más adelante que “la frase introductoria del artículo I del proyecto de convención contradice el principio de irretroactividad al que su Gobierno no se encuentra dispuesto a renunciar...”. La propuesta de su delegación fue la de introducir una enmienda al artículo I y suprimir la frase “cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido...”. [Naciones Unidas, *Documentos oficiales de la Asamblea General, Vigésimo Tercer Período, Tercera Comisión, Actas resumidas de las sesiones del 25 de septiembre al 17 de diciembre de 1968, Nueva York, 1970*].

Esta objeción, compartida por otros representantes, finalmente no prosperó, especialmente porque, tal como fue puesto de resalto por más de una delegación, “... la enmienda de Noruega... es contraria al objetivo mismo de la convención, que no tendría sentido si se aprobara esta propuesta”. También se puso de manifiesto que la imprescriptibilidad acordada era aplicable “a los crímenes pasados, presentes y futuros”. En el mismo sentido, el re-

presentante de Francia expresó: “Aunque uno de los objetivos de la convención sea permitir el castigo de los criminales de la segunda guerra mundial, no es cierto que se refiera exclusivamente al pasado. Las reglas de derecho internacional fijadas por la convención podrían aplicarse no sólo a actos ya cometidos y no castigados, sino a todos los que se perpetren en el futuro, siempre que reúnan las condiciones estipuladas en la convención” (*Ídem*).

Estas réplicas condujeron al retiro de las objeciones por parte de sus proponentes y a la aprobación del artículo I de la Convención en los términos del proyecto original, que se refiere a la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad “cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido” (*Ídem*).

En vista de tales antecedentes y de lo prescripto en los artículos 26 (“Todo tratado en vigor obliga a las Partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”) y 28, última parte, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (“Las disposiciones de un tratado no obligarán a una Parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa Parte, ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo”) [Énfasis añadido], el Estado argentino no podría excusarse de aplicar retroactivamente la Convención de 1968: esa es la obligación que asumieron los Estados Partes conforme lo que surge tanto del texto de la Convención cuanto del espíritu con que fue aprobada. Creo que es deber de quienes tienen que decidir descorrer el velo que cubre el pasado y allanar el camino para que irrumpa la verdad que, alguna vez, se pretendió ocultar en las sombras para que cayese en el olvido.

Por ello y lo concordemente dictaminado por el señor Procurador General de la Nación se hace lugar parcialmente a la queja y al recurso extraordinario según el alcance indicado en los considerandos, se declara la inconstitucionalidad de las leyes 23.492 y 23.521, y se confirman las resoluciones apeladas. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Agréguese la queja al principal. Notifíquese y devuélvase.

CARMEN M. ARGIBAY.

DISIDENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON CARLOS S. FAYT

Considerando:

1º) Que la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de esta ciudad rechazó el 9 de noviembre de 2001 la excepción de falta de acción planteada por la defensa y confirmó la resolución del juez de grado por la que se habían declarado inválidos e inconstitucionales los arts. 1º de la ley 23.492 —conocida como de punto final— y 1º, 3º y 4º de la ley 23.521 —llamada de obediencia debida— y citado a prestar declaración indagatoria a Julio Héctor Simón (expediente n° 17.889). En la misma fecha confirmó el pronunciamiento del juez de primera instancia por el que se había decidido el procesamiento con prisión preventiva del imputado en orden a los delitos —que consideró de lesa humanidad— de privación ilegal de la libertad doblemente agravada por mediar violencia y amenazas y por haber durado más de un mes, reiterada en dos oportunidades en concurso real, que, a su vez, concurría materialmente con el delito de tormentos agravados por haber sido cometido en perjuicio de perseguidos políticos, en dos oportu-

nidades en concurso real entre sí (art. 118 de la Constitución Nacional; arts. 2, 55 y 144 bis, inc. 1° y último párrafo —texto según ley 14.416— en función del art. 142, incs. 1° y 5° —texto según ley 20.642—, 144 tercero, párrafos primero y segundo —texto según ley 14.616— del Código Penal).

Contra estas decisiones el procesado dedujo el recurso extraordinario federal que, denegado, dio origen a la presente queja.

2°) Que en lo que específicamente atañe las resoluciones impugnadas, se imputa a Julio Héctor Simón —por entonces suboficial de la Policía Federal Argentina e integrante de un grupo de tareas que dependía del Primer Cuerpo del Ejército— haber secuestrado el 28 de noviembre de 1978 —junto a otros funcionarios de las fuerzas de seguridad— a José Liborio Poblete y a su esposa Gertrudis Marta Hlaczik, quienes habrían sido llevados al centro clandestino de detención conocido como “El Olimpo”, donde habrían sido torturados por distintas personas, entre las que se encontraría el imputado. Allí habrían permanecido hasta el mes de enero siguiente, sin tenerse, hasta ahora, noticias de su paradero (se presume que fueron eliminados físicamente por personas hasta el momento no identificadas).

3°) Que, en el recurso extraordinario, el apelante plantea la nulidad absoluta de todo lo actuado a raíz de la intervención del presidente del Centro de Estudios Legales y Sociales como querellante, pues sostiene que su participación en el proceso significó la consagración —por vía judicial— de una acción popular no contemplada en la ley procesal ni susceptible de encontrar amparo en el art. 43 de la Constitución Nacional, por lo que en consecuencia carecería de legitimación para querellar.

A su vez, postula la validez constitucional de la ley 23.521 —con fundamento en la doctrina de este Tribunal de Fallos: 310:1162— y solicita que se aplique el beneficio reconocido en el art. 1°. Afirma que la constitucionalidad de las leyes 23.492 y 23.521 no es tema justiciable, pues al Poder Judicial no le es dado, en los términos de los arts. 75, incs. 12 y 20 de la Constitución Nacional, juzgar sobre la oportunidad, mérito o conveniencia de las decisiones adoptadas en la zona de reserva de los demás poderes del Estado. También invoca la lesión al principio de legalidad —concretamente la prohibición de aplicación de leyes *ex post facto*—. Sostiene que se aplicó retroactivamente una norma de naturaleza penal —la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas— por la que se eliminó los beneficios de la prescripción de la acción y de la pena. Agrega que no se puede restar significación a la validez inalterable de la garantía consagrada en el art. 18 de la Constitución Nacional, en aras de los principios generales reconocidos por la comunidad internacional (en alusión a la aplicación del art. 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

4°) Que el examen de los requisitos de admisibilidad del recurso extraordinario constituye una cuestión previa a la dilucidación de los planteos formulados, que obliga a la Corte a verificar si éstos se encontraban reunidos al momento de su interposición.

5°) Que, en primer lugar, cabe puntualizar que las resoluciones recurridas en tanto importan la restricción de la libertad del imputado son equiparables a sentencia definitiva, según doctrina de esta Corte de innecesaria cita.

6°) Que, continuando con el examen del cumplimiento de los requisitos propios del recurso extraordinario, corresponde precisar que el tribunal *a quo* no constituye en

los términos del art. 14 de la ley 48 el superior tribunal de la causa. En efecto, la naturaleza de las cuestiones que se debaten en el *sub examine* revela una clara especificidad cuyo abordaje por la Cámara Nacional de Casación Penal garantizaría seguramente un producto más elaborado. Por otra parte, ante ella podría encontrarse la reparación de los perjuicios irrogados en instancias anteriores, sin necesidad de recurrir ante la Corte Suprema (Fallos: 318:514, *in re* “Girolidi”).

La intervención de la instancia casatoria resulta necesaria, en atención a la aptitud de los recursos previstos para obtener aquella reparación, que pueden ser planteados ante los jueces especializados. Y, obvio es decirlo, este particularismo no enerva sino acentúa, el reconocimiento a los magistrados de todas las instancias de su carácter de irrenunciables custodios de los derechos y garantías de la Ley Fundamental, sin perjuicio de la eventual intervención de esta Corte como su intérprete y salvaguarda final.

De todo ello cabe concluir que la intervención de la Cámara Nacional de Casación Penal en el *sub examine* —como corolario de la línea jurisprudencial trazada en Fallos: 308: 490 y especialmente en Fallos: 318:514, seguida en Fallos: 319:585 y tácitamente en los casos P.506.XXIX. “Pérez Companc S.A.C.F.I.M.F.A. Cía. Naviera (en causa 249/93: ‘E.P.R.C. s/ denuncia infr. art. 56 - ley 24.051’) s/ apelación y nulidad”, del 6 de junio de 1995 y M.109.XXXII “Merguín, Antonio Luis s/ legajo de estudios inmunológicos en causa N° 6288/93 ‘De Luccia, Carlos y otra s/ infr. arts. 139, 146 y 293 C.P.’” del 3 de septiembre de 1996, lejos de constituir un obstáculo a las garantías del imputado en el proceso penal, importa el aseguramiento de su ejercicio pleno (conf. voto del juez Fayt en Fallos: 324: 4076; C.817.XXXV “Couzo, Enrique Daniel s/ excarcelación” del 27 de junio de 2002; “Simón” en Fallos: 326:3988 y D.199.XXXIX “Di Nunzio, Beatriz Herminia s/ excarcelación —causa N° 107.572—” del 3 de mayo de 2005 —voto de la mayoría y voto concurrente del juez Fayt—, entre otros). Por los motivos expuestos, la cuestión previa acerca del cumplimiento de los requisitos de admisibilidad del recurso extraordinario debe ser respondida negativamente.

7°) Que, sin embargo, toda vez que el voto de la mayoría en una decisión previa obliga a la minoría en todo tribunal colegiado, resulta improcedente que ésta se niegue a intervenir, dejando desintegrada a la Corte (Fallos: 310: 2845). Por lo tanto corresponde pronunciarse sobre el mérito de los recursos extraordinarios interpuestos.

8°) Que, en primer término, cabe señalar que el recurso extraordinario es inadmisibile en cuanto al agravio fundado en la falta de legitimación del presidente del Centro de Estudios Legales y Sociales para ejercer el rol de querellante en el proceso que aquí se trata, pues esta Corte tiene establecido que la decisión que rechaza la excepción de falta de acción y acepta el rol de parte querellante no constituye sentencia definitiva, en tanto no pone término al pleito ni impide su continuación.

Si bien se ha hecho excepción a esta regla cuando la sentencia apelada puede causar un agravio de insusceptible reparación ulterior, en el caso no se verifica un supuesto de tal naturaleza ya que la circunstancia de que el impulso procesal se encuentre en cabeza de otros querellantes así como del representante del Ministerio Público Fiscal, pone de manifiesto que —de momento— cualquier decisión que se adopte sobre este planteo sería indiferente para alterar la situación del imputado.

En este sentido, cabe subrayar que más allá de la tacha que postula este procesado con respecto al alcance otorgado por la cámara *a quo* a la figura del querellante contemplada en la actualidad por el art. 82 del Código Procesal Penal de la Nación, materia que —como regla— es ajena a la instancia del art. 14 de la ley 48 (Fallos: 180:136; 188:178; 252:195), lo decisivo es que la recurrente no ha logrado demostrar el modo en que su situación procesal ha sido perjudicada a raíz de la petición efectuada por este querellante en el *sub lite* para que se declare la inconstitucionalidad de las leyes 23.492 y 23.521, si se tiene en cuenta que un planteo de esa naturaleza estaba ínsito en el requerimiento fiscal que incluyó en el objeto del proceso la investigación de los delitos cometidos a raíz de la detención y desaparición de José Liborio Poblete y Gertrudis Marta Hlaczik; máxime cuando con particular referencia a la declaración de inconstitucionalidad de normas inferiores a la Ley Fundamental, y más allá de las opiniones individuales que los jueces de esta Corte tienen sobre el punto, el Tribunal ha adoptado como postura mayoritaria la doctrina con arreglo a la cual una decisión de esa naturaleza es susceptible de ser tomada de oficio (Fallos: 324:3219; causa B.1160. XXXVI “Banco Comercial Finanzas S.A. (en liquidación Banco Central de la República Argentina) s/ quiebra”, de fecha 19 de agosto de 2004).

Ello demuestra que la ineficacia de la decisión torna innecesario en el actual grado de desarrollo del proceso, el pronunciamiento de este Tribunal por falta de gravamen actual.

9º) Que establecido lo anterior corresponde efectuar el examen conjunto de las impugnaciones planteadas, si los agravios relativos a la posible arbitrariedad y los atinentes a la interpretación del derecho federal en juego son dos aspectos que, en el caso en que se declaró la inconstitucionalidad de las leyes 23.492 y 23.521 y se decretó el procesamiento y prisión preventiva de Julio Héctor Simón, aparecen inescindiblemente ligados entre sí. En esta tarea el Tribunal no se encuentra limitado por las posiciones de los jueces de la causa ni por las de las partes, sino que le incumbe realizar una declaratoria sobre el punto disputado, según la interpretación que rectamente le otorga (Fallos: 313:1714; 320:1166, entre otros).

10) Que a este fin no puede soslayarse que con posterioridad al dictado de las resoluciones recurridas se sancionó la ley 25.779 (publ. B.O. del 3 de septiembre de 2003), cuyo art. 1º declaró insanablemente nulas a las leyes conocidas como “de punto final” —23.492— y obediencia debida —23.521—. Por ello, y sin perjuicio de que el auto de prisión preventiva del juez de grado y la resolución del *a quo* que lo confirmó, sólo pudieron sustentarse —y se sustentaron— en la declaración de inconstitucionalidad del art. 1º de la ley 23.492 y de los arts. 1, 3 y 4 de la ley 23.521, corresponde que sobre la nueva norma se efectúen algunas precisiones.

11) Que en este cometido debe recordarse que las mencionadas leyes ya habían sido derogadas por la ley 24.952 (publ. en el B.O. el 17 de abril de 1998). Esta situación plantea en primer lugar un problema básico para la teoría del derecho, pues el Poder Legislativo pretendió declarar la nulidad de “algo” que no existía, en tanto ya había sido eliminado del mundo jurídico por un acto formal de derogación. En efecto, es de toda lógica que la “declaración de nulidad” supone que la norma existe y que es válida; si no hubiera norma válida, el acto del órgano que declara la nulidad no habría tenido objeto (Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, Eudeba, Buenos Aires, 21ª. edición, 1991, pág. 159).

12) Que es cierto que el Poder Judicial puede declarar inconstitucional una norma derogada pero, precisamente, éste puede hacerlo cuando excepcionalmente debido la

ultraactividad otorgada por otra norma, la ley inexistente resulta **aplicable** al caso en el que el tribunal debe ejercer el control de constitucionalidad. En cambio, el Poder Legislativo como órgano creador de normas, tiene a éstas como su único objeto y no regula, por tanto, la conducta de los particulares. Eliminada la norma, carece el Poder Legislativo de objeto sobre el que declarar su nulidad, en tanto la ley derogada no se encuentra en los órdenes jurídicos subsecuentes a su derogación. El principio de ultraactividad no restituye la existencia a la norma derogada; tal como se afirmó, dicho precepto sólo se circunscribe a la aplicación de la norma en un caso concreto y no puede derivarse de allí la existencia de “efectos” sobre los que el legislador puede operar. No existe, entonces, otra posibilidad de privar de eficacia ultraactiva a una norma derogada, que su declaración judicial de inconstitucionalidad.

13) Que una cuestión diferente, aunque íntimamente relacionada con la anterior, consiste en determinar si respecto de una norma **vigente** —hipótesis que permitiría eludir el problema lógico reseñado—, puede el Congreso de la Nación declarar su nulidad, la que debe entenderse como su “derogación retroactiva”. Se ha afirmado en el considerando anterior que una norma derogada puede ser ultraactiva, corresponde ahora examinar si una norma derogatoria puede ser retroactiva.

14) Que resulta indudable que entre los motivos por los cuales el Poder Legislativo puede derogar una norma, se encuentra el de que la considere en pugna con la Constitución Nacional. Es claro, también, que los legisladores sancionaron la ley 25.779 por considerar en su mayoría que las leyes de “punto final” y “obediencia debida” resultaban violatorias de diversas cláusulas constitucionales (tal como puede observarse en su debate parlamentario). Sin embargo, una cuestión muy distinta es que pueda hacerlo —a diferencia de lo que sucedió con la ley 24.952— retroactivamente, sea cual fuere el motivo al que esa “derogación” obedezca.

15) Que la derogación sólo puede operar para el futuro y no puede afectar o modificar “situaciones previamente existentes a la entrada en vigor de la norma derogatoria...por razones de seguridad jurídica...” (Huerta Ochoa C., *Artículos Transitorios y Derogación*, Revista Jurídica del Boletín Mexicano de Derecho Comparado, 20 de agosto de 2003, pág. 25). En efecto, la eficacia normal de las normas derogatorias es únicamente respecto a las situaciones que nacen con posterioridad a su entrada en vigor y no pueden operar retroactivamente pues —como ya se afirmó— “no regulan las conductas de los particulares, en consecuencia, solamente operan para el futuro puesto que son reglas de aplicación de otras normas”. El “principio general de no retroactividad de los efectos de la derogación se dirige a las autoridades, pues su fin es evitar los abusos que se pudieran producir por la anulación de actos creados válidamente con anterioridad”. Es por ello que “(l)a derogación además de impedir...la aplicación subsiguiente de la norma, preserva su pertenencia al sistema jurídico sin afectar situaciones creadas” (Huerta Ochoa C., op. cit., pág. 26).

16) Que con esta pretendida “derogación retroactiva”, el Poder Legislativo se estaría atribuyendo una potestad que no tiene ningún poder constituido de la República, en tanto tampoco puede el Poder Judicial anular leyes en un sistema de control de constitucionalidad difuso; los jueces sólo pueden declarar la inconstitucionalidad para un caso concreto (así como el órgano creador de normas no puede anularlas, el que las controla no puede derogarlas). No debe olvidarse que en el Reino Unido, es el propio Parlamento el que dicta

la Constitución y por ende no es necesario ejercer control alguno sobre la constitucionalidad de las leyes, por lo tanto las consecuencias que de ello derivan no pueden lógicamente extrapolarse a un sistema con constitución rígida y poderes públicos limitados.

Si de lo que se trata es de utilizar la terminología de la nulidad con el fin de otorgarle efectos retroactivos a la aplicación de la ley derogatoria por considerar que la norma derogada se encuentra en pugna con la Constitución, es claro que esa tarea le está vedada al Poder Legislativo. Aun si se interpretara que para algunos legisladores fue mediante el propio procedimiento de formación y sanción de las leyes “derogadas” que se violó la Constitución Nacional, correspondería también en ese supuesto que sea el Poder Judicial quien lo determine respecto de un caso concreto (conf. disidencia del juez Fayt en Fallos: 317:335).

En efecto, la única vía para privar **retroactivamente** de efectos a una ley es, de manera exclusiva, la declaración de su inconstitucionalidad que sólo puede hacerse en un **caso concreto** por parte de un tribunal de justicia. El “Poder Judicial es supremo, y sólo él tiene la facultad de declarar inconstitucional una ley del Congreso, y sólo en este caso puede pronunciar la nulidad; esto es, cuando la ley es contraria a la Constitución” (Joaquín V. González, *Manual de la Constitución Argentina*, La Ley, Buenos Aires, ed. actualizada, 1991, pág. 261). La facultad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes es exclusiva del Poder Judicial, único habilitado para juzgar la validez de las normas dictadas por el órgano legislativo. Lo contrario importaría admitir que el poder pueda residir y concentrarse en una sola sede (Fallos: 269:243 *in re* “Ingenio y Refinería San Martín del Tabacal”, entre muchos otros), haciendo trizas, de este modo, el necesario control interórganos. No debe olvidarse que el poder no se divide, lo que se divide son las competencias. Entonces, si la Constitución designa el órgano encargado de decidir si fueron o no observadas las prescripciones reguladoras de la función legislativa, éste tiene una autoridad igual al Legislativo en el ámbito de su competencia; es que “compete a la función judicial interpretar la ley, determinar su sentido y especialmente si formal o materialmente guarda correspondencia con la Constitución como norma suprema que representa la base del sistema normativo. La aplicación de las reglas constitucionales relativas a la legislación, únicamente puede hallarse efectivamente garantizada si un órgano distinto del legislativo tiene a su cargo la tarea de comprobar si una ley es constitucional y de anularla cuando —de acuerdo a la opinión de este órgano— sea inconstitucional. En relación de correspondencia, más aún, en conexión de medio a fin, no podría existir supremacía sin la existencia del control de constitucionalidad.

17) Que, por lo demás, la declaración de nulidad constituiría un modo simple de sustraer al Poder Judicial de un efectivo control, por el que pudiera —por ejemplo— arribarse a la determinación de una relación de correspondencia entre la norma y la Constitución Nacional. De este modo se vulnerarían los derechos de los individuos beneficiados por la norma que el Poder Judicial podría considerar adecuada constitucionalmente. Al respecto, cabe recordar que la declaración de inconstitucionalidad de una norma es una garantía del hombre frente al Estado no para que el Estado la oponga frente a un particular que por aplicación de la norma obtuvo un derecho (Bidart Campos Germán, *La derogación de la ley de amnistía 22.924*, ED 110340).

18) Que detrás de la admisión de una “derogación retroactiva” que pretende sustraer al Poder Judicial del referido control parece afirmarse implícitamente que éste como órgano

contramayoritario no puede prevalecer sobre los órganos representativos de la soberanía popular (conf. Bickel, *The Least Dangerous Branch, The Supreme Court and the Bar of Politics*, Indianápolis, 1962). Se olvida así, en primer lugar, que la elección de los jueces es indirecta en segundo grado, y, que por lo tanto si bien no se ha establecido para él la forma de sufragio popular, su poder proviene del pueblo.

En segundo término, la circunstancia de que sea un órgano distinto quien controla esa relación de correspondencia que asegura la supremacía constitucional, no es antojadiza y es, precisamente, el fundamento que permite negar el reseñado argumento contramayoritario, pues “una de las funciones centrales de la Constitución es establecer derechos, y los derechos son —por definición— límites o barreras a las decisiones de la mayoría en protección de intereses de individuos. Si no hubiera control judicial de constitucionalidad no se reconocerían, entonces, derechos, ya que no habría límites alguno a las decisiones de la mayoría expresadas a través de órganos políticos como el [Congreso]. La función esencial de los jueces, ejercida sobre todo a través de este mecanismo de revisión judicial de las decisiones mayoritarias, es precisamente la de proteger los derechos de individuos... Por lo tanto, si se reconocen derechos, ello implica conceptualmente aceptar el control judicial de constitucionalidad” (Nino, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, ed. Astrea, Buenos Aires, 2da. reimpresión 2002, pág. 679).

Por otra parte, “la misma mayoría que podría estar viciada por fallas en las condiciones de la discusión amplia, abierta y de la decisión mayoritaria es obvio que no puede decidir sobre si esas condiciones se dan, porque esa decisión estaría afectada por los mismos defectos que se estaría discutiendo si se satisfacen o no. Es por ello que es necesario contar con órganos independientes que controlen si esos presupuestos y esas condiciones del procedimiento de discusión, de debate y de decisión democrática se han satisfecho o no; órganos cuya propia legitimidad no depende de avatares, de mayorías que pueden estar afectadas por [sus mismas] fallas” (Nino, Carlos, *La filosofía del control judicial de constitucionalidad*, ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pág. 87; similar en *Fundamentos de Derecho Constitucional* —ya citado—, pág. 293; v. asimismo John Ely, *Democracy and Distrust*, Harvard U.P., 1980).

19) Que una demostración cabal de la necesidad de que sea un órgano distinto —vgr. el Poder Judicial— el que deba ejercer el correspondiente control de constitucionalidad y de los inconvenientes que el autocontrol podría traer aparejado respecto de los derechos de los individuos, puede comprobarse al examinar el criterio adoptado por el Poder Legislativo en oportunidad de derogar la ley 25.250 de reforma laboral.

Así puede observarse en el debate parlamentario de la Cámara de Diputados que los legisladores, pese a reconocer que la ley habría tenido su origen en hechos de corrupción por métodos que ofenden “al pueblo que representan y repugnan a la Constitución”, que había “sido engendrada con la compra de voluntades de los legisladores” y que “su proceso de formación y sanción esta(ba) enfermo de peculado y cohecho”, votaron por su derogación tal como lo había propuesto el Poder Ejecutivo Nacional en el proyecto que había enviado con el fin de “dar por superado un estado de grave inseguridad jurídica y de sospecha sobre [la] norma cuya derogación” se proponía. En efecto, la ley 25.877 —publ. en el B.O. el 19 de marzo de 2004— derogó y no declaró nula a la ley 25.250. En dicha oportunidad, algunos diputados equipararon a esta ley con las de “obediencia debida” y “punto final” y sin

embargo aclararon —a diferencia de lo que sucedió con éstas— que la declaración de nulidad debía tener un efecto simbólico, en tanto debía sancionarse “con la previsión especial de que sus efectos no se apliquen de manera que perjudiquen retroactivamente derechos adquiridos por los trabajadores durante su pseudovigencia”. También sostuvieron que la nulidad fulmina absolutamente los efectos que ha producido, pero “la aplicación de la ley y la determinación de los efectos que produce es cuestión exclusiva y excluyente...del Poder Judicial” a fin de no dañar a aquellos beneficiados al amparo de la ley 25.250. Un diputado incluso afirmó que el motivo del proyecto no podía ser el de despejar la incertidumbre en beneficio de los trabajadores, en tanto un tribunal laboral podría declarar la nulidad ante el reclamo individual de un trabajador afectado, basado ya en la comprobación del delito penal —origen espurio a la sanción de la ley 25.250—, con lo que se despejaría toda incertidumbre. La mayoría rechazó expresamente la declaración de nulidad por considerar que estaba vedada esa facultad a los poderes políticos. Esto ocurrió pocos meses después de que se declararan insanablemente nulas a las leyes de “punto final” y “obediencia debida” (conf. debate parlamentario ley 25.877, www.hcdn.gov.ar, versión taquigráfica; período 122; 1ra, sesión ordinaria —especial— del 2 de marzo 2004).

Es claro entonces, que de “la misma justificación de la democracia surgen una limitación a los órganos mayoritarios y es en esa limitación donde juegan un papel importante los jueces, a través de mecanismos como el control de constitucionalidad” (Nino, Carlos, *La filosofía del control judicial de constitucionalidad*, loc. cit.).

20) Que, por último, cabe destacar que desde un plano teórico —esto es más allá de la cuestión acerca de quién tiene atribuciones para utilizarlos—, los mecanismos de “nulidad” o “derogación” no pueden ser empleados de un modo indolente sin asumir las premisas adoptadas al elegir uno u otro camino.

En este sentido, debe señalarse que cuando en el año 1998 el Poder Legislativo decidió derogar la ley y no declarar su nulidad, asumió de ese modo que estaban ausentes todo tipo de “connotaciones críticas relativas a los edictos” y por lo tanto la norma no podía anularse (en palabras de Josep Aguiló, *Sobre la Derogación*, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política dirigida por Ernesto Garzón Valdés y Rodolfo Vázquez, ed. Distribuciones Fontanamara, México, 2da, edición, 1999, pág. 79). En efecto, “la presencia, en el caso de la nulidad, y la ausencia, en el caso de la derogación, de connotaciones críticas relativas a los edictos es el resultado de que mientras que en la nulidad ha habido una conducta irregular, en la derogación ha habido sólo un uso regular de poderes normativos...Sostener que una norma es nula significa formular un juicio normativo crítico que, básicamente, se traduce en la idea de que, la norma...(n)o es integrable dentro de la autoridad unitaria del Derecho. Esta es la razón por la que el juicio de nulidad lleva aparejado la consideración de que la norma nula no debería ser aplicada en la resolución de ningún tipo de caso. Además, el juicio de nulidad tiene también connotaciones críticas en relación con la autoridad normativa que dictó la formulación de la norma de la que la norma nula deriva, pues implica sostener que dicha autoridad fue más allá de los límites de su poder normativo violando el deber general de sumisión al orden jurídico en su conjunto...nada de todo eso está presente en el juicio de que una norma ha sido derogada. Desde un punto de vista interno, quien formula ese juicio no está diciendo que haya algo normativamente incorrecto, en la norma, lo que se traduce en que, en general, dicho juicio lleva aparejada la idea de que la norma debe seguir siendo aplicada en la resolución de casos pendientes...(p)or otro lado, dicho

juicio tampoco tiene connotaciones críticas en relación con la autoridad normativa: quien lo formula reconoce que la autoridad usó una facultad de su poder normativo...mientras la derogación cumple la función de hacer posible el cambio deliberado y regular de fuentes y normas, la nulidad cumple la de hacer efectivos los límites a las posibilidades de cambio legítimo” (Josep Aguiló, op. cit., loc. cit.).

Como se afirmó, la nulidad —de admitirse— sólo puede tener su origen en connotaciones críticas en relación con la autoridad normativa que dictó la norma cuestionada, circunstancia que fue negada al sancionarse en el año 1998 la derogación de esa misma norma, en tanto implicó, precisamente, la aceptación contraria. En dicha oportunidad, por lo demás, el Poder Legislativo sancionó la norma derogatoria, teniendo en cuenta el texto de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y el art. 29 de la Constitución Nacional, y al mismo tiempo afirmó que sin embargo “el principio de aplicación de la ley penal más benigna haría estéril una nueva imputación a quienes violaron elementales derechos humanos” (cfr. Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, Reunión 7a. del 24/3/98, pág. 882 y Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores, Sesión 5a. del 25/3/98, págs. 1438 y 1442).

21) Que, por último, no es válido el argumento que pretende legitimar la ley 25.779 con invocación del antecedente de la ley 23.040, por la que se declaraba insanablemente nula la ley 22.924 conocida como de “pacificación nacional” dictada por el propio gobierno de facto. Al respecto cabe recordar lo dicho por el Tribunal al expedirse sobre la validez de la ley 23.040 en cuanto a que si bien se ha ‘reconocido por razones de seguridad jurídica la continuidad en los gobiernos de *jure* de la legislación de los gobiernos *de facto* y el poder de éstos de realizar los actos necesarios para el cumplimiento de sus fines; ello ha sido, sin perjuicio de rechazarla o privarla de efectos, cuando tales normas configurasen un evidente abuso de poder frente a las garantías y derechos esenciales de los individuos, o bien un palmario exceso en el uso de las facultades que ejercitaran los poderes públicos que se desempeñasen en sustitución de las autoridades legítimas...en este sentido, la ley de facto 22.924 es el resultado del abuso del poder, porque no sólo se aparta del [entonces] artículo 67, inciso 11 de la Constitución Nacional —que autoriza únicamente al congreso para dictar la ley penal—, sino que también contraría...la esencia de la forma republicana de gobierno y la consiguiente división de poderes’ (Fallos: 309:5, pág. 1692), lo que entronca con el principio de que ‘la validez de las normas y actos emanados del Poder Ejecutivo de facto está condicionada a que, explícita o implícitamente, el gobierno constitucionalmente elegido que le suceda, la reconozca’” (Fallos: 306:174 y sus citas).

Por lo demás, es claro que la ley 23.040 en modo alguno implicó un supuesto de autocontrol. Por el contrario consistió en la reacción de un poder constitucional frente a una norma que pretendió utilizar la misma estructura estatal que posibilitó la comisión de delitos y su ocultamiento, para su autoexculpación. Estas diferencias con las leyes de “punto final” y “obediencia debida” y otras que *ut infra* se detallarán tornan inhábil la pretendida comparación.

22) Que en tales condiciones corresponde ahora sí, adentrarse en la cuestión que dio sustento a la resolución del *a quo*: la declaración de inconstitucionalidad del art. 1º de la

ley 23.492 y de los arts. 1, 3 y 4 de la ley 23.521, en tanto es al Poder Judicial —tal como quedó establecido— a quien incumbe ejercerla.

En este cometido, cabe recordar, en primer lugar, que la ley 23.492 —conocida como ley de punto final— preveía en su artículo primero un plazo de 60 días para procesar a militares sospechados de cometer crímenes de Estado (ley que dio lugar a la interposición de un sinnúmero de denuncias con el fin de evitar la extinción de la acción penal). A su vez, la ley 23.521 —llamada ley de obediencia debida— establecía diversos niveles de responsabilidad entre los sujetos involucrados: por el art. 1° —primer párrafo— se presumía sin admitir prueba en contrario que quienes a la fecha de comisión del hecho revistaban como oficiales jefes, oficiales subalternos, suboficiales y personal de tropa de las fuerzas armadas, de seguridad, policiales y penitenciarias no eran punibles por los delitos [que habían cometido desde el 24 de marzo de 1976 hasta el 26 de septiembre de 1983, en las operaciones emprendidas por el motivo alegado de reprimir el terrorismo] por haber obrado en virtud de obediencia debida. El segundo párrafo preveía que la misma presunción sería aplicada a los oficiales superiores que no hubiera revistado como comandante en jefe, jefe de zona, jefe de subzona o jefe de fuerza de seguridad, policial o penitenciaria, si no se resolvía judicialmente antes de los 30 días de promulgación de esta ley, que tuvieron capacidad decisoria o participación en la elaboración de las órdenes ilícitas. En tales casos se debía considerar de pleno derecho que las personas mencionadas obraron en estado de coerción bajo subordinación a la autoridad superior y en cumplimiento de órdenes sin facultad o posibilidad de inspección, oposición o resistencia a ellas en cuanto a su oportunidad y legitimidad. En efecto, esta ley “creaba una casi irrefutable defensa para oficiales de mediano y bajo rango...(l)a reinterpretación propuesta creaba una presunción *iuris tantum* de que, salvo que la gente tuviera autoridad para tomar decisiones, todos los que invocaran la defensa de la obediencia debida habían creído, erróneamente, que las órdenes eran legítimas dados una intensa propaganda y un clima general de coacción” (Nino, Carlos, *Juicio al Mal Absoluto*, ed. Emecé, 1997, págs. 117 y 158).

El personal excluido de esas previsiones, es decir, aquellos que sí se habían desempeñado como comandante en jefe, jefe de zona, jefe de subzona o jefe de fuerza de seguridad, policial o penitenciaria y aquellos oficiales superiores que sin serlo se hubiera determinado judicialmente que poseían capacidad de decisión o que habían participado en la formulación de las órdenes, seguían enfrentando la posibilidad de castigo penal.

23) Que este Tribunal ya ha afirmado la validez constitucional de la ley 23.521 *in re* “causa incoada en virtud del Decreto 280/84 del Poder Ejecutivo Nacional” —Fallos: 310:1162, conocida como causa “Camps”; así como también en Fallos: 311:80, 715, 728, 734, 739, 742, 743, 816, 840, 890, 896, 899, 1042, 1085, 1095 y 1114; 312:111; entre muchos otros—. En la causa de Fallos: 311:401 *in re* “ESMA” se estableció además que la alegada vigencia de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes no la alteraba, por tratarse de una norma *ex post facto* y por lo tanto inaplicable (voto de la mayoría y voto concurrente del juez Petracchi).

Esas decisiones fueron acordes con la línea trazada por esta Corte desde la célebre causa 13/84, conocida como la “causa de los comandantes” (Fallos: 309:5, pág. 1689). Esta circunstancia y la naturaleza de las leyes que aquí nuevamente se cuestionan —tan ligadas a la vida institucional de la Nación—, imponen que antes de considerar los argumentos

invocados tanto en la sentencia apelada como en el dictamen del señor Procurador General, el Tribunal repase esa línea jurisprudencial, así como las circunstancias históricas en las que se enmarcaron sus anteriores decisiones. Esto posibilitará una cabal comprensión del problema, lo que permitirá, a su vez, evaluar adecuadamente tanto los argumentos de la sentencia recurrida cuanto los de los apelantes.

24) Que es necesario recordar que esta Corte —al confirmar la sentencia dictada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal (Fallos: 309: 5)— condenó a Jorge Rafael Videla, Emilio Eduardo Massera, Orlando Ramón Agosti, Roberto Eduardo Viola y Armando Lambruschini por los hechos que *ut infra* se detallarán. De ese modo la República Argentina se convirtió en uno de los pocos países del mundo que sin recurrir a tribunales internacionales implantados *ad hoc* juzgó y condenó a los máximos responsables del terrorismo de Estado, decisión cuyo valor preventivo respecto de la repetición de violaciones a los derechos humanos no debe ser subestimada.

En oportunidad de dictarse el fallo mencionado se señaló que debían ser condenados quienes dieron las órdenes que posibilitaron la comisión de delitos por parte de los subordinados, estableciendo un aparato organizado de poder que controlaba de principio a fin el curso de los acontecimientos (voto del juez Fayt en Fallos: 309:5, pág. 1689). Las conductas aberrantes que fueron merecedoras de reproche penal consistían —tal como se describieron en el mencionado voto— en capturar a los sospechosos de tener vínculos con la subversión, de acuerdo con los informes de inteligencia, conducirlos a lugares situados en unidades militares o bajo su dependencia; interrogarlos bajo tormentos, para obtener los mayores datos posibles acerca de otras personas involucradas; someterlos a condiciones de vida inhumanas para quebrar su resistencia moral; realizar todas esas acciones en la más absoluta clandestinidad, para lo cual los secuestradores ocultaban su identidad, obraban preferentemente de noche, mantenían incomunicadas a las víctimas negando a cualquier autoridad, familiar o allegado, el secuestro y el lugar de alojamiento; y dar amplia libertad a los cuadros inferiores para determinar la suerte del aprehendido, que podía ser luego liberado, puesto a disposición del Poder Ejecutivo Nacional, sometido a proceso militar o civil, o eliminado físicamente.

Actualmente puede encontrarse una precisa descripción de la repugnante metodología utilizada, en el Reglamento RC91 del Ejército Argentino denominado “Operaciones contra elementos subversivos” del 17 de diciembre de 1976, instrumento que al momento de dictarse la sentencia en el “juicio a las juntas” —y hasta hace poco tiempo— permaneció oculto y que aun conserva un “carácter reservado”. Sin perjuicio de ello, en dicha oportunidad, pudo concluirse que existieron órdenes secretas, las que se evidenciaron en virtud de la metodología empleada y la reiteración de los delitos por parte de los autores materiales (considerando 8° del voto del juez Fayt).

25) Que la condena tuvo como base fáctica lo ocurrido en lo que puede describirse como la “segunda etapa” de la lucha contra la subversión, es decir aquella que —pese al éxito que para fines de 1976 había tenido la lucha armada directa con el fin de neutralizar y/o aniquilar el accionar subversivo— se extendió al plano ideológico en todos los sectores de las estructuras del país. De ese modo se facultó a las Fuerzas Armadas para actuar no ya sobre el accionar subversivo, sino sobre sus bases filosóficas e ideológicas así como sobre sus causas políticas, económicas, sociales y culturales (conf. voto del juez Fayt en Fallos: 309:5, pág. 1689 con cita de la directiva 504/77).

La instrumentación de este plan posibilitó —tanto en la sentencia de la cámara como en tres de los votos confirmatorios— la condena de los imputados, tomándose como base el supuesto específico de autoría mediata —*mittelbare Täterschaft*— a través de un aparato de poder organizado —*Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate*— creado por Claus Roxin (si bien este supuesto ha sido pensado para resolver aquellos casos en los que se parte de un subordinado responsable). Es el propio profesor alemán el que en una edición posterior de *Täterschaft und Tatherrschaft*, cita el “juicio a las juntas” en Argentina como paradigma de utilización en el extranjero de su novedosa tesis, luego utilizada por el Tribunal Supremo Federal alemán en el caso conocido como “tiradores del muro” de 1994 —*Mauerschutzeprozess*— (ed. Walter de Gruyter, BerlinNew York, 1994, pág. 653; ver también nota 349).

26) Que ya en la causa 13/84 se precisó que el desmedido poder de hecho y la incontrolada capacidad legisferante alcanzados por los acusados —miembros de la Junta Militar— pudo mover a sus subordinados a una obediencia cuyos límites les eran muy difícil de precisar, tanto subjetiva como objetivamente, circunstancia que no puede dejar de valorarse, y que en la medida que aleja responsabilidades respecto de quienes cumplieron órdenes, hacen más serio el cargo que cabe efectuar a quienes, desde los mandos más altos de la Nación, utilizaron el mecanismo de subordinación característico de las instituciones militares, con finalidades repugnantes a los fines que en situaciones normales debían animar a aquéllas (considerando 24 del voto del juez Fayt en Fallos: 309:5, pág. 1689; cit. también por el señor Procurador General en su dictamen de Fallos: 310:1162).

Asimismo, se afirmó que el dominio del curso de los acontecimientos por el superior limitaba el campo de decisión autónoma del subordinado y reducía a proporciones mínimas la posibilidad de acceder a la licitud de la orden emitida, máxime si el deber de obediencia, fundamento de los ejércitos, constriñe al subordinado a riesgo de sanciones explícitas (considerando 17 del voto de juez Fayt; cit. asimismo por el señor Procurador General en su dictamen de Fallos: 310:1162).

27) Que existe también otro aspecto de la recordada sentencia que cimentó las bases de la declaración sobre la validez constitucional de las leyes hoy nuevamente cuestionadas. Se trata de las diferencias que ya podían elaborarse —*contrario sensu*— con fundamento en lo dicho en ese primigenio fallo acerca de la ya mencionada ley 22.924 —conocida como Ley de Pacificación Nacional—, dictada *in extremis* —cinco semanas antes de celebrarse las elecciones nacionales— por el propio gobierno militar. En efecto, al negar esta Corte validez a la llamada Ley de Pacificación Nacional se estableció que la única autoridad facultada para dictarla —en su caso— era el Congreso de la Nación, conforme lo establecía la Constitución Nacional (voto del juez Fayt en Fallos: 309:5, pág. 1689 y su remisión a Fallos: 306:911).

Por lo demás, esa ley sí vedaba a los jueces toda posibilidad de investigación y sanción, en tanto quedaban directamente impunes hechos aberrantes y no discriminaba la responsabilidad que en diferentes grados pudiera recaer en algunos de los hombres de las instituciones armadas (considerando 13 del voto del juez Fayt en Fallos: 309:5, pág. 1689). Asimismo se aclaró que las decisiones judiciales que se hubiesen dictado con fundamento en la ley 22.924 no alcanzaban el carácter de cosa juzgada, en tanto no a toda sentencia judicial debía reconocérsele fuerza de resolución inmutable, sino sólo a las que han sido precedidas

de un procedimiento contradictorio, no pudiendo tenerse por tales a aquellas donde la parte contraria, o el interés social —que se expresa a través del Ministerio Público— no habían tenido auténtica ocasión de ser oídos, posibilidad que la ley de facto 22.924 estaba destinada a impedir, máxime ante la inexistencia de una “cabal independencia en el actuar de los magistrados” (conf. considerando 14 del voto del juez Fayt en Fallos: 309:5, pág. 1689).

28) Que de modo consecuente el Tribunal —tal como se afirmó— se pronunció por la validez constitucional de la ley de obediencia debida, validez que se afirmó tanto por su origen como por su contenido (Fallos: 310:1162 *in re* “Camps”), circunstancias que la diferenciaban claramente de la Ley de Pacificación Nacional (conf. Fallos: 309:5, pág. 1689).

29) Que en la causa “Camps”, la mayoría del Tribunal fundamentó su decisión en el respeto irrenunciable al principio de división de poderes. Se recordó que la misión más delicada de la justicia es la de saberse mantener dentro del ámbito de su jurisdicción, sin menoscabar las facultades que incumben a los otros poderes. Se enfatizó que esto era especialmente así cuando el Congreso de la Nación ejercía su elevada función de lograr la coordinación necesaria entre los intereses, del modo que prevalezca el de la comunidad toda (conf. voto del juez Fayt). No incumbía, por lo tanto, al Poder Judicial juzgar sobre la oportunidad, el mérito o la conveniencia de las decisiones propias de los otros poderes del Estado (con cita de inveterada jurisprudencia: Fallos: 98:20; 147:402; 150:89; 247:121; 251:21, 53; 275:218; 293: 163; 303:1029; 304:1335, entre otras). Antes bien —se señaló— es misión suya, en cumplimiento de su ministerio como órgano de aplicación del derecho, coadyuvar en la legítima gestión de los otros poderes del Estado (voto del juez Fayt y voto de los jueces Belluscio y Caballero en Fallos: 310:1162).

En virtud de los fundamentos constitucionales expuestos, se concluyó que las facultades del Congreso Nacional tenían la fuerza suficiente para operar el efecto que la ley perseguía en el caso, cual era —en el caso de la ley de obediencia debida— el de dictar una modificación legislativa de carácter objetivo, que excluyera la punición o impidiera la imputación delictiva de quienes, a la fecha de la comisión de los hechos, tuvieron los grados que la ley señalaba y cumplieron las funciones que allí se describían (conf. voto del juez Fayt y voto de los jueces Belluscio y Caballero). Ello por cuanto la Constitución Nacional otorgaba al Congreso Nacional la facultad de dictar todas las leyes que fuesen convenientes para poner en ejercicio los poderes que la misma Constitución establecía. Esto suponía confiar al legislador el asegurar la supervivencia misma del Estado, y a este fin tendían las leyes mentadas. Es por ello, que el Congreso Nacional podía válidamente establecer que determinados hechos no serían punibles, puesto que es resorte del Poder Legislativo la potestad de declarar la criminalidad de los actos, crear sanciones y borrar sus efectos. El juez Petracchi, por su parte, señaló que existía una clara decisión política del legislador, cuyo acierto o error no correspondía al Poder Judicial evaluar, en tanto el Congreso Nacional había ejercitado la facultad que le corresponde en virtud de lo dispuesto en el entonces art. 67, inc. 17 de la Constitución Nacional —facultad de amnistiar— cuya concesión hallaba un fundamento razonable en una característica que a todas ellas comprendía: la falta de capacidad decisoria, configurándose así el requisito de generalidad que exigen las amnistías.

En dicha oportunidad se afirmó: “otros valores podrán preferirse, otras soluciones proponerse, pero mientras la Constitución Nacional nos rija, será el legislador el que decida la conveniencia de los remedios que se adopten en tales materias, por lo que no parece

fundado que en el caso deba el Poder Judicial enervar el ejercicio que aquél ha hecho de tan pesado deber” (considerandos 13 y 14 voto del juez Fayt).

30) Que también en cuanto al efecto de las leyes se estableció su validez. Cabe recordar que fuera del supuesto objetivo del grado militar que excluye *juris et de jure* la punición, el hecho seguía siendo punible para los oficiales superiores que hubieran revistado a la época de los sucesos como comandante en jefe, jefe de zona, jefe de subzona o jefe de fuerza de seguridad, policial o penitenciaria, o para aquellos que, aun cuando no desempeñasen tales funciones, hubieran tenido capacidad decisoria o participación en la elaboración de las órdenes ilícitas.

Es por ello, como señala el señor Procurador General en su dictamen en la causa “Camps”, pronunciándose también por la constitucionalidad de la ley de obediencia debida, que ésta no supone en modo alguno sustraer de los jueces las causas en las que intervienen —a diferencia también de la ley de Pacificación Nacional— ni afecta la tarea de juzgar acerca de la eximente de obediencia debida (dictamen en Fallos: 310:1162). En efecto, en cada caso debía considerarse si los imputados participaron en la elaboración de órdenes o tuvieron el poder de decisión como para enervarlas, a los efectos de determinar si les alcanzaban los beneficios de la ley 23.521, es decir si participaron en la confección de la estrategia de la que aquellos hechos resultaron y si su comisión resultó de su propia decisión (considerando 27, voto del juez Fayt). Debían, entonces, configurarse ciertos requisitos para que correspondieran las eximentes, en tanto no se trataba de una obediencia “ciega”, lo que hubiera resultado insostenible a la luz de la naturaleza de los sujetos participantes en la relación de subordinación, que por ser seres humanos disponen de un margen irreductible de libertad (considerando 21 voto del juez Fayt en Fallos: 310:1162).

31) Que la solución legal no dejaba impunes los delitos juzgados, sino que variaba el centro de imputación hacia otros sujetos, que en una porción de los casos incluso ya habían respondido penalmente. En efecto, tal como señaló el señor Procurador General al emitir su dictamen en la causa mencionada, “la ley no desafecta de punibilidad delito ninguno. Tal cosa —continúa— no puede inferirse en absoluto de la circunstancia de fijar sólo la responsabilidad de su comisión en la persona del superior que dio la orden a través de la cual dichos delitos se consumaron, impidiendo la extensión de esa responsabilidad a quienes en razón de la obediencia debida están eximidos de ella, empero la ley que nos ocupa no tiende a excluir el procesamiento de los responsables” (Fallos: 310:1162, dictamen del señor Procurador General).

32) Que no debe olvidarse que al declararse la constitucionalidad de la ley 23.521 por vez primera, se confirmaron al mismo tiempo las condenas de Ramón Juan Alberto Camps y Ovidio Pablo Riccheri, en tanto “no resulta[ban] amparados por la categoría de ‘obediencia debida’” (ver considerando 33 voto del juez Fayt y parte resolutive de la sentencia). De este modo “ha quedado en claro en causas anteriores la culpabilidad de quienes detentaron los más altos poderes de facto en el Estado, y en esta causa la de los jefes de Policía” (considerando 28, voto del juez Fayt). En consecuencia, de lo expuesto resulta que también por sus efectos, estas leyes resultaron incuestionables para el Tribunal.

33) Que no obstante ello, tanto el *a quo* como el señor Procurador General consideran que existen nuevos argumentos que conducirían a una revisión de lo expuesto. Corresponde, entonces examinar si los argumentos invocados —teniendo en cuenta que la declara-

ción de inconstitucionalidad de una norma ha constituido siempre la última *ratio*— resultan de entidad suficiente como para enervar la línea jurisprudencial referida. Para ello, es necesario describir con precisión dentro del cúmulo de argumentos utilizados, cuáles de ellos son los que en definitiva determinaron un alejamiento tan drástico del precedente con aptitud para conducir a propiciar una solución contraria.

34) Que para arribar a la declaración de inconstitucionalidad de las normas en cuestión el *a quo* debió sortear un primer impedimento: el de la prescripción de la acción penal. Este orden de razonamiento a su vez implicó asumir —tal como lo señala con claridad el señor Procurador General— que las acciones no estaban cubiertas por las leyes en cuestión, y consecuentemente por sus propias causales de extinción de la acción penal, cuya verificación también es una cuestión de orden público.

Para sostener la aplicación del principio de imprescriptibilidad la cámara remitió a los fundamentos dados en distintos precedentes de la sala, a los que agregó otras consideraciones. Así sostuvo que los hechos imputados en la causa se relacionaban directamente con el delito de desaparición forzada de personas, que a partir de la aprobación de la “Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas” fue normativamente caracterizado como crimen de lesa humanidad y por lo tanto imprescriptible —convención aprobada por ley 24.556 y con jerarquía constitucional por ley 24.820—. Para su aplicación retroactiva invocó el art. 15.2 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos que establece una excepción al principio de irretroactividad de la ley penal, si los hechos en el momento de cometerse fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional (crímenes *iuris gentium*).

35) Que, en primer lugar, debe señalarse que la elaboración realizada por el *a quo* en torno al concepto de desaparición forzada de persona asignada a hechos como los aquí investigados, vulnera el principio de legalidad —art. 18 de la Constitución Nacional—, respecto de dos de las prohibiciones que son su consecuencia. En efecto, la norma internacional sobre la que reposa la caracterización de tal delito, no responde a la doble precisión de los hechos punibles y de las penas a aplicar y, además, no cumple con el requisito de ser la *lex praevia* a los hechos de la causa.

36) Que de modo expreso la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas define en su artículo segundo el concepto del delito al cual las partes deberán ajustarse, a la par que el artículo tercero determina que los Estados Parte se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales, las medidas legislativas que fueren necesarias para tipificar como delito la desaparición forzada de persona y fijarle una pena apropiada. Precisamente, en el Congreso de la Nación obran proyectos en estado parlamentario, que establecen la tipificación del delito de desaparición forzada de personas (ver trámite parlamentario N° 220 del 6298 exp. 6620d97 sobre incorporación al Código Penal como art. 142 ter del tipo desaparición forzada de personas —reproducido por expediente 1360D99— que contó con media sanción y luego caducó; resulta ilustrativo respecto de los inconvenientes que la tipificación conlleva, el debate parlamentario en el H. Senado de la Nación, versión taquigráfica, 52° Reunión 21° Sesión ordinaria del 27 de octubre de 1999, dictamen de las comisiones de Asuntos Penales y Regímenes Carcelarios, de Asuntos Constitucionales, de Derechos y Garantías y de Defensa Nacional, orden del día N° 564). Por lo tanto, no puede predicarse que la Convención haya contemplado un

tipo penal ajustado al principio de legalidad entendido por inveterada jurisprudencia de esta Corte como aquel que exige para su configuración la doble determinación por el legislador de los hechos punibles y las penas a aplicar (Fallos: 16:118; 169:309; 314:1451, entre muchos otros).

37) Que a lo anterior debe sumarse que la aplicación de la Convención a los hechos de la causa, tampoco cumple con el requisito de *lex praevia* exigido por el principio de legalidad, en tanto aquélla no se hallaba vigente en el momento de comisión de los hechos. Al respecto, reiteradamente ha dicho este Tribunal que una de las más preciosas garantías consagradas en el art. 18 de la Constitución Nacional es que ningún habitante de la Nación pueda ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso (Fallos: 136:200; 237:636; 275:89; 298:717). En efecto, debe existir una ley que prohíba o mande una conducta, para que una persona pueda incurrir en falta por haber obrado u omitido obrar en determinado sentido y que además se determinen las penas a aplicar (Fallos: 304:892). Consecuentemente, de dicha norma constitucional, que consagra el principio *nullum crimen, nulla poena sino lege praevia* se deriva que la ley penal no puede ser retroactiva en cuanto a la descripción del tipo legal ni en cuanto a la adjudicación de la sanción.

En el mismo sentido, cabe destacar que en la sentencia de reparaciones *in re* “Trujillo Oroza vs. Boliva” Serie C N° 92, de fecha 27 de febrero de 2002 de la Corte Interamericana, el juez García Ramírez señaló que el Tribunal había examinado el asunto bajo el título jurídico de violación del derecho a la libertad y no como desaparición forzada, *tomando en cuenta que no existía en Bolivia tipo penal sobre desaparición, ni existía vinculación del Estado, como ahora la hay, a un instrumento internacional específico en esta materia* (párr. 12; énfasis agregado).

38) Que, sin embargo, ni aun admitiendo que el delito de desaparición forzada de personas ya se encontraba previsto en nuestra legislación interna como un caso específico del género “privación ilegítima de libertad” de los arts. 141 y, particularmente, 142 y 144 bis del Código Penal, la solución variaría en modo alguno, pues la aplicación del principio de imprescriptibilidad previsto en la citada Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, a hechos anteriores a su entrada en vigor (art. 7°), seguiría resultando contraria a la proscripción de aplicación retroactiva de la ley penal que establece el principio de legalidad. Resulta, a su vez, inexplicable que la cámara omita considerar en su razonamiento que es la propia Convención sobre Desaparición Forzada de Personas la que establece en su art. 7°, párrafo segundo, que cuando existiera una norma de carácter fundamental que impidiera la aplicación de lo estipulado en el párrafo anterior (se refiere a la imprescriptibilidad), el período de prescripción deberá ser igual al delito más grave en la legislación interna del respectivo Estado Parte. Y qué es el art. 18 de la Constitución Nacional, sino un norma de carácter fundamental.

39) Que la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de lesa humanidad tampoco resultaría aplicable, pues si bien fue adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 26 de noviembre de 1968, recién fue aprobada por el Estado argentino mediante la ley 24.584 (publicada B.O. 29 de noviembre de 1995). Al respecto debe señalarse que existen dos cuestiones que no deben ser confundidas: la primera es la atinente al principio de imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad previsto en la mencionada Convención y la segunda es la que se

refiere a la posibilidad de su aplicación retroactiva. Por otra parte, el delito de desaparición forzada de personas no conformaba el elenco de crímenes de guerra y de lesa humanidad al que aludía el art. 1° a y b de la Convención. Sobre la cuestión cabe destacar que en el Documento de Trabajo para un “Instrumento Internacional Jurídicamente vinculante sobre desapariciones forzadas” de las Naciones Unidas —Ginebra 4 al 8 de octubre de 2004— se ha propuesto que en su preámbulo se establezca que la desaparición forzada “constituye un delito y, en determinadas circunstancias, un crimen contra la humanidad” (ver así también la proposición de la presidencia de fecha 6 de febrero de 2005).

40) Que con respecto al principio de imprescriptibilidad —en cuanto rotunda exhortación desde el plano internacional— el Estado argentino ha demostrado encontrarse absolutamente comprometido a partir de la sanción de la ley 24.584 del 29 de noviembre de 1995, por la que aprobó la “Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad”, así como también con la sanción de la ley 25.778 del 3 de septiembre de 2003, que la incorporó con jerarquía constitucional.

Es claro que de este modo las reglas de jerarquía inferior sobre prescripción de la acción penal previstas en el ordenamiento jurídico interno (art. 62 del Código Penal), han quedado desplazadas por la mencionada Convención. Por otra parte —sin que corresponda pronunciarse aquí sobre su origen, evolución y contenido— lo cierto es que el principio de imprescriptibilidad que actualmente ostenta rango constitucional no suscita conflicto alguno que deba resolverse, toda vez que no existe ninguna norma constitucional en el derecho argentino que establezca que los delitos deban siempre prescribir. Tal como afirmó desde antiguo el Tribunal, la garantía de defensa en juicio no requiere que se asegure a quien la ejercita la exención de responsabilidad por el solo transcurso del tiempo (Fallos: 193:326; 211:1684 y 307:1466, entre otros).

41) Que como se afirmó en el caso A.533 XXXVIII “Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros —causa N° 259—” del 24 de agosto de 2004 —disidencia del juez Fayt—, una cuestión muy distinta es que este aceptado principio deba aplicarse no ya para el futuro, sino retroactivamente. En efecto, toda vez que la aprobación e incorporación con jerarquía constitucional de la Convención mencionada se ha producido con posterioridad a la comisión de los hechos de la causa, corresponde examinar la cuestión relativa a si la regla que establece la imprescriptibilidad puede ser aplicada al *sub lite* retroactivamente o si ello lesiona el principio *nullum crimen sine poena legali* —formulado científicamente por Anselm von Feuerbach, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 14 ed., Giessen, 1847, *Los principios primeros del derecho punitivo*, parágrafos 19 y 20)— y consagrado en el art. 18 de la Constitución Nacional.

42) Que por ello la aplicación al *sub examine* de la “Convención sobre Imprescriptibilidad” también resulta contraria a la proscripción de aplicación retroactiva de la ley penal, como corolario del principio de legalidad ya formulado.

En efecto, la jurisprudencia de la Corte ha interpretado esta garantía como aquella que prohíbe la aplicación de disposiciones penales posteriores al hecho que modifiquen *in malam partem* cualquier requisito del que dependa la **punibilidad** del hecho. Así, ha sostenido que el principio de legalidad comprende “la exclusión de disposiciones penales posteriores al hecho infractor —leyes *ex post facto*— que impliquen empeorar las condiciones de los encausados...(E)l instituto de la prescripción cabe, sin duda alguna en el concepto de

‘ley penal’ desde que ésta comprende no sólo el precepto, la sanción, la noción del delito y la culpabilidad, sino todo el complejo de las disposiciones ordenadoras del régimen de extinción de la pretensión punitiva” (Fallos: 287:76).

Este es el alcance correcto del principio de legalidad en todos sus aspectos, en tanto “la sujeción [a la ley] debe garantizar objetividad: el comportamiento punible y la medida de la pena no deben determinarse bajo la impresión de hechos ocurridos pero aún por juzgar, ni como medio contra autores ya conocidos, sino *por anticipado* y con *validez general*, precisamente mediante una ley determinada, sancionada con anterioridad al hecho. El principio abarca a todos los presupuestos de punibilidad y no está limitado al ámbito de lo imputable (...): especialmente, también la **prescripción** ha de estar legalmente determinada y no cabe prorrogarla retroactivamente, tanto si antes del acto de prórroga ha expirado el plazo como si no. El aspecto de confianza de carácter psicológico, extravía hasta llevar a la asunción de que la prescripción no es objeto del principio de legalidad, dado que aquélla no desempeña en el cálculo del autor papel alguno digno de protección. Pero no se trata de eso. Más bien lo decisivo es que el Estado, al prorrogar el plazo de prescripción (...) amplía su competencia para punir, y ello, en la retroactividad deliberada [gewollte Rückwirkung], también bajo la impresión de hechos ya sucedidos, pero aún por juzgar (Günther Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Walter de Gruyter Verlag, Berlín u. New York, 1991, 4/9; énfasis agregado).

En el mismo sentido, se ha considerado que la regulación de la prescripción es una cuestión que pertenece a los presupuestos de la penalidad, por lo que de acuerdo con lo que dispone el principio de legalidad no puede modificarse retroactivamente en perjuicio del reo (así Pawlowski, *Die Verlängerung von Verjährungsfristen*, NJW 1965, 287 ss. y *Der Stand der rechtlichen Diskussion in der Frage der strafrechtlichen Verjährung*, NJW 1969, 594 ss.; Lorenz, *Strafrechtliche Verjährung und Rückwirkungsverbot*, GA 1968, 300 ss; Arndt, *Zum Problem der strafrechtlichen Verjährung*, JZ 1965, 148; Grünwald, *Zur verfassungsrechtlichen Problematik der rückwirkenden Änderung von Verjährungsvorschriften*, MDR ZStW 80 (1968), pág. 364; Wilms, *Zur Frage rückwirkender Beseitigung der Verjährung*, JZ 1969, 61; graves objeciones contra la retroactividad formula por razones generales jurídicoconstitucionales, P. Schneider, *NSVerbrechen und Verjährung*, Festschrift für O.A. Germann, 1969, pág. 221. Todos citados por H. H. Jescheck en su *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, Volumen Segundo, trad. Mir PuigMuñoz Conde, ed. Bosch, Barcelona, 1981, pág. 1239). En la doctrina española puede encontrarse idéntica postura en Muñoz R., Campo Elías Guerra de Villalaz, Aura E., *Derecho Penal*, pág. 152 y Morillas Cueva Lorenzo, *Curso de Derecho Penal Español*, pág. 116. El Prof. Jescheck señala, a su vez, que incluso quienes sostienen la tesis procesalista respecto del instituto de la prescripción, deben tener en cuenta que la prohibición de retroactividad se aplica actualmente cada vez más también a los presupuestos procesales (op. cit., loc. cit).

De lo dicho hasta aquí cabe concluir que conceder eficacia *ex post* a normas que prolonguen los plazos de prescripción o establezcan derechamente la imprescriptibilidad de la acción penal afecta indudablemente al requisito de *lex praevia* exigido por el principio de legalidad establecido en el art. 18 de la Constitución Nacional.

43) Que, aun cuando pudiera entenderse que en el caso de la “Convención sobre Imprescriptibilidad”, es el propio texto de una convención con jerarquía constitucional, la que

prevé su aplicación retroactiva —así lo ha inferido, en base a los arts. I y IV de la “Convención sobre Imprescriptibilidad” un amplio sector doctrinario, aunque no sin detractores— o bien que podría aplicarse la “Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas” en virtud de lo dispuesto por otra Convención con jerarquía constitucional (art. 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece la retroactividad en caso de crímenes *iuris gentium*), lo cierto es que ambas previsiones contrarias al art. 18 de la Constitución Nacional resultarían inaplicables para el derecho argentino, en virtud de lo dispuesto en el art. 27 de la Ley Fundamental como luego se detallará.

Por otra parte, el *a quo* elabora su razonamiento sobre la base de asignar al art. 15.2 el carácter de *ius cogens*, es decir de norma imperativa del derecho internacional general, aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto, que no admite acuerdos en contrario y sólo puede ser modificada por normas posteriores del mismo carácter. Mas esta aseveración es absolutamente infundada, en tanto define al principio de **aplicación retroactiva de la ley penal en caso de crímenes *iuris gentium*** —pues de eso se trata y no de la calificación de los crímenes en sí— como norma de *ius cogens* sin más base que la afirmación dogmática de quienes suscriben el fallo. Asignan a estas normas la condición de *ius cogens* sin siquiera examinar o al menos enunciar la práctica internacional de los Estados sobre la que supuestamente basan su conclusión. Es por ello que la segunda afirmación apodíctica del *a quo* —según la cual la reserva legislativa formulada por la República Argentina (art. 4° de la ley 23.313) al ratificar el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, no es suficiente para quitarle al art. 15.2 su condición de *ius cogens*— arrastra igual vicio, en tanto se asienta sobre una afirmación carente de fundamentación.

A ello cabe agregar que de conformidad con el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional, el mencionado Pacto se incorporó “en las condiciones de su vigencia”. Esta pauta indica que deben tomarse en cuenta las reservas y aclaraciones que nuestro país incluyó en el instrumento mediante el cual llevó a cabo la ratificación internacional. Cabe recordar que el Estado argentino manifestó, para este caso, que la aplicación del apartado segundo del art. 15 del Pacto debía estar sujeta al principio de legalidad establecido en el art. 18 de la Constitución Nacional, lo que como luego se verá se condice con la importancia y necesidad de “un margen nacional de apreciación” (reserva del Estado argentino al ratificar el Pacto el 8 de agosto de 1986; art. 4° de la ley 23.313; al respecto ver también las manifestaciones del representante de la delegación argentina, doctor Ruda en el 15° período de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, Documentos Oficiales, 3ª comisión, sesiones 1007ª y 1009ª del 31 de octubre de 1960 y 2 de noviembre de 1960, respectivamente). No debe soslayarse, asimismo, que un texto análogo al del apartado segundo, fue excluido del proyecto de lo que después fue la Convención Americana sobre Derechos Humanos —Pacto de San José de Costa Rica— (conf. Acta Final de la Cuarta Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos, suscrita en Santiago de Chile el 9 de septiembre de 1959, Unión Panamericana, Secretaría General de la O.E.A., Washington D.C., 1959).

44) Que, de todos modos, como ya se señaló, tanto la aplicación retroactiva de la “Convención sobre Imprescriptibilidad” (arts. I y IV) como la de la “Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas” (en virtud del art. 15, ap. segundo, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), resultan inaplicables en el derecho argentino, de conformidad con lo dispuesto en el art. 27 de la Constitución Nacional. Al respecto cabe recordar que en el sistema constitucional argentino esta previsión determina

que los tratados deben ajustarse y guardar conformidad con **los principios de derecho público establecidos en esta Constitución.**

45) Que —como ya se afirmó en el citado caso “Arancibia Clavel” (disidencia del juez Fayt)— los alcances de dicha norma fueron motivo de examen en el seno de la Convención del Estado de Buenos Aires, reunida en 1860, según el Pacto de San José de Flores del 11 de noviembre de 1859. El 30 de abril de 1860, al discutirse la enmienda 15 que abolía la esclavitud, los convencionales debatieron la cuestión de los tratados a raíz del que la Confederación había firmado con el Brasil y que permitía extraditar a los esclavos que habían ingresado al territorio de la república. Cabe recordar aquí al convencional Estévez Seguí, quien en esa oportunidad consideró que era suficiente con el art. 27 para declarar la nulidad de los tratados que no se ajustasen a los principios de derecho público establecidos por la Constitución.

El artículo citado consagra la supremacía de la Constitución —más precisamente, de los principios constitucionales— frente a los tratados internacionales, y de él proviene la “cláusula constitucional” o “fórmula argentina” expuesta en la Conferencia de la Paz de La Haya en 1907 por Roque Sáenz Peña, Luis María Drago y Carlos Rodríguez Larreta, por la que se debe excluir de los tratados en materia de arbitraje “las cuestiones que afectan a las constituciones de cada país”. En consecuencia, los tratados que no se correspondan con los principios de derecho público establecidos en la Constitución, serán nulos “por falta de jurisdicción del gobierno para obligar a la Nación ante otras” (Joaquín V. González, Senado de la Nación, Diario de Sesiones, Sesión del 26 de agosto de 1909 y volumen IX de sus Obras Completas, págs. 306 a 309).

46) Que a través de esta cláusula, la Constitución Nacional condiciona a “los tratados sobre aquellas cuestiones que pudieran afectar la soberanía y la independencia de la Nación y los principios fundamentales de derecho público sobre los que reposa la organización política de la República. Un tratado no puede alterar la supremacía de la Constitución Nacional, cambiar la forma de gobierno, suprimir una provincia o incorporar otras nuevas, limitar atribuciones expresamente conferidas a los poderes de gobierno, desintegrar social o políticamente al territorio; **restringir los derechos civiles, políticos y sociales** reconocidos por la Constitución a los habitantes del país, ni las prerrogativas acordadas a los extranjeros ni suprimir o disminuir en forma alguna las garantías constitucionales creadas para hacerlos efectivos...En cuanto la Constitución Nacional sea lo que es, el art. 27 tiene para la Nación significado singular en el derecho internacional. La regla invariable de conducta, **el respeto a la integridad moral y política de las Naciones contratantes**” (Joaquín V. González, op. cit. , volumen IX, pág. 52; énfasis agregado).

Se trata de una norma de inestimable valor para la soberanía de un país, en particular, frente al estado de las relaciones actuales entre los integrantes de la comunidad internacional. Esta interpretación preserva —ante las marcadas asimetrías económicas y sociales que pueden presentar los Estados signatarios de un mismo Tratado— el avance de los más poderosos sobre los asuntos internos de los más débiles; en suma, aventa la desnaturalización de las bases mismas del Derecho Internacional contemporáneo, pues procura evitar que detrás de un aparente humanismo jurídico se permitan ejercicios coloniales de extensión de soberanía.

Es por ello que el art. 27, a la par que prescribe al gobierno federal el deber de afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de los tratados, le

impone la condición de que ha de ajustarse a los preceptos de la misma Constitución. Es, pues, nula toda cláusula contenida en un tratado que importe un avance sobre esta prescripción constitucional, porque ni el Congreso ni el Poder Ejecutivo, ni ningún tribunal representativo de los poderes públicos de la Nación, tiene el derecho o la facultad para comprometer los preceptos que afectan a la soberanía. Luego es inadmisibles “toda cláusula o pacto que atente contra la integridad, moral, política y soberana de la Nación porque el Congreso no tiene facultad para dictarla, porque sería necesario convocar a una convención constituyente para reformar la Constitución y aprobar un pacto de esta naturaleza” (Joaquín V. González, *ibídem*). En efecto, sólo una reforma constitucional que modificara los arts. 27 y 30 de la Constitución Nacional, podría alterar este estado de cosas.

47) Que el límite que el art. 27 de la Constitución Nacional impone a los tratados no le impide a la Nación mantener y cultivar las relaciones de paz, amistad y comercio con las demás Naciones y ser partícipe del desarrollo del derecho internacional y de los diferentes procesos que se orientan a un mayor grado de interdependencia entre los Estados. Las nuevas situaciones y las nuevas necesidades de carácter internacional, no son ajenas al derecho público argentino, tanto en lo que respecta a la participación activa en la formación de los organismos internacionales como las nuevas esferas en que se mueve el derecho internacional público. La protección internacional integral de los derechos humanos y su respeto universal tal como se reseñó *ut supra* constituyen principios esenciales en los que se apoya el derecho público argentino.

48) Que en absoluta concordancia con el art. 27 de la Constitución Nacional también desde la ciencia del derecho internacional se reconoce actualmente —y como ya se hiciera referencia— lo que se denomina un “margen nacional de apreciación”, doctrina nacida en la Comisión Europea de Derechos Humanos, adoptada por la Corte Europea de Derechos Humanos y recogida también por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (conf. OC4/84 Serie A, N° 4, del 19 de enero de 1984). Su esencia es garantizar, ciertamente, la existencia de la autonomía estatal, por la cual cada Estado tiene reservado un margen de decisión en la introducción al ámbito interno de las normas que provienen del ámbito internacional (DelmasMarty Mireille, *Marge nationale d’appréciation et internationalisation du droit. Réflexions sur la validité formelle d’un droit común en gestation*, en AAVV, *Variations autour d’un droit commun. Travaux préparatoires*, París, 2001, pp. 79 ss. y *passim*.).

Es claro que dentro de los principios que sin lugar a dudas integran ese “margen de apreciación” autónomo de cada Estado —en el que la soberanía estatal no cede frente a normas que se insertan desde el plano internacional— se encuentran los derechos fundamentales garantizados a los individuos por las constituciones estatales. De esta manera la introducción de principios de derecho internacional encuentra su límite en la afectación de esos derechos fundamentales. Es decir, se trata de adaptar las exigencias del derecho internacional —con el espacio de autonomías que se reservan los Estados individuales— sin restringir las garantías básicas de las personas que, en el caso del derecho penal, no son otras que las que se encuentran sometidas a enjuiciamiento.

Es indudable entonces, que sobre la base del art. 27, el constituyente ha consagrado ya desde antiguo un propio “margen nacional de apreciación” delimitado por los principios de derecho público establecidos en la Constitución Nacional, conformado por sus “artículos 14, 16, 17, 18 y 20 (...) franquicias (...) concedidas a todos los habitantes, como principios

de derecho público, fundamentales del derecho orgánico interno y del derecho internacional argentino” (Juan Bautista Alberdi, *El sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina según su constitución de 1853*, Obras Completas, tomo IV, Buenos Aires, 1886, pág. 277, énfasis agregado).

49) Que, en definitiva, la vigencia del art. 27 impide claramente la aplicación de un tratado internacional que prevea la posibilidad de aplicación retroactiva de la ley penal, en tanto el principio de legalidad que consagra el *nullum crimen nulla poena sine lege praevia* es innegablemente un **principio de derecho público establecido en esta Constitución** (art. 18 de la Constitución Nacional), quizá uno de sus más valiosos (conf. Fallos: 136:200; 237:636; 275:89; 298: 717. Es este margen nacional de apreciación el que determina que la garantía mencionada, consagrada a quienes son juzgados por tribunales argentinos, deba ser respetada estrictamente incluso tratándose de los denominados crímenes de lesa humanidad, cuando éstos se juzguen en el país. En este sentido, cabe recordar que el 3 de diciembre de 1973, la Asamblea General de la ONU, adoptó la resolución 3074 (XXVIII) sobre “Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad”. Allí se estableció que esos crímenes, dondequiera y cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido, serán objeto de una investigación, y las personas contra las que existen pruebas de culpabilidad en la comisión de tales crímenes serán buscadas, detenidas, enjuiciadas, y en caso de ser declaradas culpables, castigadas (A/CN. 4/368, pág. 99). Empero, el representante de la delegación argentina se opuso a esa redacción, pues el texto podía interpretarse en el sentido de que se exige a los Estados que adopten una legislación retroactiva...” (Naciones Unidas, Asamblea General, 28º período de sesiones, Documentos Oficiales, 2187 sesión plenaria, 3/12/ 73, Nueva York, pág. 4). Es por ello que la Argentina se abstuvo en el momento de la votación.

Esta circunstancia unida a la reserva formulada respecto del apartado segundo del art. 15 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, reflejan el comportamiento inalterado de rigurosa sujeción al principio de legalidad como principio de derecho público y garantía básica de toda persona que se encuentre sometida a enjuiciamiento penal, que ha mantenido nuestra República.

50) Que tal como se consignó en el precedente “Arancibia Clavel” —disidencia del juez Fayt— en nada empece lo dicho hasta aquí la nueva jurisprudencia del Tribunal en materia de tratados ni la reforma constitucional del año 1994. Esto es así pues el art. 18 de la Constitución Nacional sigue resultando una barrera infranqueable, en virtud de lo dispuesto en el art. 27 de la Constitución Nacional cuyo origen y contenido fue reseñado *ut supra*.

51) Que a partir del *leading case* “S.A. Martín & Cía. Ltda.”, sentenciado en el año 1963 (Fallos: 257:99), la Corte Suprema de Justicia de la Nación sentó las bases de su doctrina sobre la relación entre el derecho interno y el derecho internacional. Allí se estableció que ni el art. 31 ni el 100 (actual 116) de la Constitución Nacional atribuyen prelación o superioridad a los tratados con las potencias extranjeras respecto de las leyes válidamente dictadas por el Congreso de la Nación y que, por tal razón, no existía fundamento normativo para acordar prioridad de rango a ninguno. Se seguía de lo dicho que regía respecto de ambas clases de normas, en cuanto integrantes del ordenamiento jurídico interno de la República, el principio con arreglo al cual las normas posteriores derogan a las anteriores.

En su expresión clásica: *leges posteriores priores contrarias abrogant*. Como consecuencia necesaria de la igualdad jerárquica señalada, también la doctrina y jurisprudencia norteamericanas —citadas en el fallo en cuestión— han admitido desde antiguo la aplicación de este principio. Idéntica doctrina se reiteró en Fallos: 271:7, *in re* “Esso S.A.”, del año 1968.

Esta etapa —que podría calificarse como la de la jurisprudencia tradicional en la materia— se extendió hasta el año 1992, oportunidad en la que la Corte Suprema reelaboró su postura *in re* “Ekmekdjian” (Fallos: 315:1492). La doctrina que se deriva del fallo se asienta en dos argumentos distintos: el primero aludía a la condición de acto complejo federal que caracteriza a un tratado y el segundo, al art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Recordemos que esa norma prevé que “(u)na parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”. Con la incorporación de la Convención de Viena (en vigor desde el 27 de enero de 1980) se configuraba —en principio— para el Tribunal el fundamento normativo —a diferencia de lo que ocurría *in re* “S.A. Martín & Cía. Ltda.”— para conferir primacía a los tratados internacionales sobre las **normas** internas.

En el voto mayoritario se establece que la Convención es un tratado internacional, constitucionalmente válido, que asigna prioridad a los tratados internacionales frente a la ley interna en el ámbito del derecho interno. Esta convención —continúa el fallo— ha alterado la situación del ordenamiento jurídico argentino contemplada en los precedentes, pues ya no es exacta la proposición jurídica según la cual no existe fundamento normativo para acordar prioridad al tratado frente a la **ley**. La aplicación de tal fundamento normativo imponía, entonces, a los órganos del Estado argentino asignar primacía al tratado ante un eventual conflicto con una norma interna contraria. El significado que cabe otorgarle a esta última proposición se explicitará a continuación.

52) Que en ese cometido, cabe recordar que tal como ocurría al dictarse el *leading case* “S.A. Martín & Cía.”, los arts. 27, 30 y 31 de la Constitución Nacional, **continúan regulando los vínculos entre el derecho internacional y el interno**, normas cuya vigencia no debe desatenderse.

Es por ello que lo afirmado hasta aquí no resulta desvirtuado por lo resuelto en la causa “Miguel Angel Ekmekdjian” (Fallos: 315:1492). Allí —como ya se señaló— en base al art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados se estableció que debía prevalecer el tratado internacional sobre la norma interna. Mas esto no significa en modo alguno que esta Corte Suprema haya conferido mediante esta **norma primacía al derecho internacional sobre el derecho interno**. Lo que sí afirmó este Tribunal, es que a diferencia del precedente “S.A. Martín & Cía.”, la incorporación de la Convención de Viena proporcionaba fundamentos para acordar prioridad al tratado sobre la **ley**. Sólo así el art. 27 de la Convención puede ser compatible con nuestro sistema constitucional.

53) Que como se adelantó, tampoco la reforma constitucional de 1994 —que incorporó las declaraciones y los tratados de derechos humanos enumerados en el art. 75, inc. 22, segundo párrafo—, logran conmovir este estado de cosas, en tanto la vigencia de los arts. 27 y 30 mantiene el orden de prelación entre la Constitución y los tratados internacionales, que de conformidad con el primer artículo citado es la que debe primar en caso de conflicto.

En efecto, los constituyentes establecieron que ciertos instrumentos internacionales de emblemático valor —dos declaraciones y siete tratados de derechos humanos— enunciados taxativamente gozaban de jerarquía constitucional. A su vez, añadieron un mecanismo de decisión —con mayoría especial— para conferir ese rango a otros tratados de derechos humanos. Sin embargo, debe recordarse que a la par se precisó expresamente que esos instrumentos no derogaban “artículo alguno de la primera parte de la Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”. Ello robustece lo hasta aquí afirmado respecto de la vigencia de los arts. 27 y 30 de la Constitución Nacional: tales instrumentos prevalecerán sobre las leyes ordinarias y los demás tratados a *condición de respetar la prevalencia de los principios de derecho público constitucionales consagrados en la primera parte de ese ordenamiento* (disidencia del juez Belluscio en Fallos: 321:885). De allí que su jerarquización —de segundo rango— exija una ineludible comprobación de su armonía con aquellos derechos y garantías que esta Corte —en tanto custodio e intérprete final de la Constitución— tiene el deber de salvaguardar. En efecto, es al Poder Judicial a quien corresponde mediante el control de constitucionalidad realizar ese juicio de comprobación.

54) Que con posterioridad a la reforma constitucional, fue en el caso “Cafés La Virginia S.A.” (Fallos: 317: 1282), en donde se subrayó que el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados impone a los órganos del Estado argentino asegurar primacía a los tratados sobre una norma interna contraria, señalándose, a su vez, que el principio de supremacía de los tratados sobre las leyes internas deriva de los arts. 31 y 75, inc. 22, de la Constitución Nacional.

55) Que, sin embargo, la cuestión que debe dilucidarse es si la primacía del Derecho Internacional comprende a la propia Constitución Nacional. Si la respuesta fuera afirmativa, el Derecho Internacional prevalecería sobre el Derecho Interno del país, consagrándose así el monismo en su concepción más extrema. Esta postura —tal como se precisó en el precedente “Arancibia Clavel”, disidencia del juez Fayt— resulta totalmente inaceptable en el sistema constitucional argentino.

56) Que si bien es cierto que en la causa “Fibrica Constructora S.C.A.” (Fallos: 316:1669) —y las que a ella se remiten— se estableció que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados impone a los órganos del Estado argentino asignar esa superioridad al tratado internacional “**una vez asegurados los principios de derecho público constitucionales**”, lo que podría hacer pensar en una jurisprudencia que morigera la doctrina sobre la preponderancia del Derecho Internacional sobre el Derecho Interno, no resulta claro si esa interpretación también es aplicable respecto de los **tratados de derechos humanos que gozan de “jerarquía constitucional”**, y en caso afirmativo, cuál sería el contenido que cabe asignar a la expresión “una vez asegurados”.

57) Que en diversos votos que informan decisiones de esta Corte se ha entendido que con la incorporación de los tratados mencionados a la Constitución Nacional, ya se dejó sentada su concordancia con los principios de derecho público establecidos en ella, en tanto los constituyentes ya habrían efectuado el juicio de comprobación en virtud del cual habrían cotejado los tratados del art. 75, inc. 22 y los artículos constitucionales y verificado que no se producía derogación alguna de estos últimos. Así se ha afirmado que “la armonía o concordancia entre los tratados y la Constitución es un

juicio del constituyente...que los poderes constituidos no pueden desconocer o contradecir” (conf. causas “Monges”, Fallos: 319:3148 (voto de los jueces Nazareno, Moliné O’Connor, Boggiano y López); “Chocobar”, Fallos: 319:3241 (voto de los jueces Nazareno, Moliné O’Connor y López); “Petric”, Fallos: 321:885 (votos de los jueces Moliné O’Connor y Boggiano); “Rozenblum”, Fallos: 321:2314 (disidencia del juez Boggiano); “Cancela”, Fallos: 321:2637 (voto de los jueces Nazareno, Moliné O’Connor, López y Vázquez); “S., V.”, Fallos: 324:975 (voto de los jueces Moliné O’Connor y López y de los jueces Boggiano y Vázquez); “Menem”, Fallos: 324:2895 (voto de los jueces Nazareno, Moliné O’Connor y López); “Alianza ‘Frente para la Unidad’”, Fallos: 324:3143 (voto del juez Boggiano); “Guazzoni”, Fallos: 324:4433 (voto de los jueces Nazareno, Moliné O’Connor y López); “Mignone”, Fallos: 325: 524, votos de los jueces Nazareno, Moliné O’Connor y López; entre muchas otras).

58) Que, por el contrario, la tesis que aquí se propugna toma como base normativa al art. 27 de la Constitución Nacional que prohíbe cualquier interpretación que asigne al art. 27 de la Convención de Viena una extensión que implique hacer prevalecer al Derecho Internacional sobre el Derecho Interno. En base a la norma constitucional citada, es al **Poder Judicial** a quien corresponde, mediante el control de constitucionalidad, evaluar, en su caso, si un tratado internacional —cualquiera sea su categoría— guarda “conformidad con los principios de derecho público establecidos en [la] Constitución” (art. 27 de la Constitución Nacional). En otras palabras, debe asegurarse la supremacía constitucional, tal como ya se había declarado categóricamente en el voto de los jueces Gabrielli y Guastavino *in re* “Cabrera” (Fallos: 305: 2150), en el que se había ejercido el control de constitucionalidad con fundamento en la función que corresponde a la Corte de salvaguardar la vigencia de la Constitución Nacional.

59) Que, por lo demás es claro que lo afirmado en los precedentes de la Corte *ut supra* reseñados acerca del juicio de comprobación, resulta inaplicable en lo que respecta a la “Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad” —no así al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos—, toda vez que aquél es uno de uno de los instrumentos a los que se refiere el párrafo tercero del art. 75, inc. 22, es decir aquéllos cuya jerarquía constitucional ni siquiera ha sido otorgada por el poder constituyente, sino por un poder constituido (ambas cámaras del Congreso con mayoría especial). Resultaría aun más intolerable que un tratado de la categoría descripta desconociera principios infranqueables de nuestra Ley Fundamental, reformándola a extramuros de la técnica constitucional establecida en el art. 30 citado.

60) Que como la incolumidad de los arts. 27 y 30 de la Constitución Nacional resulta incuestionable, es que lo dicho por el señor Procurador General en la citada causa “Cabrera” continúa manteniendo plena vigencia. Allí afirmó que “los tratados internacionales no prevalecen en nuestro derecho constitucional sobre la Constitución Nacional porque la rigidez de ésta no tolera que normas emanadas de los órganos del poder constituido la alteren o violen, pues ello equivale a reformarla y porque el art. 27 es terminante en exigir que los tratados estén de conformidad con los principios de derecho público de la Constitución”.

En efecto, en nada se ha apartado la reforma mencionada del principio seminal que consagra la supremacía de la Constitución en relación a los tratados internacionales, como lo había sostenido esta Corte con fundamento en la letra del art. 27, que permanece enhi-

to. Como se dijo, esta interpretación es —a su vez— un corolario del sistema rígido que adopta la Constitución para su reforma (art. 30).

61) Que, entonces, los tratados de derechos humanos a los que hace referencia los párrafo segundo y tercero del art. 75 inc. 22, son jerárquicamente superiores a los demás tratados —los supralegales (art. 75, inc. 22, primer párrafo, e inc. 24)— y por ello tienen jerarquía constitucional, pero eso no significa que sean la Constitución misma. En efecto, la inclusión de tratados con jerarquía constitucional no pudo significar en modo alguno que en caso de que esa categoría de tratados contuviera disposiciones contrarias a la Primera Parte de la Constitución (como la retroactividad de la ley penal), aquellos deban primar sobre el derecho interno. Distinta es la situación que se presenta cuando la norma prevista en el tratado con jerarquía constitucional no deroga y altera el “equilibrio” normativo, sino que puede compatibilizarse de modo que resulte un conjunto armónico de disposiciones con una unidad coherente (conf. arg. voto del juez Fayt en “Petric”, Fallos: 321:885).

De lo afirmado hasta aquí cabe concluir que la Constitución Nacional se erige sobre la totalidad del orden normativo. En segundo término, se ubican los tratados sobre derechos humanos individualizados en el segundo párrafo del art. 75. inc. 22 —en lo que al caso interesa el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos— y los tratados de derechos humanos que adquieran esta categoría en el futuro —tercer párrafo del art. 75, inc. 22— (hasta el momento, precisamente, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad). En tercer lugar los demás tratados, concordatos y las normas dictadas a propósito de los tratados de integración; y por último las leyes del Congreso.

Tal como se afirmó en el caso “Arancibia Clavel”, la reforma constitucional sólo modificó la relación entre los tratados y las leyes, ya establecida pretorianamente en la causa “Ekmekdjian” en base al art. 27 de la Convención de Viena, pero en modo alguno entre los tratados —cualquiera fuera su categoría— y la Constitución Nacional, lo que jamás habría sido posible por la expresa prohibición a la Convención Constituyente de modificar los arts. 1 a 35 (ley 24.309, art. 7).

Por ello, y en virtud del orden de prelación *ut supra* explicitado, de concluirse que la “Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad” prevé su utilización retroactiva o bien que el apartado segundo del art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos permite la aplicación retroactiva de la “Convención Interamericana contra la Desaparición Forzada de Personas”, estos preceptos resultarían claramente inaplicables. En efecto, el art. 18 de la Constitución Nacional como norma de jerarquía superior —y por lo demás más respetuosa del principio *pro homine*— impediría que pueda aplicarse retroactivamente una derogación al régimen de prescripción de la acción penal.

62) Que a poco que se repare en ella, de la evolución jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tampoco se deriva necesariamente la posibilidad de aplicación retroactiva del principio de imprescriptibilidad. En efecto, de su examen no puede concluirse sin más que la omisión de los jueces de aplicar *ex post facto* las normas mencionadas, vulnere la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, por lo tanto, genere responsabilidad internacional. Al respecto cabe puntualizar que la Corte Interame-

ricana jamás ha afirmado expresamente que para cumplir con el deber de garantía deba aplicarse una norma que vulnere el principio de legalidad, establecido, por otra parte, en el art. 9° de la Convención Americana y cuyo cumplimiento también ha de asegurarse como deber de garantía del Estado parte.

El *a quo* estaría abandonando de este modo —con la gravedad que tal temperamento conlleva— un principio liminar como sin dudas lo es el de legalidad a la luz de una evolución jurisprudencial que no necesariamente conduciría a su desamparo. Parece un contrasentido concluir que los arts. 1.1., 8 y 25 de la Convención Americana —que según la jurisprudencia de la Corte Interamericana establecen el deber de garantía de perseguir y sancionar a los responsables de las violaciones de derechos humanos, como luego se detallará— pueda condecirse con la supresión del principio de legalidad como derecho de la persona sometida a enjuiciamiento penal. En este sentido, no debe olvidarse que la Convención Americana establece como norma de interpretación en su art. 29 que “ninguna disposición de la Convención puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados”. En efecto, la redacción de “esta disposición fue elaborada con el criterio central de que no se entienda que la misma tuvo por objeto, de alguna manera, permitir que los derechos y libertades de la persona humana pudieran ser suprimidos o limitados, *en particular aquéllos previamente reconocidos por un Estado*” (OC4/84 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del 19 de enero de 1984, párr. 20; el resaltado no pertenece al original).

63) Que tampoco —y tal como también se señaló en el caso “Arancibia Clavel”—, el indiscutido principio de imprescriptibilidad de la acción penal puede aplicarse con base en el derecho internacional no contractual. Corresponde aquí recordar que en el año 1965 la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa recomendó al Comité de Ministros que invitara “...a los gobiernos miembros a tomar inmediatamente las medidas propias para evitar que por el juego de la prescripción o cualquier otro medio queden impunes los crímenes cometidos por motivos políticos, raciales o religiosos, antes y durante la Segunda Guerra Mundial, y, en general, los crímenes contra la Humanidad” (Recomendación nro. 415 del 28 de enero de 1965). Asimismo en el marco de la Organización de las Naciones Unidas la Comisión de Derechos Humanos aprobó en el mismo año la Resolución 3 (período de sesiones 21°) en la que consideró “que las Naciones Unidas deben contribuir a la solución de los problemas que plantean los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, que constituyen graves violaciones del Derecho de Gentes, y que deben especialmente estudiar la posibilidad de establecer el principio de que para tales crímenes no existe en el derecho internacional ningún plazo de prescripción” (Documentos Oficiales 39°). La discusión dio lugar a la aprobación por parte de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, el 26 de noviembre de 1968. En el debate que le precedió se impuso la posición según la cual el principio de imprescriptibilidad ya entonces existía en el derecho internacional, por lo que la Convención no podía enunciarlo sino afirmarlo (Comisión de Derechos Humanos, 22° Período de Sesiones, 1966). Es por ello que el verbo “afirmar” reemplazó al verbo “enunciar” que contenía el proyecto original.

Esta *afirmación* del principio de imprescriptibilidad importó, entonces, el reconocimiento de una norma ya vigente en función del derecho internacional público consuetudi-

nario. Así se ha sostenido que en virtud de las manifestaciones reseñadas y de las prácticas concordantes con ellas, el principio de imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad integra el derecho internacional general como un principio del Derecho de Gentes generalmente reconocido o incluso como costumbre internacional.

De este modo, es claro que la aplicación de tal principio no vulneraría la exigencia de *lex praevia*. Sin embargo, tampoco en base a esta diversa fundamentación puede resolverse la cuestión a favor de la aplicación del principio de imprescriptibilidad, en tanto otros aspectos no menos importantes que subyacen al *nullum crimen nulla poena sine lege*, se verían claramente violados.

En efecto, la aplicación de la costumbre internacional contrariaría las exigencias de que la ley penal deba ser *certa* —exhaustiva y no general—, *stricta* —no analógica— y, concretamente en relación al *sub lite, scripta* —no consuetudinaria—. Sintetizando: las fuentes difusas —como característica definitoria de la costumbre internacional— son también claramente incompatibles con el principio de legalidad.

64) Que es el propio tribunal *a quo*, el que reconoce “el escollo que constituye el artículo 18 de la Constitución Nacional, en tanto desconoce la validez de la aplicación de normas *ex post facto*”. Para sortear dicho “escollo” sostiene que esa regla no puede ser invocada en el ámbito del derecho penal internacional —en el que existiría la posibilidad de aplicación retroactiva—, derecho que debe ser directamente aplicado en virtud de la preeminencia del Derecho de Gentes establecida en el art. 118 de la Constitución Nacional.

Sin embargo los obstáculos hasta aquí examinados tampoco pueden sortearse —tal como pretende la cámara— con la aplicación directa del derecho penal internacional en virtud de una pretendida preeminencia del Derecho de Gentes que encontraría su fundamento en el art. 118 de la Constitución Nacional, derecho que no necesariamente revelaría idéntica sujeción al principio de legalidad. Al respecto, cabe recordar que el art. 118 de la Constitución Nacional establece que “(l)a actuación de estos juicios [juicios criminales ordinarios] se hará en la misma provincia donde se hubiera cometido el delito; pero cuando éste se cometa fuera de los límites de la Nación, contra el Derecho de Gentes, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio”.

Como se advierte, esta cláusula constitucional regula una modalidad de los juicios criminales: aquellos que derivan de los *delicta iuris gentium*. En este aspecto, impone al legislador el mandato de sancionar una ley especial que determine el lugar en que habrá de seguirse el juicio, de suerte tal que, a falta de la ley especial que prevé la norma (se refiere además a hechos acaecidos en el exterior) resulta inaplicable (Fallos: 324:2885). En efecto, esta Corte ya ha precisado el alcance acotado que debe asignarse a la escueta referencia que contiene esta norma. Seco Villalba (*Fuentes de la Constitución Argentina*, Depalma, Buenos Aires, 1943, pág. 225) da cuenta de su origen que se remonta a la Constitución de Venezuela de 1811, la que del mismo modo simplemente estatuye que en el caso de que el crimen fuese perpetrado contra el derecho de gentes —en ese momento piratería y trata de esclavos— y fuera de los límites de la Nación, el Congreso determinará por una ley especial, el paraje donde haya de seguirse el juicio.

De tal modo, no cabe concluir que por esta vía el derecho de gentes tiene preeminencia sobre el derecho interno del Estado argentino. Por otra parte, no debe confundirse el

valor indiscutible del derecho de gentes y su positiva evolución en el ámbito del derecho internacional con la posibilidad de aplicar sus reglas directamente en el derecho interno.

En definitiva, la mención en la Constitución del derecho de gentes se efectúa sólo para determinar la forma en que se juzgarán los delitos cometidos en el exterior contra esos preceptos; pero de ningún modo —más allá de su indiscutible valor— se le confiere jerarquía constitucional ni —menos aún— preeminencia sobre la Ley Fundamental.

Parece a todas luces exagerado inferir en base al texto del art. 118 que sea posible la persecución penal en base a las reglas propias del derecho penal internacional. De allí no se deriva en modo alguno que se puede atribuir responsabilidad individual con base en el derecho internacional, en tanto no se establece cuáles son los principios y normas que rigen la persecución de crímenes *iuris gentium*. Por lo tanto —como se afirmó— la norma citada no permite concluir que sea posible en nuestro país la persecución penal con base en un derecho penal internacional que no cumpla con los mandatos del principio de legalidad (en el mismo sentido ver *Persecución Penal Nacional de Crímenes Internacionales en América Latina y España*, Montevideo, 2003, ed. por la Konrad Adenauer Stiftung, investigadores del Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional).

65) Que, en síntesis, el *a quo* reconoció el incumplimiento de las exigencias del principio de legalidad en la aplicación de los tratados internacionales y pretendió resolver tal contradicción concluyendo que el art. 18 de la Constitución Nacional no resulta aplicable en el ámbito del derecho penal internacional con fundamento en la preeminencia del derecho de gentes establecida en el art. 118 de la Constitución Nacional, derecho que prescindiría de las reglas que subyacen al principio *nullum crimen nulla poena sine lege*. Sin embargo —como se afirmó— sostener que la alusión del art. 118 de la Constitución Nacional al Derecho de Gentes obliga a los tribunales internacionales a aplicar directamente las reglas propias del derecho internacional resulta absolutamente dogmático.

66) Que, por último, corresponde aclarar que las conclusiones a las que se arribó en la causa “Priebke” (Fallos: 318:2148) no pueden extrapolarse sin más a la cuestión que se debate en el *sub lite*, tal como pretende el *a quo*. En el mencionado precedente debía resolverse una solicitud de extradición —que como tal era regida por el principio de colaboración internacional—. Es decir, se trataba de un supuesto de hecho muy distinto al que aquí se plantea, en tanto en el caso *sub examine* debe decidirse acerca de la atribución de responsabilidad penal a una persona a la que se le ha imputado la comisión de un delito en el ámbito interno de nuestro país.

En efecto, tal como se señala en el voto de los jueces Nazareno y Moliné O’Connor (considerando 44) y el voto del juez Bossert (considerando 56) *in re* “Priebke”, lo que allí estaba en tela de juicio era la vigencia de los compromisos asumidos en el ámbito internacional en materia de extradición, toda vez que este tipo de trámites no tienen por objeto determinar la culpabilidad o inculpabilidad del individuo requerido, sino sólo establecer, si su derecho de permanecer en el país —art. 14 de la Constitución Nacional— debe ceder ante la solicitud de cooperación internacional formulada. En ese caso, se explicaba que un país soberano como la República de Italia —para el que la acción no estaba prescrita en virtud de su calificación como crimen de lesa humanidad—, solicitara la extradición del imputado sin perjuicio del juzgamiento definitivo incluso sobre la naturaleza del delito por los tribunales del lugar donde se había cometido.

En el mencionado precedente solamente se admitió que un tratado —al que había adherido el país requirente y cuya aplicación éste, a su vez, permitía— pudiera ser computado por nuestros tribunales a efectos de conceder una extradición. De ese modo se cumplió con lo que la Organización de las Naciones Unidas había exhortado a los Estados no Partes de la “Convención sobre Imprescriptibilidad” a través de diversas resoluciones en cuanto a su cooperación a los fines de la detención, extradición, enjuiciamiento y castigo de los culpables de delitos de la envergadura de los crímenes de guerra o de lesa humanidad. El no acceder a esa petición, por lo tanto, contrariaba los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas (Resoluciones de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas sobre la “Cuestión del castigo de los criminales de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa humanidad”, n° 2338 (XXII) del 18 de diciembre de 1971; n° 2583 (XXIV) del 15 de diciembre 1969; n° 2712 (XXXV) del 15 de diciembre de 1970; n° 2840 (XXVI) del 18 de diciembre de 1971).

Tan así es, que diversas normas que regulan actualmente cuestiones de extradición, han hecho hincapié en la observancia de los intereses del país requirente como modo de evitar con facilidad los obstáculos que presentaban causas como la aquí reseñada. A modo de ejemplo corresponde citar la nueva Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal —ley 24.767 del 16 de enero de 1997— que establece como requisito a los fines de la extradición que el delito no esté prescripto en el Estado requirente, sin importar —en base al principio de cooperación internacional— que ya hubiera prescripto en el país requerido (a diferencia de lo que sucedía con la ley 1612). Idéntica postura se adopta en el nuevo convenio en materia de cooperación suscripto con los Estados Unidos de América. De este modo recupera su vigencia un antiguo principio del derecho internacional, según el cual la prescripción debe regirse en virtud del Derecho del país que solicita la entrega (conf. Werner Goldschmidt, *La prescripción penal debe aplicarse de oficio*, ED, Tomo 110, pág. 384 y sgtes.).

Como ya se afirmó, esta particular problemática que fue materia de decisión en el precedente de Fallos: 318:2148, en modo alguno puede ser trasladada —tal como resuelve la cámara— a la situación que se plantea en el *sub lite*, la que requiere de la elaboración de un examen novedoso, en tanto lo que aquí debe decidirse se vincula directamente con el art. 18 de la Constitución Nacional en cuanto establece que “(n)ingún habitante de la Nación pueda ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso...”. Ese es el principio que integra el orden público argentino y que no puede ser vulnerado con la aplicación de una norma sancionada *ex post facto*.

67) Que de las dificultades para lograr la punición en estos aberrantes casos, fue también consciente el propio legislador quien con el objetivo de establecer soluciones anticipatorias para casos análogos modificó por medio de la ley 25.188 el art. 67 del Código Penal, incorporando una nueva causal de suspensión de la prescripción “hasta tanto se restablezca el orden constitucional”, cuanto menos, en caso de cometerse los atentados al orden constitucional y a la vida democrática previstos en los arts. 226 y 227 bis del Código Penal.

68) Que todo lo dicho reafirma la imposibilidad de aplicación retroactiva o consuetudinaria del postulado de imprescriptibilidad, principio que se encuentra también reconocido —aunque con menor extensión— a través de los instrumentos que han sido incorporados por mandato del art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional (arts. 9 de la Convención

Americana sobre Derechos Humanos; 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 11.2 y 29.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos).

69) Que, como se afirmó, el punto de partida del *a quo* hasta aquí reseñado importó, a su vez, asumir implícitamente que las acciones no podían estar cubiertas por las leyes de “punto final” y “obediencia debida”, como luego explicitó. Al respecto cabe recordar el debate parlamentario de la ley de “punto final”, en el que puede verse claramente que la extinción anticipada de la acción penal en el caso de la “ley de punto final”, “no estuvo motivada por el decaimiento del interés social en la punición de los delitos a los que se refiere” —uno de los fundamentos de la prescripción—, sino —principalmente— en su contribución al proceso de pacificación (Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, del 23 y 24 de diciembre de 1986, págs. 7827/7828 y de la Cámara de Senadores del 22 de diciembre de 1986, págs. 4607/4608 y 4645, citado en Fallos: 316:532).

70) Que corresponde, entonces, que en atención a la declaración de inconstitucionalidad por el *a quo* de las “leyes de punto final” y “obediencia debida”, se traten los argumentos que condujeron a esa solución. Para ello bastaría con remitir al precedente de Fallos: 310:1162 *in re* “Camps”.

Sin embargo, la cámara afirmó que el criterio de la Corte Suprema de Justicia en los casos “Camps” y “ESMA” merece ser revisado a la luz de su jurisprudencia posterior a 1991 a partir de lo resuelto en el caso “Ekmekdjian” (Fallos: 315:1492) y fundamentalmente, por la nueva perspectiva en la valoración de los instrumentos internacionales de derechos humanos, tal como se explicitó *ut supra* si bien respecto del principio de imprescriptibilidad. Específicamente, concluyó que en virtud de esos nuevos argumentos ya no cabía el rechazo por el que esta Corte se había pronunciado en la causa “ESMA” con respecto a la aplicación de la “Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes” (aprobada por ley 23.338), la que —en lo que aquí interesa— excluye la exigente de obediencia debida en el caso del delito de tortura.

Para fundar tal aserto, también se refirió en este caso al cambio en la jurisprudencia tradicional de esta Corte en cuanto a la relación entre los tratados y las leyes, así como a lo previsto en el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Según el *a quo* —como ya se afirmó— esta norma confirió “primacía al derecho internacional sobre el derecho interno”, a lo que debía sumarse la reforma constitucional del año 1994. Esta situación imponía revisar los criterios relativos a la jerarquía de las normas internas y los instrumentos internacionales y modificar los parámetros tradicionalmente utilizados para adaptarlos a la nueva realidad impuesta.

71) Que, sin embargo, el tribunal *a quo* no explica cómo este cambio jurisprudencial y constitucional es capaz de alterar lo resuelto por este Tribunal en la causa “ESMA” y en las que la sucedieron. Y no logra explicarlo porque sencillamente no lo altera, en virtud de lo que seguidamente se expondrá.

72) Que la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes fue aprobada por la Asamblea General de la O.N.U. en 1984 y firmada por la República Argentina el 4 de enero de 1985. Poco después fue sancionada la ley 23.338 —por la cual el Congreso aprobó el Tratado con fecha 30 de julio de 1986— y el 2 de septiembre de 1986 fue firmado el instrumento argentino de ratificación. La ley fue publicada

el 26 de febrero de 1987 y la Convención entró en vigor el 26 de junio de 1987. En su art. 1° define qué debe entenderse por “tortura”, mientras que en el art. 2°, inc. 3°, se establece que “no podrá invocarse una orden de un funcionario superior o de una autoridad pública como justificación de la tortura”. Actualmente ostenta jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, segundo párrafo).

73) Que en la causa “ESMA” este Tribunal afirmó —como ya fue señalado— que esta Convención resultaba inaplicable por tratarse de una norma *ex post facto* más gravosa —voto de la mayoría y voto concurrente del juez Petracchi— (no juega aquí tal como pretende el *a quo*, el principio “legal” de la aplicación de la ley penal más benigna que, por lo demás, merced a la reforma del año 1994 también adquirió jerarquía constitucional, conf. el art. 9° de la Convención Americana de Derechos Humanos).

Ni la nueva jurisprudencia del Tribunal ni la reforma constitucional mencionada permite que la aplicación de tratados internacionales importe vulnerar el principio de legalidad en cualquiera de sus corolarios. Por ello, todos los argumentos desarrollados *ut supra* respecto de la “Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas”, del “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” y de la “Convención sobre la Imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad” son aquí directamente aplicables, en tanto **ningún presupuesto de la punibilidad** puede estar fundamentado en una ley posterior al hecho del proceso.

Sentado lo anterior, todo lo que pudo afirmarse respecto de la relación entre tratados y Constitución Nacional en las causas “Camps” y “ESMA” puede convalidarse sin ambages hoy, pues si bien es cierto que al momento de dictarse la sentencia *in re* “S.A. Martín” los arts. 27 y 31 de la Constitución Nacional regulaban los vínculos entre el derecho internacional y el interno, —tal como afirma la cámara—, no lo es menos que continúan haciéndolo actualmente (v. *ut supra*). Esta circunstancia determina que —por lo menos en lo que hace a esta cuestión— resulte innecesario rever el precedente tal como propicia el *a quo*. Como se dijo, la entrada en vigor de la Convención contra la Tortura es posterior a los hechos de la causa, razón por la cual en virtud de la preeminencia del art. 18 de la Constitución Nacional resulta totalmente inaplicable.

74) Que fue el propio Comité contra la tortura el que indicó respecto del caso argentino que “a los efectos de la Convención ‘tortura’ sólo puede significar la tortura practicada posteriormente a la entrada en vigor de la Convención. Por consiguiente (...) la Convención no abarca los actos de tortura cometidos [en el caso] en 1976, diez años antes de la entrada en vigor de la Convención...” (CAT/C/3/ D/1,2 y 3/1988, pp. 78. Comunicaciones Nos. 1/1988 y 3/1988, O.R., M.M. y M.S. contra Argentina, Decisión del 23 de noviembre de 1989). Ello de conformidad con el principio general de que los tratados rigen desde su entrada en vigor (principio de irretroactividad de los tratados, art. 28 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados).

Si aun se entendiera que no está aquí en cuestión el tipo penal de tortura sino el deber impuesto por la Convención que impedía desincriminarlo, ésta también es posterior a la sanción de la ley de Obediencia Debida el 8 de junio de 1987. Sobre el punto también señaló el Comité respecto del caso argentino que “la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes entró en vigor el 26 de junio de 1987. A este respecto el Comité observa que la Convención tiene efecto sólo desde esa fecha y no

puede ser aplicada retroactivamente. Por consiguiente, la promulgación de la Ley de ‘Punto Final’, del 24 de diciembre de 1986, y la promulgación, el 8 de junio de 1987 de la Ley de ‘Obediencia Debida’ no podían, *ratione temporis*, haber violado una convención que no había entrado todavía en vigor” (CAT, *ibidem*). El Comité, entonces se pronunció en el mismo sentido en el que esta Corte lo había hecho en Fallos: 311:401, voto de la mayoría y voto concurrente del juez Petracchi).

En similar línea argumental, puede también citarse el caso “Pinochet”, en el que la Cámara de los Lores consideró que éste había perdido su inmunidad “*ratione materiae* en relación al delito de tortura el 30 de octubre de 1988, fecha en que la Convención [sobre la Tortura] entró en vigor en Chile...Pero resulta también aceptable que Pinochet haya seguido teniendo inmunidad hasta el 8 de diciembre de 1988, fecha en que el Reino Unido ratificó la Convención” (*in re Regina v. Bartle and the Comissioner of Police for the Metroplis and Others. Ex Parte Pinochet (On Appeal from a Divisional Court of the Queen’s Bench Division)*, sentencia del 24.3.99, publ. en Investigaciones 2 (1999), Secretaría de Investigación de Derecho Comparado, CSJN, pág. 292 ss; (también citado por el juez Fayt en A.533.XXXVIII. “Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros —causa n° 259—”, del 24 de agosto de 2004).

75) Que tampoco la sanción de las leyes incumple los deberes impuestos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos ni en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, argumento que en definitiva condujo a la cámara a declarar su invalidez y a distanciarse drásticamente de la línea jurisprudencial sentada por esta Corte, lo que también fue propiciado por el señor Procurador General de la Nación. Este último consideró en uno de sus dictámenes que se trataba de nuevos argumentos producto de la evolución del pensamiento universal en materia de derechos humanos y agregó que es a la luz de este “nuevo paradigma valorativo” que se imponía la revisión de la sentencia “Camps”.

En concreto, expusieron que las leyes cuestionadas resultarían incompatibles con el deber de investigar y sancionar a los responsables de graves violaciones a los derechos humanos. Con el dictado de las leyes 23.492 y 23.521 se habrían violado los deberes de “respeto” y “garantía” asumidos en base a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

76) Que al respecto, debe recordarse previamente, que en el discurso inaugural ante la Asamblea Legislativa del 10 de diciembre de 1983, el presidente electo anunció un paquete de medidas entre las que se incluía la ratificación de varios tratados internacionales de derechos humanos, como por ejemplo la Convención Americana sobre Derechos Humanos y a la vez se proponía la modificación de las normas del Código Militar respecto de la obediencia debida, entre otras cuestiones (conf. Nino Carlos, *Juicio al Mal Absoluto*, págs. 114 sgtes.). La Convención Americana de Derechos Humanos —ley 23.054— fue aprobada el 1° de marzo de 1984 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas —ley 23.313— el 17 de abril de 1986. La antecesora de la ley de “obediencia debida”, ley 23.049 del 15 de febrero de 1984 —sobre la que *ut infra* se hará referencia—, comenzó a regir entonces con anterioridad a la aprobación de los tratados. Pocos meses después de aprobarse el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se sancionaron las leyes de “punto final” (29 de diciembre de 1986) y luego la de “obediencia debida” (8 de junio de 1987).

Estos tratados, entonces, ya se encontraban vigentes a la época del dictado del fallo “Camps”. Es por ello, que el juez Petracchi sostuvo en dicha oportunidad que debían valorarse especialmente los compromisos internacionales asumidos, no comprobándose contradicción o incompatibilidad alguna. En Fallos: 311:734 *in re* “Riveros” se afirmó expresamente que no era atendible la impugnación de la ley 23.521 con fundamento en su presunta oposición a la “Convención para la Prevención y Represión del delito de Genocidio”.

77) Que sabido es que el deber de respeto consiste en no violar los derechos y libertades proclamados en los tratados de derechos humanos y el deber de garantía en la obligación de garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción. Ambos se encuentran previstos en el art. 1.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El deber de garantía violado consistiría en la obligación de investigar y sancionar las violaciones graves de los derechos humanos (conf. Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *leading case* “Velázquez Rodríguez”, Serie C N° 4 del 29 de julio de 1988) que a su vez implicaría —aquí el argumento novedoso— la prohibición de dictar cualquier legislación que tuviera por efecto sustraer a las víctimas de esos hechos de protección judicial incurriendo en una violación de los arts. 8 y 25 de la Convención (conf. Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso conocido como “Barrios Altos”, Serie C N° 45, párr. 43, sentencia del 14 de marzo de 2001). Sobre esta decisión se apoya el mayor peso de la argumentación del *a quo* y del señor Procurador General. También fundan su conclusión en lo señalado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su informe 28/92, en tanto ésta habría afirmado que las leyes de obediencia debida y punto final resultarían incompatibles con el art. 18 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y los arts. 1, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Empero, la decisión de la Corte Interamericana en el caso “Barrios Altos” no resulta trasladable al estudio de las normas que aquí se cuestionan. En efecto, ninguna de las afirmaciones que integrarían el “nuevo paradigma” son aplicables a las leyes de obediencia debida y punto final, por los motivos que a continuación se expondrán.

78) Que el razonamiento de la cámara y del señor Procurador General —quien lo expresa con mayor claridad— podría sintetizarse de la siguiente manera: las leyes que sustraen a la víctima de protección judicial son violatorias de la Convención Americana, de modo tal que las leyes de punto final y obediencia debida son violatorias de la Convención Americana. Tal conclusión supone partir de una premisa implícita: que las leyes de punto final y obediencia debida sustraen a la víctima de protección judicial.

Esta visión resulta nuevamente, a criterio de esta Corte, absolutamente dogmática. Cabe aclarar que en el caso “Barrios Altos” las normas impugnadas eran las leyes peruanas de autoamnistía 26.479 y 26.492 que exoneraban de responsabilidad a todos los militares, policías y también civiles que hubieran sido objeto de denuncias, investigaciones, procedimientos o condenas, o que estuvieran cumpliendo sentencias en prisión por hechos cometidos entre 1980 y 1995 de violaciones a los derechos humanos. En virtud de esas leyes, las escasas condenas impuestas a integrantes de las fuerzas de seguridad fueron dejadas sin efecto inmediatamente, quedando así los hechos impunes. Por ello en “Barrios Altos” la Corte Interamericana concluyó que las víctimas tenían derecho a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades

correspondientes (párr. 48). Como puede observarse, existen varias diferencias entre las normas allí cuestionadas y las que aquí se impugnan, no sólo por su *origen*, sino también por sus *efectos*. En el mismo sentido, cabe destacar que las normas cuestionadas en “Barrios Altos” se asemejan mucho más a la ya nombrada Ley de Pacificación Nacional y sobre la que este Tribunal expresó su más enérgico rechazo hace más de quince años (sin necesitar para ello invocar la existencia de un nuevo paradigma).

79) Que respecto al origen de las normas, no resulta fútil la diferencia que hay entre un perdón —sin necesidad de entrar aquí sobre la cuestión tratada en “Camps” acerca de su naturaleza— emanado de un nuevo gobierno —sobre todo si éste es democrático— que uno que emerge del propio gobierno bajo cuyas órdenes se cometieron los delitos en cuestión. En primer lugar porque como se afirmó *ut supra* de esta última manera sí logra extenderse el poder ilimitado que antes se tenía. Es por ello que el juez Cançado Trindade considera en su voto concurrente (caso “Barrios Altos”) que las autoamnistías son una modalidad perversa (conf. párr. 6). Por otra parte, como se señala en el voto concurrente del juez García Ramírez, las autoamnistías expedidas a favor de quienes ejercen la autoridad y por éstos mismos difieren de las amnistías “que resultan de un proceso de pacificación con sustento democrático y alcances razonables” (párr. 10).

80) Que, por lo demás, en la sentencia de “Barrios Altos” también se destaca que el proyecto de ley no fue anunciado públicamente ni debatido; antes bien, se sancionó en cuestión de horas (ver punto i). Son diferencias con las leyes que aquí se cuestionan que no pueden pasar inadvertidas.

En efecto, el proyecto de juzgar a los comandantes y a los oficiales de más alto rango —y no a todos los involucrados en las violaciones de derechos humanos—, ya formaba parte de la propuesta electoral del año 1983 del candidato presidencial que resultó electo. Así, cabe mencionar el acto público realizado en la Federación Argentina de Colegios de Abogados en agosto de 1983, en el que dicho candidato —que triunfó con el 52% de los votos— diferenció tres categorías de responsabilidad entre los militares involucrados, distingo que fue reiterado —también públicamente— cuatro días antes de los comicios electorales (Nino, *Juicio al Mal Absoluto*, cit., ed. Emecé, 1997, págs. 106 y 110). Al mismo tiempo denunció un pacto secreto de impunidad entre la cúpula militar y dirigentes sindicales. Por su parte, el candidato del que luego resultó el partido opositor —a la sazón quien suscribiera como presidente provisional del Senado en ejercicio del Poder Ejecutivo, los decretos 2770, 2771 y 2772 de noviembre de 1975, complementarios del crucial decreto firmado en febrero de ese mismo año por María Estela Martínez de Perón y sus ministros, conocidos todos como “decretos de aniquilamiento”—, se había proclamado —tal como dieron cuenta los medios de prensa— partidario de mantener la validez irrestricta de la ley 22.924 —de autoamnistía— dictada por el gobierno militar.

En concordancia con su propuesta electoral, el presidente electo a poco de asumir su cargo envió al Congreso Nacional, un proyecto de ley en el que se establecía un criterio de distinción de responsabilidades entre los integrantes de las Fuerzas Armadas. El 15 de febrero de 1984 fue sancionada la ley 23.049, que como resultado de la propuesta de uno de los miembros de la cámara alta estableció expresamente que los actos aberrantes o atroces debían exceptuarse de la presunción por error acerca de la legitimidad de las órdenes

(v. debate parlamentario). De ese modo la ley finalmente aprobada tomó cierta distancia respecto del proyecto del presidente electo (conf. Nino, *Juicio al Mal Absoluto*, pág. 123).

Sin perjuicio de ello dicho proyecto se vio luego reflejado en el texto de la cuestionada ley 23.521 —oportunidad en la que no prosperó la objeción antes señalada—. Por lo demás, esta ley, a diferencia de la de autoamnistía —dictada cuando la Constitución Nacional se “había visto reducida a norma de tercer orden, mientras en las mismas manos se unía el dominio de los hechos al pleno poder legisferante” (Fallos: 309:5, pág. 1762, voto del juez Fayt)—, cumplió acabadamente con los requisitos de legalidad, legitimidad, validez y vigencia. En ese sentido, debe recordarse que es legítimo un gobierno instituido conforme a las previsiones constitucionales y que un gobierno legítimo es también un gobierno legal cuando actúa conforme a las leyes positivas (el primero se refiere a la investidura, el segundo a la actividad).

En efecto, tanto la ley de “obediencia debida” como la de “punto final” tuvieron su origen en proyectos de ley presentados por el Poder Ejecutivo de *iure* que fueron —a su vez— votados por el órgano de creación de normas estatuido en la Ley Fundamental, cuyos integrantes, a su vez, fueron legítimamente elegidos. A ello cabe agregar que la sanción de la ley 23.492 contó con el presentismo casi completo de ambas Cámaras del Congreso, que en la Cámara de Diputados fue aprobada por 125 votos a favor, 17 en contra y una abstención (cfr. Diario de Sesiones, Reunión 63a., 23 y 24 de diciembre de 1986, págs. 7792/7855), y en el Senado por 25 votos a favor y 10 en contra (cfr. Diario de Sesiones, Reunión 36a., 22 de diciembre de 1986, págs. 4499/4668). A su vez, la ley 23.521 fue votada en la Cámara de Diputados por 119 votos a favor y 59 en contra (Diario de Sesiones, Reunión 8a., 15 y 16 de mayo de 1987, págs. 617/787) y en la Cámara de Senadores obtuvo 23 votos a favor y 4 en contra (Diario de Sesiones, Reunión 7a, 28 y 29 de mayo de 1987, págs. 476/538). Este resultado, por lo demás, fue producto de un consenso entre los partidos más representativos, pluralidad que claramente se infiere de la composición mayoritaria que en el Senado detentaba el partido de la oposición (conf. Nino, *op. cit.*, pág. 159). Por lo demás, de los debates parlamentarios de las ya mencionadas leyes 24.952 y 25.779 —derogación y declaración de nulidad— no surge que eventuales vicios congénitos en el proceso de sanción de las leyes cuestionadas, hayan constituido el argumento expulsor que inspiró a la mayoría a sancionarlas.

El sustento democrático al que se refiere el juez García Ramírez en “Barrios Altos” es aquí claramente apreciable en tanto las leyes 23.492 y 23.521 transitaron por todos los procedimientos regulares de sanción, promulgación y control judicial suficientes, establecidos en la Constitución Nacional, con la intervención de los tres poderes del Estado. También resulta claro que las leyes fueron el resultado de un “proceso de pacificación” tal como lo exige el magistrado mencionado. Tan así fue que incluso en aquellos casos en los que se cometieron delitos desvinculados de los objetivos de represión de actividades subversivas pero en cuya comisión se utilizaron los mismos medios proporcionados por el aparato represivo, esta Corte no hizo lugar a la aplicación de las leyes cuestionadas, en tanto como afirmó más recientemente, su beneficio sólo “se fundaba en el interés social y esta(ba) destinado únicamente a quienes ha(bían) mantenido en su accionar antisubversivo y por causa de él un vínculo incontestado y cuya reconciliación con el resto de la sociedad se (había) pers(eguido) mediante el dictado de la norma de excepción” (Fallos: 316:532 y 316:2171). En el mismo sentido del proceso pacificador son también elocuentes las consideraciones del juez Petracchi *in re* “Camps” (Fallos: 310:1162).

De lo dicho en los considerandos precedentes, puede concluirse que resulta arbitraria una declaración de inconstitucionalidad, cuyo fundamento consista en que las leyes hoy cuestionadas no pueden superar respecto de su origen el estándar exigido en el caso “Barrios Altos”.

81) Que tampoco respecto de los efectos, puede trasladarse lo decidido en “Barrios Altos”, pues mientras las leyes sancionadas en el caso peruano implicaban la absoluta impunidad de los actos (*passim*, especialmente párr. 43 de la mayoría y párr. 13 del voto concurrente del juez García Ramírez), las leyes argentinas no impidieron que continuaran los procesos contra aquellos a quienes la norma no exoneraba. En efecto, en el año 1989 —dos años después de la declaración de constitucionalidad de la ley de obediencia debida en el caso “Camps”— casi 400 militares se encontraban bajo proceso y los principales responsables habían sido condenados (conf. Nino, *Juicio al Mal Absoluto*, pág. 162). Esta circunstancia es incluso puesta de resalto por el *a quo* en el punto VII de la resolución, quien refiere que “las **investigaciones continuaron** respecto de quienes no estaban comprendidos en la ley 23.521” (énfasis agregado).

Consecuencia de lo anterior es que, asimismo, no sería necesario declarar la inconstitucionalidad de las leyes con el objeto de que se investiguen los hechos que se imputan en esta causa y se sancione a los responsables, a fin de cumplir con los deberes impuestos por la Convención Americana, toda vez que varios de los militares aquí querellados por el Centro de Estudio Legales y Sociales no se verían —en virtud de su jerarquía— alcanzados por las previsiones impugnadas; prueba de ello es que los imputados Suárez Mason —comandante del I Cuerpo del Ejército—, José Montes —segundo comandante del I Cuerpo del Ejército— y Andrés Ferrero —segundo comandante del I Cuerpo del Ejército— fueron beneficiados con los indultos que se dictaron a su favor respecto de diversas causas (decreto 1002/89 —Montes y Ferrero— y 2746/90 —Suárez Mason—).

82) Que, además, mientras que en el caso de la Corte Interamericana se afirma que se impidió a las víctimas conocer la verdad de los hechos ocurridos en “Barrios Altos” (ver párr. 47), no puede decirse lo mismo del caso argentino y en especial respecto de los hechos que aquí se imputan: los sucesivos secuestros de Gertrudis Hlaczick de Poblete y de José Liborio Poblete.

Ello es así, pues los casos indicados fueron individualizados bajo los nros. 93 y 94 ya en el citado “juicio a las juntas” (ver en Fallos: 309:5, págs. 500 a 504). Allí se describió que Gertrudis Hlaczick de Poblete fue detenida en su domicilio de la localidad de Guernica entre los días 27 y 28 de noviembre de 1978. En la misma fecha se produjo la detención de su esposo José Liborio Poblete. También se consideró probado que se los mantuvo en cautiverio en los sitios destinados al funcionamiento de los centros clandestinos de detención denominados “El Banco” y “El Olimpo”, pertenecientes a la Policía Federal, que actuaba bajo el comando operacional del Primer Cuerpo del Ejército. No se dio por probada la aplicación de tormentos aunque sí la imposición de condiciones inhumanas de vida y alojamiento. La privación de la libertad respondió al proceder descripto en el capítulo XX, págs. 285 a 305 de Fallos: 309:5. En efecto, en la causa 13/84 se consignaron los hechos con precisión —como tuvo oportunidad de comprobarlo esta Corte— indicándose “la fecha de ocurrencia del hecho, el lugar donde se consumó, el resultado principal, y a veces, otros secundarios, el sitio donde fue conducida la víctima y aquellos a los que

fue trasladada, así como la fecha de liberación en caso de haber tenido lugar” (dictamen del señor Procurador General en Fallos: 307: 1615), tratándose por lo tanto de “hechos precisos, exactos y definidos” (Fallos: 307:2348 *in re* “Videla” voto de la mayoría y voto concurrente del juez Fayt). También se tuvo por cierto que el teniente general Roberto Eduardo Viola, como comandante en jefe del Ejército, a partir del 1° de agosto de 1978, dio órdenes de seguir combatiendo a la subversión —en la forma allí descripta—, por lo que debía responder por todos los actos delictuosos que durante el lapso de su desempeño en tal carácter se cometieron en forma inmediata por subordinados suyos, y que se adecuan al sistema que ordenó o que, sin integrarlo necesariamente, fueron su consecuencia y los asintió. Ello incluía los hechos de carácter permanente, para los que aún iniciada su comisión antes de que asumiera su comandancia, existían pruebas de que continuaba su ejecución. En función de ello fue considerado autor doloso —entre otros delitos— de privación ilegal de la libertad, calificada por haber sido cometida con violencia y amenazas, —art. 144 bis, inc. 1°, y último párrafo en la redacción de la ley 14.616 y art. 142, inc. 1° según la ley 20.642— reiterada en 86 oportunidades (Casos:...93, 94...) y en definitiva condenado (págs. 1626 s.). Dicha condena fue confirmada por esta Corte en Fallos: 309:5 (ver voto del juez Fayt en pág. 1762).

83) Que la imposibilidad de condenar en la presente causa al entonces suboficial de la Policía Federal Julio Héctor Simón no puede equipararse a la “indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad” de la que se da cuenta en “Barrios Altos”. Cabe reiterar que las leyes de “punto final” y “obediencia debida” no sustrajeron a las víctimas de protección judicial, simplemente establecieron un plazo para denunciar y, posteriormente, la exoneración de quienes eran subordinados. El derecho de la víctima a obtener la condena de una persona en concreto, de ninguna manera se compadece con la visión del castigo en un Estado de Derecho. El deber de investigar en modo alguno implica condenar a todos los sujetos involucrados, sin distinción de responsabilidad y sin límite temporal. En efecto, la no impunidad no significa necesariamente que todos los involucrados deban ser castigados. Si esto fuera así debería, por ejemplo, condenarse, a personas inimputables, con sólo comprobarse que con su conducta se violaron derechos reconocidos por la Convención.

Los niveles de responsabilidad establecidos tenían por lo demás alcances razonables. En el caso se trata de un suboficial y la ley había establecido una presunción *iuris et de iure* de que carecieron de capacidad decisoria quienes revistaban a la fecha de la comisión del hecho como oficiales jefes, oficiales subalternos, **suboficiales** y personal de tropa —oficiales de bajo y mediano rango— (ver voto del juez Petracchi en Fallos: 311:401 *in re* “ESMA”). Debe recordarse que según el juez García Ramírez no es contraria a la Convención una ley de “amnistía” que tenga alcances razonables. Tal como da cuenta el juez Petracchi las concesiones otorgadas por el legislador hallaban un fundamento razonable en una característica que a todas ellas comprendía: la falta de capacidad decisoria (Fallos: 310:1162).

84) Que tampoco los casos posteriores a “Barrios Altos”, vgr. “Trujillo Oroza Reparaciones”, Serie C N° 92, sentencia del 27 de febrero de 2002; “Benavides Cevallos cumplimiento de sentencia”, sentencia del 9 de septiembre de 2003; “Molina Theissen”, Serie C N° 106, sentencia del 4 de mayo de 2004; “19 Comerciantes”, Serie C N° 109, sentencia del 5 de julio de 2004; “Hermanos Gómez Paquiyauri”, Serie C N° 110, sentencia del 8 de julio de 2004; “Tibí”, Serie C N° 114, sentencia del 7 de septiembre de 2004; “Masacre Plan de Sánchez”, Serie C N° 116, sentencia del 19 de noviembre de 2004; “Carpio Nico-

lle y otros”, Serie C N° 117, sentencia del 22 de noviembre de 2004; “Hermanas Serrano Cruz”, Serie C N° 120, sentencia del 1° de marzo de 2005 y “Huilca Tecse”, Serie C N° 121, sentencia del 3 de marzo de 2005, citados por el señor Procurador General pueden considerarse supuestos equiparables al que se debate en el *sub lite*, en tanto se trataba de causas en las que derechamente se negó toda posibilidad de investigación, configurándose en muchos de ellos auténticas situaciones de “denegación de justicia”. Basta para arribar a esa conclusión con observar lo dicho por la Corte Interamericana en esos casos, la que se refirió a recursos judiciales inoperantes, a archivos de causas en las que no se desarrolló la más mínima posibilidad de determinar lo acontecido y a verdaderos situaciones de encubrimiento. No pueden parangonarse estos casos al de la República Argentina, en el que no sólo hubo condenas para los máximos responsables, sino la continuación de procesos que las leyes que se cuestionan en el *sub examine* no eran capaces de detener.

85) Que por ello no pueden extrapolarse las conclusiones de la Corte Interamericana tampoco en cuanto a los efectos, pues ésta de ningún modo se pronunció sobre leyes que establecieron un plazo o que dejaron intacta la responsabilidad de los militares de mediano y alto rango que fueron quienes, en última instancia, ejercieron un poder casi ilimitado; leyes, por lo demás, nacidas en el contexto de la pacificación nacional. En síntesis, no puede concluirse que con el dictado de las leyes de obediencia debida y punto final, el Estado argentino se haya apartado del compromiso asumido en los instrumentos internacionales citados (tal como ya se había afirmado en el caso “Camps” e insistido incluso en casos posteriores al dictado de la sentencia de la Corte Interamericana *in re* “Velázquez Rodríguez”, tales como los publicados en Fallos: 312:111, 718, y 1334, entre otros). No puede afirmarse que a partir del caso “Barrios Altos” las leyes de punto final y obediencia debida resultan contrarias a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en tanto parece insostenible que en base a una **interpretación sobre la interpretación** que la Corte Interamericana realiza para un caso totalmente disímil respecto del art. 1.1. de la Convención —que se encontraba vigente al dictarse el fallo de esta Corte *in re* “Camps”—, se declare hoy a esa misma ley inconstitucional.

En efecto, constituye un grave error que se declare inconstitucional una norma invocando un nuevo paradigma que nada tiene de nuevo, una decisión que no es aplicable al caso y una interpretación dinámica que no es tal.

86) Que tampoco las conclusiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos —por lo demás órgano político y no jurisdiccional— que sí se refieren a la situación argentina, enervan lo decidido en “Camps”. Allí se afirmó que se había cerrado **toda** posibilidad jurídica de continuar los juicios, violándose los arts. 8 y 25 de la Convención. Empero, la remisión hecha por el *a quo* a esa decisión, constituye un supuesto de arbitrariedad en tanto las conclusiones a las que en ese informe se arriban, parten de un plexo normativo distinto al que aquí se cuestiona. En efecto, el informe 28/92 se refiere a las leyes 23.492 (obediencia debida), 23.521 (punto final) y al decreto 1002/89 (decreto presidencial de indulto). Las conclusiones no son trasladables sin más, en tanto ese informe analiza en su conjunto las tres normas mencionadas (ver sus puntos 32, 37 y 50).

No debe soslayarse que los indultos dictados en los años 1989 —decreto 1002— y 1990 —decretos 2741, 2745 y 2746— exoneraron a decenas de militares de alta graduación, a los comandantes que habían sido juzgados —Fallos: 309:5, pág. 1689— y a los

jefes de policía condenados por esta Corte Camps y Ricchieri. Como se dijo, la Comisión Interamericana en su informe parte de otro conjunto normativo al que en el *sub lite* se cuestiona y esa diferencia no es banal. Piénsese que si por vía de hipótesis estos indultos no hubieran tenido lugar, es claro que no podría afirmarse tan fácilmente que las leyes impugnadas convertían a los hechos investigados en impunes, y por tanto violatorios de la Convención. ¿Pueden entonces esas leyes devenir inconstitucionales por el dictado de otra norma? Como pauta hermenéutica cabe plantearse que bien pudo el legislador que votó por las leyes de “punto final” y “obediencia debida”, considerar que con su sanción no se producía la situación de impunidad que condenan los tratados internacionales adoptados.

87) Que tampoco logra conmover lo dicho en el precedente “Camps”, el argumento del señor Procurador General, quien afirma que por imperio del art. 29 de la Constitución Nacional no son amnistiables los delitos concretos cometidos en el ejercicio de la suma del poder público, circunstancia que tornaría inconstitucional la sanción de las leyes 23.492 y 23.521.

Para arribar a tal conclusión parte de la premisa según la cual lo prescripto por el art. 29 de la Constitución Nacional no se agota en la **prohibición y condena** a la concesión y ejercicio de la suma del poder público sino que implica asimismo un límite a la facultad legislativa de **amnistiar** tanto a los miembros del Poder Legislativo que hubieran otorgado esas facultades prohibidas como a aquellos que las hubieran ejercido. A partir de esa primera afirmación, concluye según “un desarrollo consecuente del mismo criterio interpretativo” que tampoco los delitos cometidos en el ejercicio de la suma del poder público son susceptibles de ser amnistiados o perdonados.

En suma el señor Procurador General expone lo que pretende ser un *argumentum a maiore ad minus*, en tanto sostiene que sería un contrasentido afirmar que no podrían amnistiarse la concesión y el ejercicio de la suma del poder público, pero sí los delitos cometidos en el marco de ese ejercicio.

Sin embargo, lo que parece un simple silogismo resulta un razonamiento sofista, toda vez que no puede arribarse a esa conclusión sin incurrir en artificiosas interpretaciones acerca del objeto de protección del art. 29 de la Constitución Nacional. Por ello, bien puede no ser amnistiable la concesión y el ejercicio de la suma del poder público y sí los delitos cometidos en el marco de ese ejercicio sin violentar ningún esquema de lógica elemental.

Para llegar a esta conclusión es necesario, en primer lugar, realizar algunas aclaraciones con respecto al texto del art. 29 de la Constitución Nacional, cuyo origen y contenido fue definido “como doctrina nacional impuesta por la experiencia histórica local” (Seco Villalba José Armando, *Fuentes de la Constitución Argentina*, ed. Depalma, 1943, pág. 161). Se ha dicho sobre este artículo —según la expresión difundida— que fue escrito con la sangre de dos generaciones, circunstancias históricas que le otorgan una singularidad especialísima dentro de nuestra doctrina constitucional (Fallos: 234:250).

88) Que se trata de un tipo penal constitucional, cuyo sujeto activo sólo puede ser un miembro del Poder Legislativo nacional o de las legislaturas provinciales. El texto del artículo es en ese sentido claro. Más elocuentes resultan aun las palabras del constituyente: “los **únicos** que p[ueden] conceder las facultades extraordinarias, otorgar sumisiones e incurrir en la pena de los infames traidores a la patria [son] los diputados del Congreso o

de la legislatura provincial” (conf. constituyente Zavalía, debate de la Asamblea General Constituyente, sesión del 25 de abril de 1853; énfasis agregado).

Prueba de que sólo a los legisladores está dirigida la prohibición es precisamente su inserción constitucional. Resulta explícito: si su jerarquía hubiera sido sólo legal, el legislador no habría podido —sin allanar los fueros parlamentarios—, calificar penalmente la prohibición que contiene este precepto, cuya incorporación constitucional es el único fundamento jurídico de su validez represiva (conf. dictamen del señor Procurador General Sebastián Soler en Fallos: 234:250). Tuvo que tener idéntica jerarquía para funcionar como excepción a las inmunidades parlamentarias.

Y sólo los legisladores pueden ser los sujetos activos de este delito porque justamente lo que se castiga es la **traición** de aquellos que fueron elegidos como representantes del pueblo y que —apartándose de ese mandato— conceden la suma del poder público. Para traicionar es necesario quebrantar un deber de lealtad.

En este sentido ya manifestaba John Locke que “(l)os individuos entran en la sociedad política con el fin de preservar su propiedad y su libertad (...) y cuando los legisladores se colocan en un estado de guerra con el pueblo, cuando ellos emprendan acciones tales como quitarles propiedades o reducirlos a la esclavitud (...) Cuando quiera que [estos legisladores] transgreden estas reglas sociales (de lealtad, etc.) por ambición, locura o corrupción...se colocan a sí mismos, o colocan a otros en manos de cualquier persona con poder absoluto sobre sus vidas, libertad y propiedad... ellos renuncian así al poder que el pueblo había puesto en sus manos con la finalidad contraria...” (Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil, Alianza Editorial, trad. Carlos Mellizo, Madrid, ed. 1990).

Esa traición sólo puede ser ejercida por quienes violan la confianza de los contratantes. El bien jurídico protegido es la confianza que los electores depositan en sus representantes. Por ello la necesidad del constituyente de revestir de suficiente coacción la exigencia del acatamiento que **deben** los poderes políticos al orden constitucional y a la soberanía del pueblo (dictamen de Sebastián Soler en Fallos: 234:250, énfasis agregado). El enérgico texto constitucional arroja una tremenda responsabilidad sobre los legisladores que conceden poderes tiránicos violando el Contrato Social. Sintetizando: el art. 29 de la Constitución castiga exclusivamente a los legisladores que concedieron facultades extraordinarias o la suma del poder público.

Sin embargo una interpretación más generosa permitiría considerar que quienes **ejercieron** esas facultades extraordinarias o la suma del poder público concedidos por el legislador también serían pasibles de la sanción que allí se prevé.

89) Que, las usurpaciones militares del poder político no pueden subsumirse en ninguna de esas dos figuras. Prueba de la laguna existente en esa materia es la incorporación del art. 36 en la reforma de 1994. Allí se prevé la **misma sanción** que la del art. 29 para quienes realicen actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático, pero de ningún modo identifica las dos situaciones. En ese caso no hubiera sido necesaria la incorporación.

Ahora bien, esto no significa negar que quienes detentaron la cúspide del aparato estatal entre los años 1976-1983 ejercieron “el máximo control imaginable” (considerando 24 del voto del juez Fayt en Fallos: 309:5, pág. 1689). Es por ello que aun considerando

que las conductas de quienes ejercieron tanto poder pudieran enmarcarse en el art. 29 de la Constitución Nacional —por lo tanto no amnistiabiles—, lo que resulta a todas luces inconcebible, es que a partir de allí pueda establecerse un *argumentum a maiore ad minus*, pues como se dijo bien puede no ser amniable la concesión y el ejercicio de la suma del poder público y sí los delitos cometidos en el marco de ese ejercicio, en tanto lo que seguro escapa al objeto de protección de la norma son aquellos sujetos que no asumieron la suma del poder público. No hay entre quienes ejercen la suma del poder público y quienes cometen delitos en el marco de ese poder una relación de “más” a “menos”, pues en ambos casos son bienes jurídicos totalmente distintos los que se lesionan. Aquellos bienes que vulneraron los subordinados no constituyen el objeto de protección del art. 29 de la Constitución Nacional. En el caso de los subordinados ya ni remotamente puede hablarse de traición, en tanto lo que castiga la norma constitucional es —parafraseando a Agnes Heller— la **creación** misma de la situación política y moral en la que la brutalidad pasa a ser moneda corriente (*The Limits to Natural Law and the Paradoms of Evil*, en Stephen Shute y Susan Hurley (eds.), *On Human Rights*, The Oxford Amnesty Lectures, 1993, pág. 149 ss.; énfasis agregado).

Pues bien, la única posibilidad de considerar a los subordinados abarcados por la norma, es asumiendo que ellos también ejercieron la suma del poder público. Empero arribar a esta conclusión sólo es posible incurriendo en una *contraditio in adjecto*.

En efecto, la suma del poder sólo es concebible en manos de un individuo o de un pequeño grupo de individuos. Si ese poder está disgregado entre todos los miembros de las fuerzas armadas, entonces ya no puede hablarse de un poder absoluto. Esto no significa negar que un suboficial de la Policía Federal —imputado en la presente causa— contase con exageradas atribuciones; lo que es absurdo es pensar que no hubo ninguna clase de subordinación normativa respecto de sus superiores.

90) Que conforme lo expresado en la recordada causa 13/84 —*ut supra* reseñada— esa subordinación existió, extremo que possibilitó —como ya se señaló— la condena de los comandantes como autores mediatos a través de un aparato de poder organizado. Como afirma la moderna doctrina alemana: la circunstancia de que en estos casos el “hombre de atrás” —a diferencia de los supuestos clásicos de autoría mediata— no dominara en modo directo sino a través del aparato, conduce a una responsabilidad en virtud de competencia funcional como autor de escritorio, emisor de las órdenes, planificador, es decir una responsabilidad con base en un injusto de organización, en lugar de un injusto individual (conf. Bloy René, *Grenzen der Täterschaft bei fremdhändiger Tatausführung*, *Goltdammer Archiv* 1996, pág. 424 - 441 s.). En estos casos la autoría mediata se basa en la responsabilidad del superior por los hechos cometidos por sus subordinados en cumplimiento de sus instrucciones —con fundamento en el dominio del superior por la especial relación de subordinación militar— (Ambos Kai, *Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder*, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Vol. 9A, ed. AdHoc, Buenos Aires, pág. 389). Si esa subordinación existió, mal puede decirse sin contradicciones que los militares de rango inferior —más allá de la responsabilidad que les cupo en algunos casos— detentaron la “suma del poder”. Como se observa también por este camino el razonamiento del señor Procurador General resulta cuestionable. Es decir, aun asumiendo que la segunda parte del art. 29 de la Constitución Nacional también abarque a quienes ejercen facultades ex-

traordinarias —y aceptando incluso que también se refiera a aquellos que las asumieron sin mediación de acto legislativo—, sigue sin explicarse el salto lógico que significa que los subordinados también se encuentren alcanzados por la norma.

91) Que menos aun puede avalarse —como pretende un sector de la doctrina— la extensión de la conducta descrita en el art. 29 de la Constitución Nacional a quienes intervinieron en la sanción de las leyes de punto final y obediencia debida o al Poder Judicial que declaró su constitucionalidad. Precisamente la única ley que hubiera permitido que —en su caso— la suma del poder público se perfeccionara era la Ley de Pacificación Nacional, en tanto se trataba de una autoamnistía que colocaba a los generales más allá de toda responsabilidad penal y que se originó —como se dijo— en el seno mismo del poder que ordenó la comisión de esos hechos aberrantes.

Por ello, precisamente, ya en Fallos: 309:5, pág. 1689 —con cita de Fallos: 306:911— se consideró que la ley 23.040 que la había declarado nula era totalmente válida, en tanto con la sanción de la Ley de Pacificación Nacional el “Ejecutivo Nacional de facto en ejercicio de facultades legislativas [se había atribuido] facultades reservadas al Poder Judicial” (considerando 13 voto del juez Fayt en Fallos: 309:5, pág. 1689). Allí se afirmó que esta ley debía carecer de todo efecto legal “por razones éticas derivadas de elementales principios de justicia que determinan que no pueden quedar impunes hechos aberrantes que desconocieron la dignidad humana, razones políticas vinculadas a la necesidad de discriminar entre las instituciones armadas en su conjunto y la responsabilidad que en diferentes grados pudiera recaer en algunos de sus hombres y razones jurídicas que invalidan a la ley tanto por su origen como por su oportunidad histórica y su finalidad” (considerando 13 voto del juez Fayt en Fallos: 309:5, pág. 1689). Esa ley sí perfeccionaba la suma del poder, en tanto “(m)ediante su dictado se ha(bía) buscado anular la potestad represiva del Estado, por sus propios órganos, en beneficio de los mismos” (considerando 13 del juez Fayt en el fallo citado).

Resulta meridianamente claro que una situación como la descrita que sí podría enmarcarse —mediante una suerte de interpretación extensiva— en el art. 29 de la Constitución Nacional no puede igualarse ni por su *origen* ni por sus *efectos* a la sanción de las leyes de obediencia debida y punto final. Basta con señalar —como ya se adelantó— que a diferencia de las leyes que aquí se cuestionan fue sancionada por el mismo gobierno extendiendo así su propio poder, que no discriminaba responsabilidades y que vedaba a los jueces toda posibilidad de investigación y sanción. Ninguno de estos elementos se configuran en las leyes hoy impugnadas. Es por ello que considerar que el Poder Legislativo que las sancionó o el Poder Judicial que las convalidó incurren en la pena de infames traidores a la patria significaría equiparar de un modo absolutamente arbitrario dos situaciones totalmente disímiles.

92) Que tampoco a criterio de esta Corte asiste razón al señor Procurador General cuando considera que la ley 23.521 padece un vicio adicional, en tanto el Congreso no puede indicar que un determinado grupo de personas actuaron justificadamente, lo que es tarea del Poder Judicial. Según el señor Procurador General, el Poder Legislativo estableció que no existió un ilícito —porque el hecho típico estaba justificado por una causa de justificación reconocida por el derecho—, arrogándose así la función de juzgar hechos particulares, lo que convertiría a la ley de “obediencia debida” en algo

peor que una ley de amnistía, en tanto la ley 23.521 no se limita a decir que los hechos no deben ser juzgados sino que predica que los hechos fueron lícitos, no antijurídicos, que fueron justificados.

La constitucionalidad de la norma en cuanto no invadía atribuciones judiciales por el Congreso fue también tratada en el caso “Camps” y recordada ya en este voto. Sin embargo, las afirmaciones del señor Procurador General, obligan a recordarlas con mayor detenimiento. En primer lugar debe señalarse que según lo resuelto en el precedente de Fallos: 310:1162, la ley 23.521 no establecía una causa de justificación, sino una causa objetiva de exclusión de pena que funcionaba como excusa absoluta y, por lo tanto, apartaba toda consideración sobre la culpabilidad del agente en la comisión de los **delitos atribuidos que continuaban siendo tales** (voto de los jueces Caballero y Belluscio). Se ha dicho también que esta condición objetiva de no punibilidad estaba apoyada en una presunción *iuris et de iure* de que quienes revistaron los cargos que indica el primer párrafo de la ley 23.521 obraron en virtud de obediencia debida y como tal ajena a toda investigación y decisión judicial (Fallos: 311:816 *in re* “Agüero” y 311:1042 *in re* “Suárez Mason”).

El hecho de que las conductas se hayan considerado no punibles pero sin haberseles asignado un efecto justificante tuvo sus consecuencias, por ejemplo, en el fuero contencioso administrativo, en tanto en numerosos fallos se negó que las acciones realizadas en el período expresado en la ley pudieran enmarcarse en el concepto de “actos de servicio” a los fines indemnizatorios o previsionales. Su distinción con una causa de justificación también puede derivarse de las consideraciones que se efectuaron respecto de aquellos militares de mayor jerarquía excluidos de los beneficios de la ley de obediencia debida que bien “podían aun...en un proceso normal (aunque) resultaba incompatible con el especial sistema de la ley 23.521 —y en los términos perentorios que ella contemplaba...esgrimir sus defensas...—sobre cualquier base incluso haber actuado obedeciendo órdenes—” (considerandos 13 y 17 de Fallos: 311:1042 *in re* “Suárez Mason”). Con respecto a los oficiales superiores comprendidos en el segundo párrafo, es decir aquellos que **no** hubieran revistado los cargos directamente excluidos se aclaró en la misma causa que los juicios sobre “capacidad decisoria” y “participación en la elaboración de órdenes” que la ley 23.521 obligaba a formular a los jueces en plazo perentorio y sobre la base del material probatorio reunido en cada proceso, no tenían otra significación que la de permitir a los magistrados discernir si esos oficiales estaban alcanzados por aquella condición y nada adelantaban sobre la responsabilidad penal que cabía adjudicarles, luego del juicio, en el acto de culminación normal del proceso que es la sentencia definitiva o acerca de su irresponsabilidad que pudiera conducir a la finalización anormal de aquél, mediante el sobreseimiento provisional o definitivo.

93) Que, por último, tampoco resultaría atendible el argumento del *a quo* en cuanto a que la ley de obediencia debida es inconstitucional por “irracional” en tanto permitió investigar la sustracción, retención y ocultación de una menor —la hija del matrimonio Poblete— y, a la vez, impide investigar e imputar a los autores de la privación de libertad, tortura y demás actos de los que fueron víctimas sus padres. La diferencia, sin embargo, bien pudo residir razonablemente para el legislador en la circunstancia de que los hechos

excluidos de esa ley no podían integrar en modo alguno el tipo de acciones descripto en el art. 10 de la ley 23.049. Una declaración de inconstitucionalidad por tal motivo no se condice con su carácter de última *ratio*.

94) Que los fundamentos expuestos procuran demostrar que las razones invocadas por este Tribunal en oportunidad de expedirse en torno a la constitucionalidad de la ley 23.521 al fallar en los autos “Causa incoada en virtud del decreto 280/84 del Poder Ejecutivo Nacional” (Fallos: 310: 1162) no son desvirtuadas en modo alguno por nuevos argumentos.

Lo dicho no significa en modo alguno justificar la aplastante enormidad del horror. No se le escapa a esta Corte que el país necesita desesperadamente recobrar la fe en sí mismo, así como el sentido de su dignidad, para acabar con la frustración, el escepticismo y el colapso moral resultantes de una larga cadena de acontecimientos. (...) De esa manera podrán reconstruir la convivencia, los hábitos de vida civilizada y la solidaridad que ennoblecen la existencia humana (conf. considerando 25 del voto del juez Fayt en Fallos: 310:1162).

En este sentido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado: “(u)n problema difícil que han tenido que encarar las democracias recientes ha sido el de la investigación de las violaciones a los derechos humanos ocurridas en los anteriores gobiernos, así como la posibilidad de sanción a los responsables de tales violaciones. La Comisión reconoce que es un asunto sensible y extremadamente delicado, donde la contribución que puede dar (...) es mínima. La respuesta, entonces, debe surgir de los sectores nacionales, que son en sí mismo los afectados, y la urgente necesidad de una reconciliación y pacificación nacional debe ser conciliada con las exigencias ineluctables de un entendimiento de la verdad y la justicia” (Reporte anual 1985/1986, pág. 192). Esto es precisamente lo que esta Corte ha procurado desde el año 1986.

95) Que para el logro de tan compleja finalidad no debe pasarse por alto que pese al indiscutible carácter aberrante de los delitos investigados en esta causa, sería de un contrasentido inadmisibles que por ese motivo se vulnerasen las garantías constitucionales básicas de quien se encuentra sometido a proceso. Precisamente, el total respeto de esas garantías y de un derecho penal limitado son las bases sobre las que se asienta y construye un verdadero Estado de Derecho. Tal como se señaló en el precedente “Arancibia Clavel” los preceptos liberales de la Constitución argentina deben ser defendidos férreamente —conf. Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal*, ed. Losada, 1964, T. II, págs. 406 y sgtes.—, a fin de conjurar que el enfoque inevitablemente difuso y artificioso del derecho penal internacional conduzca a la destrucción de aquéllos (disidencia del juez Fayt).

96) Que, en efecto, lo contrario implicaría que los “rebeldes, traidores y todos los convictos de lesa majestad han de ser castigados no con el derecho civil (estatal), sino con el derecho natural, pues lo son no como malos ciudadanos, sino como enemigos de la civitas (estado)” (Hobbes, *Libri de Cive* —1ra. edición en París, 1642— citado por Carlos Pérez del Valle en *Sobre los Orígenes del Derecho Penal de Enemigo*, *El Derecho Penal*, ed. ED, vol. 7, julio 2003, pág. 5 s.), consagrándose así un derecho penal del enemigo (*Feindstrafrecht* conf. Jakobs). Éste se caracteriza, entre otras cosas, por el hecho de que “no hay otra descarga de la responsabilidad que no sea distinta de la imputabilidad... pues **no puede haber justificación o excusa** que explique la comisión de los crímenes más graves” y también por cuanto los “principios constitucionales asumidos por el derecho penal no represent(a)n nunca obstáculos” (Pérez del Valle, op. cit., págs. 14 y 15;

énfasis agregado). El principio de legalidad es así visto como un impedimento que el legislador procura eludir conscientemente en atención a las “complejidades” derivadas del mandato de determinación que dicho principio conlleva (conf. Cancio Meliá Manuel, *Derecho Penal del Enemigo y Delitos de Terrorismo*, Revista de Ciencias Jurídicas ¿Más Derecho?, 2003/III, Buenos Aires, Fabián de Placido, pág. 239).

En un régimen totalitario se da por sentado que existe un derecho penal para los enemigos en tanto hace a su naturaleza la diferencia entre “amigos” y “enemigos” en la clásica distinción de Carl Schmitt (ver, entre otras obras, su *Teoría del Partisano*, Colección ideologías contemporáneas, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1966). Por el contrario en un Estado de Derecho, por definición, no puede admitirse tal distinción entre “ciudadanos” y “enemigos” como “sujetos con distintos niveles de respeto y protección jurídicos” (conf. Muñoz Conde Francisco, *Las reformas de la Parte Especial del Derecho Penal Español en 2003: de la “tolerancia cero” al “derecho penal del enemigo”*, Revista de Derecho Penal, vol. 20042, pág. 658).

En efecto, los “derechos y garantías fundamentales propios del Estado de Derecho, sobre todo los de carácter penal material (principio de legalidad...) y procesal penal...son presupuestos irrenunciables de la propia esencia del Estado de Derecho. Si se admite su derogación, **aunque sea en casos concretos extremos y muy graves**, se tiene que admitir también el desmantelamiento del Estado de Derecho, cuyo ordenamiento jurídico se convierte en un ordenamiento puramente tecnocrático o funcional, sin ninguna referencia a un sistema de valores, o, lo que es peor, referido a cualquier sistema, aunque sea injusto, siempre que sus valedores tengan el poder o la fuerza suficiente como para imponerlo. El Derecho así entendido se convierte en un puro Derecho de Estado, en el que el Derecho se somete a los intereses que en cada momento determine el Estado...” (Muñoz Conde, loc. cit.; énfasis agregado).

De este modo, los principios garantistas se verían conculcados “con el pretexto de defender paradójicamente el Estado de Derecho” (Muñoz Conde, op. cit., pág. 664). Corresponde entonces preguntarse si “podemos soportar como sociedad una sensible baja en derechos y garantías procesales y penales para combatir fenómenos complejos” (Silva Sánchez Jesús, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales*, 2 da. Edición, Ed. Civitas, Madrid, 2001).

Para dar respuesta a este interrogante debe recordarse que nuestra Constitución fue definida como un legado de sacrificios y de glorias (Fallos: 205:614) que no puede decirse que hayan concluido con su sanción. La interpretación de la Constitución Nacional, así como los esfuerzos destinados a asegurar su vigencia, no pueden desentenderse de la realidad viviente de cada época (Fallos: 211:162) por desgarrante que ella haya sido. Esta regla no implica destruir las nobles bases que ella sienta, sino defenderlas en el orden superior de su perdurabilidad y el de la Nación misma, para cuyo gobierno ha sido instituida, sin que se puedan ignorar los avatares que la afectan de modo de hacer de ella una creación viva, impregnada de realidad argentina, sea esta realidad grata o ingrata. Sólo así puede asegurarse que **ella siga siendo el instrumento de la ordenación política y moral de la Nación** (Fallos: 178:9), citado en Fallos: 310:1162 del voto del juez Fayt (énfasis agregado).

Por ello, habiendo dictaminado el señor Procurador General y dadas las particularidades del presente caso (conf. considerando 7º) se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se revocan las sentencias apeladas con el alcance indicado. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que por quien corresponda se dicte nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Agréguese la queja al principal. Notifíquese y devuélvase.

CARLOS S. FAYT.



PUNICIÓN DE LOS DELITOS DE LESA HUMANIDAD

“MAZZEO” (FALLOS: 330:3248)

En este trascendental precedente la Corte estableció que los delitos de lesa humanidad, por su gravedad, son contrarios no sólo a la Constitución Nacional, sino también a toda la comunidad internacional, razón por la cual la obligación que pesa sobre todos los Estados de esclarecerlos e identificar a sus culpables, surge también de los tratados internacionales y aún del *ius cogens*, que es la más alta fuente de derecho internacional, no susceptible de ser derogada por tratados en contrario.

Sostuvo el Tribunal que a partir de la reforma de la Constitución Nacional los tratados internacionales de derechos humanos tienen jerarquía constitucional y que por voluntad de los convencionales constituyentes se ha querido que la jurisprudencia internacional en la materia sirva de guía interpretativa para los jueces.

El precedente fue decidido por la mayoría conformada por los jueces LORENZETTI, HIGHTON DE NOLASCO, MAQUEDA y ZAFFARONI, con la disidencia del juez FAYT y la disidencia parcial de la jueza ARGIBAY.

Principales ejes temáticos del fallo

» La consagración positiva del derecho de gentes en la Constitución Nacional permite considerar que existe un sistema de protección de derechos que resulta obligatorio independientemente del consentimiento expreso de las naciones que las vincula y que es conocido actualmente dentro de este proceso evolutivo como *ius cogens*. Se trata de la más alta fuente del derecho internacional que se impone a los estados y que prohíbe la comisión de crímenes contra la humanidad, incluso en épocas de guerra. No es susceptible de ser derogada por tratados en contrario y debe ser aplicada por los tribunales internos de los países independientemente de su eventual aceptación expresa.

» Tratándose de la investigación de delitos de lesa humanidad, cualquiera sea la amplitud que tenga el instituto del indulto, él resulta una potestad inoponible para este tipo de proceso, pues para el supuesto que se indultara a procesados partícipes de cometer delitos de lesa humanidad, ello implicaría contravenir el deber internacional que tiene el Estado de investigar, y de establecer las responsabilidades y sanción; del mismo modo, si se trata de indultos a condenados, igualmente se contraviene el deber que tiene el Estado de aplicar sanciones adecuadas a la naturaleza de tales crímenes.

» Más allá de cuáles son los contornos precisos de la garantía que prohíbe el doble juzgamiento respecto de delitos comunes, en el derecho humanitario internacional los principios de interpretación axiológicos adquieren plena preeminencia, tanto al definir la garantía del

Enlaces destacados

» Ver más

- › Reseña
- › Citas del fallo
- › Versión Word

» Dictamen

» Doctrina del fallo

ne bis in idem como la cosa juzgada. Ello así en la medida en que tanto los estatutos de los tribunales penales internacionales como los principios que inspiran la jurisdicción universal, tienden a asegurar que no queden impunes hechos aberrantes ya que, sin perjuicio de dar prioridad a las autoridades nacionales para llevar a cabo los procesos, si éstos se transforman en subterfugios inspirados en impunidad, entra a jugar la jurisdicción subsidiaria del derecho penal internacional con un nuevo proceso.

» Los principios que, en el ámbito nacional, se utilizan habitualmente para justificar el instituto de la cosa juzgada y ne bis in idem no resultan aplicables respecto de delitos contra la humanidad porque los instrumentos internacionales que establecen esta categoría de delitos, así como el consiguiente deber para los Estados de individualizar y enjuiciar a los responsables, no contemplan, y por ende no admiten, que esta obligación cese por el transcurso del tiempo, amnistías o cualquier otro tipo de medidas que disuelvan la posibilidad de reproche.

» La reforma constitucional sólo modificó la relación entre los tratados y las leyes, pero en modo alguno entre los tratados –cualquiera fuera su categoría– y la Constitución Nacional, lo que jamás habría sido posible por la expresa prohibición a la Convención Constituyente de modificar los arts. 1 a 35 (ley 24.309, art. 7) (Disidencia del juez Fayt).

» Sería un contrasentido inadmisibles que por el indiscutible carácter aberrante de los delitos investigados, se vulnerasen las garantías constitucionales básicas de quien se encuentra sometido a proceso, ya que el total respeto de esas garantías y de un derecho penal limitado, son las bases sobre las que se asienta un verdadero Estado de Derecho (Disidencia del juez Fayt).

» Ni la Corte Suprema, ni ningún otro tribunal, puede eludir los efectos de una decisión judicial firme sin negarse a sí mismo, es decir, sin poner las condiciones para que su propio fallo sea también revocado en el futuro con argumentos contrarios –alegando su error o injusticia–. Si el propio juicio sobre el desacierto de un fallo pasado o la diferente concepción de la equidad o la justicia que anima a los jueces actuales pudiese dar lugar a una revisión de las sentencias judiciales firmes, el carácter final de sus decisiones vendría a significar apenas más que nada, pues sólo sería respetado por los jueces futuros en la medida que fueran compartidas por ellos (Disidencia de la jueza Argibay).

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 13 de julio de 2007.

Vistos los autos: “Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad”; M.2334.XLII ‘Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad’ y M.2335.XLII ‘Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad’”.

Considerando:

1º) Que la presente causa se ha iniciado por la presentación efectuada en forma conjunta por Sara de Castiñeiras, Iris Pereyra de Avellaneda, Floreal Avellaneda; Juan Manuel Castiñeiras y Ana María Astudillo, juntamente con sus representantes letrados y Alicia

Palmero, en representación de la Liga Argentina por los Derechos Humanos, quienes solicitaron la declaración de inconstitucionalidad del decreto 1002/89, mediante el cual el Poder Ejecutivo Nacional indultó, entre otros, a Santiago Omar Riveros, por los hechos a él imputados en la ex causa 85 de la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín (fs. 1/6).

2º) Que el Juzgado Federal N° 2 de San Martín hizo lugar a la presentación, declarando la inconstitucionalidad del decreto 1002/89, y dispuso privar de efectos, dentro de las actuaciones principales, la totalidad de actos y resoluciones dictadas como consecuencia del decreto mencionado. Fundó su decisión en diversas consideraciones y en los arts. 16, 18, 29, 31, 75 inc. 22, 99 inc. 5º, 109, 116 y 118 de la Constitución Nacional.

3º) Que dicho pronunciamiento fue apelado por el abogado defensor de Santiago Omar Riveros, con fundamento, entre otros, en que la excepción de cosa juzgada en relación al sobreseimiento dictado a fs. 1553 se encontraba firme (fs. 68/70 y 114/129).

4º) Que la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, acogió el recurso de la defensa con sustento en que ese tribunal ya se había expedido en la causa 85 acerca de la validez del indulto presidencial. Entre otras ponderaciones señaló que el indulto era un acto privativo del presidente de la República, una potestad discrecional que podía concederse incluso a los procesados. Agregó que aunque la solución de autos pudiera presentarse como repudiable desde el punto de vista estrictamente moral, ni el alcance otorgado al marco normativo vigente al momento de dictarse el indulto, ni los elementos incorporados referentes al nuevo contexto internacional jurídico del país, tenían relevancia para revisar los efectos derivados de la vigencia y aplicación de aquél, ya que generó derechos en cabeza de sus beneficiarios, cuya situación habría quedado entonces consolidada. Invocó además lo decidido por la Corte Suprema en los casos publicados en Fallos: 313:1392, 1398; 315:2421 (fs. 131/139).

5º) Que apelado dicho pronunciamiento, por distintos grupos de querellantes, la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal se pronunció por la inconstitucionalidad del decreto de indulto 1002/89.

Para así decidir rechazó la supuesta afectación del principio del juez natural alegada por la defensa, y consideró incompetente a la Justicia Militar para resolver el *sub lite*. Para ello citó el precedente de esta Corte *in re*: “Videla, Jorge Rafael s/ incidente de excepción de cosa juzgada y falta de jurisdicción”, de Fallos: 326:2805 y el publicado en Fallos: 323:2035. También desestimó la falta de acción de los querellantes —invocada por la defensa de Riveros— con sustento en el pronunciamiento de esta Corte en la causa “Hagelin, Ragnar Erland” (Fallos: 326:3268); así como en el caso “Velásquez Rodríguez” de la Corte Interamericana (sentencia CIDH Serie C N° 7, del 21 de julio de 1989).

En cuanto al fondo de la cuestión —entre otras exhaustivas consideraciones— el *a quo* recordó que la reforma constitucional de 1994 acordó jerarquía constitucional a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas

las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; y la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional). Señaló que si bien el decreto de indulto 1002/89 fue dictado con anterioridad al reconocimiento de la jerarquía constitucional de tales instrumentos internacionales, lo cierto era que tratándose de delitos de lesa humanidad, no existían limitaciones a su juzgamiento en tiempo y espacio, y tampoco podía concederse indultos o dictarse leyes de prescripción que impidan su juzgamiento y condena. Citó para ello jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos.

Puso de relieve, además, la relevancia en la vigencia cronológica de estos principios internacionales, tanto de la Carta del Tribunal Internacional de Nüremberg de 1945; de la resolución 95 de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 11 de diciembre de 1946; de los principios 4° y 6° de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas y la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante resolución 2391 del 26 de noviembre de 1968.

Destacó, además, la evolución del derecho de gentes y su vinculación al principio del *ius cogens*. Mencionó las cuatro convenciones de Ginebra del 12 de agosto de 1949 ratificadas por nuestra República mediante ley 14.467. Analizó el Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda, creado por el Consejo de Seguridad en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, la resolución 827/93 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas que adoptó el Estatuto del Tribunal Internacional para juzgar a los presuntos responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la exYugoslavia a partir de 1991 y el Preámbulo del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, adoptado el 17 de julio de 1998 —ley 25.390— instaurando medidas tendientes a que “los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto” “no queden sin castigo”, de manera de “poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes”.

Señaló la preexistencia —y preeminencia— de los fundamentales derechos del hombre sobre la conformación del Estado. Concluyó que todos estos derechos son una emanación del concepto de vida y resultan por tanto inherentes al ser humano, y que la expectativa de goce y la obligación de los Estados de garantizar su plena vigencia nace con la persona misma, y que por ello la introducción expresa de los pactos y convenciones incorporados en el marco del art. 75, inc. 22 de la Carta Magna, no puede ser considerado como el producto de un acordar o un otorgar, sino como un reconocimiento de derechos y libertades fundamentales cuyo origen es el del propio ser humano.

Expresó que ese marco jurídico es de aplicación directa al caso de autos, pues nuestro país desde la Constitución misma de 1853 y los códigos penales vigentes siempre incorporó en su legislación los principios fundamentales de derecho internacional y normas penales específicas bajo los cuales se sancionan los delitos de lesa humanidad.

Citó además la causa “Simón” (Fallos: 328:2056) resuelta por esta Corte. A la luz de lo expresado, concluyó que la Constitución Nacional de 1853 reconoció la supremacía de ese derecho de gentes y en ese acto lo incorporó directamente con el consiguiente deber de su aplicación por los tribunales, respecto a los crímenes aberrantes para quienes los hayan cometido en el ámbito de cualquier jurisdicción.

Destacó, además, que el decreto en cuestión fue dictado con posterioridad a la aprobación de nuestro país de algunos de los pactos internacionales, tales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, y recordó además que la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados aprobada por ley 19.865, confiere primacía al derecho convencional internacional sobre el derecho interno.

Consideró que en el presente caso no podía ser controvertido que los hechos que se pretenden investigar encuadran en afecciones fundamentales a la persona calificables como de “lesa humanidad”. Citó el precedente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al decidir en el caso “Barrios Altos”, y señaló que el decreto 1002/89, implicaba un obstáculo para la efectiva investigación y dilucidación de responsabilidades por los hechos que dieron origen a la causa 85 de la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, caratulada “Riveros, Santiago Omar s/ privación ilegal de la libertad”, que colisionaba de manera manifiesta y frontal con los derechos expresados en los arts. 1, 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Así las cosas, sostuvo que la solución que mejor realiza el valor justicia, resulta de acordar a víctimas, familiares y sociedad, el acceso a la jurisdicción a los efectos de que se investiguen los graves hechos —calificados de lesa humanidad— que motivaron las actuaciones, garantizando a las partes sometidas a esa jurisdicción, como en todo proceso, el pleno respeto de sus derechos constitucionales para que en esas condiciones se establezcan las responsabilidades penales que puedan corresponder (fs. 143/173).

6°) Que contra el pronunciamiento de la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal, la defensa técnica de Santiago Omar Riveros dedujo recurso extraordinario federal en los términos del art. 14 de la ley 48 (fs. 247/271).

En su escrito señala que la resolución impugnada es definitiva, toda vez que la apelación del art. 14 de la ley 48 procede no sólo contra las sentencias definitivas en el sentido estricto, sino también contra las que sin serlo formalmente ocasionan un agravio de imposible o insuficiente reparación ulterior.

Se agravia de que se ha violado la garantía de juez natural, dado que los hechos que se le atribuyen sucedieron dentro de un contexto de guerra, situación que habilitaba sólo a la jurisdicción militar para resolverlos. Señala que la mera remisión que hizo el *a quo* al precedente de esta Corte publicado en Fallos: 323:2035 “Cristino Nicolaidis y otros”, para resolver el tema de la competencia, implicó desconocer que aquí se trata de un supuesto diferente al allí resuelto.

Denuncia, además, la violación del principio inmutable de la cosa juzgada, al decretarse la inconstitucionalidad del decreto 1002/89, pues el control de constitucionalidad sobre tal norma ya se había ejercido en la presente causa por parte de la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, que se había expedido sobre la legitimidad de dicho decreto para resolver la excepción opuesta y sobreseer al imputado el 10 de noviembre de 1989. Recordó que la cosa juzgada, conforme nuestro ordenamiento procesal, solamente puede ser atacada mediante un recurso de revisión, y que la misma está amparada incluso por los tratados internacionales. Indica que la declaración de inconstitucionalidad impli-

có además violar otra garantía de jerarquía constitucional que es aquella que prohíbe el doble juzgamiento (*ne bis in idem*).

Sobre tales premisas considera que la declaración de inconstitucionalidad del decreto 1002/89 es nula por no estar autorizada por ninguna de las normas que integran nuestro sistema procesal penal. Tacha además al pronunciamiento del *a quo* de arbitrario porque omitió individualizar la norma procesal o cláusula constitucional violada.

En cuanto al indulto, señala además, que ni la Constitución Nacional ni los tratados incorporados en la reforma del año 1994, prohíben tal facultad presidencial para delitos de lesa humanidad. Cita distintos precedentes internacionales que indultaron a sujetos condenados por crímenes análogos a los que se imputan en esta causa.

En cuanto a la calificación de los delitos imputados como crímenes de lesa humanidad, señala que esa clase de crímenes se cometen contra una población civil, circunstancia ésta que no se dio en el caso argentino, toda vez que el objetivo fijado por el Estado habría sido el aniquilamiento del terrorismo mediante una orden expresa impartida por el gobierno constitucional en el año 1975. En este sentido, diferencia el caso “Arancibia Clavel” (Fallos: 327:3312) —declarado imprescriptible por la Corte— el que sin duda constituía un delito de lesa humanidad, pues en Chile no hubo una guerra contra el terrorismo sino una persecución políticoideológica mediante la comisión de delitos que, por sus fines, fueron correctamente calificados de lesa humanidad. Idénticas características tendrían los delitos cometidos en nuestro país por la “Triple A” mediante las amenazas de muerte vertidas en el año 1975, en pleno gobierno constitucional. Después de reproducir la Directiva 1/75 del Consejo de Defensa, la defensa insiste en que no hubo ningún ataque generalizado o sistemático contra la población civil, por lo cual estimó que, en los casos de delitos individualmente cometidos durante las operaciones de guerra, no cabe el calificativo de lesa humanidad, sino el de delitos comunes. Señala además que no es admisible utilizar principios *ius naturalistas* para desconocer el derecho positivo.

Finalmente considera que las acciones penales nacidas de los hechos investigados en la causa han prescripto conforme a lo previsto en el art. 339 del Código Procesal Penal. Señala que los imputados de la causa denominada 13 se beneficiaron con la prescripción de la acción, situación que implica la violación de la garantía de igualdad.

7º) Que respecto a la violación de la garantía del juez natural que invoca la defensa con sustento de que el imputado debió ser juzgado dentro del ámbito de la justicia castrense, más allá de las razones expuestas por el señor Procurador General para declarar formalmente inadmisibles la apelación federal, esta Corte se ha expedido sobre idénticos agravios en el precedente “Videla” (Fallos: 326:2805). Además la intervención de la justicia civil para este tipo de procesos responde al compromiso asumido por el Estado argentino al incorporar la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, cuyo art. 9 establece que para tales delitos “sólo podrán ser juzgados por las jurisdicciones de derecho común competentes en cada Estado, con exclusión de toda jurisdicción especial, en particular militar” (ver en este sentido voto de los jueces Petracchi y Maqueda, respectivamente en Fallos: 326:2805).

Que respecto a esta cuestión la Corte Interamericana ha sostenido “que en un Estado democrático de derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y

excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares. Por ello, sólo se debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar” (caso “Palamara Iribarne” sentencia del 22 de noviembre de 2005. CIDH, Serie C N° 135, párr. 124; caso de la “Masacre de Mapiripán”, CIDH, Serie C N° 134, 15 de septiembre de 2005, párr. 202; y caso “19 Comerciantes”, Serie C N° 109, 5 de julio de 2004, párr. 165.)

Por tales razones corresponde desestimar los agravios del recurrente sobre este punto.

8º) Que, en lo que se refiere a los restantes agravios planteados, si bien es doctrina del Tribunal que las resoluciones cuya consecuencia sea la obligación de seguir sometido a proceso criminal no reúnen, por regla, la calidad de sentencia definitiva a los efectos del art. 14 de la ley 48, de tal principio corresponde hacer excepción en los casos en los que dicho sometimiento podría provocar un gravamen de insuficiente, imposible o tardía reparación ulterior. Entre estas excepciones corresponde incluir el caso de autos, en tanto el recurso se dirige a lograr la plena efectividad de la prohibición de la doble persecución penal, cuyo rango constitucional ha sido reconocido por esta Corte (Fallos: 308:1678; 310:360; 311:67; 314:377; 316:687, entre muchos otros); y ese derecho federal sólo es susceptible de tutela inmediata, porque la garantía no veda únicamente la aplicación de una nueva sanción por el mismo hecho anteriormente perseguido, sino también la exposición al riesgo de que ello ocurra mediante un nuevo sometimiento a juicio de quien ya lo ha sufrido por el mismo hecho (Fallos: 314:377 y sus citas).

9º) Que, en cuanto a lo sustancial de la cuestión, referente a la interpretación adecuada de los delitos de lesa humanidad, cabe señalar que esta Corte los ha definido y examinado exhaustivamente en los precedentes “Arancibia Clavel” (Fallos: 327:3312) y “Simón” (Fallos: 328:2056) a cuyas consideraciones cabe remitirse (*in re*: Fallos: 327:3312 y 328:2056, considerandos 50 a 54 del juez Maqueda; 14 del voto del juez Zaffaroni; 31 de la jueza Highton de Nolasco; 13 del juez Lorenzetti; 10 de la jueza Argibay).

Que por las razones allí invocadas la caracterización que el recurrente reclama para los delitos investigados en el *sub lite* no puede encontrar favorable acogida, habida cuenta de que —como lo señala el señor Procurador General— sus apreciaciones constituyen meras disquisiciones de índole histórica política. En efecto, ellas no suponen ninguna argumentación que fundamente una distinción jurídica entre los crímenes que se denuncian en el presente caso, y los que dieron lugar a las sentencias emitidas por esta Corte. Por ello, las consideraciones allí formuladas para atribuir a tales hechos la naturaleza de crímenes de lesa humanidad, deben trasladarse de manera indefectible a los imputados en este proceso (“Arancibia Clavel” en Fallos: 327:3312 y “Simón” en Fallos: 328:2056).

10) Que, sobre la base de tal premisa, cabe tener presente que el derecho internacional humanitario y de los derechos humanos, en diversos tratados y documentos prescriben la obligación por parte de toda la comunidad internacional de “perseguir”, “investigar” y “sancionar adecuadamente a los responsables” de cometer delitos que constituyen graves violaciones a los derechos humanos.

11) Que corresponde ahora, preliminarmente, esclarecer por qué tales obligaciones derivadas del derecho internacional resultan de aplicación preteritoria en la jurisdicción argentina.

En tal sentido cabe recordar que la Carta de la ONU marca el nacimiento de un nuevo derecho internacional y el final del viejo paradigma del modelo de Wesfalia difundido tres siglos antes tras el final de la anterior guerra europea de los treinta años. El derecho internacional se transforma estructuralmente, dejando de ser un sistema práctico, basado en tratados bilaterales *inter pares*, y convirtiéndose en un auténtico ordenamiento jurídico supraestatal: ya no es un simple *pactum associationis*, sino además, un *pactum subiectionis*. En el nuevo ordenamiento pasan a ser sujetos de derecho internacional no sólo los Estados, sino también los individuos y los pueblos (Luigi Ferrajoli, *Derechos y Garantías: la ley del más débil*, Madrid, Ed. Trotta, 1999, pág. 145; en similar sentido ver también Lea Brilmayer, *International Law in American Courts: A Modest Proposal*, 100 *The Yale Law Journal*, 2277, 2297; 1991 y el informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos referente al efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos - arts. 74 y 75, Opinión Consultiva OC2/82, Serie A N° 2, del 24 de septiembre de 1982, párrafo 29).

12) Que desde esta perspectiva de la protección de los derechos humanos, el primer párrafo del Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948 ha postulado el reconocimiento de la dignidad inherente y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana. Asimismo, el art. 1 dispone que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros. Las cláusulas concernientes a la protección de los derechos humanos insertas en la Declaración se sustentan, además, en la Carta de las Naciones Unidas que en su art. 55, inc. c, dispone que dicha organización promoverá el respeto universal de los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y en su art. 56 prescribe que todos los Miembros se comprometen a tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización, para la realización de los propósitos consignados en el art. 55. Tales disposiciones imponen la responsabilidad, bajo las condiciones de la Carta, para cualquier infracción sustancial de sus disposiciones, especialmente cuando se encuentran involucrados un modelo de actividad o una clase especial de personas (conf. Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1966, pág. 463).

13) Que estas declaraciones importaron el reconocimiento de los derechos preexistentes de los hombres a no ser objeto de persecuciones por el Estado. Esta necesaria protección de los derechos humanos, a la que se han comprometido los estados de la comunidad universal, no se sustenta en ninguna teoría jurídica excluyente. En realidad, sus postulados sostienen que hay principios que determinan la justicia de las instituciones sociales y establecen parámetros de virtud personal que son universalmente válidos, independientemente de su reconocimiento efectivo por ciertos órganos o individuos, lo cual no implica optar por excluyentes visiones iusnaturalistas o positivistas. La universalidad de tales derechos no depende pues de un sistema positivo o de su sustento en un derecho natural fuera del derecho positivo (conf. Carlos Santiago Nino, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Buenos Aires, Ed. Paidós, 1984, pág. 24).

Esta concepción del derecho internacional procura excluir ciertos actos criminales del ejercicio legítimo de las funciones estatales (Bruno Simma y Andreas L. Paulus, *The responsibility of individuals for human rights abuses in internal conflicts: a positivist view*, 93

American Journal of International Law 302, 314; 1999) y se fundamenta, esencialmente, en la necesaria protección de la dignidad misma del hombre que es reconocida en la declaración mencionada y que no se presenta exclusivamente a través del proceso de codificación de un sistema de derecho positivo tipificado en el ámbito internacional.

14) Que la importancia de esa tradición jurídica fue recogida por el art. 102 de la Constitución Nacional (el actual art. 118). La especial atención dada al derecho de gentes por la Constitución Nacional de 1853 derivada en este segmento del proyecto de Gorostiaga no puede asimilarse a una mera remisión a un sistema codificado de leyes con sus correspondientes sanciones, pues ello importaría trasladar ponderaciones y métodos de interpretación propios del derecho interno que son inaplicables a un sistema internacional de protección de derechos humanos. En efecto, desde sus mismos orígenes se ha considerado que la admisión de la existencia de los delitos relacionados con el derecho de gentes dependía del consenso de las naciones civilizadas, sin perjuicio, claro está, de las facultades de los diversos estados nacionales de establecer y definir los delitos castigados por aquel derecho (ver en tal sentido Joseph Story, *Commentaries on the Constitution of the United States*, Boston, Hilliard, Gray and Company, 1833, Vol III, cap. XX, 1154 a 1158; también James Kent, *Commentaries on American Law*, Vol. I, parte I, New York, Halsted, 1826, especialmente caps. I, II y IX).

Cabe agregar que la positivización de los derechos humanos en el derecho internacional, como reaseguro de sus positivizaciones nacionales, es lo que hizo perder buena parte del sentido práctico del clásico debate entre positivismo y jusnaturalismo (considerando 18 del voto del juez Lorenzetti *in re*: “Simón” —Fallos: 328:2056—).

15) Que, por consiguiente, la consagración positiva del derecho de gentes en la Constitución Nacional permite considerar que existe un sistema de protección de derechos que resulta obligatorio independientemente del consentimiento expreso de las naciones que las vincula y que es conocido actualmente dentro de este proceso evolutivo como *ius cogens*. Se trata de la más alta fuente del derecho internacional que se impone a los estados y que prohíbe la comisión de crímenes contra la humanidad, incluso en épocas de guerra. No es susceptible de ser derogada por tratados en contrario y debe ser aplicada por los tribunales internos de los países independientemente de su eventual aceptación expresa (*in re*: “Arancibia Clavel” —Fallos: 327:3312— considerando 28 y 29 de los jueces Zaffaroni y Highton de Nolasco; 25 a 35 del juez Maqueda y considerando 19 del juez Lorenzetti en “Simón”).

16) Que es posible señalar que existía, a la fecha de comisión de los actos precisados, un orden normativo formado por tales convenciones y por la práctica consuetudinaria internacional, que consideraba inadmisibles la comisión de delitos de lesa humanidad ejecutados por funcionarios del Estado y que tales hechos debían ser castigados por un sistema represivo que no necesariamente se adecuara a los principios tradicionales de los estados nacionales para evitar la reiteración de tales aberrantes crímenes (considerando 57 del voto del juez Maqueda *in re*: “Arancibia Clavel” —Fallos: 327:3312—).

17) Que tales principios se vieron fortificados y cristalizados, entre otros tratados, por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establecían los mismos principios, proclamando derechos básicos de las personas y deberes de los Estados para respetarlos.

18) Que la integración entre estos principios recibidos por la comunidad internacional para la protección de los derechos inherentes a la persona con el sistema normativo de punición nacional, fue una de las pautas básicas sobre la que se construyó todo el andamiaje institucional que impulsó a la Convención Constituyente de 1994 a incorporar los tratados internacionales como un orden equiparado a la Constitución Nacional misma (art. 75, inc. 22). En efecto, allí se señaló expresamente que lo que se pretendía establecer “es una política constitucional, cual es la de universalizar los derechos humanos, reconocer los organismos supranacionales de solución de conflictos como lo son la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos y promover opiniones consultivas de la Corte Interamericana, para que informe sobre el alcance de las normas consagradas en el Pacto, así como también sobre leyes y disposiciones conforme a sus propias resoluciones para asegurar que estén en armonía...” (Convencional Alicia Oliveira en la 220 Reunión, 30. Sesión ordinaria del 2 de agosto de 1994 de la Convención Constituyente de 1994, Diario de Sesiones, T. III, pág. 2861).

19) Que así la reforma constitucional de 1994 reconoció la importancia del sistema internacional de protección de los derechos humanos y no se atuvo al principio de soberanía ilimitada de las naciones. Sus normas son claras, en el sentido de aceptar como principio ya existente en ese momento, la responsabilidad de los estados al haber dado jerarquía constitucional —entre otros— a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

20) Que la preeminencia de los tratados sobre las leyes ya había sido sostenida por esta Corte con anterioridad en el caso “Ekmekdjian” (Fallos: 315:1492) por ello allí sostuvo que la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se trata de una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

21) Que, por su parte, la Corte Interamericana ha señalado que “es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos”. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (CIDH Serie C N° 154, caso “Almonacid”, del 26 de septiembre de 2006, parágraf. 124).

22) Que corresponde ahora examinar el modo en que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado las obligaciones de los estados respecto de los deberes de investigación y de punición de delitos aberrantes. En este sentido, el mencionado tribunal

ha señalado en reiteradas ocasiones que el art. 25, en relación con el art. 1.1. de la Convención Americana, obliga al Estado a garantizar a toda persona el acceso a la administración de justicia y, en particular, a un recurso rápido y sencillo para lograr, entre otros resultados, que los responsables de las violaciones de los derechos humanos sean juzgados y obtener una reparación del daño sufrido.

En particular ha impuesto las siguientes obligaciones:

1° El principio general que recae sobre los estados de esclarecer los hechos y responsabilidades correspondientes que debe entenderse concretamente como un deber estatal que asegure recursos eficaces a tal efecto (CIDH - “Velásquez Rodríguez”, Serie C N° 4, 29 de julio de 1988, considerandos 50 a 81);

2° Deber de los estados de garantizar los derechos de acceso a la justicia y de protección judicial (CIDH - “Loayza Tamayo”, Serie C N° 33, del 17 de septiembre de 1997, considerando 57 y CIDH - “Castillo Páez”, Serie C N° 43, del 27 de noviembre de 1988, considerando 106);

3° La obligación de identificar y sancionar a los autores intelectuales de las violaciones a los derechos humanos (CIDH - “Blake”, Serie C N° 48, del 22 de enero de 1999, considerando 61);

4° La adopción de las disposiciones de derecho interno que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de la obligación incluida en el art. 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (“Loayza Tamayo”, CIDH - Serie C N° 42, del 27 de noviembre de 1998, considerando 171; “Blake”, considerando 65; “Suárez Rosero”, CIDH - Serie C N° 35, del 12 de noviembre de 1997, considerando 80; “Durand y Ugarte”, Serie C N° 68, del 16 de agosto de 2000, considerando 143);

5° La imposición de los deberes de investigación y sanción a los responsables de serias violaciones a los derechos humanos no se encuentra sujeta a excepciones (“Villagrán Morales”, CIDH - Serie C N° 63, del 19 de noviembre de 1999, considerandos 225 y 226; “Velásquez Rodríguez”, Serie C N° 1, 29 de julio de 1988, párr. 176);

6° La obligación de los estados miembros de atender a los derechos de las víctimas y de sus familiares y que los delitos de desaparición y muerte sean debidamente investigados y castigados por las autoridades (“Blake”, Serie C N° 36, 24 de enero de 1998 párr. 97; “Suárez Rosero”, considerandos 107 y 108, 12 de noviembre de 1997; “Durand y Ugarte”, Serie C N° 68, 16 de agosto de 2000, considerando 130; “Paniagua Morales”, CIDH, Serie C N° 37, del 8 de marzo de 1998, considerando 173; “Barrios Altos”, párr. 42, 43, y 48).

23) Que ya en el caso “Barrios Altos” la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró *“inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”* (CIDH - Serie C N° 75, Caso Barrios Altos, sentencia del 14 de marzo de 2001, párr. 41). Por su parte el juez García Ramírez, en su voto concurrente, señaló que las “disposiciones de olvido y perdón no pueden poner a cubierto las más severas violaciones a los derechos humanos” (párr. 11).

En este mismo sentido, pero más enfáticamente en el caso “Almonacid”, la Corte Interamericana señaló que los crímenes de lesa humanidad son serios actos de violencia que dañan a los seres humanos al golpear lo más esencial para ellos: su vida, su libertad, su bienestar físico, su salud y/o su dignidad. Son actos inhumanos que por su extensión y gravedad van más allá de los límites de lo tolerable para la comunidad internacional, la que debe necesariamente exigir su castigo. Agregó que por ello los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, dondequiera y cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido, serán objeto de una investigación, y las personas contra las que existan pruebas de culpabilidad en la comisión de tales crímenes serán buscadas, detenidas, enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas.

Señaló que por ello los Estados no adoptarán medidas legislativas ni tomarán medidas de otra índole que puedan menoscabar las obligaciones internacionales que hayan contraído con respecto a la identificación, la detención, la extradición y el castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad (Caso Almonacid Arellano y otros. CIDH - Serie C N° 154, sentencia del 26 de septiembre del 2006).

24) Que, por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ya en el informe 28/92 sostenía que el hecho de que los juicios criminales por violaciones de los derechos humanos —desapariciones, ejecuciones sumarias, torturas, secuestros— cometidos por miembros de las Fuerzas Armadas hayan sido cancelados, impedidos o dificultados por las leyes 23.492, 23.521 y el decreto 1002/89, resulta violatorio de los derechos garantizados por la Convención, y consideró que tales disposiciones resultan incompatibles con los arts. 1, 8, y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Informe 28/92, casos 10.147, 10.181, 10.240, 10.262, 10.309 y 10.311, Argentina del 2 de octubre de 1992).

25) Que, en consecuencia, de aquellas consideraciones surge que los estados nacionales tienen la obligación de evitar la impunidad. La Corte Interamericana ha definido a la impunidad como “la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana” y ha señalado que “el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y sus familiares” (conf. casos Castillo Páez, Serie C N° 43, párrafos 106 y 107 y Loayza Tamayo, Serie C N° 42, párrafos 169 y 170, ambos del 27 de noviembre de 1998).

En términos análogos a los tratados aquí examinados se expide la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, aprobada el 20 de abril de 1989.

26) Que, del mismo modo, dentro del ámbito de las Naciones Unidas la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, en su Preámbulo menciona de manera expresa “...la obligación que incumbe a los estados en virtud de la Carta [de las Naciones Unidas], en particular del artículo 55, de promover el respeto universal y la observancia de los derechos humanos y libertades fundamentales, y en su articulado impone a los estados el deber de perseguir esa clase de delitos e imponer penas adecuadas (4.2)” (considerando 22 del voto de la jueza Highton de Nolasco *in re*: “Simón” —Fallos: 328:2056—).

Tal Convención fue suscripta en el año 1984, y el 24 de septiembre de 1986 el gobierno argentino depositó en poder del Secretario General de las Naciones Unidas el instrumento de ratificación, o sea que el decreto 1002/89 fue dictado con posterioridad a la entrada en vigencia de tal Convención.

El Comité contra la Tortura también se ha expedido en contra de las medidas de impunidad en la Argentina (Comunicaciones 1/1988; 2/1988; 3/1988), y en recientes precedentes ha recordado su jurisprudencia según la cual los Estados Partes tienen la obligación de sancionar a las personas consideradas responsables de la comisión de actos de tortura, y que la imposición de penas menos severas y la concesión del indulto son incompatibles con la obligación de imponer penas adecuadas (“Sr. Kepa Urra Guridi v. Spain”, Comunicación N° 212/2002, U.N. Doc. CAT/C/34/D/212/2002 [2005]).

27) Que, por su parte, el Comité de Derechos Humanos, creado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, específicamente al referirse al caso argentino sostuvo que la ley de punto final y de obediencia debida y el indulto presidencial de altos oficiales militares, son contrarios a los requisitos del Pacto, pues niegan a las víctimas de las violaciones de los derechos humanos, durante el período del gobierno autoritario, de un recurso efectivo, en violación de los arts. 2 y 9 del Pacto (Comité de Derechos Humanos, Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos: Argentina, 5 de abril de 1995, CCPR/C/79/Add. 46; A/50/ 40, párr. 144165). También ha señalado que pese “a las medidas positivas tomadas recientemente para reparar injusticias pasadas, incluida la abolición en 1998 de la Ley de obediencia debida y la Ley de punto final,...Las violaciones graves de los derechos civiles y políticos durante el gobierno militar deben ser perseguibles durante todo el tiempo necesario y con toda la retroactividad necesaria para lograr el enjuiciamiento de sus autores” (Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Argentina. 3 de noviembre de 2000 CCPR/CO/ 70/ARG).

28) Que las consideraciones expuestas, derivadas de los tratados internacionales, de la jurisprudencia y recomendaciones de sus organismos interpretativos y de monitoreo, han llevado a este Tribunal, a través de diversos pronunciamientos, a reconocer el carácter imprescriptible de los delitos de lesa humanidad (“Arancibia Clavel”, Fallos: 327:3312); a declarar la inconstitucionalidad de las leyes de obediencia debida y punto final (“Simón”, Fallos: 328:2056); a reconocer el derecho a la verdad sobre los hechos que implicaron graves violaciones de los derechos humanos (“Urteaga”, Fallos: 321: 2767); a otorgar rol protagónico de la víctima en este tipo de procesos (“Hagelin”, Fallos: 326:3268); y también a replantear el alcance de la garantía de cosa juzgada compatible con los delitos investigados (“Videla” Fallos: 326:2805).

29) Que ahora, en esa misma senda y en base al mismo plexo normativo antes expuesto, producto de una hermenéutica de normas y jurisprudencia nacional e internacional, le corresponde a esta Corte declarar la imposibilidad constitucional de indultar a autores y partícipes de esa clase de delitos, pues dicho acto de gobierno conlleva de modo inescindible la renuncia a la verdad, a la investigación, a la comprobación de los hechos, a la identificación de sus autores y a la desarticulación de los medios y recursos eficaces para evitar la impunidad.

30) Que el art. 99 de la Constitución Nacional —previsto anteriormente en el inc. 6° del art. 86— establece que “El Presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones...

inc. 5º) Puede indultar o conmutar las penas por delitos sujetos a la jurisdicción federal, previo informe del tribunal correspondiente, excepto en los casos de acusación por la Cámara de Diputados”.

El indulto, por sus orígenes, la razón que lo informa y los antecedentes históricos y de doctrina, importa la indulgencia, la clemencia, la gracia, el perdón social, ejercido por el órgano del jefe del Estado, a favor de aquellas personas a cuyo respecto las leyes penales, en su aplicación a casos concretos, resultan de una severidad imprevista y desproporcionada. Es un supremo recurso destinado a remediar los errores inevitables de los jueces y a mitigar las sanciones. En muchos casos, el Poder Judicial ponía en conocimiento al Poder Ejecutivo de aquellas causas donde se había generado una situación que ameritaba ponderar el ejercicio del indulto (ver Fallos: 3:87, año 1866; 29:330 año 1886, entre otros).

De los libros de Fallos de este Tribunal, surge un histórico debate jurisprudencial —que también se había dado en la doctrina— referente a si la facultad de indultar sólo puede ser utilizada respecto de personas previamente condenadas o si se extendía también a los procesados sin condena (ver Fallos: 6:227; 120:19; caso “Ibáñez”, Fallos: 136:244; 165:199; 315:2421; 323:2648).

31) Que lo cierto es que los delitos que implican una violación de los más elementales principios de convivencia humana civilizada, quedan inmunizados de decisiones discrecionales de cualquiera de los poderes del Estado que diluyan los efectivos remedios de los que debe disponer el Estado para obtener el castigo.

Por ello tratándose el *sub lite* de la investigación de esa clase de delitos, cualquiera sea la amplitud que tenga el instituto del indulto, él resulta una potestad inoponible para este tipo de proceso, pues para el supuesto que se indultara a procesados partícipes de cometer delitos de lesa humanidad, ello implicaría contravenir el deber internacional que tiene el Estado de investigar, y de establecer las responsabilidades y sanción; del mismo modo, si se trata de indultos a condenados, igualmente se contraviene el deber que tiene el Estado de aplicar sanciones adecuadas a la naturaleza de tales crímenes.

Por tal razón, resulta inocuo para la resolución del caso que hoy esta Corte entre a analizar si la facultad de indultar prevista en el art. 99 de la Constitución Nacional abarca a los procesados o no, o si tiene características similares a la amnistía o no, pues en definitiva dicha potestad del Poder Ejecutivo, así como las amnistías, quedan reservadas para delitos de distinta naturaleza que los que se investigan en el *sub lite*.

Por esas mismas razones, resulta innecesario dilucidar ahora si el objetivo que reserva nuestra Carta Magna al indulto es compatible con los fundamentos de carácter general esgrimidos en el decreto 1002/89 referentes a la supuesta necesidad de adoptar medidas que generaran las condiciones propicias para alcanzar la concordia, el mutuo perdón, la reconciliación, pacificación y la unión nacional.

32) Que, en síntesis, al momento de la promulgación del decreto 1002/89 existía un doble orden de prohibiciones de alto contenido institucional que rechazaba toda idea de impunidad respecto de los Estados Nacionales. Por un lado, un sistema internacional imperativo que era reconocido por todas las naciones civilizadas y, por otra parte, un sistema internacional de protección de los derechos humanos constituido, entre otros, por la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

De este modo, la decisión de cerrar los procesos criminales cercenó las obligaciones internacionales destinadas a comprobar los delitos denunciados, de identificar a sus autores, cómplices y encubridores, y de imposición de las sanciones correspondientes, así como el derecho de las víctimas a un recurso eficaz para lograr tal cometido.

33) Que desde esta perspectiva resulta claro que las garantías constitucionales de cosa juzgada y *ne bis in idem*, invocadas por los imputados en su defensa, tienen una dimensión que requiere algunas precisiones.

Cabe recordar que la garantía de la cosa juzgada ha sido reconocida por nuestros tribunales como una derivación implícita de diferentes cláusulas de la Constitución Nacional. Hoy, además, está expresamente prevista en los arts. 8. inc. 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 14 inc. 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

La Corte, al referirse a dicha garantía ha sostenido que “la estabilidad de las decisiones jurisdiccionales, en la medida que constituye un presupuesto ineludible de la seguridad jurídica, es exigencia de orden público, siendo el respeto de la cosa juzgada uno de los pilares fundamentales sobre los que se asienta nuestro sistema constitucional” (Fallos: 312:122; 313:904, 1297). Sin embargo, dicho principio ha estado sujeto a algunas excepciones. Entre otras razones, el Tribunal entendió que la afectación a “...la seguridad jurídica, propia de las sentencias firmes...no debe ceder a la razón de justicia” (Fallos: 254:320); y que es conocido el principio conforme con el cual son revisables las sentencias fraudulentas o dictadas en virtud de cohecho, violencia u otra maquinación. Y que no puede invocarse tal garantía cuando “...no ha habido un auténtico y verdadero proceso judicial, ni puede aceptarse que, habiendo sido establecida la institución de la cosa juzgada para asegurar derechos legítimamente adquiridos, cubra también aquellos supuestos en [que] los que se reconoce que ha mediado sólo un remedo de juicio...” (Fallos: 279:54, entre otros).

Cabe tener presente además que la cosa juzgada se dirige a lograr la plena efectividad de la prohibición de la doble persecución penal (Fallos: 315:2680). Así, ambas garantías se encuentran íntimamente interrelacionadas en cuanto a su objeto y fin.

34) Que respecto de la prohibición a la doble persecución penal, la jurisprudencia de la Corte ha sido inspirada en la de su par norteamericana (Fallos: 299:221; dictamen del señor Procurador General en Fallos: 298:736). Ello lo fue incluso al definir su objeto que es “impedir que el Estado, con todos sus recursos y poder, haga repetidos intentos para condenar a un individuo por un supuesto delito, sometiéndolo así a molestias, gastos y sufrimientos y obligándolo a vivir en un continuo estado de ansiedad e inseguridad” (Fallos: 298:736).

35) Que, lo cierto es que, más allá de cuáles son los contornos precisos de la garantía que prohíbe el doble juzgamiento respecto de delitos comunes, en el derecho humanitario internacional los principios de interpretación axiológicos adquieren plena preeminencia, tanto al definir la garantía del *ne bis in idem* como la cosa juzgada.

Ello así en la medida en que tanto los estatutos de los tribunales penales internacionales como los principios que inspiran la jurisdicción universal, tienden a asegurar que no queden impunes hechos aberrantes. Por ello, sin perjuicio de dar prioridad a las autoridades nacionales para llevar a cabo los procesos, si tales procesos locales se transforman en subter-

fugios inspirados en impunidad, entra a jugar la jurisdicción subsidiaria del derecho penal internacional con un nuevo proceso.

En efecto, por ello el Estatuto de la Corte Penal Internacional otorga un carácter acotado a la cosa juzgada. En efecto en su art. 20 señala que el tribunal internacional entenderá igualmente en aquellos crímenes aberrantes, cuando el proceso llevado a cabo en la jurisdicción local tuviera como finalidad sustraer de su responsabilidad al imputado, o el proceso no haya sido imparcial o independiente, o hubiera sido llevado de un modo tal que demuestre la intención de no someter al acusado a la acción de la justicia.

Por su parte el Estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, expresa que la persona que ha sido juzgada ante un tribunal nacional por actos que constituyan serias violaciones al derecho internacional humanitario, puede ser subsecuentemente juzgado por el tribunal internacional cuando los actos por los cuales ha sido juzgado fueron calificados como delitos comunes, o cuando el proceso ante el tribunal nacional no fue imparcial o independiente y fue preparado para proteger al acusado de su responsabilidad internacional o la investigación no fue diligente (<http://www.un.org/icty/basic/statut/stat2000.htm>).

En idénticos términos se expresa el art. 9 de Statute of the International Tribunal of the Ruanda (<http://www.un.org/icttr/statute.html>).

A similares consideraciones arriba The Princeton Principles on Universal Jurisdiction al regular los alcances de la garantía contra la múltiple persecución en crímenes de lesa humanidad (art. 9°).

Es de público conocimiento que ciudadanos argentinos han puesto en marcha la jurisdicción extranjera para obtener condenas que no podían reclamar en la jurisdicción nacional, que hubo condenas en el extranjero, y que han mediado pedidos de extradición por esos crímenes, es decir, el principio universal, que era una mera posibilidad potencial, con posterioridad...comenzó a operar en forma eficiente y creciente (considerando 32) del voto del juez Zaffaroni *in re* “Simón” —Fallos: 328:2056—).

36) Que, finalmente cabe reiterar que “a partir de lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso ‘Barrios Altos’ CIDH - Serie C 75, del 14 de marzo de 2001, han quedado establecidas fuertes restricciones a las posibilidades de invocar la defensa de cosa juzgada para obstaculizar la persecución penal respecto de conductas como [las aquí investigadas]” (considerando 12 del voto del juez Petracchi en “Videla”; considerando 16 del voto del juez Maqueda en “Videla”).

Recientemente, todos estos principios han sido ratificados por el mencionado tribunal interamericano al señalar que:

“En lo que toca al principio *ne bis in idem*, aun cuando es un derecho humano reconocido en el artículo 8.4 de la Convención Americana, no es un derecho absoluto y, por tanto, no resulta aplicable cuando: i) la actuación del tribunal que conoció el caso y decidió sobreeser o absolver al responsable de una violación a los derechos humanos o al derecho internacional obedeció al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal; ii) el procedimiento no fue instruido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales, o iii) no hubo la intención real de someter al responsable a la acción de la justicia. Una sentencia pronunciada en las circunstancias indicadas produce una cosa juzgada ‘aparente’ o ‘fraudulenta’. Por otro lado,

dicha Corte considera que si aparecen nuevos hechos o pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables de violaciones a los derechos humanos, y más aún, de los responsables de crímenes de lesa humanidad, pueden ser reabiertas las investigaciones, incluso si existe una sentencia absolutoria en calidad de cosa juzgada, puesto que las exigencias de la justicia, los derechos de las víctimas y la letra y espíritu de la Convención Americana, desplazan la protección del *ne bis in idem*”.

Finalmente resolvió que el Estado no podrá argumentar prescripción, irretroactividad de la ley penal, ni el principio *ne bis in idem*, así como cualquier excluyente similar de responsabilidad, para excusarse de su deber de investigar y sancionar a los responsables (caso “Almonacid”, CIDH - Serie C N° 154, del 26 de septiembre de 2006, párrafo 154).

37) Que así los principios que, en el ámbito nacional, se utilizan habitualmente para justificar el instituto de la cosa juzgada y *ne bis in idem* no resultan aplicables respecto de este tipo de delitos contra la humanidad porque, “los instrumentos internacionales que establecen esta categoría de delitos, así como el consiguiente deber para los Estados de individualizar y enjuiciar a los responsables, no contemplan, y por ende no admiten, que esta obligación cese por el transcurso del tiempo, amnistías o cualquier otro tipo de medidas que disuelvan la posibilidad de reproche...” (voto de la jueza Argibay *in re*: “Simón” —Fallos: 328:2056—).

38) Que si bien la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional que impone a la Corte la mayor mesura al ejercer el elevado control de constitucionalidad de las leyes (Fallos: 311:394; 312:122, 1437, entre otros), lo cierto es que a través de tal decisión se pretende cumplir con el deber que tiene el Estado de organizar las estructuras del aparato gubernamental a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos (CIDH Serie C N° 7 “Velásquez Rodríguez”).

Por tales razones esta Corte declara inconstitucional el decreto del Poder Ejecutivo 1002/89 que dispuso el indulto del aquí recurrente (arts. 18, 31, 75, inc. 22, 99, inc. 5, 118 de la Constitución Nacional; 1°, 8.4 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

Por ello se declara procedente el recurso extraordinario y se confirma la sentencia. Con costas. Notifíquese y devuélvase.

RICARDO LUIS LORENZETTI – ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO – CARLOS S. FAYT (*en disidencia*)– JUAN CARLOS MAQUEDA – E. RAÚL ZAFFARONI – CARMEN M. ARGIBAY (*en disidencia parcial*).

DISIDENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON CARLOS S. FAYT

Considerando:

1º) Que el presente incidente se inició a partir de la presentación conjunta efectuada por Sara de Castiñeiras, Iris Pereyra de Avellaneda, Floreal Avellaneda, Juan Manuel Castiñeiras, Ana María Astudillo —juntamente con sus representantes letrados— y Alicia

Palmero, en representación de la Liga Argentina por los Derechos Humanos. Los comparecientes solicitaron la declaración de inconstitucionalidad del decreto 1002/89, mediante el cual el Poder Ejecutivo Nacional indultó, entre otros, a Santiago Omar Riveros por los hechos a él imputados en la causa 85 de la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín.

2º) Que el Juzgado Federal N° 2 de San Martín resolvió declarar la inconstitucionalidad del decreto mencionado y privar de efectos, tanto en las actuaciones principales como en casos conexos, a la totalidad de actos y resoluciones dictados en su consecuencia.

3º) Que dicho pronunciamiento fue apelado por la defensa de Santiago Omar Riveros, con fundamento en que el sobreseimiento dictado a fs. 1533 por la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín se encontraba firme. Sostuvo el apelante que con el dictado de esa decisión se hizo, además, caso omiso de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que en una causa idéntica a la presente rechazó un planteo de inconstitucionalidad sobre el mismo decreto, remarcando expresamente el respeto por la cosa juzgada (fs. 68/70 vta. del incidente de inconstitucionalidad).

4º) Que la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín resolvió acoger el recurso interpuesto y, en consecuencia, revocar el auto apelado. Para así decidir, el Tribunal de segunda instancia reiteró los fundamentos expresados en la antigua resolución de fs. 1533/1575 del principal, en la cual se había hecho lugar a la excepción de indulto deducida y sobreseído al procesado Riveros. En tal oportunidad la cámara había destacado que: el indulto es un acto privativo del presidente de la República de naturaleza política e individual; que el decreto 1002/89 había sido dictado con todas las características propias del instituto en uso de las facultades jurídico políticas que al presidente le acordaba el art. 86, inc. 6, de la Constitución Nacional (actual art. 99, inc. 5); que la potestad de indultar es discrecional dentro de los límites de la norma invocada; que el juicio presidencial sobre su oportunidad, conveniencia y alcance configura un objeto ajeno a la revisión judicial (con cita de Fallos: 220:730); que al haberse cumplido con el trámite esencial previsto en las disposiciones constitucionales vigentes, resultaba formalmente válido y que podía ser acordado tanto a condenados como a procesados. Agregó que con posterioridad a esa primigenia decisión, la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró mal concedidos los recursos extraordinarios interpuestos (Fallos: 313:1392, 1398).

Asimismo, remarcó que los efectos producidos por el decreto 1002/89 no pudieron ser cancelados por la posterior evolución en el derecho internacional de los derechos humanos, toda vez que aquél “generó derechos en cabeza de sus beneficiarios, cuya situación quedó consolidada [por lo que] resulta[ba] en la actualidad jurídicamente irrevisable”. En virtud de lo reseñado, la cámara concluyó que “a partir del dictado del indulto mediante el mecanismo constitucional pertinente, recepción y aplicación en causa judicial respecto de persona determinada, y pleno reconocimiento de su constitucionalidad por el máximo órgano judicial del país, aquél se consolidó, de manera que no puede ahora desconocerse el derecho que generó para el beneficiario”. La cámara subrayó que su primera decisión por la que rechazó la inconstitucionalidad del decreto 1002/89, se hizo lugar a la excepción de indulto y se sobreseyó definitivamente al procesado Riveros en orden a los delitos imputados, adquirió firmeza con autoridad de cosa juzgada —arts. 443, inc. 5º y 454 del Código de Procedimientos en Materia Penal— y que, por lo tanto, no correspondía rever ahora su operatividad.

En definitiva, la cámara reiteró en esta segunda oportunidad que el indulto cuestionado cumplió con el trámite esencial de validez que habilitó su dictado y tuvo control judicial suficiente, con intervención de los dos poderes del Estado —ejecutivo y judicial— en el ejercicio de sus respectivas competencias. Por lo demás, remarcó que a la primigenia decisión en la que se afirmó la validez del indulto, se había arribado encontrándose vigentes varios instrumentos de derechos humanos, tales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes, no considerándose el indulto en oposición a este marco normativo vigente.

5º) Que contra dicha decisión, tres grupos de querellantes interpusieron sendos recursos de casación e inconstitucionalidad que dieron lugar a la formación de tres cuerpos separados y que fueron sucesivamente concedidos por el tribunal.

La Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal hizo lugar al recurso, rechazó las nulidades aducidas por la defensa y se pronunció por la inconstitucionalidad del decreto 1002/89 (fs. 143/173). En lo atinente a la pretensión nulidicente, el *a quo* entendió que no existió en el presente caso una afectación al principio de juez natural. Desechó la tesis según la cual resultaría competente la Justicia Militar, invocando lo resuelto por esta Corte *in re* “Videla, Jorge Rafael s/ incidente de excepción de cosa juzgada y falta de jurisdicción” —Fallos: 326:2805— (con cita de “Nicolaidis”, Fallos: 323:2035). En lo que concierne a la supuesta falta de acción de los querellantes, el rechazo se construyó a partir de lo decidido también por esta Corte en la causa “Hagelin, Ragnar Erland” Fallos: 326:3268, así como por lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Velásquez Rodríguez” (sentencia CIDH, Serie C N° 7, 21 de julio de 1989). En cuanto a la cuestión de fondo, el *a quo* concluyó —a partir del examen de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos— que cuando los hechos imputados son calificados como delitos de lesa humanidad, no hay posibilidad de que indultos o leyes de prescripción impidan su juzgamiento o condena. Agregó que el marco jurídico respecto del cual el Tribunal Europeo fundó sus decisiones era de aplicación directa en el *sub lite*, en tanto la Constitución de 1853 incorporó los principios fundamentales del derecho internacional, mientras que normas penales tipificaron delitos de lesa humanidad. También afirmó que diversos tratados de derechos humanos son —por aplicación del art. 27 de la Convención de Viena— ley suprema de la Nación (con cita de los casos “Ekmekdjian” —Fallos: 315:1492— y “Simón” —Fallos: 328:2056—). Agregó que más allá de la existencia de esos Pactos debía destacarse la preexistencia de los fundamentales derechos del hombre sobre la conformación del Estado. En el mismo sentido, señaló que tanto la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como la de la Corte Nacional han destacado la evolución del Derecho de Gentes y su supremacía. Esta visión universalista —agregó el *a quo*— requiere del efectivo funcionamiento del principio *ius cogens*. Relacionó lo afirmado con el texto de los Estatutos de los tribunales internacionales para Ruanda y para la ex Yugoslavia, así como con la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Barrios Altos”. Concluyó que la colisión frontal con atributos esenciales del ser humano y la consiguiente responsabilidad que comprometía al Estado argentino privaban de eficacia al decreto 1002/89 y conllevaban a declarar su inconstitucionalidad. Con respecto al planteo de cosa juzgada, el *a quo* señaló que este tipo de institutos requiere para juzgar su validez, observar cuáles son las consecuencias que generan. Concluyó, entonces,

que cuando existe un conflicto entre el interés del beneficiario del indulto y el derecho de las víctimas a una tutela judicial efectiva, debe resolverse a favor de los derechos que tutelan atributos fundamentales de la persona, removiéndose todo obstáculo que los cercene.

6°) Que contra dicho pronunciamiento, la defensa técnica del imputado Santiago Omar Riveros dedujo el recurso extraordinario federal en los términos del art. 14 de la ley 48 (fs. 247/271) que fue concedido a fs. 323. Según el recurrente:

a. se habría violado la garantía del juez natural, toda vez que por haber ocurrido en tiempo de guerra, los hechos de la causa debían ser competencia de la jurisdicción militar.

b. el procedimiento que aplicó el tribunal para atacar la cosa juzgada no resultaría adecuado a derecho. En el caso se habría producido una violación de la garantía del *ne bis in idem*. Sobre la cuestión, el recurrente señaló que el control de constitucionalidad respecto del decreto 1002/89 ya había sido ejercido en la misma causa por la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín en el año 1989. Agregó que en dicha oportunidad se concluyó que el decreto no resultaba violatorio de la Constitución Nacional y se sobreseyó al imputado, sobreseimiento que quedó firme. Por tal razón, ningún juez podría ahora —en el mismo proceso— declarar la inconstitucionalidad de ese mismo acto jurídico. Agregó que esa declaración que motivaba el presente recurso era absolutamente nula, toda vez que no se encontraba autorizada por ninguna de las normas procesales que integran nuestro sistema procesal penal, violándose, a su vez, la garantía constitucional del *ne bis in idem*. Resaltó por último, que el principio de cosa juzgada protege a la persona de la incertidumbre y de la posibilidad de que el Estado decida utilizar el proceso penal como un instrumento de persecución política constante y que el proceso penal debe ser un mecanismo para arribar a una decisión y nunca un instrumento de control social.

c. no se habría individualizado la cláusula constitucional violada, configurándose, entonces, un supuesto de arbitrariedad.

d. la interpretación según la cual se prohíbe el indulto respecto de delitos de lesa humanidad resultaría infundada. En este sentido, remarcó que la imprescriptibilidad de los delitos imputados que como argumento ha sido considerado en el fallo nada tiene que ver con las facultades del Poder Ejecutivo para dictar indultos (seguramente en referencia a la sentencia del Tribunal Europeo). Agregó que ni la Constitución Nacional ni los tratados incorporados a ella prohíben el indulto por delitos de lesa humanidad. Citó por último distintos casos en el orden internacional por los que se indultaron a personas condenadas por crímenes calificados como de lesa humanidad.

e. También resultaría falta de fundamentación la propia caracterización de los delitos objeto de imputación como crímenes de lesa humanidad, toda vez que esa clase de crímenes se cometen como ataque generalizado o sistemático contra una población civil, circunstancia que no se habría dado en el caso argentino en tanto el objetivo habría sido el aniquilamiento del terrorismo conforme una orden expresa impartida por el gobierno constitucional en el año 1975 (reprodujo, luego, la Directiva 1/75 del Consejo de Defensa).

f. las acciones penales nacidas de los hechos imputados habrían prescrito, lo que debía ser declarado de oficio como cuestión de orden público y resuelto previamente a toda cuestión. Agregó que muchos de los hechos imputados en la causa 13 —conocida como el

juicio de los “comandantes”— fueron declarados prescriptos por la Cámara Federal en la conocida sentencia, pronunciamiento que quedó firme luego de que esta Corte lo convalidara, lo que pasó en autoridad de cosa juzgada. Advirtió que la adopción de una postura antagónica respecto de los subordinados podría significar una violación al principio constitucional de igualdad ante la ley. Agregó que también el imputado Riveros resultó en este mismo proceso sobreesido por haberse declarado extinguida la acción penal por prescripción respecto de una gran cantidad de hechos similares a los ahora imputados (se entiende que con anterioridad al dictado del indulto). Por lo tanto este tipo de hechos resultarían susceptibles de prescripción o “prescriptibles”, lo que implicaría un contrasentido con lo aquí decidido.

7°) Que a partir del año 1940 (Fallos: 186:289) esta Corte ha elaborado la doctrina según la cual la prescripción en materia penal es de orden público y debe ser declarada de oficio por el tribunal correspondiente. Agregándose luego que se produce de pleno derecho (Fallos: 207:86; 275:241; 297:215; 301:339; 310:2246; 311:1029, 2205; 312:1351; 313:1224; disidencias de los jueces Fayt, Bossert y de Petracchi y Boggiano en 322:360; 323:1785, entre otros) y que debe ser resuelta en forma previa a cualquier decisión sobre el fondo (Fallos: 322:300). Asimismo se señaló que debe ser declarada en cualquier instancia del juicio (Fallos: 313:1224) y por cualquier tribunal (voto de la mayoría en Fallos: 311:2205).

Sentado ello, corresponde precisar que si bien se ha señalado reiteradamente que la cuestión de la prescripción no reviste naturaleza federal por ser materia de hecho y de derecho común propia de los jueces de la causa (Fallos: 211:1701; 217:98; 221:294; 272:17; 308:627, entre muchos otros), ello no obstaba a la intervención del Tribunal cuando se tratare de una sentencia arbitraria (Fallos: 211:1448, entre otros). En el caso, los jueces de la causa se pronunciaron sobre el punto vulnerando claramente los postulados de *lex praevia, certa y scripta*, tributarios del principio de legalidad consagrado en el art. 18 de la Constitución Nacional.

8°) Que, en efecto, para arribar a la declaración de inconstitucionalidad del decreto en cuestión, el *a quo* debió sortear como primer impedimento el de la prescripción de la acción penal (si bien el razonamiento adoptado le permitió —con argumentos que resultan difíciles de escindir— pronunciarse de manera indistinta sobre la inaplicabilidad del principio de cosa juzgada y sobre la propia inconstitucionalidad del decreto 1002/89. En efecto, el *a quo* reflexionó de un modo un tanto desarreglado, pues si bien su razonamiento parece dirigirse a atacar el decreto de indulto, en varios pasajes se entiende también encaminado a conjurar la extinción de la acción penal por prescripción, tarea que resultaba ineludible.

Como primer argumento la cámara basó su conclusión en una decisión de la Corte Europea de Derechos Humanos que demostraría “acabadamente” que si los actos objeto de juzgamiento incluyen delitos de lesa humanidad no “pueden administrarse (...) leyes de prescripción que impidan su juzgamiento y condena” (lo mismo predicó respecto del indulto a fs. 155). Para ello, el Tribunal Europeo habría remarcado la relevancia que para los principios internacionales enunciados había tenido la Carta del Tribunal Internacional de Núremberg, la resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, los principios 4° y 6° de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas y la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad.

Al respecto el *a quo* afirmó —como ya se ha adelantado— que diversos tratados de derechos humanos son, por aplicación del art. 27 de la Convención de Viena, ley suprema de la Nación (con cita de los fallos “Ekmekdjian” —Fallos: 315:1492— y “Simón” —Fallos: 328:2056—). Asimismo concluyó que ese marco jurídico era de aplicación directa en el *sub lite* en tanto la Constitución de 1853 incorporó los principios fundamentales de derecho internacional y normas penales específicas bajo las cuales se sancionaron delitos de lesa humanidad (sin especificar en ningún caso cuáles serían esas cláusulas).

9º) Que corresponde recordar sintéticamente lo dicho en los casos “Arancibia Clavel” (Fallos: 327:3312) y “Simón” (Fallos: 328:2056) —disidencias del juez Fayt— con respecto al postulado de imprescriptibilidad. A ello deben añadirse algunas consideraciones complementarias. Cabe aclarar que las notas compartidas por los institutos de prescripción e indulto —en tanto “impedimentos” para investigar— serán examinadas al tratar esa primera cuestión, a fin de guardar un orden metodológico.

Como se adelantó, para sostener la aplicación del principio de imprescriptibilidad la Cámara de Casación basó sus conclusiones casi exclusivamente en un fallo de la Corte Europea de Derechos Humanos, la que, a su vez, centró su argumentación, entre otros tratados, en la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad.

Ahora bien, el primer argumento utilizado por el *a quo* no puede ser otro que el de la aplicación de la Convención sobre la Imprescriptibilidad; de lo contrario carecería de sentido la alusión al art. 27 de la Convención de Viena, así como la consideración de aquella como ley suprema de la Nación. Aclarada esta cuestión, es evidente que siendo su aprobación posterior a los hechos de la causa se estaría fundamentando implícitamente su aplicación retroactiva. Al respecto cabe recordar que si bien la Convención fue adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 26 de noviembre de 1968, recién fue aprobada por el Estado argentino el 29 de noviembre de 1995 mediante la ley 24.584.

10) Que ya en los mencionados casos “Arancibia Clavel” y “Simón” —disidencias del juez Fayt— se señaló que no debían ser confundidos el principio de imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad previsto en la mencionada Convención y su aplicación retroactiva. Así se aclaró que con respecto al principio de imprescriptibilidad —en cuanto rotunda exhortación desde el plano internacional— el Estado argentino había demostrado encontrarse absolutamente comprometido a partir de la sanción de la ley 24.584 por la que aprobó la “Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad”, así como también con la sanción de la ley 25.778 del 3 de septiembre de 2003 que la incorporó con jerarquía constitucional. De ese modo resultaba claro que las reglas de jerarquía inferior sobre prescripción de la acción penal previstas en el ordenamiento jurídico interno (art. 62 del Código Penal), habían quedado desplazadas por la mencionada Convención.

Empero, tal como se afirmó en las mencionadas disidencias, una cuestión muy distinta resulta que este aceptado principio deba aplicarse no ya para el futuro, sino retroactivamente. De esa manera se lesionaría el principio *nullum crimen sine poena legali*. Al respecto se recordó que la jurisprudencia de la Corte ha interpretado esta garantía como aquella que prohíbe la aplicación de disposiciones penales posteriores al hecho que modifiquen *in ma-*

lam partem cualquier requisito del que dependa la punibilidad del hecho. Así, ha sostenido que el principio de legalidad comprende “la exclusión de disposiciones penales posteriores al hecho infractor ‘leyes ex post facto’ que impliquen empeorar las condiciones de los encausados...el instituto de la prescripción cabe sin duda alguna en el concepto de ‘ley penal’ desde que ésta comprende no sólo el precepto, la sanción, la noción del delito y la culpabilidad, sino todo el complejo de las disposiciones ordenadoras del régimen de extinción de la pretensión punitiva” (Fallos: 287:76 *in re* “Mirás”). Del mismo modo lo entendieron los jueces Zaffaroni y Highton de Nolasco al considerar que el instituto de la prescripción estaba estrechamente ligado al principio de legalidad (conf. su voto en “Arancibia Clavel” —Fallos: 327:3312—, en especial considerando 28).

Se sostuvo también en las disidencias *ut supra* citadas que éste era el alcance correcto del principio de legalidad en todos sus aspectos, en tanto “la sujeción [a la ley] debe garantizar objetividad: el comportamiento punible y la medida de la pena no deben determinarse **bajo la impresión de hechos ocurridos** pero aún por juzgar, ni como medio contra autores ya conocidos, sino por anticipado y con validez general, precisamente mediante una ley determinada, sancionada con anterioridad al hecho [por ello] el principio abarca a todos los presupuestos de punibilidad y no está limitado al ámbito de lo imputable (...): especialmente, también la prescripción ha de estar legalmente determinada y no cabe prorrogarla retroactivamente, tanto si antes del acto de prórroga ha expirado el plazo como si no. El aspecto de confianza de carácter psicológico, extravía hasta llevar a la asunción de que la prescripción no es objeto del principio de legalidad, dado que aquélla no desempeña en el cálculo del autor papel alguno digno de protección. Pero no se trata de eso. Más bien lo decisivo es que el Estado, al prorrogar el plazo de prescripción (...) amplía su competencia para punir, y ello, en la retroactividad deliberada [Gewollte Rückwirkung], también bajo la impresión de hechos ya sucedidos, pero aún por juzgar” (Günther Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Walter de Gruyter Verlag, Berlín u. New York, 1991, 4/9; énfasis agregado). Así se había concluido que conceder eficacia *ex post* a normas que prolonguen los plazos de prescripción o establezcan derechamente la imprescriptibilidad de la acción penal afectaba indudablemente al requisito de *lex praevia* exigido por el principio de legalidad establecido en el art. 18 de la Constitución Nacional (disidencias del juez Fayt en “Arancibia Clavel” y “Simón”).

11) Que en dicha oportunidad se subrayó que aun cuando pudiera entenderse que en el caso de la Convención sobre Imprescriptibilidad, es el propio texto de una convención con jerarquía constitucional, el que prevé su aplicación retroactiva (así lo ha inferido en base a sus arts. I y IV un amplio sector doctrinario, aunque no sin detractores —entre otros, los jueces Zaffaroni, Highton de Nolasco y Petracchi tal como puede observarse en el fallo “Arancibia Clavel”—), lo cierto es que esta previsión contraria al art. 18 de la Constitución Nacional resultaría inaplicable para el derecho argentino, en virtud de lo dispuesto en el art. 27 de la Ley Fundamental. Al respecto, se recordó que en el sistema constitucional argentino dicha cláusula determina que los tratados deben ajustarse y guardar conformidad con los principios de derecho público establecidos en la Constitución y que sus alcances fueron motivo de examen en el seno de la Convención del Estado de Buenos Aires, reunida en 1860, según el Pacto de San José de Flores. Con cita de Joaquín V. González se señaló que el artículo en cuestión consagraba la supremacía de los principios constitucionales y que de él provenía la “cláusula constitucional” o “fórmula

argentina” expuesta en la Conferencia de la Paz de La Haya en 1907 y que por ello, un tratado no podía, entre otras limitaciones, restringir los derechos civiles, políticos y sociales reconocidos por la Constitución a los habitantes del país, ni suprimir o disminuir en forma alguna las garantías constitucionales creadas para hacerlos efectivos (disidencias del juez Fayt en los fallos “Arancibia Clavel” y “Simón”).

12) Que a diferencia de lo que sostiene la Cámara de Casación en el presente caso — cuando afirma que la tesis del “doble derecho” ha sido empleada para impedir la vigencia de Derechos Humanos en poblaciones coloniales (fs. 157)— en las disidencias mencionadas se subrayó que la interpretación allí propugnada, precisamente, procura detener —ante las marcadas asimetrías económicas y sociales que pueden presentar los Estados signatarios de un mismo Tratado— el avance de los más poderosos sobre los asuntos internos de los más débiles; en suma, avienta la desnaturalización de las bases mismas del Derecho Internacional contemporáneo, pues procura evitar que detrás de un aparente humanismo jurídico se permitan ejercicios coloniales de extensión de soberanía. Esta tesis puede corroborarse aquí, sin hesitaciones hoy, a poco que se observa cuáles son a la fecha los países signatarios de la Convención sobre Imprescriptibilidad.

13) Que en absoluta concordancia con el art. 27 de la Constitución Nacional también desde la ciencia del derecho internacional se reconoce actualmente —como ya se hiciera referencia en las disidencias citadas— lo que se denomina un “margen nacional de apreciación”, doctrina nacida en la Comisión Europea de Derechos Humanos, adoptada por la Corte Europea de Derechos Humanos y recogida también por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (conf. *OC 4/84 Serie A, N° 4*, del 19 de enero de 1984). Su esencia es garantizar, ciertamente, la existencia de la autonomía estatal, por la cual cada Estado tiene reservado un margen de decisión en la introducción al ámbito interno de las normas que provienen del ámbito internacional (Delmas Marty Mireille, *Marge nationale d’appréciation et internationalisation du droit. Réflexions sur la validité formelle d’un droit commun en gestation*, en AAVV, *Variations autour d’un droit commun. Travaux préparatoires*, París, 2001, pp. 79 ss. y passim.).

Ese criterio de la Comisión Europea de Derechos Humanos también se ve claramente reflejado en el pronunciamiento de la Corte Europea en el caso “*Kolk and Kislyiy vs. Estonia*” (nros. 23052/04 y 24.018/04, ECHR2006), citado precisamente por la Cámara de Casación como fundamento principal para abonar su postura. Sin embargo, el alcance que le da el *a quo* a esta decisión no se condice con el que realmente tuvo.

En efecto, lo que allí se intentó determinar —como no podía ser de otra manera— fue sólo si una sentencia de un tribunal europeo local en la que sí se había decidido aplicar el principio de imprescriptibilidad con respecto a hechos anteriores a la vigencia de la Convención sobre Imprescriptibilidad, resultaba violatoria de la Convención Europea de Derechos Humanos. Para ello el tribunal recordó que “la interpretación y aplicación del derecho interno recae, en principio, bajo la jurisdicción de los tribunales nacionales” y que “(e)sto también es de aplicación a aquellos casos en que el derecho interno remite a reglas del derecho internacional general o bien a acuerdos nacionales”. Aclaró, entonces, que “(e)l rol del tribunal se limita a evaluar si los efectos de tal interpretación son compatibles con la Convención”. Por lo demás, esta fue la jurisprudencia invariable que mantuvo la Corte europea, tal como puede observarse en los precedentes “*Pérez de Rada Cavanilles v. Spain*”

del 28 de octubre de 1998 —*Reports* 1998VIII, p. 3255, 43— y *Waite and Kennedy v. Germany* del 18 de septiembre de 1999, application nro. 26.083/94. En esos casos dicho tribunal había recordado en virtud de invariable jurisprudencia que “desde un principio no le corresponde reemplazar a los tribunales locales. Los problemas de interpretación del derecho interno, deben ser resueltos, ante todo, por las autoridades nacionales, en particular los tribunales” en tanto “no es su tarea sustituir, por sí misma, a las jurisdicciones locales”.

En virtud de esta doctrina lo único que el tribunal concluyó en el caso “Kolk” es que “no halla[ba] motivo para cuestionar la interpretación y aplicación que [hicieron] los tribunales estonios del derecho interno a la luz del derecho internacional relevante” y que por “consiguiente las cuestiones objeto de demanda no [resultaban] irrespetuosas de la... Convención” Europea.

Como se ve, a partir de esta decisión nada podría concluirse respecto de una sentencia en la que conforme los principios de derecho público local se decide que la aplicación del principio de imprescriptibilidad vulnera el de legalidad (ya sea por su aplicación retroactiva o consuetudinaria como se verá *ut infra*). A su vez, el caso planteaba particularidades que determinaban su imposibilidad de extrapolación, toda vez que allí también se encontraba en discusión la continuidad que como ex República Socialista Soviética había asumido Estonia respecto de los compromisos internacionales anteriormente asumidos.

14) Que tal como se afirmó en el caso “Simón” —disidencia del juez Fayt—, es claro que dentro de los principios que sin lugar a dudas integran ese “margen de apreciación” autónomo de cada Estado —en el que la soberanía estatal no cede frente a normas que se insertan desde el plano internacional— se encuentran los derechos fundamentales garantizados a los individuos por las constituciones estatales. No deben restringirse, entonces, las garantías básicas de las personas que, en el caso del derecho penal, no son otras que las que se encuentran sometidas a enjuiciamiento. Como se dijo, sobre la base del art. 27, el constituyente ha consagrado ya desde antiguo un propio “margen nacional de apreciación” delimitado por los principios de derecho público establecidos en la Constitución Nacional, conformado por sus “artículos 14, 16, 17, 18 y 20 (...) franquicias (...) concedidas a todos los habitantes, como principios de derecho público, fundamentales del derecho orgánico interno y del derecho internacional argentino” (Juan Bautista Alberdi, *El sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina según su constitución de 1853*, Obras Completas, tomo IV, Buenos Aires, 1886, pág. 277, énfasis agregado).

Por ello, la vigencia del art. 27 impide claramente la aplicación de un tratado internacional que prevea la posibilidad de aplicación retroactiva de la ley penal, en tanto el principio de legalidad que consagra el *nullum crimen nulla poena sine lege praevia* es innegablemente un principio de derecho público establecido en esta Constitución (art. 18 de la Constitución Nacional), quizá uno de sus más valiosos (conf. Fallos: 136:200; 237:636; 275:89; 298:717). Es este margen nacional de apreciación el que determina que la garantía mencionada, consagrada a quienes son juzgados por tribunales argentinos, deba ser respetada estrictamente incluso tratándose de los denominados crímenes de lesa humanidad cuando éstos se juzguen en el país (conf. disidencia del juez Fayt en “Simón”).

En el mismo sentido, cabe recordar que el 3 de diciembre de 1973, la Asamblea General de la ONU, adoptó la resolución 3074 (XXVIII) sobre “*Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de*

guerra o de crímenes de lesa humanidad". Allí se estableció que esos crímenes, dondequiera y cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido, serán objeto de una investigación, y las personas contra las que existen pruebas de culpabilidad en su comisión serán buscadas, detenidas, enjuiciadas, y en caso de ser declaradas culpables, castigadas (A/CN. 4/368, pág. 99). Empero, el representante de la delegación argentina se opuso a esa redacción, pues el texto podía interpretarse en el sentido de que se exige a los Estados que adopten una legislación retroactiva (Naciones Unidas, Asamblea General, 28° período de sesiones, Documentos Oficiales, 2187 sesión plenaria, 3 de diciembre de 1973, Nueva York, pág. 4). Es por ello que la Argentina se abstuvo en el momento de la votación. Esta circunstancia, unida a la reserva formulada respecto del apartado segundo del art. 15 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, reflejan el comportamiento inalterado de rigurosa sujeción al principio de legalidad como principio de derecho público y garantía básica de toda persona que se encuentre sometida a enjuiciamiento penal, que ha mantenido nuestra República.

15) Que tal como se consignó en el precedente "Arancibia Clavel" —disidencia del juez Fayt— en nada afecta lo dicho hasta aquí —a diferencia de lo que sostiene el *a quo*— ni la nueva jurisprudencia del Tribunal en materia de tratados a partir del caso "Ekmekdjian" ni la reforma constitucional del año 1994. Esto es así, pues el art. 18 de la Constitución Nacional sigue resultando una barrera infranqueable, en virtud de lo dispuesto en el art. 27 de la Constitución Nacional cuyo origen y contenido fue reseñado *ut supra*.

Es cierto que a partir del año 1992 esta Corte reelaboró su postura en relación a los tratados (*in re* "Ekmekdjian", Fallos: 315:1492), toda vez que con la incorporación de la Convención de Viena (en vigor desde el año 1980) se configuraba en su art. 27 un nuevo fundamento normativo para conferir primacía a los tratados internacionales sobre las normas internas. Sin embargo —como ya se señaló— lo hasta aquí expuesto no resulta desvirtuado por lo resuelto en el caso mencionado con base en el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Allí se estableció que debía prevalecer el tratado internacional sobre la norma interna, mas esto no significó en modo alguno que esta Corte Suprema hubiera conferido mediante esta norma primacía al derecho internacional sobre el derecho interno. Lo que sí afirmó este Tribunal, es que a diferencia del precedente "S.A. Martín & Cía." (Fallos: 257:99), la entrada en vigor de la Convención de Viena proporcionaba fundamentos para acordar prioridad al tratado sobre la ley. Sólo así el art. 27 de la Convención puede ser compatible con nuestro sistema constitucional (arts. 27, 30 y 31).

16) Que, como se adelantó, tampoco la reforma constitucional de 1994 —que incorporó las declaraciones y los tratados de derechos humanos enumerados en el art. 75, inc. 22, segundo— logró conmovir este estado de cosas, en tanto la vigencia de los arts. 27 y 30 mantiene el orden de prelación entre la Constitución y los tratados internacionales que, de conformidad con el primer artículo citado, es la que debe primar en caso de conflicto. En efecto, los constituyentes establecieron que ciertos instrumentos internacionales de emblemático valor —dos declaraciones y siete tratados de derechos humanos— enunciados taxativamente gozaban de jerarquía constitucional. A su vez, añadieron un mecanismo de decisión —con mayoría especial— para conferir ese rango a otros tratados de derechos humanos. Sin embargo, debe recordarse que a la par se precisó expresamente que esos instrumentos no derogaban "artículo alguno de la primera parte de la Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos". Ello robustece lo hasta aquí afirmado respecto de la vigencia de los arts. 27 y 30 de la Constitución

Nacional: tales instrumentos prevalecerán sobre las leyes ordinarias y los demás tratados a condición de respetar la prevalencia de los principios de derecho público constitucionales consagrados en la primera parte de ese ordenamiento (disidencia del juez Belluscio en Fallos: 321:885). De allí que su jerarquización —de segundo rango— exigía una ineludible comprobación de su armonía con aquellos derechos y garantías que esta Corte —en tanto custodio e intérprete final de la Constitución— tiene el deber de salvaguardar. Es al Poder Judicial a quien corresponde mediante el control de constitucionalidad realizar ese juicio de comprobación (disidencia del juez Fayt en “Arancibia Clavel”).

También se señaló que con posterioridad a la reforma constitucional, fue en el caso “Cafés La Virginia S.A.” (Fallos: 317:1282), donde se subrayó que el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados impone a los órganos del Estado argentino asegurar primacía a los tratados sobre una norma interna contraria, señalándose, a su vez, que el principio de supremacía de los tratados sobre las leyes internas deriva de los arts. 31 y 75, inc. 22, de la Constitución Nacional. Sin embargo la primacía del Derecho Internacional no comprendía a la propia Constitución Nacional. La postura contraria —tal como se precisó en los precedentes “Arancibia Clavel” y “Simón”, disidencias del juez Fayt— resulta totalmente inaceptable en el sistema constitucional argentino.

Como la incolumidad de los arts. 27 y 30 de la Constitución Nacional resultaba incuestionable, es que lo dicho por el señor Procurador General en la causa “Cabrera” continuaba manteniendo plena vigencia. Allí afirmó que “los tratados internacionales no prevalecen en nuestro derecho constitucional sobre la Constitución Nacional porque la rigidez de ésta no tolera que normas emanadas de los órganos del poder constituido la alteren o violen, pues ello equivale a reformarla y porque el art. 27 es terminante en exigir que los tratados estén de conformidad con los principios de derecho público de la Constitución”. En efecto, en nada se ha apartado la reforma mencionada del principio seminal que consagra la supremacía de la Constitución en relación a los tratados internacionales, como lo había sostenido esta Corte con fundamento en la letra del art. 27, que permanece enhiesto. Como se dijo, esta interpretación es —a su vez— un corolario del sistema rígido que adopta la Constitución para su reforma (art. 30). La inclusión de tratados con jerarquía constitucional no pudo significar en modo alguno que en caso de que esa categoría de tratados contuviera disposiciones contrarias a la Primera Parte de la Constitución (como la retroactividad de la ley penal), aquéllos deban primar sobre el derecho interno. Sólo una reforma constitucional que modificara los arts. 27 y 30 de la Constitución Nacional, podría alterar este estado de cosas.

17) Que, en suma, tal como se afirmó en los casos “Arancibia Clavel” y “Simón” —disidencias del juez Fayt—, la reforma constitucional sólo modificó la relación entre los tratados y las leyes, ya establecida pretorianamente en la causa “Ekmekdjian” con base en el art. 27 de la Convención de Viena, pero en modo alguno entre los tratados —cualquiera fuera su categoría— y la Constitución Nacional, lo que jamás habría sido posible por la expresa prohibición a la Convención Constituyente de modificar los arts. 1 a 35 (ley 24.309, art. 7).

Por ello, y en virtud del orden de prelación *ut supra* explicitado, de concluirse que la “Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad” prevé su utilización retroactiva, este precepto resultaría claramente

inaplicable. En efecto, el art. 18 de la Constitución Nacional como norma de jerarquía superior —y por lo demás más respetuosa del principio *pro homine*— impide que pueda derogarse retroactivamente el régimen de prescripción de la acción penal.

18) Que lo dicho no significa en modo alguno justificar las iniquidades cometidas. Sin embargo, tal como afirma el profesor Hart, su castigo puede ser vivido como algo socialmente deseable, pero procurarlo con una legislación retroactiva puede ser moralmente abominable o quizá imposible (conf. H. L.A Hart, *El concepto del derecho*, trad. Genaro R. Carrió, ed. AbeledoPerrot, 2004 [orig. 1961], pág. 257).

De las dificultades para lograr la punición fue también consciente el propio legislador quien con el objetivo de establecer soluciones anticipatorias para casos análogos modificó por medio de la ley 25.188 el art. 67 del Código Penal, incorporando una nueva causal de suspensión de la prescripción “hasta tanto se restablezca el orden constitucional”, cuanto menos, en caso de cometerse los atentados al orden constitucional y a la vida democrática previstos en los arts. 226 y 227 bis del Código Penal (disidencia del juez Fayt en “Simón”).

19) Que, empero, el *a quo* consideró que más allá de la existencia de esos Pactos, debía destacarse la preexistencia de los fundamentales derechos del hombre sobre la conformación del Estado (fs. 157). A ello agregó que tanto la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como la de esta Corte han destacado la evolución del Derecho de Gentes, subrayándose en el fallo “Simón” que la Constitución de 1853 reconoció incluso la supremacía de ese derecho, el que fue incorporado en forma directa (fs. 162). Afirmó, asimismo, que la visión universalista de determinados derechos requiere del efectivo funcionamiento del principio del *ius cogens* del art. 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (fs. 164 vta.). Señaló también que la plataforma histórica que originó el necesario desarrollo y evolución del Derecho de Gentes y “su vinculación al principio del *ius cogens*” [sic] es la misma tanto en la posguerra como en la Argentina de la postdictadura. En sintonía con lo antes dicho citó el Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda y al Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, así como la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Barrios Altos”.

También el señor Procurador General consideró que el postulado de imprescriptibilidad se desprendía de principios del derecho internacional imperativo y del derecho internacional consuetudinario que el propio Estado argentino había contribuido a edificar. Agregó que el principio de imprescriptibilidad existía como tal con anterioridad a la década de 1970 y, por tanto, su aplicación no implicaba transgresión alguna al principio de legalidad. Como argumentos —que tanto podrían referirse al principio de imprescriptibilidad como al instituto del indulto— mencionó la evolución de los derechos humanos también con fundamento en los casos “Barrios Altos” y “Almonacid”. Subrayó que esta última evolución histórica había aclarado las cosas y que por ello correspondía modificar los pronunciamientos anteriores del Tribunal (esta afirmación del señor Procurador seguramente se hizo teniendo en cuenta que los tratados ya se encontraban vigentes al haberse fallado por primera vez en esta causa “Riveros” —Fallos: 313:1392— así como en la causa “Aquino” —Fallos: 315:2421— y que, entonces, otra debía ser la causa de la revisión). También señaló que el imperativo que se derivaría de la jurisprudencia regional y del *ius cogens* no habilitaría, empero, a desconocer las prerrogativas del imputado que resultan inherentes al Estado constitucional de derecho (estableciendo una suerte de clasificación entre las garan-

tías del imputado). Indicó, asimismo, que —en virtud de las consideraciones vinculantes para el Estado argentino merced al reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos—, es la propia imposibilidad de declinar el juzgamiento de crímenes de lesa humanidad [por prescripción, indulto o cosa juzgada] la que se ha transformado en una norma del denominado derecho internacional imperativo o *ius cogens* (invocó para ello al art. 118 de la Constitución Nacional).

20) Que, sin embargo, el principio de imprescriptibilidad —así como los demás frenos a la prohibición de persecución penal múltiple y al instituto del indulto— tampoco pueden aplicarse con base en el derecho internacional no contractual.

Corresponde aquí recordar que en el año 1965 la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa recomendó al Comité de Ministros que invitara “a los gobiernos miembros a tomar inmediatamente las medidas propias para evitar que por el juego de la prescripción o cualquier otro medio queden impunes los crímenes cometidos por motivos políticos, raciales o religiosos, antes y durante la Segunda Guerra Mundial, y, en general, los crímenes contra la Humanidad” (*Recomendación nro. 415 del 28 de enero de 1965*). Asimismo en el marco de la Organización de las Naciones Unidas la Comisión de Derechos Humanos aprobó en el mismo año la Resolución 3 (período de sesiones 21°) en la que consideró “que las Naciones Unidas deben contribuir a la solución de los problemas que plantean los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, que constituyen graves violaciones del Derecho de Gentes, y que deben especialmente estudiar la posibilidad de establecer el principio de que para tales crímenes no existe en el derecho internacional ningún plazo de prescripción” (Documentos Oficiales 39°). La discusión dio lugar a la aprobación por parte de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, el 26 de noviembre de 1968. En el debate que le precedió se impuso la posición según la cual el principio de imprescriptibilidad ya entonces existía en el derecho internacional, por lo que la Convención no podía enunciarlo sino afirmarlo (*Comisión de Derechos Humanos, 22° Período de Sesiones, 1966*). Es por ello que el verbo “afirmar” reemplazó al verbo “enunciar” que contenía el proyecto original.

Dicha afirmación del principio de imprescriptibilidad importó, conforme esta interpretación, el reconocimiento de una norma ya vigente en función del derecho internacional público consuetudinario (tal como también señaló el Tribunal Europeo en el caso “Kolk” ya mencionado). Así se ha sostenido que en virtud de las manifestaciones reseñadas y de las prácticas concordantes con ellas, el principio de imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad integra el derecho internacional general, bien como un principio del Derecho de Gentes generalmente reconocido, bien como costumbre internacional. Cabe aclarar que esto en modo alguno significa que, a su vez, el principio tenga carácter *ius cogens*, como se examinará *ut infra*.

De este modo, es claro que la aplicación de tal principio no vulneraría, conforme esa tesis, la exigencia de *lex praevia*. Sin embargo, tampoco con base en esta diversa fundamentación puede resolverse la cuestión a favor de la aplicación del principio de imprescriptibilidad, en tanto otros aspectos no menos importantes que subyacen al *nullum crimen nulla poena sine lege*, se verían claramente violados (conf. disidencia del juez Fayt en el caso “Simón”). En efecto, la aplicación de la costumbre internacional contrariaría las exigencias de

que la ley penal deba ser *certa* —no general—, *stricta* —no analógica— y, concretamente en relación al caso, *scripta* —no consuetudinaria—. Sintetizando: las fuentes difusas —como característica definitoria de la costumbre internacional— son también claramente incompatibles con el principio de legalidad (disidencia del juez Fayt en “Simón”).

21) Que, sin embargo, el tribunal *a quo* ha afirmado —como ya se adelantó— que la evolución del Derecho de Gentes, su “supremacía” y una visión universalista que requiere del efectivo funcionamiento del principio *ius cogens* obliga a decidir a favor de éste. Cabe recordar que para el señor Procurador General la misma conclusión encontraría fundamento en el art. 118 de la Constitución Nacional —el *a quo* sólo alude a «cláusulas» constitucionales— y en un nuevo «imperativo que se deriva de la jurisprudencia regional y del *ius cogens*”. Una decisión contraria, por lo demás, conllevaría la responsabilidad del Estado Argentino.

Empero, los obstáculos hasta aquí examinados tampoco podrían sortearse con la aplicación directa del derecho penal internacional en virtud de una pretendida preeminencia del Derecho de Gentes que para algunos encontraría su fundamento en el art. 118 de la Constitución Nacional, derecho que no necesariamente revelaría idéntica sujeción al principio de legalidad (conf. disidencia del juez Fayt en “Simón”).

En efecto, esta cláusula constitucional sólo regula una modalidad de los juicios criminales: aquellos que derivan de los *delicta iuris gentium*. En este aspecto, impone al legislador el mandato de sancionar una ley especial que determine el lugar en que habrá de seguirse el juicio, de suerte tal que, a falta de la ley especial que prevé la norma (se refiere además a hechos acaecidos en el exterior) resulta inaplicable (Fallos: 324:2885). Menos aun puede concluirse —como pretende el *a quo*— que por esta vía el Derecho de Gentes tenga **preeminencia** sobre el derecho interno del Estado argentino.

Esta Corte ya ha precisado el alcance acotado que debe asignarse a la escueta referencia que contiene esta norma. Seco Villalba —*Fuentes de la Constitución Argentina*, ed. Depalma, Buenos Aires, 1943, pág. 225— da cuenta de su origen que se remonta a la Constitución de Venezuela de 1811, la que del mismo modo simplemente estatuye que en el caso de que el crimen fuese perpetrado contra el Derecho de Gentes —en ese momento piratería y trata de esclavos— y fuera de los límites de la Nación, el Congreso determinará por una ley especial, el paraje donde haya de seguirse el juicio.

Por otra parte, no debe confundirse el valor indiscutible del Derecho de Gentes y su positiva evolución en el ámbito del derecho internacional, con la posibilidad de aplicar sus reglas directamente en el derecho interno. En definitiva, la mención en la Constitución del Derecho de Gentes se efectúa sólo para determinar la forma en que se juzgarán los delitos cometidos en el exterior contra esos preceptos; pero de ningún modo —más allá de su indiscutible valor— se le confiere jerarquía constitucional ni ya, remotamente, preeminencia sobre la Ley Fundamental. Parece a todas luces exagerado inferir en base al texto del art. 118 que sea posible la persecución penal en base a las reglas propias del derecho penal internacional (aplicables para los tribunales internacionales). De allí no se deriva en modo alguno que se puede atribuir responsabilidad individual con base en el derecho internacional, en tanto no se establece cuáles son los principios y normas que rigen la persecución de crímenes *iuris gentium*. Por lo tanto —como se afirmó— la norma citada no permite concluir que sea posible en nuestro país la persecución penal con base en un

derecho penal internacional que no cumpla con los mandatos del principio de legalidad (en el mismo sentido ver *Persecución Penal Nacional de Crímenes Internacionales en América Latina y España*, Montevideo, 2003, ed. por la Konrad Adenauer Stiftung, investigadores del Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional). Entonces, sostener que la alusión del art. 118 de la Constitución Nacional al Derecho de Gentes obliga a los tribunales nacionales a aplicar directamente las reglas propias del derecho internacional, resulta una afirmación absolutamente inadecuada.

22) Que lo mismo cabe predicar con respecto a las alusiones genéricas en las que el *a quo* incurre respecto del principio *ius cogens*. En efecto, la calificación del principio de imprescriptibilidad como norma *ius cogens* no tiene más base que la afirmación dogmática de quienes suscriben el fallo. La Cámara de Casación incurre además en un manejo inadecuado de la terminología: conceptos tales como *ius cogens*, Derecho de Gentes, costumbre internacional son utilizados muchas veces de modo indistinto, sin el rigor que sus categóricas afirmaciones requieren.

Aun admitiendo, por vía de hipótesis, que en la Constitución Nacional hubiera una consagración positiva del Derecho de Gentes, esto nada indica acerca del carácter *ius cogens* de una norma. A su vez, el hecho de que el principio de imprescriptibilidad —lo que se aplica también a otros institutos— tuviera vigencia con anterioridad a la Convención sobre Imprescriptibilidad, no lo transforma en un principio *ius cogens*.

Cuando el *a quo* asigna al principio de imprescriptibilidad el carácter de norma *ius cogens*, no examina —ni siquiera enuncia— la práctica internacional de los Estados sobre la que supuestamente basa su conclusión. Obvio es señalar que no toda norma consuetudinaria del derecho internacional general tiene el carácter imperativo que por definición requiere una norma *ius cogens*.

Por lo demás —y tal como admite el señor Procurador General, quien realiza una suerte de extensión para el caso de disposiciones unilaterales— el principio *ius cogens* sólo se utiliza para declarar nulos los tratados que se le opongan y más allá de que resulte posible realizar esta extensión, lo cierto es que aun dentro de su ámbito propio se ha señalado desde siempre la gran complejidad que encierra calificar una norma como tal. En efecto, la propia Comisión de Derecho Internacional al realizar su informe sobre los arts. 53 y 64 de la Convención de Viena, reconoció que su enunciado “no está exento de dificultades ya que no hay ningún criterio sencillo para identificar una norma general de derecho internacional que tenga el carácter de *ius cogens*” (*Informe CDI*, págs. 80 y sgtes.) y, por ello, estimó conveniente establecer en términos generales que un tratado es nulo si es incompatible con una norma del *ius cogens* y dejar que el contenido de esta norma se forme en la práctica de los Estados y la jurisprudencia de los tribunales internacionales (conf. Ernesto de la Guardia, *Derecho de los Tratados Internacionales*, ed. Abaco, Buenos Aires, 1997, pág. 289). Nótese que entre los ejemplos sugeridos por la Comisión para guiar esa calificación figuran —nada menos que— tratados relativos a la ejecución de un acto delictivo para el derecho internacional, tratados destinados a realizar actos tales como la trata de esclavos, etc.

No se comprende, entonces, como el *a quo* puede determinar con tanta liviandad que el principio de imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad tiene carácter *ius cogens*, máxime si se tiene en cuenta que para un importante y autorizado sector de internacionalistas, no resulta nada claro que aquél sea un principio general del derecho internacio-

nal, ni por fuente convencional, ni por fuente consuetudinaria. Entre los distintos indicios que darían muestra de esta ausencia de claridad pueden nombrarse la falta de una amplia ratificación de la Convención sobre Imprescriptibilidad por parte de los Estados. En efecto, de los 192 Estados miembros de las Naciones Unidas, sólo 50 —a la fecha— la han ratificado (ver *status* de países firmantes en la base de datos de Tratados de las Naciones Unidas, en *Convention on the nonapplicability of statutory limitations to war crimes and crimes against humanity*). A esto se suma, entre otras cosas, la práctica de los Estados de rechazar pedidos de extradición en casos en los que se imputan delitos de lesa humanidad, por considerar que las acciones se encuentran prescriptas.

Como se dijo, el *a quo* no precisa los elementos de la práctica y la *opinio iuris* a los que se debe acudir para sostener la existencia de una norma consuetudinaria y menos aun los vinculados a su reconocimiento y aceptación con naturaleza imperativa por la comunidad de Estados en su conjunto, cuya dificultad —como se vio— hasta la propia Comisión de Derecho Internacional ha planteado. Configura una fundamentación aparente, aludir a su gestación en el ordenamiento jurídico internacional; esto —como ya se señaló— no lo hace *per se* imperativo.

Asimismo, si se repara en la pretendida fundamentación de la Cámara de Casación según la cual, la jurisprudencia de la Corte Interamericana y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha destacado “la evolución del derecho de gentes (...) su supremacía y (...) esta visión universalista requiere del efectivo funcionamiento del principio ‘*ius cogens*’”, puede apreciarse que es una frase vacía de contenido. Para comprobarlo, basta con reemplazar los términos utilizados. De este modo lo que se ha afirmado es que “la evolución de [los postulados básicos —generales, convencionales o consuetudinarios— sobre los cuales deben desarrollarse las relaciones internacionales] su supremacía y (...) esta visión universalista requiere del efectivo funcionamiento de [una norma del derecho consuetudinario internacional que no puede ser dejada de lado sino por la formulación de una posterior norma consuetudinaria de efecto contrario]”. Se trata, entonces, una vez más, de una fundamentación tan sólo aparente.

23) Que, por lo demás, una cosa es considerar, como se dijo, que las normas que prohíben conductas que constituyen delitos de lesa humanidad tienen carácter *ius cogens* —no hay ninguna norma, por ejemplo, que pueda permitir el genocidio toda vez que su prohibición tiene ese carácter (arts. 46 y 53 de la Convención de Viena)— y otra muy distinta es que aun cuando se configurase alguna causa general de extinción de la punibilidad se le asigne tal propiedad a su punición obligatoria. Resulta, entonces, cuanto menos llamativo que se pueda afirmar de modo tan categórico que la imposibilidad de declinar el juzgamiento de crímenes de lesa humanidad [por prescripción, indulto o cosa juzgada] se ha “transformado en una norma del denominado derecho internacional imperativo o *ius cogens*” (conf. dictamen del señor Procurador General).

24) Que el *a quo* sostuvo también que una solución contraria pondría en juego la responsabilidad del Estado asumida a través de compromisos internacionales (una argumentación similar es adoptada por el señor Procurador General en su apartado X).

Sin embargo, esa fundamentación se desentiende de modo absoluto del sentido que el argumento de la responsabilidad internacional tuvo para esta Corte desde su origen en el caso “Ekmekdjian” (Fallos: 315:1492). Allí —cabe recordar— se le reconoció al actor un

derecho individual: el derecho a réplica con base en lo establecido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sin perjuicio de que de este modo también se procuró evitar la responsabilidad internacional del Estado argentino.

Como puede observarse a partir del precedente, no se trata de impedir la —por otro lado “sólo” posible— responsabilidad del Estado Argentino en sí misma, tal como pretende el *a quo*, sino de evitar que ésta se produzca como consecuencia del desconocimiento de un derecho fundamental del individuo que en el presente caso, tratándose de un proceso penal, no es otro que el imputado. La postura asumida por la Cámara de Casación contiene una peligrosa tergiversación del precedente, toda vez que la misma justificación se utiliza no ya para asegurar, sino para negar al imputado sus derechos individuales (derivados del principio de legalidad y de la garantía *ne bis in idem*).

25) Que lo dicho hasta aquí reafirma la imposibilidad de aplicación ya sea en forma retroactiva o consuetudinaria del postulado de imprescriptibilidad, prohibición que se encuentra también reconocida —aunque con menor extensión— en los instrumentos que han sido incorporados por mandato del art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional (arts. 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 11.2 y 29.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos).

En tales condiciones, la sentencia impugnada afecta en forma directa e inmediata las garantías constitucionales que se invocan como vulneradas, lo que justifica la descalificación del fallo con sustento en la doctrina de esta Corte en materia de sentencias arbitrarias (art. 15, ley 48), tornándose inoficioso continuar con el examen de los agravios del recurrente sobre las demás cuestiones planteadas.

Con todo, resulta necesario conferir una respuesta institucional en el concreto ejercicio de la función que a este Tribunal le incumbe como garante supremo de los Derechos Humanos. Desde esta perspectiva corresponde determinar la naturaleza y alcance en el marco de la Constitución Nacional, de los principios de cosa juzgada y *ne bis in idem* involucrados en esta controversia.

26) Que en este cometido, corresponde recordar que ya con fecha 10 de noviembre de 1989 la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín se expidió sobre el decreto 1002/89 **en este mismo proceso**, al tratar la excepción de indulto deducida por el letrado defensor del imputado Riveros (fs. 1533/1575 vta.). En dicha oportunidad se **rechazó la inconstitucionalidad del indulto** dispuesto por el decreto presidencial mencionado, se hizo lugar a la excepción de indulto y se **sobreseyó definitivamente** en las actuaciones al procesado Santiago Omar Riveros en orden a los delitos que se le imputaron. Posteriormente esta Corte declaró **mal concedidos los recursos extraordinarios** interpuestos, decisión que **dejó firme la sentencia**. Además, en dicho pronunciamiento, los jueces Petracchi y Oyhanarte sentaron las bases de lo que luego fue el voto mayoritario de la causa “Aquino” (Fallos: 315:2421), en la que con la misma composición que en “Riveros” (Fallos: 313:1392), esta Corte declaró expresamente la **constitucionalidad del decreto 1002/89**. En efecto, en el voto mayoritario se estableció que resultaba indudable la facultad constitucional del titular del Poder Ejecutivo Nacional para indultar a personas sometidas a proceso “a la luz de los fundamentos expuestos por los señores doctores Enrique Santiago Petracchi y Julio Oyhanarte en su voto común emitido en autos ‘Riveros, Santiago Omar y otros s/ privación

ilegal de la libertad, tormentos, homicidios, etc.’ (Fallos: 313:1392), a que cabe remitir en razón de brevedad”. Sobre el instituto del indulto se hará especial referencia *ut infra*.

27) Que resulta elemental, entonces, preguntarse por qué debe volver a discutirse la constitucionalidad del indulto decretado a favor de Riveros cuando **en este mismo proceso este Tribunal** ha dejado firme la cuestión (Fallos: 313:1392). Para responder a este interrogante el *a quo* ensayó distintos argumentos. Muchos de ellos, como se dijo, comparten las mismas notas por las que se rechazó el pedido de extinción de la acción penal por prescripción y el instituto mismo del indulto (considerando a todos impedimentos para la persecución que debían ser removidos a la luz de la evolución del Derecho de Gentes). Esta argumentación ya fue examinada al tratarse la cuestión de la imprescriptibilidad. Por tal razón resultaba innecesario rever el precedente, al menos en lo que a aquélla hace.

Corresponde, entonces, hacer referencia al resto de los argumentos utilizados por la cámara que también la llevó a desconocer el principio de cosa juzgada y consiguientemente el de *ne bis in idem* (toda vez que, al tratarse de un sobreseimiento en una causa penal, la revisión de la sentencia implicó necesariamente la vulneración del *ne bis in idem*).

28) Que en casos análogos al presente esta Corte estableció que la cosa juzgada tiene jerarquía constitucional —Fallos: 308:84; 315:2680, entre otros— y procede el recurso extraordinario cuando se sostiene que el fallo apelado ha desconocido sus efectos (Fallos: 187:29; 243:465; 273:312; 315:2680, entre muchos otros). También se señaló que no es óbice para ello la circunstancia de que la resolución recurrida no constituya estrictamente la sentencia definitiva de la causa por no pronunciarse de modo final sobre el hecho que se imputa, sino que cabía equipararla a ésta por sus efectos, en tanto frustran el derecho federal invocado, ocasionando perjuicios de imposible o tardía reparación ulterior.

Tal es lo que sucede en el caso, toda vez que el reclamo del apelante por el respeto de la cosa juzgada se dirige —como ya se adelantó— a lograr la plena efectividad de la prohibición de persecución penal múltiple —Fallos: 315: 2680—, cuyo rango constitucional también ha sido reconocido pacíficamente por esta Corte. Este derecho federal es susceptible de tutela inmediata porque la garantía no veda únicamente la aplicación de una sanción por el mismo hecho anteriormente perseguido, sino también la exposición al riesgo de que ello ocurra mediante un nuevo sometimiento a juicio de quien ya lo ha sufrido por el mismo hecho (Fallos: 292:221; 308:84; 315:2680; 319:43; 321:2826; 327:4916, entre muchos otros). De este modo, el solo desarrollo del proceso desvirtuaría el derecho invocado, dado que el gravamen que es materia de agravio no se disiparía ni aún con el dictado de una posterior sentencia absolutoria (Fallos: 300:1273; 314:377 y sus citas).

A fin de precisar sus alcances, cabe recordar que en Fallos: 248:232 el señor Procurador General consideró que dicho principio configuraba lo que los anglosajones denominan *double jeopardy* (vedada en la enmienda V de la Constitución de los Estados Unidos) y que se hallaba implícitamente prohibido por el sistema de garantías que aseguran en nuestra Carta Magna el debido procedimiento legal (*in re* “Justiniano Luis Pereyra”). Dicha doctrina fue reiterada en Fallos: 258:220; 272:188; 292:202; 308:1678; 310:360; 311:67; 311:1451; 314:377; 315:2680 y 316:687, entre muchos otros.

29) Que la Enmienda V de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica establece que “(n)adie será sometido, por el mismo delito, dos veces al peligro de pérdida

de la vida o de algún miembro” (véase también lo resuelto por la Suprema Corte de los Estados Unidos de América en el caso *Abney v. United States* [431 U.S. 651], entre otros). Desaparecidas las penas corporales, la Enmienda V se interpreta hoy en el sentido de un nuevo riesgo de privación de la libertad. Por su parte, nuestra Constitución no previó originariamente en forma expresa esta garantía. Sin embargo, como ya se señaló, se la ha reconocido tradicionalmente como una de las no enumeradas —art. 33 de la Constitución Nacional— (conf. Fallos: 248:232 —dictamen del señor Procurador General—; 298:736; 300:1273; 302:210). A su vez, ha sido incorporada en forma sustancialmente análoga en el art. 14, número 7, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 8º número 4.

En el ámbito nacional, la garantía ha sido entendida como aquella que impide la múltiple persecución penal, simultánea o sucesiva, por un mismo hecho. Tal como ya fue señalado no se trata exclusivamente de que una persona sea condenada dos veces por el mismo hecho, sino que basta para incurrir en la violación de la garantía con que se la someta al riesgo —por medio de un nuevo proceso— de que pueda ser condenada. Su violación debe entenderse configurada cuando concurren las tres identidades clásicas, a saber *eadem persona* —identidad de la persona perseguida—, *eadem res* —identidad del objeto de la persecución— y *eadem causa petendi* —identidad de la causa de la persecución— (voto de la mayoría en Fallos: 326:2805). Cabe aclarar que la identidad de objeto se configura si la **idea básica** permanece en ambos procesos (Beling Ernst, *Derecho Procesal Penal*, trad. por Miguel Fenech, ed. Labor, Barcelona, 1943, pág. 84; énfasis agregado) aunque en el segundo aparezcan más elementos o circunstancias que rodeen a ese comportamiento esencial. Debe tratarse del mismo hecho —Fallos: 314:377; 316:687, entre otros— sin importar si en el primer procedimiento pudo agotarse la investigación posible de ese hecho.

30) Que, entonces, el principio *ne bis in idem* nació como garantía de seguridad individual propia de un Estado de Derecho (voto de la mayoría en Fallos: 326:2805 *in re* “Videla”). En efecto, la garantía se apoya en el respeto al individuo que ya ha sufrido la persecución del Estado contra la reiteración del ejercicio de la pretensión punitiva (dictamen del señor Procurador General en Fallos: 298:736, *in re* “María Estela Martínez de Perón”). Para ello, obvio es decirlo, debe haber existido una persecución anterior por esos mismos hechos, entendiendo como tal cualquier acto procesal dirigido contra una persona por considerársela comprometida frente a un posible hecho delictuoso. En efecto, con anterioridad debe haber existido la misma imputación ante cualquiera de las autoridades establecidas por la ley para la persecución penal (voto de la mayoría en Fallos: 326:2805).

El fundamento material de la regla *ne bis in idem*, entonces, consiste en no permitir que el Estado “con todos sus recursos y poder, lleve a cabo esfuerzos repetidos para condenar a un individuo por un supuesto delito, sometiéndolo así a molestias, gastos y sufrimientos, y obligándolo a vivir en un continuo estado de ansiedad e inseguridad” (Fallos: 310:2845 —disidencia de los jueces Petracchi y Bacqué—; 321:2826; voto del juez Maqueda en Fallos: 326:2805 *in re* “Videla”; entre muchos otros). En el mismo sentido, se ha sostenido que su fundamento es “proteger a los ciudadanos de las molestias y restricciones que implica un nuevo proceso penal cuando otro sobre el mismo objeto está en trámite o ha sido ya agotado, y se extiende, al menos a toda nueva ‘persecución’ penal” (Fallos: 325:1932 *in re* “Macri”, disidencia del juez Fayt y del juez Belluscio).

Esta es, tal como se adelantó, la idea básica —y profundamente arraigada de la jurisprudencia angloamericana— de la garantía contra la *double jeopardy*, conforme lo ha señalado repetidamente la Corte Suprema de Estados Unidos (*Green v. United States* 355 US 184 [1957]; *Benton v. Maryland*, 395 US 784 [1969]; *United States v. Dixon* 509 US 688 [1993] y *Grady v. Corbin* 495 US 508 [1990]).

Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado en el caso “*Loayza Tamayo, María E.*” CIDH - Serie C N° 33, del 17 de septiembre de 1997 que con ella se protegen “los derechos de los individuos que han sido procesados por determinados hechos para que no vuelvan a ser enjuiciados por los mismos hechos” (párr. 66).

31) Que, sin embargo, este principio liminar —como garantía constitucional básica del imputado en un proceso penal— ha sido dejado de lado por el *a quo* de modo absolutamente dogmático y con fundamentos tan sólo aparentes, estableciendo un falaz antagonismo entre “el interés del beneficiario del indulto” y el “derecho de las víctimas a una tutela judicial efectiva” que —según la Cámara de Casación— debe resolverse “a favor de los derechos que tutelan atributos fundamentales de la persona”. El principio de cosa juzgada significó para el *a quo* la “detracción de los derechos de otro” (fs. 173). Con base en este razonamiento, concluyó que debían removerse todos los impedimentos —así se calificó también a la cosa juzgada— para el ejercicio de la actividad jurisdiccional. Agregó, sin realizar mayores consideraciones, que ello debía hacerse en el marco de la Constitución Nacional. Por último concluyó que “(i)nstitutos tales como la prescripción de la acción penal o la cosa juzgada...requieren para juzgar su validez, observar cuales son las **consecuencias que generan**” (el resaltado no corresponde a la sentencia).

32) Que esta última frase permite observar cuál fue a las claras —más allá de los fundamentos aparentes— el espíritu que inspiró una decisión que irrespetó una garantía constitucional básica del proceso penal, cuyo valor fue totalmente relativizado al hacerlo depender de las derivaciones que su observancia podría traer aparejada. Así, institutos considerados por inveterada jurisprudencia de esta Corte como principios fundamentales y verdaderas conquistas del Estado de Derecho, fueron relegados a la categoría de “beneficios” con el fin de plantear una falsa oposición.

33) Que el *a quo* no debió perder de vista que “(e)l propósito de un proceso penal es el de determinar la culpabilidad o la inocencia de ciertos individuos” y que “la historia que surja estará moldeada por este objetivo” (Eric Blumenson, *Amnistías Nacionales y Justicia Internacional*, www.utdt.edu, Revista Argentina de Teoría Jurídica, Universidad Torcuato di Tella, vol. 6, noviembre 2005, trad. Martín Porretti, corr. Roberto Gargarella, pág. 16).

No resulta ocioso, entonces, recordar que los derechos humanos surgieron para poner límites al poder estatal y que, consiguientemente, en el proceso penal los derechos humanos se enfrentan al Estado como freno a su poder y en defensa exclusiva de los intereses individuales. El juicio penal “no sólo se enfoca en los individuos más que en las instituciones responsables, sino que considera a estas últimas como virtualmente irrelevantes [...] (p)uesto que [como se dijo] el propósito de un proceso penal es el de determinar la culpabilidad o la inocencia del acusado, la víctima es un medio para tal fin y no el objeto primordial del interés” (Blumenson, op. cit., loc. cit.).

Como se afirmó, el fin de los derechos humanos en el marco de un proceso penal se circunscribe a evitar su aplicación abusiva y sólo entonces, con ese mismo fundamento pudo concebirse a la garantía de *ne bis in idem*. No escapa, precisamente, a esa concepción lo establecido por esta Corte en cuanto a la importancia de no permitir al Estado que “...con todos sus recursos y poder, lleve a cabo esfuerzos repetidos para condenar a un individuo por un supuesto delito, sometiéndolo así a molestias, gastos y sufrimientos, y obligándolo a vivir en un continuo estado de ansiedad e inseguridad...” (Fallos: 321:2826, entre muchos otros ya citados).

34) Que tal como se ha afirmado en el precedente “Simón” sería de un contrasentido inadmisibles que por la gravedad de los hechos investigados se vulnerasen las garantías constitucionales básicas de quien se encuentra sometido a proceso, tal como pretende el *a quo* en su enfoque orientado a las consecuencias. El total respeto de esas garantías y de un derecho penal limitado constituye la base sobre las que se asienta y construye un verdadero Estado de Derecho (disidencia del juez Fayt en Fallos: 328:2056).

Por el contrario, determinar el valor de las garantías constitucionales según los resultados a los que conduciría su respeto, implica la consagración de un verdadero derecho penal del enemigo —*Feindstrafrecht* según la terminología utilizada por el profesor G. Jakobs— conforme el cual se admite la derogación de garantías fundamentales del Estado de Derecho para determinados casos considerados de gravedad.

Las similitudes entre esta tesis y los argumentos utilizados por el *a quo* son evidentes. En efecto, como se afirmó en el precedente “Simón” —disidencia del juez Fayt—, el derecho penal del enemigo se caracteriza, entre otras cosas, por el hecho de que para determinados imputados “no hay otra descarga de la responsabilidad que no sea distinta de la imputabilidad...pues **no puede haber justificación o excusa que explique la comisión de los crímenes más graves**” y por ello los “**principios constitucionales asumidos por el derecho penal no represent(a)n nunca obstáculos**” (Carlos Pérez del Valle, *Sobre los Orígenes del Derecho Penal del Enemigo*, en *El Derecho Penal*, ed. ED, vol. 7, julio 2003, págs. 14 y 15 ; énfasis agregado).

Así los “rebeldes, traidores y todos los convictos de lesa majestad han de ser castigados no con el derecho civil (estatal), sino con el derecho natural, pues **lo son no como malos ciudadanos, sino como enemigos de la civitas** (Estado)” (Hobbes, *Libri de Cive*, 1ra. edición en París 1642, citado por Pérez del Valle, *op. cit.*, pág. 5 y sgtes.; énfasis agregado).

En un régimen totalitario se da por sentado que existe un derecho penal para los enemigos en tanto hace a su naturaleza la diferencia entre “amigos” y “enemigos” en la clásica distinción de Carl Schmitt (ver, entre otras obras, su *Teoría del Partisano*, Colección ideologías contemporáneas, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1966).

Corresponde aquí preguntarse si es posible aceptar en nuestro sistema constitucional “...una sensible baja en derechos y garantías procesales y penales para combatir fenómenos complejos” (Silva Sánchez Jesús, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales*, 2da. Edición, Ed. Civitas, Madrid, 2001). Es claro que la respuesta sólo puede ser negativa. En un Estado de Derecho, por definición, no puede admitirse tal distinción entre ciudadanos y enemigos como “sujetos con distintos niveles de respeto y protección jurídicos” (conf. Muñoz Conde Francisco, *Las reformas de*

la Parte Especial del Derecho Penal Español en 2003: de la “tolerancia cero” al “derecho penal del enemigo”, Revista de Derecho Penal, v. 2004/2, RubinzalCulzoni, pág. 658).

En efecto, los “derechos y garantías fundamentales propios del Estado de Derecho, sobre todo los de carácter penal material [...] y procesal penal [...] son presupuestos irrenunciables de la propia esencia del Estado de Derecho. Si se admite su derogación, **aunque sea en casos concretos extremos y muy graves**, se tiene que admitir también el desmantelamiento del Estado de Derecho, cuyo ordenamiento jurídico se convierte en un ordenamiento puramente tecnocrático o funcional, sin ninguna referencia a un sistema de valores, o, lo que es peor, referido a cualquier sistema, aunque sea injusto, siempre que sus valedores tengan el poder o la fuerza suficiente como para imponerlo. El Derecho así entendido se convierte en un puro Derecho de Estado, en el que el Derecho se somete a los intereses que en cada momento determine el Estado” (Muñoz Conde, *loc. cit.*; énfasis agregado).

Tampoco puede compartirse la clasificación que el señor Procurador General establece entre prerrogativas del imputado que resultan **inherentes** al Estado Constitucional de Derecho y que como tales no pueden desconocerse, y otras garantías que podrían abandonarse en virtud del *ius cogens*. Dicha clasificación no se sostiene en ningún criterio preciso y como argumento, por tanto, resulta altamente riesgoso. La propuesta, entonces, sólo puede valorarse como la intención de colocar “un algodón entre dos cristales”.

35) Que la disyunción planteada por el *a quo* entre derechos del imputado y derecho de las víctimas, resulta asimismo engañosa si se tiene en cuenta que los instrumentos de derechos humanos, si bien contienen la obligación de proteger los derechos que amparan, no incluyen la obligación de juzgar penalmente a quienes los infringen (conf. Broomhall Bruce, *Internacional Criminal Court Between Sovereignty and the Rule of Law*, New York, Oxford University Press, 2003, pág. 93 ss.). Resulta claro, a su vez, que dichos instrumentos comprenden normas que prohíben, por ejemplo, la persecución penal múltiple, pero no —por el contrario— normas que obligan a la persecución penal a ultranza.

No existe un derecho constitucional a la pena. En efecto, la protección a las víctimas establecida en los instrumentos internacionales de derechos humanos no implica necesariamente castigo penal (lo que, por otra parte, no se condeciría con su carácter fragmentario y de *ultima ratio*). La persecución penal —sin respeto a las garantías del individuo— invertiría la función que los derechos humanos poseen en el proceso penal que, de protección del imputado frente al Estado, pasaría al fortalecimiento de su poder absoluto, esta vez so pretexto del sugerente —aunque artificioso— argumento de protección a las víctimas.

36) Que, por lo demás, corresponde señalar que el valor que cabe asignarles a los instrumentos de derechos humanos en relación con la cuestión examinada, también ha sido materia de consideración constante por esta Corte. Así en Fallos: 311:734 *in re* “Riveros” —si bien en relación a la ley de obediencia debida— se afirmó expresamente que no era atendible la impugnación de la ley 23.521 con fundamento en su presunta oposición a la “Convención para la Prevención y Represión del Delito de Genocidio”. Incluso **en este mismo proceso** los jueces Petracchi y Oyhanarte puntualizaron que “en los escritos [de la querrela] examinados (...) se afirma que el decreto 1002/89 otorga ‘impunidad’ a ‘criminales y responsables de delitos de lesa humanidad’ y desconoce ‘las normas y principios del derecho internacional penal contemporáneo’”. Los jueces consideraron que “la insuficiencia de las apelaciones, en este punto, es palmaria” (considerando 12, Fallos: 313:1392).

Este criterio establecido en el año 1990 respecto de los agravios planteados por la querrela sobre el punto fue reiterado en todas las causas en las que así se presentaron.

Resulta claro, entonces, que si esos instrumentos fueron tenidos en cuenta, no es su contenido el que ahora podría llevar a una fundamentación diferente. De esto también es consciente el señor Procurador General cuando en su dictamen se vio precisado a admitir que fue la “última” evolución histórica de la “interpretación de los derechos humanos” la que aclaró las cosas (y no los instrumentos internacionales que se encontraban vigentes al dictarse el decreto 1002/89).

37) Que establecido, entonces, que no son esos instrumentos los que prevén la **obligación del castigo penal** como modo de protección a las víctimas, el único argumento subsistente en la fundamentación del *a quo* es el de la interpretación de la Convención que la Corte Interamericana realizó a partir del caso “Barrios Altos” CIDH, Serie C N° 75, del 14 de marzo de 2001.

Sin embargo, tal como se afirmó en los precedentes “Simón” (Fallos: 328:2056) y “Arancibia Clavel” (Fallos: 327:3312) —disidencias del juez Fayt—, parece insostenible que en base a lo que pueda “interpretarse” sobre la “interpretación” que la Corte Interamericana realizó para un caso totalmente disímil, pueda llegarse a una decisión que —huelga decirlo— debería constituir la *ultima ratio*. En efecto, resulta de suma gravedad que se declare inconstitucional una norma invocando una decisión que no es aplicable al caso.

Es que el contenido del párrafo 41 de dicho pronunciamiento, permanentemente citado con el fin de hacer a un lado las garantías constitucionales de quienes se encuentran sometidos a proceso, no constituye su *holding*. Cabe recordar que en ese caso el deber del Estado de perseguir y sancionar las violaciones a los derechos humanos, se había puesto en tela de juicio en virtud de la sanción de dos leyes de autoamnistía que exoneraban de responsabilidad a todos los militares, policías y también civiles que hubieran sido objeto de denuncias, investigaciones, procedimientos o condenas, o que estuvieran cumpliendo sentencias en prisión por hechos cometidos entre 1980 y 1995 de violaciones a los derechos humanos en la República de Perú. Es por ello que como se afirmó en las disidencias mencionadas, el *holding* del caso “Barrios Altos” no pudo ser otro que la afirmación de que “leyes de autoamnistía resultan incompatibles con el Pacto de San José de Costa Rica”.

Dicha doctrina, por lo demás, no resulta novedosa para esta Corte, en tanto al expresarse sobre la ley 23.040 —que declaraba insanablemente nula la ley 22.924 conocida como de “pacificación nacional” dictada por el propio gobierno de facto— afirmó que si bien se ha “...reconocido por razones de seguridad jurídica la continuidad en los gobiernos de *jure* de la legislación de los gobiernos *de facto* y el poder de éstos de realizar los actos necesarios para el cumplimiento de sus fines, ello ha sido, sin perjuicio de rechazarla o privarla de efectos, cuando tales normas configurasen un evidente abuso de poder frente a las garantías y derechos esenciales de los individuos, o bien un palmario exceso en el uso de las facultades que ejercitaran los poderes públicos que se desempeñasen en sustitución de las autoridades legítimas...en este sentido, la ley de facto 22.924 es el resultado **del abuso del poder**, porque no sólo se aparta del [entonces] artículo 67, inciso 11 de la Constitución Nacional que autoriza únicamente al congreso para dictar la ley penal, sino que también contraría...la esencia de la forma republicana de gobierno y la consiguiente división de poderes” (Fallos: 309:5, pág. 1692), lo que entronca con el

principio de que “la validez de las normas y actos emanados del Poder Ejecutivo de facto está condicionada a que, explícita o implícitamente, el gobierno constitucionalmente elegido que le suceda, la reconozca” (Fallos: 306:174 y sus citas).

La ley 23.040 “consistió en la reacción de un poder constitucional frente a una norma que **pretendió utilizar la misma estructura estatal que posibilitó la comisión de delitos y su ocultamiento, para su autoexculpación**” (énfasis agregado). En efecto, la ley 22.924 fue dictada *in extremis* cinco semanas antes de celebrarse las elecciones nacionales por el propio gobierno militar. Esta Corte negó su validez, en tanto se estableció que la única autoridad facultada para dictarla —en su caso— era el Congreso de la Nación, conforme lo establecía la Constitución Nacional (voto del juez Fayt en Fallos: 309:5 —juicio a los comandantes—, pág. 1689 y su remisión a Fallos: 306:911).

Vale recordar que para extraer el *holding* del caso debe tenerse siempre en cuenta, entre otras pautas, cuáles son los hechos que allí se plantearon y los principios jurídicos que, como es lógico, exclusivamente a ellos pudieron vincularse. En tales condiciones, el párrafo 41 del caso “Barrios Altos” constituyó respecto de otros institutos que no se caracterizaron por las especificidades propias de las leyes de autoamnistía sólo un *obiter dictum* que, como tal, no integró la regla por el que se decidió el caso y, consiguientemente, no pudo ser capaz de generar las consecuencias que el *a quo* propugna.

En suma, una postura contraria implicaría autorizar la violación de garantías constitucionales, a partir de la interpretación que la Corte Interamericana ha realizado respecto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en un caso diverso al que se plantea en el *sub lite*. De este modo se abandonarían —con la gravedad que tal temperamento conlleva— un principio liminar a la luz de una evolución jurisprudencial que de ningún modo conduciría a su desamparo (disidencia del juez Fayt *in re* “Arancibia Clavel” —Fallos: 327:3312—). Parece un contrasentido concluir que los arts. 1.1., 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —que según la jurisprudencia de la Corte Interamericana establecen el deber de garantía de perseguir y sancionar a los responsables de las violaciones de derechos humanos— pueda condecirse con la supresión del *ne bis in idem* como derecho de la persona sometida a enjuiciamiento penal.

En este sentido, no debe olvidarse que la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece como norma de interpretación en su art. 29 que “ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados”. En efecto, la redacción de “esta disposición fue elaborada con el criterio central de que no se entienda que la misma tuvo por objeto, de alguna manera, permitir que los derechos y libertades de la persona humana pudieran ser suprimidos o limitados, *en particular aquéllos previamente reconocidos por un Estado*” (OC4/84 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del 19 de enero de 1984, párr. 20; el resaltado no pertenece al original).

38) Que así como la violación de la cosa juzgada —y del *ne bis in idem*— no puede fundarse en una suerte de derecho especial para quienes son imputados por la comisión de delitos de lesa humanidad con base en las consecuencias que su observancia habría de

generar, tampoco el argumento del señor Procurador General por el que se relativiza el principio mencionado, puede ser compartido.

Al preguntarse el titular del Ministerio Público por qué debe volver a discutirse la constitucionalidad del indulto cuando, en el marco del **mismo proceso**, esta Corte dejó firme la cuestión al rechazar el recurso extraordinario, responde que se trata de un caso especialísimo en el que existe un deber de revisar la cosa juzgada. Para fundar dicho aserto, establece como punto de partida que el único valor que se reconoce en este ámbito es el de “la seguridad jurídica de no reiterar discusiones sobre una cuestión ya decidida”, subestimando así su importancia como garantía individual, condición que luego le permitirá fácilmente soslayarla.

39) Que, sin embargo, si bien es cierto que el Tribunal desde antiguo ha afirmado que la estabilidad de las decisiones jurisdiccionales en la medida en que constituye un “presupuesto ineludible de la seguridad jurídica es exigencia de orden público y tiene jerarquía constitucional” (Fallos: 308:904, entre otros), no lo es menos que en su conexión con la garantía de *ne bis in idem*, el objeto de protección excede ese marco y se relaciona directamente con una garantía estrictamente individual, tal como ya se reseñó. En efecto, no está aquí sólo en juego el valor de la “estabilidad de las decisiones” como intenta exponer el señor Procurador —si bien la importancia intrínseca de este valor será *ut infra* considerada—, sino también la proscripción de que el Estado, al que se le proporcionan todos los medios para descubrir la verdad, lleve a cabo esfuerzos repetidos para condenar a un individuo por un supuesto delito. En efecto, el valor definitivo de la decisión final está amparado para quien fue perseguido penalmente por la prohibición de la persecución penal múltiple. Una vez que se alcanzó la cosa juzgada, ella es irrevisable en perjuicio del acusado, por más que haya podido demostrarse el fracaso del procedimiento y de la decisión que le puso fin. Este aspecto —tal como desde siempre se ha sostenido por la doctrina más autorizada— acentúa el carácter de garantía individual de la regla.

Aclarada esta cuestión, corresponde evaluar si la analogía que el señor Procurador General establece entre lo regulado en la Ordenanza Procesal alemana (StPO) y lo estipulado por lo que él denomina el nuevo orden jurídico nacional, resulta válida a fines de subestimar el alcance de la cosa juzgada en el ámbito de los delitos de lesa humanidad y así permitir que en algunos casos la revisión pueda hacerse en perjuicio del imputado.

La respuesta sólo puede ser negativa y ello es así, no por comparar las normas alemanas con las normas procesales penales argentinas, sino porque en ese razonamiento se omite examinar que la diferencia con el derecho alemán proviene de una distinta definición del principio *ne bis in idem* ya en las propias Constituciones de los diversos Estados, que como es lógico obedecen a una distinta concepción de la función del derecho penal.

En efecto, la Constitución alemana prohíbe la **múltiple condenación** penal por un mismo hecho: nadie podrá **ser penado** [**bestraft werden**] más de una vez por el mismo hecho en virtud de las leyes penales generales (art. 103 [3] de Ley Fundamental alemana; énfasis agregado). Como puede observarse esta norma no prohíbe la **múltiple persecución** penal y es por ello que el derecho procesal penal alemán prevé el recurso de revisión en perjuicio del acusado en los casos específicamente previstos en el § 362 de la Ordenanza Procesal Penal. El imputado sobreseído puede ser nuevamente perseguido en determinadas situaciones pues, en su caso, no sería “penado” más de una vez por el mismo hecho (sobre

la cuestión ver el enriquecedor debate iniciado en los años 80 entre los profesores Jürgen Baumann y Julio Maier, en *Sobre puntos de partida dogmáticos diferentes en el derecho procesal penal argentino y alemán*, Doctrina Penal, eneromarzo 1982, año 5, nro. 17, pág. 169 ss. y *Conclusiones Básicas sobre las aclaraciones del Profesor Jürgen Baumann*, Doctrina Penal, eneromarzo 1982, año 5, nro. 17, pág. 363 ss.).

En cambio, el derecho procesal penal argentino no conoce la revisión del procedimiento en contra del acusado, pero no sólo porque ello se encuentre avalado por los códigos procesales —dejados de lado por el señor Procurador en virtud de supuestas normas de rango superior con fundamento en el art. 118 de la Constitución Nacional—, sino porque la propia interpretación del principio por esta Corte como garantía no enumerada (art. 33 de la Constitución Nacional), sumado a la letra de las constituciones provinciales y, en la actualidad, a la incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos (conf. voto del juez Fayt *in re* “Videla”, Fallos: 326:2805), permiten afirmar conjuntamente que lo que nuestro sistema constitucional impide es, precisamente, la múltiple **persecución penal**, tal como se señaló *ut supra*. Así, el art. 8º del Pacto de San José de Costa Rica prevé que el “inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser **sometido a nuevo juicio** por los mismos hechos” y en el art. 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se establece que “(n)adie podrá ser **juzgado** ni sancionado por un delito por el cual haya sido **condenado o absuelto** por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”. De este modo, a la jurisprudencia inveterada de esta Corte que desde siempre dio cuenta de la desigualdad a la que se enfrenta el imputado como persona significativamente más débil frente al Estado que, por ello, puede perseguir al ciudadano una única vez, se le suma idéntica concepción claramente reflejada en los tratados incorporados.

De tal manera, finalizado un proceso por decisión pasada en autoridad de cosa juzgada, tal como en el presente caso, no es posible para nuestro sistema constitucional la discusión posterior en perjuicio del acusado.

En suma, la diferente redacción de la Ordenanza Procesal Penal alemana privilegia claramente el valor de la verdad material y el logro de los objetivos penales del Estado, tal como señala el señor Procurador General, quien omite consignar que esa concepción es reflejo de su Ley Fundamental. Del mismo modo, la distinta interpretación que se hizo desde siempre en el derecho constitucional argentino tiene su origen en una diferente concepción acerca de los fines del derecho penal, para la que la garantía de *ne bis in idem* tomada del derecho anglosajón y considerada como no enumerada en el art. 33 de la Constitución Nacional —ahora enumerada en el art. 75 inc. 22—, siempre tuvo el valor de garantía individual y a la que no puede acordársele un valor tan solo formal.

40) Que respecto del predominio que el señor Procurador General postula respecto de la verdad material a fin de cuestionar el valor de una sentencia firme, cabe recordar en palabras de Ferrajoli que “las garantías procesales que circundan la averiguación de la verdad procesal en el proceso cognoscitivo aseguran la obtención de una verdad mínima en orden a los presupuestos de la sanción, pero también garantizada, gracias al carácter empírico y determinado de las hipótesis acusatorias por cánones de conocimiento como la presunción de inocencia, la carga de la prueba para la acusación [...] Por el contrario, el proceso decisionista, y típicamente inquisitivo, apunta en todo caso a la búsqueda de la ver-

dad sustancial, que por eso se configura como una verdad máxima, perseguida sin ningún límite normativo [...] En este segundo modelo, el fin (de obtención de la verdad sea cual fuere) justifica los medios (es decir, cualquier procedimiento); mientras que en el primero es el fin el que (al estar fundado y garantizado por los vínculos descritos) está legitimado por los medios. Se entiende por eso que las garantías procesales se configuren no sólo como garantías de libertad, sino además como garantías de verdad: de verdad más reducida [...] pero ciertamente más controlada que la verdad sustancial más o menos apriorísticamente intuida por el juez” (*Derecho y Razón*, ed. Trotta, Madrid, 1989, pág. 540 y sgtes.).

Precisamente, es claro que existe una divergencia entre la verdad procesal y el modelo ideal de la “correspondencia”, toda vez que “(a) diferencia de cuanto ocurre en cualquier otra actividad cognoscitiva, tanto la verdad fáctica [...] como la verdad jurídica [...] son predicables jurisdiccionalmente a condición de que se observen reglas y procedimientos que disciplinan su comprobación y que imprimen a ambas un carácter autorizado y convencional, en contraste con el de la mera correspondencia”. Entre esas reglas pueden enumerarse “los términos preclusivos [...] las formas y condiciones de admisión de las pruebas y [...] las nulidades de los actos procesales por vicios formales [...] los testimonios inadmisibles [...] la inutilizabilidad de las pruebas ilegítimamente adquiridas [...] la prohibición de analogía [...] la presunción de inocencia [...] el principio *in dubio pro reo* y la presunción legal de verdad de las tesis contenidas en las sentencias firmes” (Ferrajoli, op. cit. pág. 59 y sgtes.).

Esto no significa, sin embargo, que “el proceso penal tenga que renunciar, por principio y desde un principio, a la búsqueda de la verdad material...sino solamente que tiene que atemperar esa meta a las limitaciones que se derivan no sólo de las propias leyes del conocimiento, sino de **los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución**” (Muñoz Conde, *Búsqueda de la Verdad en el Proceso Penal*, ed. Hammurabi, Buenos Aires, pág. 97; énfasis agregado). Como advierte Habermas “la búsqueda de la verdad en el discurso institucional tiene unas particularidades que la distinguen de la búsqueda en el discurso libre de dominio, en el que precisamente por serlo, todas las partes están en un plano de igualdad” (*Teoría de la verdad* en *Teorías de la Acción Comunicativa*, Madrid, 1989, pág. 116 ss.).

Si sólo predominara el valor de la verdad material no se podría permitir que el imputado se negara a declarar, se permitiría la valoración de las pruebas ilícitamente obtenidas, no podría haber plazos para dictar sentencias, no se podría absolver en caso de duda, etc. (conf. Hassemer, *Fundamentos del derecho penal*, ed. Bosch, Barcelona, 1984, págs. 163 y 168).

La afirmación de que “el objeto del proceso penal es la búsqueda de la verdad material debe ser relativizada y, desde luego, se puede decir entonces, sin temor a equivocarse, que en el Estado de Derecho en ningún caso se debe buscar la verdad a toda costa o a cualquier precio. De todo lo dicho se deduce que el objeto del proceso penal es la obtención de la verdad sólo y en la medida en que se empleen para ello medios legalmente reconocidos. Se habla así de una ‘verdad forense’ que no siempre coincide con la verdad material propiamente dicha. Este es el precio que hay que pagar por un proceso penal respetuoso con todas las garantías y derechos humanos característicos del Estado [...] de Derecho” (Muñoz Conde, op. cit. pág. 102).

Por el contrario, el *a quo* ve en institutos tales como la cosa juzgada un obstáculo, una “detracción” de los derechos de otro. En efecto, “(c)uando se cree que ‘existe’ una verdad

material a la cual sólo debe ‘hallarse’, entonces las reglas constitucionales parecen costos [...] límites, estorbos, aceptados en consideración a otros intereses, que lamentablemente, afectan la verdad ‘propia’ alcanzable” (Klaus Volk, *La verdad sobre la verdad y otros estudios*, ed. Ad hoc, Buenos Aires, 2007, pág. 100).

41) Que tampoco puede arribarse a una conclusión distinta a la que aquí se postula a poco que se repare en la doctrina establecida en uno de los fallos más recientes del Tribunal *in re* “Videla” —Fallos: 326:2805— (de fecha incluso posterior al pronunciamiento de la Corte Interamericana en el caso “Barrios Altos”). Si se interpreta su contenido “a contrario”, sólo cabe colegir que cuando el hecho que se persigue fue materia de persecución en un proceso anterior, la garantía *ne bis in idem* siempre resultará vulnerada. En efecto, en dicha decisión no se rechazó derechamente la posibilidad de que la nueva persecución de un delito de lesa humanidad no esté cubierta por la garantía *ne bis in idem*, sino que estableció una clara distinción entre aquellos hechos que ya fueron materia de juzgamiento respecto de aquellos que no lo habían sido.

Cabe recordar que conforme los postulados de la argumentación “a contrario” si del hecho que llena los supuestos legales a1, a2 y a3 se producen a su respecto las consecuencias x1, x2 y x3, entonces de un hecho que no llena los supuestos legales mencionados, no tendrán lugar a su respecto esas consecuencias jurídicas (sobre *argumentum e contrario v. Jürgen Baumann, Einführung in die Rechtswissenschaft*, ed. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, München, 1989, pág. 113). Por ello, si se considera, a modo de ejemplo el voto concurrente en el caso mencionado conforme el cual “no se conculca la cosa juzgada ni la garantía contra la múltiple persecución cuando los actos delictivos objetos del proceso ‘jamás fueron investigados por el Estado, ni los imputados fueron indagados ni molestados al respecto’”, el argumento “a contrario” permitiría sostener que sí se conculca la cosa juzgada y la garantía contra la múltiple persecución cuando los actos delictivos objetos del proceso sí fueron investigados por el Estado y los imputados indagados y molestados al respecto.

Tal es lo que sucede en el *sub examine*, toda vez que el imputado Riveros ya fue procesado en esta causa. En efecto, si ya existió una imputación determinada respecto de un individuo concreto y luego se lo sobreseyó —como consecuencia de un indulto—, no hay manera de disponer la reapertura del proceso. Es claro que si el fundamento para esta Corte hubiera sido el de la imposibilidad intrínseca de plantear para estos delitos la excepción de cosa juzgada, la distinción en el caso “Videla” no hubiera tenido razón de ser. Por lo demás, si los principios generales y las convenciones internacionales ahora invocadas fueron tenidas en cuenta en el caso “Videla” no se alcanza a comprender qué motivos podrían hacer variar ahora esa construcción, para apartarse tan dramáticamente de dicho precedente.

42) Que, en suma, ninguno de los caminos ensayados para dejar de lado el principio de cosa juzgada resultan admisibles, máxime en un caso en el que, además, ya se realizó el control de constitucionalidad. A su vez, existe otra cuestión subsidiaria relacionada con el instituto de la cosa juzgada que tampoco puede ser soslayada y que también fue materia de decisión por parte de esta Corte: la de la obligatoriedad de los fallos del Tribunal y la estabilidad de las decisiones jurisdiccionales.

En efecto, tampoco en este aspecto la cuestión resulta novedosa. Cabe recordar que en la causa “Aquino” (Fallos: 315:2421), esta Corte declaró que resultaba “indudable la facultad constitucional del titular del Poder Ejecutivo Nacional para indultar a personas

sometidas a proceso” y que posteriormente, en esa misma causa también se pretendió una revisión del criterio sentado (en puridad se había dispuesto una división interna, pero el indulto se había dictado según el texto del decreto 1002/89, respecto de toda la causa 11/86). En dicha oportunidad el Tribunal —Fallos: 323:2648— rechazó la posibilidad de revisión expresando que resultaba “inadmisible que **en esta misma causa** se pronunciara una nueva sentencia sobre el mismo planteo y que el apelante intente su revisión, puesto que con ello no sólo se desconoció la **obligatoriedad del fallo de esta Corte** y los límites a que estaba sujeta la jurisdicción del *a quo* (Fallos: 310:1129; 311:1217 y 320:650 entre muchos), sino que se **afectó la cosa juzgada** emanada de esa decisión, lo que autoriza en consecuencia, a declarar su nulidad en razón de la “estabilidad de las decisiones jurisdiccionales en la medida en que constituye un presupuesto ineludible de la seguridad jurídica, es exigencia de orden público y tiene jerarquía constitucional” (Fallos: 313:904 y sus citas; énfasis agregado).

En virtud de lo dicho, la revisión que el *a quo* propugna respecto de una sentencia del Tribunal que dejó firme la decisión por la que se había declarado la constitucionalidad del decreto 1002/89, desconocería también el precedente por el que se declaró nula la sentencia en la que se intentaba revisar un indulto ya declarado constitucional. No debe olvidarse la gravedad que el temperamento adoptado conlleva en el *sub examine*, toda vez que un decreto que fojas atrás ha sido declarado constitucional por una sentencia que quedó firme, sería declarado ahora contrario a la Constitución Nacional.

43) Que, por lo demás, no se discute aquí si la evolución del derecho internacional de los derechos humanos puede posibilitar en otra causa que un precedente como el de “Riveros” pueda ser dejado de lado, al considerarse que el indulto en el caso de imputados de delitos de lesa humanidad —sin opinar aquí sobre el acierto o error de esta afirmación— resulta inconstitucional. En efecto, sabido es que existen tres circunstancias por las que se puede abandonar el precedente (*overruling*): el posterior desarrollo jurisprudencial inconsistente respecto del precedente originario, las lecciones de la experiencia y las cambiantes circunstancias históricas. Empero, una cosa muy distinta es sostener que —de considerarse configuradas algunas de esas circunstancias— habría podido alterarse en el mismo proceso la sentencia firme pasada en autoridad de cosa juzgada en la que se sobreseyó al imputado.

44) Que a mayor abundamiento, corresponde señalar que tampoco parece adecuada la interpretación realizada por el tribunal *a quo* cuando descarta que el instituto del indulto pueda aplicarse respecto de delitos calificados como de lesa humanidad. En efecto, aun si se considerase hipotéticamente válida la aplicación del principio de imprescriptibilidad, su carácter de lesa humanidad no haría a estos delitos *per se* perseguibles.

Cabe recordar que el indulto “no es en nuestros días un acto privado de gracia de un individuo que se encuentre en posesión del poder. Es parte del esquema de la Constitución. Cuando se concede, es la determinación de la autoridad última de que el bienestar público será mejor servido o infligiendo menos que la pena fijada” (Pritchett, C., *La Constitución Americana*, ed. Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires, 1965, pág. 434 s.). Del mismo modo se ha señalado que “...la institución del indulto en el sistema constitucional argentino no puede considerarse como la sacralización de una reliquia histórica propia de las monarquías, sin otro fundamento que la clemencia, sino un instrumento de la ley, en correspondencia con la norma de fines de organización jurídicopolítica y en particular con

la justicia, la paz interior y el bienestar general. No consiste en un acto de gracia privado, sino en una potestad de carácter público instituida por la Constitución Nacional, que expresa una determinación de la autoridad final en beneficio de la comunidad...(y) que si bien su naturaleza se vincula originariamente con la imperfección de la justicia o el conocimiento posterior al fallo de circunstancias que atenúen o modifiquen la gravedad del delito y la inflexibilidad de la ley penal, en la actualidad está destinada a asegurar los fines establecidos por el sistema constitucional argentino” (considerando 14 del voto del juez Fayt *in re* “Aquino” —Fallos: 315:2421—). Por lo demás en el caso se trató de un acto que gozó de legitimidad, legalidad, validez y vigencia (sobre estos conceptos ver voto del juez Fayt en R.1309.XLII. “Rosza, Carlos Alberto y otro s/ recurso de casación”, sentencia del 23 de mayo de 2007).

Como ha afirmado Feuerbach “el derecho de gracia podrá ser puesto en duda por la Filosofía pero no por el derecho positivo, porque en todos los estados pertenece por disposición constitucional al ‘soberano’” (citado por Erwin Rosenbusch, *Fundamento Histórico y Jurídico del Indulto y la Conmutación de Penas*, en Boletín de la Biblioteca del Congreso Nacional, encargado Dr. Segundo V. Linares Quintana, nros. 1112, Buenos Aires, 1936, pág. 838). En efecto, la mayor parte de las constituciones del mundo —si bien en distinta medida— lo prevén.

45) Que son muchas las legislaciones en las que no se ha hecho distinción alguna con base en la calidad del delito indultado. Así puede verse, por ejemplo, en la Constitución de los Estados cuya previsión es una clara fuente de nuestra cláusula constitucional en tanto “(s)ustituyendo ‘indultar o conmutar las penas’ por ‘conceder suspensión de castigos y perdones’ y ‘jurisdicción federal’ por los ‘Estados Unidos’, las cláusulas de una y otra constitución resultan idénticas” (Fallos: 315:2421 *in re* “Aquino”, voto del juez Fayt).

Sobre la cuestión, la Suprema Corte de los Estados Unidos ha afirmado en un antiguo precedente que “(l)a Constitución estipula que el Presidente ‘tendrá la facultad de suspender la ejecución de las sentencias y conceder indultos por delitos contra los Estados Unidos, excepto en casos de juicio político’...(e)sta lengua es llana. ‘Delitos’, significa ‘todos los delitos’; y entonces la excepción expresa de casos de juicio político es una repetición de la misma idea (...) **La facultad que se confiere es ilimitada**, con la excepción indicada. Se extiende a **cada delito conocido** por la ley, y puede ser ejercitada en cualquier momento después de su comisión, ya sea antes de que los procesos jurídicos sean iniciados, o durante su estado pendiente, o después de la condena y del juicio. Esta facultad del presidente no está sujeta a control legislativo. El Congreso no puede ni limitar el efecto de su indulto, ni excluir de su ejercicio a cualquier clase de delincuentes. La prerrogativa benigna de la misericordia que descansa en él no puede ser limitada por cualquier restricción legislativa” (*ex parte Garland*, 71 U.S. 333 [1866], énfasis agregado; ver también *ex parte Grossman*, 267 U.S. 87 [1925] y Campbell Black H., *Handbook of American Constitutional Law*, St. Paul, Minn. West Publishing Company, 1927, pág. 129).

En el mismo sentido, se ha explicitado que la “única limitación establecida al poder presidencial de indultar es que no se aplica a los casos de juicio político, impidiendo al presidente desvirtuar el efecto de dicho castigo legislativo” (Pritchett, *op. cit.*, pág. 435; similar en Kent, James, y Mexia J.C., *Comentarios a la Constitución de los Estados Unidos de América*, vol. 3, Oxford University Press, México D.F, 1999, pág. 61 s.). Se ha enfatizado

que fuera de la excepción mencionada “el poder de perdonar es completo y se aplica incluso a los delitos **más graves**” (Joseph Story, *Comentario Abreviado a la Constitución de Estados Unidos de América*, vol. 6, Oxford University Press, México D.F., 1999, pág. 217; énfasis agregado) o, lo que es lo mismo, a “todo delito legalmente conocido” (Rosenbusch, *op. cit.*, pág. 854). En igual sentido, se ha señalado que vista la “ausencia de toda limitación respecto a penas que puedan indultarse —salvo las impuestas por acusación nacida de representaciones parlamentarias— cabe afirmar que toda pena penal susceptible de ejecución puede ser remitida”, por el contrario “antiguamente existía una cantidad de delitos que no eran susceptibles de gracia. Légoux cita los siguientes: crímenes de lesa majestad, incesto, violación, sacrilegio, adulterio, envenenamiento, homicidio, parricidio, falsificación de moneda y reincidencia” (Rosenbusch, *op. cit.*, pág. 860).

46) Que también en la Constitución Nacional la única excepción prevista en el art. 99 inc. 5° la constituyen “los casos de acusación por la Cámara de Diputados” (sobre la cuestión ver voto del juez Fayt *in re* “Aquino”). A partir de la reforma constitucional de 1994 se excluye también para el futuro la imposibilidad de indultar a aquellos que **interrumpen la observancia de la Constitución Nacional** por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático (art. 36 de la Constitución Nacional). No hay otra distinción con base en la categoría de los delitos imputados que provenga de nuestra Ley Fundamental, ni aun con posterioridad a la reforma de 1994. Por lo demás, es claro que cualquier excepción a una cláusula constitucional como la que prevé el instituto del indulto sólo puede tener igual rango a los fines de su aplicación armónica, descartándose claramente la creación de una excepción pretoriana. Ante la necesidad de incorporar una nueva excepción dicho mecanismo fue claramente respetado en tanto provino de la voluntad constituyente reformadora (art. 36 de la Constitución Nacional).

Este temperamento también ha sido adoptado por distintas constituciones latinoamericanas, que han establecido expresamente las más variadas excepciones al instituto del indulto. A modo de ejemplo, puede mencionarse el art. 5.XLIII de la *Constitución de la República Federativa de Brasil* que prevé que no son susceptibles de indulto la práctica de la tortura, el tráfico ilícito de estupefacientes y drogas afines, el terrorismo y los definidos como delitos repugnantes, respondiendo de ellos los incitadores, los ejecutores y los que pudiendo evitarlos se abstuvieran; del mismo modo la *Constitución Política de la República del Ecuador* establece que los delitos de genocidio, tortura, desaparición forzada de personas, secuestro y homicidio por razones políticas o de conciencia no serán susceptibles de indulto (art. 23.2); también corresponde mencionar a la *Constitución de Venezuela* que en su art. 29 estipula que las violaciones de derechos humanos y los delitos de lesa humanidad quedan excluidos de los beneficios que puedan conllevar su impunidad, incluidos el indulto y la amnistía.

Por el contrario, en nuestra Constitución no se ha establecido cláusula alguna equivalente a las mencionadas.

47) Que, empero, otro de los argumentos utilizados para considerar que resulta inválido el indulto en los casos de crímenes de lesa humanidad, es el de la posterior evolución de los derechos humanos en el derecho internacional.

Esta fundamentación también resulta aparente, toda vez que a poco que se observa dicho avance tampoco aparece demostrado que la posibilidad de perdón se encuentre reñi-

da con aquello que pueda caracterizarse como crimen de lesa humanidad. Tan así es que, en plena evolución del derecho de los derechos humanos, se han decretado tales medidas respecto de personas que se encontraban detenidas por delitos de esa laya. Es el caso, por ejemplo, de los criminales nazis von Neurath —condenado a quince años de prisión por conspiración, crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad— quien fue perdonado en el año 1954, Erich Räder —condenado a prisión perpetua por conspiración, crímenes contra la paz y crímenes de guerra—, liberado en el año 1955 y Walter Funk —condenado a prisión perpetua por crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad—, liberado en el año 1957 (www.kriegsverbrecherprozesse.nuernberg.de/urteile). Dicha gracia fue el producto de las negociaciones que mantuvieron el entonces canciller alemán Konrad Adenauer con el ministro de Relaciones Exteriores de los Estados Unidos Dulles en Washington el 7 de abril de 1953 (sobre la cuestión ver www.17juni53.de). También 14 criminales de guerra japoneses, condenados por el Tribunal Penal Militar Internacional para el Lejano Oriente —juicios de Tokio— fueron indultados entre 1950 y 1955 (sobre la cuestión puede verse http://es.wikipedia.org/wiki/Juicios_de_Tokio); por último, el presidente de la ex Checolovaquia Antonin Zapotocky indultó a cuatro criminales de guerra nazi —entre ellos Max Rostock y Ernst Hitzegrad— en el año 1953, quienes fueron empleados como espías durante la guerra fría (www.radio.cz).

Asimismo, si se examinan los mencionados estatutos de los tribunales que juzgan crímenes de lesa humanidad cometidos en la ex Yugoslavia y en Ruanda —claros legados del Tribunal de Nüremberg—, tampoco se advierte incompatibilidad alguna entre la actuación de estos tribunales y la viabilidad de un indulto. En efecto, en su art. 27 el Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda prevé la posibilidad de que el condenado pueda beneficiarse de un indulto o de una conmutación de pena en virtud de las leyes del Estado en la cual está preso, indulto que puede ser otorgado si el presidente del tribunal de acuerdo con los jueces así lo decide según los intereses de la justicia y sobre la base de los principios generales del derecho. Idéntico texto contiene el art. 28 del Estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia (resolución 827, 25 de mayo de 1993).

Tampoco se descarta la evaluación de esta contingencia en la propia tarea de la Corte Penal Internacional. En efecto, tal como indica *Blumenson* dicho Tribunal tendrá que “definir el alcance apropiado y los límites necesarios de la diversidad en los métodos estatales de responsabilidad. Nadie ha podido establecer, de manera precisa, el punto en el que la diversidad moral legítima termina, y comienzan los imperativos morales universales, pero ésta es una cuestión central de nuestros tiempos e inevitables para la corte” (*op. cit.*, pág. 22).

Como puede concluirse, a nivel internacional, no existe una contradicción intrínseca entre la comisión de delitos de lesa humanidad y la posibilidad de indultar.

48) Que, como se señaló *ut supra*, la protección de las víctimas postulada en los tratados internacionales no implica necesariamente la obligación de persecución penal. De igual modo, *Blumenson* sostiene que “(n)o hay duda de que la obligación del Estado de negar el acto criminal debe estar unida al repudio del perpetrador. Pero no es obvio que la condena y el encarcelamiento sean siempre necesarios para el logro de dicho fin” (*op. cit.*, pág. 10 s.).

Por lo demás, y en concordancia con lo antedicho, tampoco resultaría atinada la afirmación del *a quo* según la cual “la impunidad de los criminales niega a las víctimas su derecho a saber”. Se trata de un argumento, ciertamente, pretencioso. En este sentido, no

debe desconocerse que un vasto sector doctrinario entiende, por el contrario, que medidas que impliquen la imposibilidad del castigo penal no merecen objeciones si se acompañan con el respeto del derecho de las víctimas a una compensación y a la verdad, en tanto, “una preocupación constante por los derechos humanos justifica, a veces, mirar más allá de la persecución penal, para poner la atención sobre otras alternativas posibles [;] no se puede asumir que la confianza uniforme en la persecución y en el castigo fomentará siempre, de la mejor forma posible, la causa de los derechos humanos” (Blumenson, *op. cit.* pág. 21).

En efecto, no sólo en virtud del carácter fragmentario del derecho penal sino también con base en un enfoque utilitario respecto de la mejor manera de proteger los derechos humanos, se arriba a esta conclusión. Como alternativa no penal y al mismo tiempo significando un claro avance en la protección de los derechos humanos, cabe mencionar, a modo de ejemplo, a la Comisión Sudafricana de la Verdad y la Reconciliación. Al respecto, el propio Nelson Mandela concluyó que no había ninguna posibilidad de que la verdad de la historia de su nación fuera confrontada y reconciliada sin amnistías para los criminales aferrados al poder (citado por John Braithwaite, *Entre la Proporcionalidad y la Impunidad*, RegNet, Universidad Nacional Australiana, Presentación Premio Sutherland al encuentro de la Sociedad Americana de Criminología, Nashville, noviembre de 2004; en www.utdt.edu, Revista Argentina de Teoría Jurídica, Universidad Torcuato di Tella, vol. 7, marzo 2006, pág. 4).

Como puede observarse esta visión se encuentra en las antípodas de la tesis del castigo penal como única alternativa al “derecho a la verdad”, por cuanto hay quienes con argumentos de peso consideran que los procesos restaurativos “abren mejores posibilidades para descubrir la verdad que los juicios penales” (Braithwaite, *op. cit., loc. cit.*). Tampoco, entonces, aquel argumento resulta aceptable.

49) Que, entonces, el derecho de las víctimas a la verdad —previsto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos— puede asegurarse sin necesidad de violentar las garantías del imputado sometido a proceso. Lo dicho tampoco resulta novedoso en tanto este derecho fue defendido enérgicamente *in re* “Suárez Mason” —disidencia del juez Fayt— (Fallos: 321:2031). En esa oportunidad se consideró —de acuerdo con el planteo formulado por las víctimas— que **no estando en juego la garantía de ne bis in idem**, el *a quo* no podía sustraerse de realizar los llamados “juicios de la verdad”, lo que constituía una indelegable función del Poder Judicial en la custodia de los derechos constitucionales.

50) Que establecido, entonces, que no hay norma alguna en nuestro sistema constitucional que permita realizar un tratamiento diferente del instituto del indulto si éste recayera sobre delitos de lesa humanidad y que tal conclusión no resultaría en pugna con el “derecho de las víctimas a saber”, corresponde señalarse que tampoco el argumento del señor Procurador General según el cual los indultos resultarían inconstitucionales *ab initio* por aplicación del art. 29 de la Constitución Nacional puede ser compartido.

Cabe recordar que conforme su opinión al dictaminar en el caso “Simón” —la que aquí traslada—, el art. 29 de la Constitución Nacional “impide todo acto de (...) perdón (...) de los delitos que suponen la concesión o arrogación de la suma del poder público”. El Poder Ejecutivo, entonces, no habría tenido competencia para perdonar **delitos** por los que “la vida, el honor, las fortunas de los argentinos queden a merced de gobierno o persona alguna”.

51) Que el art. 29 de la Constitución Nacional establece que el Congreso no puede conceder al Ejecutivo nacional, ni las Legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a los que los formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria. Cabe recordar que las facultades extraordinarias contemplan el ejercicio de funciones judiciales y la suma del poder público el uso y concentración de todo el poder.

En cuanto a la posición sentada en el caso “Simón” —disidencia del juez Fayt—, resulta necesario recordar que como principal argumento a fin de confutar la postura asumida por el señor Procurador General, se señaló que el texto del art. 29 sólo prohíbe la concesión **por parte del Congreso** al Ejecutivo Nacional y **por parte de las Legislaturas provinciales** a los gobernadores de provincia de facultades extraordinarias, suma del poder público, de sumisiones o supremacías **por las que** la vida, el honor o las fortunas de los argentinos quedan a merced de gobiernos o persona alguna. Recién como argumento subsidiario se afirmó que aun cuando desde otra postura se considerara que el **ejercicio mismo** de ese máximo poder concedido fuera también prohibido por la norma (primera extensión en el razonamiento) y que, a su vez este ejercicio pudiera ser detentado **no por quien ya ocupaba el Poder Ejecutivo hasta entonces, sino por un usurpador militar** (segunda extensión), en todo caso, tal proscripción jamás podría ampliarse a quienes cometieron delitos en el marco de un sistema ideado por esos usurpadores (tercera extensión del principio). El señor Procurador General omite en su actual dictamen considerar la argumentación principal que contenía la disidencia mencionada, concentrándose —aunque de manera inadecuada en el argumento subsidiario— resultando así su razonamiento, cuanto menos, fragmentado.

52) Que, además, el titular del Ministerio Público insiste en considerar que no desde un punto de vista lógico, pero sí desde un punto de vista axiológico o sistema de valores el centro de gravedad del anatema del art. 29 de la Constitución Nacional está constituido en forma indistinta por la concesión del poder absoluto y por el propio avasallamiento de la vida, el honor y la fortuna de los argentinos.

Sin embargo lo único que indica el texto señalado es que el delito no se produce con la concesión “*per se*, sino que, **además** de su concurrencia en concesiones en plural, la parte final del artículo impone la presencia ineludible de un propósito específico con respecto a todos los enunciados anteriores: ‘por los que la vida, el honor o la fortuna de los argentinos queden a merced de algún gobierno o persona alguna’” (Julio A. Decoud, *Concesión de facultades extraordinarias y poderes omnímodos*, LL T.81, pág. 811; énfasis agregado). Como se ha señalado doctrinariamente, los dos pilares deben estar juntos, en tanto es la delegación la que produce el avasallamiento.

La posición propiciada por el señor Procurador General es precisamente desde un punto de vista axiológico insostenible (tal como se pretendió propiciar en el precedente “Simón” —disidencia del juez Fayt—). En primer lugar, porque como se dijo, el hecho de que sólo se haya fulminado con nulidad la concesión de las facultades extraordinarias o de la suma del poder público por parte del legislador tiene su origen en una posición fundada

netamente en valores, conforme los cuales no se puede establecer una relación de más a menos, ni con el ejercicio de la suma del poder público ni con la comisión de delitos en el marco del plan ideado por quienes ejercieron ese poder.

Al respecto, cabe recordar que son argumentos *a fortiori*, aquellos según los cuales, de existir una norma que establece un efecto jurídico para un sujeto o clase de sujetos, se debe entender que el mismo efecto normativo debe predicarse respecto de otro sujeto o sujetos que se encuentren en una situación tal por virtud de la cual **merezan con mayor razón** el mencionado efecto jurídico (allí se ubican los argumentos *a maiore ad minus*).

Sin embargo ese “merecimiento” que con “mayor razón” se atribuiría, para el señor Procurador, a aquellos que cometieron delitos en el marco de un plan elaborado por quienes —usurpando— ejercieron la suma del poder público —merecimiento que sólo podría derivarse de un criterio valorativo—, no se condice ni con el origen histórico, ni con el contenido del art. 29 de la Constitución Nacional.

Por el contrario, el núcleo del anatema de esa cláusula está conformado por la **traición de los representantes** —como *ut infra* se detallará— y quienes cometieron delitos dentro de una estructura comandada por quienes ejercieron la suma del poder público no pueden considerarse, entonces, desde un punto de vista valorativo comprendidos en la norma. Hay quienes estiman, incluso, que la “traición” prevista en el art. 29 es todavía más grave que la definida en el actual art. 119 “traición a la patria” (conf. R. Bielsa, *Derecho Constitucional*, ed. Depalma, Buenos Aires, 1959, pág. 766).

En virtud de los valores comprendidos en la norma, podría pensarse en una relación de más a menos si, por ejemplo, sólo la cámara de diputados —y no todo el Congreso— concediera la suma del poder público porque allí sí desde un punto de vista axiológico, se seguiría fulminando de nulidad los actos de aquéllos que debiendo representar han traicionado a su pueblo, no así en el caso de las dictaduras militares por cruentas que hayan sido. Prueba de ello fue la necesidad de incorporar en la reforma constitucional de 1994 el actual art. 36 de la Constitución Nacional respecto de quienes interrumpieren la observancia del orden constitucional, al que se hará referencia *ut infra*.

En suma, no puede afirmarse como pretende el señor Procurador —incurriendo en artificiosas interpretaciones acerca del objeto de protección del art. 29 de la Constitución Nacional— que el centro de gravedad de la prohibición sea, o bien la concesión de facultades extraordinarias o bien el “avasallamiento” —al margen de esa concesión— de los derechos fundamentales del pueblo. Tampoco puede sostenerse que esto sea coherente desde un punto de vista valorativo, por cuanto lo único que tuvo el constituyente en mira —en virtud de la experiencia histórica que luego se detallará— es que **quienes habían sido investidos para proteger los derechos fundamentales traicionaron a su pueblo** y los entregaron en manos de otros. Al respecto, si se repara en la última frase de la cláusula: “pena de los infames traidores a la Patria”, esta referencia a la traición obliga a advertir que no es el ejercicio de la suma del poder público en sí mismo, sino el acto de deslealtad por el que se crea ese poder lo único que puede pensarse. Se castiga así a los legisladores que frustraron la confianza de sus representados al subvertir el sistema que garantizaba el derecho a la vida y a la propiedad de acuerdo al cual los primeros fueron instituidos por elección de los últimos, exponiéndolos a las arbitrariedades de un sistema que sólo pudo crearse sobre la base del primero.

Sintetizando, en el art. 29 de la Constitución Nacional la alusión a la vulneración de la vida, el honor y la fortuna de los argentinos se relaciona, sin lugar a dudas, con el perjurio que significa que, precisamente, quienes son llamados a proteger al pueblo en virtud del contrato social sean quienes los hayan colocado a merced de otro, gracias al poder que el mismo pueblo les otorgó. En cambio, el avasallamiento de los derechos fundamentales que no proviniera de la concesión mencionada, encuentra su debida protección en las normas penales respectivas (el motivo de técnica jurídica por el cual la **concesión** tuvo que ser prevista por un tipo penal constitucional se detallará *ut infra*).

Por lo demás, desde un punto de vista axiológico es perfectamente sustentable que las conductas de quienes traicionaron la elección popular sean pasibles de determinados efectos jurídicos y las de otros sujetos que no cumplieron esas condiciones no lo sean (sin perjuicio de que a partir de la reforma constitucional de 1994, en virtud de nuestra experiencia histórica —y teniendo en cuenta la protección de otros valores—, quienes interrumpieren en el futuro la observancia de la Constitución Nacional por actos de fuerza, tampoco podrán ser indultados, art. 36 de la Constitución Nacional). A su vez, nada afirma esa norma con respecto a la comisión de delitos más allá de esos actos de fuerza.

53) Que como fundamento de lo dicho hasta aquí resulta necesario, en primer lugar, realizar algunas aclaraciones con respecto al texto del art. 29 de la Constitución Nacional, cuyo origen y contenido fue definido “como doctrina nacional impuesta por la experiencia histórica local” (Seco Villalba José Armando, *Fuentes de la Constitución Argentina*, ed. Depalma, 1943, pág. 161). Se ha dicho sobre este artículo —según la expresión difundida— que fue escrito con la sangre de dos generaciones, circunstancias históricas que le otorgan una singularidad especialísima dentro de nuestra doctrina constitucional (ver disidencia del juez Fayt en el caso “*Simón*” con cita de Fallos: 234:250).

54) Que la experiencia histórica ha demostrado que quienes debieron representar al pueblo traicionaron ese deber en numerosas oportunidades. El art. 29 de la Constitución Nacional “traduce bien la existencia de este último peligro, que nuestra historia documenta con una experiencia dolorosa” (Fallos: 191:270 *in re* “Amador Spagnol”). Se ha dicho al respecto que “la historia patria —que conoció la experiencia triste y abundante de las facultades extraordinarias asumidas por los ejecutivos y de las **legislaturas que abdicaron de sus prerrogativas en aras del discrecionalismo del gobierno personalista**— explica cabalmente la existencia de un precepto que, si bien puede resultar chocante en el ambiente sereno del gabinete del constitucionalista, reconoce raíces hondas y seculares en la práctica política de América Hispana” (S. Linares Quintana, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado*, t. V, ed. Alfa, 1956, pág. 429; énfasis agregado).

Como antecedentes históricos que dan cuenta de que quienes debiendo representar al pueblo en su tarea legislativa lo traicionaron, puede observarse un primer precedente en las “facultades extraordinarias otorgadas” por la Asamblea General —cuerpo legislativo— el 8 de septiembre de 1813 al Segundo Triunvirato (ver *Asambleas Constituyentes Argentinas*, publicación coordinada y anotada por E. Ravignani, Buenos Aires, 1937, t. I, pág. 71 s.). Luego, el 15 de noviembre de 1813 en el *Reglamento de Suspensión de Sesiones de la Asamblea General Constituyente* se expresó que el Supremo Poder Ejecutivo quedaba “autorizado con las mismas facultades extraordinarias que se le confirieron por el Soberano Decreto del 8 de septiembre último” (Ravignani, *op. cit.*, pág. 79 s.). El 17 de febrero de 1820 la Junta

de Representantes le otorgó a Manuel de Sarratea amplias facultades —aunque sin el calificativo de extraordinarias— como gobernador de la Provincia de Buenos Aires (Méndez Calzada, *La función judicial de las primeras épocas de la independencia*, Buenos Aires, 1944, pág. 359). Luego, el 6 de octubre de 1820, la Junta de Representantes de Buenos Aires otorgó al gobernador Martín Rodríguez “el lleno de facultades y la mayor amplitud de ellas que sea necesario al logro de la única y suprema ley de los Estados” (Ravignani, *op. cit.*, tomo VI, Buenos Aires, 1937, pág. 1079 y Méndez Calzada, *op. cit.*, pág. 359). La misma junta aclaró al día siguiente que las facultades concedidas al gobernador lo autorizaban a “proceder al juicio de los reos, e imposición de las penas por los medios que lo cercioren del delito y delincuente sin detenerse en la lentitud y trabas de las fórmulas ordinarias, por exigirlo así la supremacía de la salud pública de esta benemérita ciudad y provincia” (Méndez Calzada, *op. cit.*, pág. 367). El 24 de junio de 1829 se las concedieron al General Viamonte, cuyo nombramiento fue el producto del acuerdo celebrado entre los generales Lavalle y Rosas (v. Decoud, *op. cit.*, pág. 806).

Por último una ley sancionada por la Junta de Representantes el 6 de diciembre de 1829 dispuso que “serán deberes muy especiales del que resulte nombrado (gobernador y capitán general de la provincia) [y] para los objetos expresados en el artículo anterior, se le reviste de las facultades extraordinarias que juzgue necesarias hasta la reunión de la próxima Legis[la]tura, a la que dará cuenta del uso que haya hecho de esta especial autorización”. Se trataba de Juan Manuel de Rosas (Ravignani, *op. cit.*, tomo VI, pág. 1080). Una nueva ley, robusteció esas facultades extraordinarias, fue la del 2 de agosto de 1830 en la que se estableció que “se autoriza al gobierno con toda la plenitud de las facultades extraordinarias, para que haciendo uso de ellas, según le dicten su ciencia y conciencia, tome todas las medidas que considere conducentes a salvar la provincia” (Ravignani, *op. cit.*, pág. 1084). En una nueva ley del 7 de marzo de 1835 la Legislatura de Buenos Aires dispuso: “se deposita toda la **suma del poder público** de la provincia en la persona del brigadier general D. Juan Manuel de Rosas”, quien gobernó, entonces, en su primer mandato con facultades extraordinarias y hasta el 3 de febrero de 1852 con la suma del poder público (Méndez Calzada, *op. cit.*, pág. 359; ver también la nota de Rosas a la Junta de Representantes de la Provincia de Buenos Aires aceptando la suma del poder público en la que señala que “no pudiendo resignarse en ningún caso con la idea de que la Provincia carezca de esta H. Representación, espera de los Sres. Representantes, que aun cuando tengan a bien cerrar la Legislatura, y a la vez suspender sus sesiones, harán que continúe la H. Sala” —Ravignani, *op. cit.* 1090—). La Junta de Representantes sancionó el 20 de septiembre de 1851 otra ley estableciendo que “todos los fondos de la Provincia, las fortunas, vida, fama y porvenir de los Representantes de ella y de sus comitentes, quedan sin limitación ni reserva a disposición de S.E.” (Decoud, *op. cit.* pág. 805; repárese en el parecido con el texto de la prohibición contenida en el art. 29 de la Constitución Nacional).

Entre los muchos casos de otorgamientos de facultades ilimitadas a los gobernantes provinciales que registra nuestra historia política merece citarse la resolución de la Cámara de Representantes de Corrientes del 5 de septiembre de 1831 por la que se le concedió facultades ilimitadas al gobernador de la provincia (Ravignani, *op. cit.*, pág. 1084). Dicha situación dio lugar a la primera reacción legislativa como se detallará *ut infra*.

55) Que como antecedentes del art. 29 de la Constitución Nacional puede enumerarse el Proyecto de Constitución para la Provincia de Buenos Aires de diciembre de

1833, que en su art. 170 establecía: “(j)amás podrá en la provincia el Poder Ejecutivo ser investido con facultades extraordinarias, para disponer de las vidas ni fortunas de los particulares, ni trastornar el orden y forma de la administración establecidos por las leyes”. Sin embargo la primera norma vigente en contra de la concesión de facultades extraordinarias y suma del poder público fue sancionada en la Provincia de Corrientes por el Congreso General Constituyente de la provincia el 16 de diciembre de 1840 (pocos años después de la batalla de Pago Largo, en la que fue vencido y muerto su gobernador Berón de Astrada). En la cláusula mencionada se destacó que “**los representantes de una sociedad** no tienen más derechos que los miembros que la componen; y aquéllos no pueden disponer de la vida y libertad, derechos inalienables del hombre” (ver J. Rubianes, *Las facultades extraordinarias y la suma del poder público*, Revista Argentina de Ciencias Políticas, t. 12, 1916, pág. 448 s.; énfasis agregado).

En la Sesión 36° del Congreso General Constituyente de 1852/1854, ocurrida el 18 de abril de 1853, el Proyecto de Constitución presentado por la Comisión de Negocios Constitucionales, textualmente indicaba que “(n)uestra situación es dolorosa por retrógrada. Es preciso que la práctica del régimen constitucional a que aspiramos, dé, cuando menos para nuestros sucesores, seguridad a la vida y propiedades, medios de trabajo, precio a nuestras tierras y productos, y facilidades para comerciar con los pueblos extranjeros de cuyos artefactos y ciencias carecemos. Por eso la comisión, ahogando el rubor en sacrificio a la verdad, y en previsión de males ya sufridos, ha anatematizado la confiscación, los tormentos bárbaros y extravagantes inventados por la guerra civil, y la cobarde adulación de los que quisieron afean más la tiranía con esas prerrogativas llamadas facultades extraordinarias y suma de poder público, hijas del miedo y de la codicia sórdida, que se despiertan cuando la dignidad civil se relaja y los medios honestos de existencia escasean por culpa de la perversidad e ignorancia de los que mandan” (ver *Convención Nacional* de 1898 Antecedentes: Congreso Constituyente de 1853, Compañía SudAmericana de Billetes de Banco, 1898, pág. 265 s.). El punto se discutió en el Congreso General Constituyente en la sesión del 25 de abril de 1853 (Sesión 43°), como luego se detallará.

56) Que, como se afirmó, es ese contexto histórico el que explica, en principio, que la inserción de una disposición constitucional que podría aparecer como innecesaria desde un punto de vista técnicojurídico —tal como luego sucedió con el art. 36 de la Constitución Nacional— resulte comprensible (Linares Quintana afirma que “podría parecer superflua... [pero] tiene una elocuente e irrefutable explicación histórica”, *op. cit.*, pág. 428). En ese sentido, Estrada ya había señalado que a “primera vista pudiera pensarse, que este artículo es ocioso. Todos los poderes investidos con la autoridad son delegados; los delegados no pueden transferir la delegación” (J. M. Estrada, *Curso de Derecho Constitucional*, Tomo II, ed. Compañía SudAmericana de Billetes de Banco, Buenos Aires, 1902, pág. 34).

Como puede apreciarse, históricamente, siempre se ha discutido sobre aquellos **poderes delegados** que a su vez se delegaban arbitrariamente y no sobre los usurpados. Así se ha afirmado que “(u)na Constitución como la nuestra —que instituye el Estado constitucional o de derecho sobre la base de la división y el control recíproco de los poderes y la estricta limitación de las respectivas órbitas funcionales de cada uno de ellos con miras a la garantía de la libertad humana— no necesitaba incluir una cláusula prohibitiva de facultades extraordinarias que —en cuanto comportan el rebasamiento de las fronteras constitucionales que marcan los cauces dentro de los cuales los órganos de poder han de

ejercer sus funciones específicas— constituyen la antítesis del régimen constitucional” (Linares Quintana, *op. cit.*, pág. 428 s.).

57) Que, en efecto, se trata de un tipo penal constitucional, cuyo sujeto activo **sólo puede ser un miembro del Poder Legislativo Nacional o de las legislaturas provinciales** (ver también Decoud, *op. cit.*, pág. 811). El texto del artículo es en ese sentido claro. Más elocuentes resultan aun las palabras del constituyente: “los únicos que p[ueden] conceder las facultades extraordinarias, otorgar sumisiones e incurrir en la pena de los infames traidores a la patria [son] los diputados del Congreso o de la legislatura provincial” —conf. constituyente Zavala, debate de la Asamblea General Constituyente, sesión del 25 de abril de 1853; énfasis agregado— (ver disidencia del juez Fayt en “Simón”).

Sólo los legisladores, como se dijo, pueden ser los sujetos activos de este delito porque justamente lo que se castiga es la traición de aquellos que fueron elegidos como representantes del pueblo y que —apartándose de ese mandato— conceden la suma del poder público. Para traicionar es necesario quebrantar un deber de lealtad y este fue el examen que, desde el punto de vista axiológico, se desarrolló en la disidencia mencionada.

En este sentido ya manifestaba *John Locke* que los individuos entran en la sociedad política con el fin de preservar sus vidas, sus libertades y sus fortunas. El gran instrumento para conseguirlos son las leyes establecidas en esa sociedad. Si la actuación de la legislatura ha sido contraria a la confianza que se depositó en ella emprendiendo acciones tales como quitarles propiedades o reducirlos a la esclavitud, siendo los legisladores tan insensatos o tan malvados como para planear y llevar a cabo proyectos colocando en manos de cualquier persona el poder absoluto sobre las vidas, libertad y propiedad de sus representados, renuncian así al poder que el pueblo había puesto en sus manos con la finalidad contraria. Por ello, siempre que el fin en cuestión sea manifiestamente olvidado o antagonizado resultará necesario retirar la confianza que se había puesto en quienes tenían la misión de cumplirlo y a cuyas decisiones el pueblo había dado su aquiescencia. Por cuanto habiendo sido establecidos para la protección y preservación del pueblo, de sus libertades y de sus propiedades se ponen a sí mismos en un estado de guerra contra quienes les habían nombrado protectores y guardianes de su paz (conf. *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, Alianza Editorial, trad. Carlos Mellizo, Madrid, ed. 1990; págs. 140, 144, 154, 155 y 218).

En efecto, según esta concepción, el contrato social tiene por objeto proteger el derecho a la vida y a la propiedad y la condición básica para someterse al poder político es la preservación de estos derechos. El legislador traiciona a los contratantes cuando somete a los últimos a la arbitrariedad de un tercero en violación de las condiciones del contrato. Este legislador —a diferencia del rebelde— no ejecuta por sí ningún hecho de fuerza que suprima los derechos de los signatarios, pero traiciona la confianza que es la que aseguraba la supervivencia del contrato social. La gravedad radica en que quien tiene competencia para legislar viola la confianza de los contratantes. Esta idea es la que está presente —puede concluirse por sus textos— en los antecedentes del art. 29. El mismo criterio surge del propio art. 29 que impone la pena de los traidores a quienes gozando de la confianza popular delegan potestades y competencias en manos de un individuo o un reducido grupo de individuos de modo tal que detente la suma del poder público y avasalle los derechos fundamentales de sus representados, modificando desde adentro el sistema institucional del cual surgen sus potestades.

Esta idea estaba claramente presente en el constituyente, tal como puede concluirse a poco que se examinan las observaciones del convencional Zapata: “la norma de sus procedimientos [la de los diputados] era la Carta Constitucional y [...] no podían echarla por tierra destruyendo sus bases fundamentales para entregar maniatados a los Pueblos que **les envían a garantizar sus derechos y afianzar sus libertades**” (ver Ravignani, *op. cit.*, t. IV, p. 516; J.M. Estrada, *op. cit.* t. III, pág. 211; énfasis agregado).

En el caso “Alejandro Leloir” *in re* “Juan Domingo Perón y otros”, el juez nacional en lo penal especial subrayó en el mismo sentido que “(s)e ha previsto que la ciudadanía reaccionase **contra sus malos representantes**, pero no se previó que un fraude electoral podría hacer ilusorio el cambio de las mayorías” (Fallos: 234:250; énfasis agregado). Se trató de un verdadero *leading case*, en el que varios ex diputados fueron acusados por infracción al art. 227 del Código Penal (art. 29 de la Constitución Nacional) por “haber concedido al Poder Ejecutivo anterior facultades extraordinarias”. En dicha oportunidad la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Penal Especial y en lo Contenciosoadministrativo destacó que se denunciaba “a los **representantes del pueblo, en ejercicio del mandato recibido**, por haber violado la prohibición de la Constitución”, concediendo facultades extraordinarias (sentencia del 28 de diciembre de 1955, publ. en Fallos: 234:250; énfasis agregado).

Corresponde aquí aclarar que no se trata de la traición contra la Nación que consiste “únicamente” en tomar las armas contra ella o en unirse a sus enemigos prestándole ayuda y socorro (art. 119 de la Constitución Nacional; sobre la cuestión ver Rodolfo Moreno [hijo], *El Código Penal y sus antecedentes*, tomo VI, H.A. Tomassi editor, Buenos Aires, 1923, pág. 93), sino, como ya se señaló, de la traición en el sentido de deslealtad de los legisladores contra sus representados. Como indica Silva Riestra la palabra traición proviene de “traditio” derivado de “tradere”, entregar. Con cita de Pacheco agrega que naturalmente “lleva consigo la idea de una entrega, de una deslealtad, de un quebrantamiento de fe y de confianza” (Silva Riestra Juan, *Concepto jurídico de la traición*, Folletos n° 71, ed. La técnica impresora, Buenos Aires, 1956, pág. 5). Agrega que “(l)a traición del art. 29 es precisamente lo contrario [de la rebelión]: no un acto de alzamiento contra las autoridades, no un levantamiento contra el que manda, sino la concesión de atribuciones que acrecienta monstruosamente las facultades o poderes para que ese que manda pueda disponer de la vida, el honor, la fortuna con la suma del poder público” (*op. cit.*, pág. 6). El de los legisladores de la Nación o de las provincias es un poder que “se desvía para convertirse en colaborador del absolutismo y de la opresión” (*op. cit.*, loc. cit.).

El bien jurídico protegido es la confianza que los electores depositan en sus representantes. De ahí la necesidad del constituyente de revestir de suficiente coacción la exigencia del acatamiento que deben los poderes políticos al orden constitucional y a la soberanía del pueblo (dictamen del señor Procurador General Sebastián Soler en Fallos: 234: 250, énfasis agregado; citado en la disidencia del juez Fayt *in re* “Simón”). En efecto, “(l)uego de una nefasta e ignominiosa tiranía vencida poco antes, establecieron los constituyentes sanciones tremendas contra los traidores a la Patria que lo son todos aquellos que **en función legislativa** dan al Poder Ejecutivo facultades extraordinarias y la suma del poder público” (R. Bielsa, *Derecho Constitucional*, ed. Depalma, 1954, pág. 57 s.; énfasis agregado). Tal es lo que sucedió durante el gobierno de Rosas, mientras la

Sala de Representantes “continuaba ocupándose de asuntos inocuos” (Agustín de Vedia, *Constitución Argentina*, ed. Coni Hermanos, 1907, pág. 128).

En tales condiciones, resulta indudable que desde un punto de vista axiológico, puede considerarse como de mayor gravedad, la conducta de quienes debiendo representar son desleales con sus comitentes.

58) Que más allá de las cuestiones históricovalorativas, también desde un punto de vista técnico, resulta incontrastable que los sujetos activos del tipo sólo pueden ser los legisladores, toda vez que sólo respecto de ellos resulta imprescindible que la tipificación tenga rango constitucional. En efecto, prueba de que sólo a los legisladores está dirigida la prohibición es precisamente su inserción constitucional. Así lo afirmó el entonces Procurador General Soler en Fallos: 234:16 en el caso “Juan Carlos García y otros *in re* Juan Domingo Perón y otros” cuando señaló que “(d)e no haberse previsto en la Carta Fundamental el supuesto de su artículo [29], no habría podido la legislación, sin allanar los fueros parlamentarios, calificar penalmente la prohibición que contiene este precepto, cuya incorporación constitucional es el único fundamento jurídico de su validez represiva”, por ello “(h)a sido, pues necesario que el poder constituyente insertara una cláusula como la que me ocupa para revestir de suficiente coacción la exigencia del acatamiento que deben los poderes políticos al orden constitucional y a la soberanía del pueblo... (s)e trata en la especie de un delito que sólo puede cometerse en el desempeño de un poder político, que afecta la soberanía del pueblo y la forma republicana de gobierno, y que deriva de una disposición constitucional”; en efecto “el verdadero sentido del artículo [29] es el de consagrar una limitación a las atribuciones de los poderes políticos, y el de considerar el exceso a los límites impuestos como una grave trasgresión a cuyos autores estigmatiza con infamia” (doctrina que reitera en Fallos: 234:250; y citada *in re* “Simón”, disidencia del juez Fayt).

En efecto, el anatema tuvo que tener la misma jerarquía para funcionar como excepción a las inmunidades parlamentarias. Por ello, el entonces Procurador General agregó en su dictamen que el art. 29 es “el supuesto de excepción, especificado por una norma de idéntica jerarquía que la que establece la regla, y por ello dentro de la excepción la inmunidad no juega. No sólo porque la carta fundamental no la reconoce para el caso de extralimitación al privilegio, sino también por cuanto el exceso está fulminantemente condenado por la misma Constitución”. En ese mismo precedente esta Corte afirmó que “(l)a sola lectura de este enérgico texto constitucional permite afirmar, sin hesitaciones, que la tremenda responsabilidad que arroja sobre los legisladores que incurren en la prohibición del artículo no puede quedar simultáneamente desvirtuada por otro texto de la misma Constitución, que consagra una inmunidad sólo genérica y en atención a supuestos muy diferentes en significación y gravedad” (Fallos: 234:250).

Como bien indica el profesor Soler “(e)n un solo caso el acto del legislador no esta substraído al régimen de responsabilidad [...] cuando [el] voto importa conceder al poder ejecutivo (nacional o provincial) facultades extraordinarias, la suma del poder público, o sumisiones o supremacías, por las que la vida, el honor o la fortuna de los argentinos queden a merced de algún gobierno o persona alguna (CN, 29; CP 227). Tal excepción deriva de la Constitución como debía ser; el C.P. establece la pena y con ella se tutela la base misma del régimen político que nuestra Carta establece” (Derecho Penal Argentino,

t. I., ed. TEA, Buenos Aires, 1988, pág. 274). En igual sentido *Estrada* consigna al art. 29 como excepción a la prerrogativa de inmunidad (*op. cit.* t. III, pág. 211).

También como necesaria excepción a la inmunidad parlamentaria lo entendió el constituyente. En efecto Gorostiaga, miembro informante de la comisión, observó al discutir con Zavalía que “la inviolabilidad de los representantes tenía límites [...] y que en esta violación incurría el diputado o diputados que acordasen facultades extraordinarias y sumisiones o supremacías” (ver *Convención Nacional* de 1898 Antecedentes: Congreso Constituyente de 1853, Compañía Sud Americana de Billetes de Banco, 1898, pág. 326).

En suma, resulta claro que la “subordinación de los legisladores al orden constitucional” constituye un requerimiento incontrovertible, como lo es también —si bien con base en otros valores— “la subordinación de las fuerzas militares a ese mismo orden” (de allí la incorporación del art. 36 de la Constitución Nacional respecto de todo aquel que interrumpa la vigencia de la Constitución Nacional). Sin embargo, en el primero de los casos su inclusión constitucional, más allá de su importancia, resulta, teniendo en cuenta la cuestión de la inmunidad, imprescindible.

59) Que los delitos imputados en el *sub examine* se enmarcan en una situación distinta: la de una usurpación militar que, sin lugar a dudas y tal como esta Corte lo estableció en Fallos: 309:5, pág. 1689 —causa “de los comandantes”—, dejó a su merced la vida, el honor y las fortunas de los argentinos.

Sin embargo, se ha dicho en la disidencia mencionada que aun si se realizara una interpretación más generosa que permitiera considerar que quienes **ejercieron** esas facultades extraordinarias o la suma del poder público concedidas por el legislador **traidor** —Poder Ejecutivo Nacional o gobernadores provinciales— pudieran ser también pasibles de la sanción que allí se prevé (segunda extensión), tal ampliación no podría realizarse respecto de quienes no recibieron, sino usurparon el poder (primer argumento subsidiario de la disidencia del juez Fayt en el caso “Simón”).

Al respecto cabe aclarar, de modo preliminar, que aun cuando el art. 29 de la Constitución Nacional alude a aquellos que **consientan** dicho acto, se ha considerado que como la cláusula es un “retrato del procedimiento de Rosas con respecto a los representantes [...] queda afuera la forma de asunción de facultades extraordinarias, sin voto legislativo, que es en la forma que ordinariamente asume la rebelión” (Sebastián Soler, Derecho Penal Argentino, tomo V, ed. TEA, Buenos Aires, 1988, pág. 92). La norma se referiría en ese punto y, en todo caso, al Poder Ejecutivo que consiente la delegación del Legislativo, no a quien la usurpa.

Prueba de la laguna existente en esa materia es, como ya se afirmó, la incorporación del art. 36 en la reforma constitucional de 1994. La situación allí contemplada ya no es la de una delegación que surge dentro de un orden normativo que se subvierte. Por ello, si bien el poder que se origina en un golpe militar nace de la fuerza con que cuenta cierto grupo y proviene de afuera del sistema normativo, la triste experiencia reciente ha demostrado —tal como sucedió con los constituyentes de 1853—, que la interrupción al orden constitucional debe —a partir de la reforma de 1994— recibir idénticas penas a las del art. 29 y sufrir consecuencias tales como la prohibición de indulto (en rigor, si bien la prohibición de indultar no se encuentra expresa en el art. 29, esta Corte ha interpretado desde el caso “Perón” de Fallos: 247:387 que esos delitos no son amnistiables).

En la nueva norma se prevé la misma sanción que la del art. 29 para quienes realicen actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático, pero de ningún modo identifica las dos situaciones. En ese caso no hubiera sido necesaria la incorporación. Esta Corte también ha sostenido desde antiguo que la pena del art. 29 de la Constitución, repetida por el art. 227 del Código Penal, alude especialmente a las relaciones **ordinarias** de los poderes legislativo y ejecutivo (Fallos: 191:270; énfasis agregado).

Por ello, en la sesión plenaria de la Convención Nacional Constituyente de 1994, el convencional Cafiero —miembro informante de la comisión— aclaró que así como hay “restricciones en nuestra Carta Magna que se refieren a las vicisitudes históricas que vivió el país durante el gobierno de Rosas”, en tanto el “art. 29 menciona las facultades extraordinarias, que no eran comunes en la experiencia mundial”, lo que demuestra “hasta que punto el pasado reciente condicionó a los constituyentes de 1853”, “(n)osotros vivimos **otra realidad**, y a ella apunta la disposición constitucional que proponemos insertar con esta cláusula” (*Obra de la Convención Nacional Constituyente*, tomo V, pág. 4446; énfasis agregado). Está claro, entonces, que para el constituyente de 1994 el art. 29 no abarcaba determinadas situaciones que reclamaban una nueva cláusula constitucional.

El valor que allí se preserva no es el garantizado en el art. 29 de la Constitución Nacional, sino el de la democracia misma, tal como puede observarse a lo largo de todo el debate (*op. cit.*, págs. 4446 a 4509). Al respecto el constituyente enfatizó que así como “vemos claro el concepto de orden constitucional y republicano que consagra nuestra Constitución y por ende sabemos lo que queremos defender, no es tan clara la defensa de la democracia. La democracia no tiene una extensa historia en el pensamiento político. No figura como sistema ni como concepto en la Constitución de 1853”. Este artículo, entonces, “está dirigido a combatir un mal endémico de nuestra cultura política: el golpe de Estado” (*op. cit.*, pág. 4448), que evidentemente no había sido combatido por las normas que existían hasta entonces, lo que demuestra que tal situación no fue contemplada en la Constitución Nacional. En efecto, se ha admitido que “cada país, en su momento y a su tiempo, ha tratado de tutelar su orden constitucional, conforme a sus propios antecedentes históricos” (*op. cit.*, pág. 4446) y que las “penas e imprescriptibilidad de los delitos” previstos en el nuevo art. 36 tiene como fin “establecer efectos disuasorios para quienes aliente este tipo de expectativas en el futuro” (*op. cit.*, pág. 4449). Es claro que para el constituyente, el art. 29 no tenía valor alguno de disuasión respecto de los usurpadores del poder.

60) Que en el precedente “Simón” —disidencia del juez Fayt— se afirmó —como tercera extensión del principio— que aun admitiendo que el art. 29 de la Constitución Nacional no sólo prohibiera la concesión de facultades extraordinarias o suma del poder público, sino también el ejercicio de éstas y, que a su vez, dicho ejercicio pudiera ser llevado a cabo por los usurpadores militares en tanto detentaron la cúspide del aparato estatal entre los años 1976-1983 ejerciendo “el máximo control imaginable” (considerando 24 del voto del juez Fayt en Fallos: 309:5, pág. 1689), lo que resultaba ya seguro impensable es la extensión a aquellos sujetos que ni siquiera asumieron la suma del poder público. Tal es el caso del imputado en esta causa.

En efecto, no debe confundirse —parafraseando a *Agnes Heller*— la **creación** misma de la situación política y moral en la que la brutalidad pasa a ser moneda corriente (*The Limits to Natural Law and the Parados of Evil*, en *Stephen Shute y Susan Hurley [eds.]*, *On*

Human Rights, The Oxford Amnesty Lectures, 1993, pág. 149 ss.; énfasis agregado), con la comisión de delitos concretos ejecutados en dicho contexto.

Por todo lo dicho, corresponde aquí reiterar que desde un punto de vista tanto histórico, como axiológico y sistemático bien puede no ser indultable la concesión de la suma del poder público y sí los delitos cometidos en el marco de una usurpación de poder (conf. disidencia del juez Fayt en “Simón”).

61) Que sentado lo anterior, “no se le escapa a esta Corte que el país necesita desesperadamente recobrar la fe en sí mismo, así como el sentido de su dignidad, para acabar con la frustración, el escepticismo y el colapso moral resultantes de una larga cadena de acontecimientos (...) De esa manera podrán reconstruir la convivencia, los hábitos de vida civilizada y la solidaridad que ennoblecen la existencia humana” (conf. considerando 25 del voto del juez Fayt en Fallos: 310:1162).

Al respecto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado: “(u)n problema difícil que han tenido que encarar las democracias recientes ha sido el de la investigación de las violaciones a los derechos humanos ocurridas en los anteriores gobiernos, así como la posibilidad de sanción a los responsables de tales violaciones. La Comisión reconoce que es un asunto sensible y extremadamente delicado, donde la contribución que puede dar (...) es mínima. La respuesta, entonces, debe surgir de los sectores nacionales, que son en sí mismo los afectados, y la urgente necesidad de una reconciliación y pacificación nacional debe ser conciliada con las exigencias ineluctables de un entendimiento de la verdad y la justicia” (Reporte anual 1985/1986, pág. 192).

En ese cometido, corresponde recordar que nuestra Constitución fue definida como un legado de sacrificios y de glorias (Fallos: 205:614) que no puede decirse que hayan concluido con su sanción. La interpretación de la Constitución Nacional, así como los esfuerzos destinados a asegurar su vigencia, no pueden desentenderse de la realidad viviente de cada época (Fallos: 211:162) por desgarrante que ella haya sido. Mas esta regla no implica destruir las nobles bases que ella sienta, sino defenderlas en el orden superior de su perdurabilidad y el de la Nación misma, para cuyo gobierno ha sido instituida, sin que se puedan ignorar los avatares que la afectan de modo de hacer de ella una creación viva, impregnada de realidad argentina, sea esta realidad grata o ingrata (Fallos: 310:1162, voto del juez Fayt).

No debe permitirse, entonces, que los grandes beneficios hagan desaparecer los grandes principios. Precisamente una cultura jurídica se prueba a sí misma a partir de aquellos principios cuya lesión nunca permitirá, aun cuando esa lesión prometa la mayor ganancia (conf. W. Hassemer, *Límites del Estado de Derecho para el combate contra la criminalidad organizada*, trabajo presentado por el autor a la reunión de la europäische Rechtsakademie de Trier, diciembre 1994; trad. publicada en la Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, año 9 nro. 14, diciembre 1997).

Esto en modo alguno supone justificar la “aplastante enormidad del horror”. En ese aspecto, comparto la idea de que toda política antiterrorista debe ajustarse dentro del marco estricto del Estado de Derecho. A tal fin, no debe ni puede renunciarse al riguroso cumplimiento de la Constitución Nacional. La gravedad de los delitos cometidos en la época de la última dictadura militar resulta palmaria, tal como también puede

observarse claramente en la sentencia por la que esta Corte, no debe olvidarse, confirmó —en lo que aquí interesa— las condenas de quienes manejaron ese cruento aparato de poder. Allí se describieron especialmente las conductas merecedoras de reproche penal que consistieron en capturar a los sospechosos de tener vínculos con la subversión, de acuerdo con los informes de inteligencia, conducirlos a lugares situados en unidades militares o bajo su dependencia; interrogarlos bajo tormentos, para obtener los mayores datos posibles acerca de otras personas involucradas; someterlos a condiciones de vida inhumanas para quebrar su resistencia moral; realizar todas esas acciones en la más absoluta clandestinidad, para lo cual los secuestradores ocultaban su identidad, obraban preferentemente de noche, mantenían incomunicadas a las víctimas negando a cualquier autoridad, familiar o allegado, el secuestro y el lugar de alojamiento; y dar amplia libertad a los cuadros inferiores para determinar la suerte del aprehendido, que podía ser luego liberado, puesto a disposición del Poder Ejecutivo Nacional, sometido a proceso militar o civil, o eliminado físicamente. Más grave fue aun que dicha condena tuvo como base fáctica lo ocurrido en lo que puede describirse como la “segunda etapa” de la lucha contra la subversión, es decir aquella que —pese al éxito que para fines de 1976 había tenido la lucha armada directa con el fin de neutralizar y/o aniquilar el accionar subversivo— se extendió al plano ideológico en todos los sectores de las estructuras del país. De ese modo se facultó a las Fuerzas Armadas para actuar no ya sobre el accionar subversivo, sino sobre sus bases filosóficas e ideológicas así como sobre sus causas políticas, económicas, sociales y culturales (conf. voto del juez Fayt en Fallos: 309:5, pág. 1689 con cita de la directiva 504/77).

Empero, si pretende asegurarse que, precisamente, la Constitución Nacional siga siendo el instrumento de la ordenación política y moral de la Nación (Fallos: 178:9), la solución del caso debe desentenderse de las identidades de los involucrados y no depender “de la opinión o de la conciencia social, bastante movediza, sobre todo cuando se trata de juzgar actos relacionados con la vida política” (Rodolfo Moreno, *op. cit.*, loc. cit.). Un enfoque axiológico basado en el puro solipsismo no es la mejor puerta de entrada a la realidad que contempla la Constitución Nacional. Por el contrario, un examen neutral es la vía científica que conduce en plenitud a su conocimiento. De otro modo, los principios garantistas se verían conculcados “con el pretexto de defender paradójicamente el Estado de Derecho” (Muñoz Conde, *op. cit.*, pág. 664).

En efecto, son los preceptos liberales de la Constitución argentina los que deben ser defendidos férreamente a fin de conjurar que el enfoque inevitablemente difuso y artificioso del derecho penal internacional conduzca a la destrucción de aquéllos (disidencia del juez Fayt en “Arancibia Clavel” —Fallos: 327:3312—).

Por ello, oído el señor Procurador General, se declara procedente el recurso extraordinario y se revoca el pronunciamiento recurrido. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo expresado. Notifíquese y remítase.

CARLOS S. FAYT.

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

Considerando:

1º) La presente causa se siguió contra Santiago Omar Riveros por la presunta participación en diversos delitos (homicidios, privaciones ilegales de la libertad, torturas, apremios, lesiones, violaciones de domicilio) ocurridos “en distintas épocas” y con la concurrencia en los hechos de varias personas que formaban parte de las fuerzas armadas y de seguridad del Estado.

Mientras la investigación judicial se llevaba a cabo, el presidente de la República indultó, entre muchos otros, a Riveros mediante el decreto 1002/89. La Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, con fecha 10 de noviembre de 1989, rechazó los planteos de inconstitucionalidad del referido indulto, hizo lugar a la excepción aducida por la defensa y, con la conformidad del fiscal de cámara, dictó el sobreseimiento definitivo de Santiago Omar Riveros.

Contra esta decisión, los particulares damnificados interpusieron recurso extraordinario que esta Corte declaró mal concedido, con fecha 11 de diciembre de 1990 (Fallos: 313:1392). De esta forma se puso fin a la causa.

El 10 de noviembre de 2004, a partir de la presentación conjunta de diversas personas y de la Liga Argentina por los Derechos Humanos, el juez federal declaró la inconstitucionalidad del decreto 1002/89, y resolvió “privar de efectos en las actuaciones principales y casos conexos a la totalidad de actos y resoluciones dictados en consecuencia del decreto 1002/89”, entre ellos el sobreseimiento definitivo resuelto hacía más de una década. En relación con la decisión anteriormente reseñada que había dictado la Cámara de Apelaciones, expresó: “discrepo respetuosamente con lo resuelto por la Exma. Cámara del circuito con anterioridad en relación a esta cuestión, y entiendo que ello no debería ser interpretado como un alzamiento...”.

Frente a la apelación de la defensa, la Cámara Federal de San Martín revocó el auto impugnado reiterando los fundamentos por los que ese mismo tribunal había decidido confirmar la constitucionalidad del decreto de indulto y el sobreseimiento de Riveros. Fundó su decisión en que aquel pronunciamiento había quedado firme y generado derechos a favor del imputado que no podían cancelarse en virtud del principio constitucional de cosa juzgada. En tal sentido, señaló que “el indulto fue aplicado en autos y respecto del procesado, habiéndose descartado su inconstitucionalidad”, y recordó, a su vez, que el recurso extraordinario fue declarado mal concedido por esta Corte. También hizo mención al fallo dictado por el Tribunal en el precedente “Mercedes Aquino” (Fallos: 315:2421), que convalidó el decreto 1002/89 y también la sentencia de Fallos: 323:2648, que declaró contrario al principio de cosa juzgada volver sobre el punto ya resuelto relativo a su constitucionalidad.

Recurrida la decisión por los querellantes, la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal rechazó las nulidades aducidas por la defensa y se pronunció por la inconstitucionalidad del decreto 1002/89, ordenando la prosecución de la causa. En lo que aquí interesa, consideró que el derecho de las víctimas y el deber del Estado de investigar los delitos de lesa humanidad, primaban sobre la garantía constitucional de cosa juzgada. Al respecto, señaló que “la cosa juzgada, en el presente caso, constituye

para Santiago Omar Riveros un beneficio que no es otro que la misma detracción de derechos fundamentales de otros sujetos, es decir que se puedan investigar las violaciones a atributos elementales de los seres humanos, determinar quienes fueron sus responsables y aplicar las sanciones que correspondan”.

Contra esta decisión, la defensa interpuso recurso extraordinario fundado en el desconocimiento del principio de cosa juzgada y en los derechos derivados del decreto 1002/89. También invocó la violación de la garantía del juez natural y la prescripción de la acción penal.

2º) El remedio federal deducido resulta admisible, toda vez que en el caso se encuentra en discusión la inteligencia de los principios de juez natural, legalidad, cosa juzgada y la garantía *ne bis in idem*, mientras que la decisión del tribunal *a quo* ha sido contraria a la validez del derecho que la parte ha fundado en ellos (artículo 14.3 de la ley 48).

Por otra parte, se trata de una sentencia definitiva puesto que la decisión recurrida, si bien no pone fin a la causa resulta equiparable, pues en ese aspecto las garantías invocadas están destinadas a gobernar decisiones previas al fallo final. En efecto, llegado el momento de la sentencia, aún siendo absolutoria, resultaría inoficioso examinar el agravio invocado por la defensa a su derecho, pues para aquel entonces el riesgo de ser sometido a juicio ya se habría consumado irremediadamente.

3º) En primer término, adhiero a los argumentos por los que en el considerando 7º del voto de la mayoría se rechaza el agravio relativo a la violación del juez natural, esto es, que el planteo de esa cuestión encuentra respuesta en los fallos de esta Corte citados por mis colegas, que la defensa no rebate.

En segundo lugar, respecto de los motivos fundados en la prescripción de la acción penal en la presente causa, mi posición ha quedado suficientemente explicada en mi voto en el precedente “Simón”, Fallos: 328:2056, a cuyos fundamentos corresponde remitir, en lo pertinente, por razones de brevedad y, en consecuencia, la referida defensa debe ser rechazada.

4º) Por el contrario, corresponde acoger el agravio referido a la violación de la garantía constitucional de la cosa juzgada.

Esta regla constitucional, reconocida tradicionalmente como una de las no enumeradas—artículo 33 de la Constitución Nacional— e incorporada expresamente en los artículos 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) y su alcance sobre la efectividad de la prohibición de doble persecución penal (*ne bis in idem*), no sólo veda la aplicación de una segunda pena por un mismo hecho sino también “la exposición al riesgo de que ello ocurra” (Fallos: 314:377; 319:43; 321:1173, disidencia de los jueces Petracchi y Bossert y 321:2826, entre otros).

5º) Quiero dejar en claro desde ya que, a mi juicio, los indultos a personas procesadas son inconstitucionales porque implican una injerencia del Poder Ejecutivo en la jurisdicción exclusiva del Poder Judicial, lo cual atenta contra la división de poderes que sustenta nuestro sistema republicano de gobierno. Es verdad que, haciendo pie en el (actual) artículo 99.5 de la Constitución Nacional, una parte de la doctrina ha considerado factible realizar esta extensión; pero entiendo que tal interpretación amplía indebidamente la “magnanimi-

dad” del Presidente de la Nación ya que la norma se refiere a indultar o conmutar **penas**, es decir, que permite un perdón discrecional. Nada hay que perdonar mientras no existe una condena que imponga pena, pues hasta entonces subsiste el principio de inocencia también consagrado por la Carta Magna.

Sin embargo, mi opinión personal sobre la validez de estos indultos resulta una mera declaración de principios porque en la presente causa no puede dictarse un pronunciamiento judicial sobre ese punto sin decidir el agravio de la defensa fundado en la afectación de la cosa juzgada.

En efecto, en este mismo proceso y en el mes de diciembre de 1990, esta Corte Suprema resolvió convalidar este indulto: la mayoría, por razones formales que fundaron el rechazo del recurso y los jueces Oyhanarte y Petracchi, en voto concurrente pero entrando al fondo del asunto, aprobando la constitucionalidad del decreto en cuestión (Fallos: 313:1392). De manera que, en este caso, la discusión quedó cerrada hace 17 años.

Y destaco que la Convención Americana sobre Derechos Humanos estaba vigente desde 1984, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales desde 1986 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos también desde 1986 (leyes 23.054 y 23.313, esta última referida a los dos pactos). Asimismo, conviene recordar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos se había instalado en 1979 y dictó sus primeras sentencias en junio de 1987, vale decir, más de cuatro años antes de la resolución de esta Corte. Notoriamente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos dictó el informe 28/92 en la que concluye que el decreto 1002/89 es incompatible con el artículo XVIII (Derecho de Justicia) de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y los arts. 1, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y formula recomendaciones al gobierno de Argentina sobre el otorgamiento de compensación a los peticionarios, **pero no lo somete a la Corte Interamericana**, como prescribe el art. 51 de la Convención mencionada.

Por otra parte, cuando en 1994 se propuso a la Convención Constituyente (propuesta de la Dra. Alicia Oliveira y otros, por el Frente Grande) eliminar la facultad de indultar del presidente de la Nación, la mayoría de los constituyentes hizo oídos sordos a tal petición y mantuvo el privilegio, sin hacerse cargo siquiera de la discusión ya vigente sobre el tema de condenados y procesados que podría, al menos, haber sido aclarado.

Como ya dije, y se desprende de los antecedentes reseñados, la discusión sobre la inconstitucionalidad del indulto a Riveros ha concluido años atrás cuando en este mismo recinto los ministros firmaron la sentencia que desestimó el recurso interpuesto por los particulares damnificados. Pese a que toda la información y hasta declaraciones públicas parecen desatender el punto, entiendo que esta omisión conduce a una visión equivocada de la cuestión. Lo que está en juego en esta causa es, según se dejara ya aclarado, el principio de cosa juzgada y la prohibición de doble juzgamiento, tema que paso a considerar.

6º) En su historia jurisprudencial, esta Corte ha presupuesto que es el efecto final e irrevocable de los fallos judiciales el elemento definitorio de la actividad que toca al Poder Judicial de la Nación (ver Fallos: 327:4729, 4732) que marca su lugar institucional y lo diferencia de las otras dos ramas del gobierno federal organizado por la Constitución Nacional. Esa razón, muchas veces no enunciada por obvia, ha llevado en el pasado al

enérgico rechazo de aquellas leyes que otorgaban esos efectos a decisiones administrativas, sea declarándolas inconstitucionales (Fallos: 257: 136), sea admitiendo un recurso extraordinario ante la misma Corte para dar lugar a una revisión judicial de esas decisiones (ver la formulación de este principio en Fallos: 204: 474). Al mismo tiempo, ha reconocido que, una vez pronunciado el fallo judicial y agotados los recursos para su revisión, esos efectos irrevocables, conocidos bajo la expresión de “cosa juzgada”, constituyen una garantía constitucional de los derechos individuales (Fallos: 308:84 en el que aplicó esta regla a un sobreseimiento definitivo), que debe ser respetada incluso por los tres poderes del Estado (Fallos: 199:466, 474; 307:1289, 1295), entre ellos los mismos jueces que dictaron el fallo (Fallos: 313:1409).

Pero, además de la pauta precedente, que ha servido de premisa implícita pero fundamental a la jurisprudencia de la Corte, hay razones aun más profundas, vinculadas al funcionamiento mismo del Poder Judicial y del Estado de Derecho, que no me permiten seguir a la mayoría en un caso como éste.

Es que ni esta Corte, ni ningún otro tribunal, puede eludir los efectos de una decisión judicial firme sin negarse a sí mismo, es decir, sin poner las condiciones para que nuestro propio fallo sea también revocado en el futuro con argumentos contrarios, esto es, alegando su error, injusticia, etcétera. Si el propio juicio sobre el desacierto de un fallo pasado (ver Fallos: 308:1150, considerando 4º; 319: 2527, 2532) o la diferente concepción de la equidad o la justicia (ver Fallos: 315:2406, considerando 7º) que anima a los jueces actuales pudiese dar lugar a una revisión de las sentencias judiciales firmes, el carácter final de las decisiones que estamos tomando vendría a significar apenas más que nada, pues sólo sería respetado por los jueces futuros en la medida que fueran compartidas por ellos.

Ninguna concepción razonable del Poder Judicial como institución, mucho menos como institución básica del Estado de Derecho, es compatible con semejante consecuencia puesto que ese carácter supone que la opinión favorable (o desfavorable) de los jueces por venir no incide en su deber de respetar las decisiones judiciales pasadas, que cuentan con autoridad de cosa juzgada. Lo contrario torna trivial y contingente el principal cometido que tiene asignado el Poder Judicial de la Nación, a saber, dar el fallo final e irrevocable a las controversias sobre los derechos de las partes.

La excepción a la regla que asigna efectos irrevocables a un fallo judicial, conocida como “cosa juzgada írrita”, no tiene absolutamente nada que ver con el acierto de los jueces que lo dictaron, sino, principalmente con su decencia y su libertad de conciencia. Es la desviación en el cumplimiento de sus deberes, por dolo o coacción, lo que les quita el carácter de jueces y, por ende, la importantísima atribución de resolver con carácter definitivo las causas sometidas a su decisión.

Nada más alejado de la situación que se presenta aquí. No está en duda la honradez de los jueces que dictaron el sobreseimiento en esta causa hace ya diecisiete años, juicio que no puede verse alterado por las profundas diferencias jurídicas o intelectuales que mantengo con esa decisión. Tampoco hay lugar para pensar en que hayan actuado bajo el influjo de alguna restricción a su independencia. A punto tal que, incluso en el pronunciamiento que hoy estamos dictando, aquella resolución que cerró el caso es defendida en su voto disidente por el juez Fayt quien, junto al juez Petracchi, formaba parte de la Corte Suprema al momento de dictarse la resolución que, al rechazar el recurso extraor-

dinario, dejó firme el pronunciamiento apelado en torno a la validez de los indultos y al sobreseimiento definitivo del imputado.

7º) Debe quedar claro que no se cancela la posibilidad de investigación y de llegar a conocer la verdad, sino que se está tratando la situación de una sola persona, en una situación particular. Otros casos pueden ser distintos, según la resolución judicial que se hubiera dictado.

Así pues, por mucho que personalmente me disgusten las consecuencias de aquella decisión judicial, en cuanto desvincula a Riveros de la causa aun cuando continúe la investigación, el principio de la cosa juzgada debe prevalecer en salvaguarda del Estado de Derecho basado en nuestra Constitución Nacional. De esta manera se reafirman las pautas de la vida democrática y republicana, que la distinguen neta y definitivamente de quienes la conculcaron, y es la mejor manera de defender las instituciones contra las incursiones violentas como las que padecemos.

Por ello, oído el señor Procurador General, se declara procedente el recurso extraordinario y se revoca el pronunciamiento recurrido. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo expresado. Notifíquese y remítase.

CARMEN M. ARGIBAY.



LEY PENAL MÁS BENIGNA EN DELITOS DE LESA HUMANIDAD

“BATALLA” (FALLOS 341:1768)

En este importante precedente el Tribunal se pronunció sobre la inaplicabilidad del beneficio del dos por uno en los casos en los que se juzgan delitos de lesa humanidad.

Los jueces Highton de Nolasco y Rosatti consideraron que el debate sobre la aplicación del beneficio del ‘2x1’ para los delitos de lesa humanidad necesitaba la sanción de una ‘ley interpretativa’ por parte del Congreso de la Nación y concluyeron que la ley 27.362 encuadra dentro de dicha categoría en tanto no modifica retroactivamente la legislación penal en materia de tipificación delictual o de asignación de la pena y tampoco alarga la sanción de quien ya estaba condenado, porque su monto queda incólume, sino que establece como se computa el tiempo recaído en prisión preventiva para definir cuando se cumple la condena.

Concluyeron que las leyes 27.362 y 24.390 se aplican de manera conjunta, entendiéndose que la norma interpretada ha regido siempre -es decir desde su entrada en vigencia- en los términos y con igual significado al establecido en la disposición interpretativa. Agregaron que la aplicación de la ley 27.362 a la causa no resultaba arbitraria ni discriminatoria y no violaba ningún estándar internacional en materia de derechos humanos.

En su voto, los jueces Maqueda y Lorenzetti señalaron que las cuestiones planteadas por la parte resultaban análogas a las que habían analizado en sus respectivos votos en disidencia en el precedente “Muiña” (Fallos: 340:549) por lo que rechazaron el pedido de la defensa oficial para que se le aplicara el art. 7° de la ley 24.39.

Pusieron de resalto que el derecho internacional impone al Estado Argentino el deber de perseguir los delitos de lesa humanidad e imponer penas adecuadas y proporcionadas a su gravedad para impedir una forma de impunidad “de facto”.

Por su parte, el juez Rosenkrantz resolvió, en disidencia, que la solución del caso “Bignone” (Fallos 340:549) seguía rigiendo el caso a pesar de la sanción de la ley 27.362 en tanto dicha ley resultaba inconstitucional.

Consideró que no se trataba de una ley genuinamente interpretativa y aún si lo fuera, sería inaplicable por violar el principio de irretroactividad de la penal consagrado en el art. 18 de la Constitución Nacional.

Enlaces destacados

» Ver más

- › Reseña
- › Citas del fallo
- › Otra información
- › Versión Word

» Dictamen

» Dictamen

» Doctrina del fallo

Destacó que si bien la reacción social que motivó el dictado de la ley 27.362 expresaba el legado del “Nunca más” y el objetivo social de no claudicar en la persecución de delitos de lesa humanidad, objetivo que compartía, no cualquier modo de poner en práctica ese compromiso podía ser considerado respetuoso de nuestra Constitución.. Expresó, finalmente, que la Constitución exige extender las garantías que consagra -como el principio de irretroactividad de la ley penal- a todos por igual y que apartarse de sus mandatos pone en peligro el mejor, pero a la vez el más frágil, arreglo institucional que se ha inventado para que gente que está en desacuerdo acerca de muchas cuestiones pueda aspirar a convivir.

La mayoría del fallo se conformó con el voto conjunto de los jueces HIGHTON DE NOLASCO y ROSATTI por un lado, mas el voto conjunto de los jueces MAQUEDA y LORENZETTI; mientras que el juez ROSENKRANTZ, por su parte, votó en disidencia.

Principales ejes temáticos del fallo

» El art. 3° de la ley 27.362 expresa un razonable ejercicio de la potestad interpretativa auténtica del Congreso de la Nación, motivo por el cual, entre otros fundamentos, no resulta aplicable al recurrente el cómputo especial (2x1) de la prisión preventiva previsto en el derogado artículo 7° de la ley 24.390 (Voto de los jueces Highton de Nolasco y Rosatti).

» La ley 27.362 no resulta discriminatoria ni estigmatizante con un sector de la población -vgr: el vasto colectivo “militares” o “fuerzas de seguridad”-, pues está dirigida al circunscripto núcleo de quienes cometieron los delitos más aberrantes que registre el comportamiento humano, no afectando a quienes -para retomar el caso de los “militares”- cumplieron con su noble función honrando la tradición sanmartiniana (Voto de los jueces Highton de Nolasco y Rosatti).

» Cualquiera sea la materia regulada por la ley, la ley aclaratoria o interpretativa de otra anterior –a la que en modo alguno puede modificar o reformar- surte efecto retroactivo (en el sentido de que se considera vigente desde que lo estuvo la ley a la que aclara o interpreta, como si formara con ella un solo cuerpo normativo), motivo por el cual, dada la naturaleza aclaratoria de la ley 27.362, su aplicación a situaciones previas a su dictado se corresponde con la de la ley interpretada auténticamente (24.390) en su dimensión temporal propia (Voto de los jueces Highton de Nolasco y Rosatti).

» Corresponde rechazar el planteo formulado por la defensa para la aplicación del cómputo privilegiado de detención establecido en el artículo 7° de la ley 24.390, posteriormente derogado por la ley 25.430 si la detención preventiva del defendido no se materializó durante la vigencia del artículo 7° de la ley 24.390 sino, antes bien, varios años después de su derogación (Voto de los jueces Maqueda y Lorenzetti).

» Lo establecido en la ley 27.362, sancionada por el legislador con posterioridad al dictado de la sentencia apelada, coincide, en cuanto a sus efectos, con el alcance asignado al ámbito de aplicación del artículo 7° de la ley 24.390 en el voto de la minoría en la causa “Muiña” (Fallos: 340:549). Por consiguiente, el planteo del recurrente, por el que solicita que la referida norma no se aplique respecto a su asistido, al tacharla de lesiva del principio de legalidad y de la garantía de retroactividad de la ley penal más benigna, resulta inadmisibile

por carecer de relación directa e inmediata con la solución a adoptar en el caso. Ello así, desde que el esclarecimiento y solución de la cuestión referida a la validez de la aplicación de la referida norma en el sub examine no es indispensable ni conducente para la decisión del litigio, que puede ser fundadamente fallado sin resolver aquella (Voto de los jueces Maqueda y Lorenzetti).

» El hecho de que la ley 27.362 haya sido la consecuencia de un gran consenso, y de que dicho consenso haya sido expresivo de una reacción ciudadana motivada por el ideal descrito, no implica, sin embargo, que sea constitucionalmente válida. La validez constitucional de una ley no viene dada por el grado de su aceptación social ni por el intento de plasmar ciertos ideales —por loables que sean—, sino por su consistencia con el consenso intertemporal más profundo documentado en nuestra Constitución Nacional (Disidencia del juez Rosenkrantz).

» La ley 27.362 no aclara el sentido de la norma que pretendía interpretar, sino que por el contrario, de su simple lectura se deduce que en realidad buscó establecer una solución a la que no podría haberse llegado jamás respetando el tenor literal del artículo 7° de la ley 24.390 (Disidencia del juez Rosenkrantz).

» El tenor literal de la ley 24.390 es claro y no excluye de su alcance a los delitos de lesa humanidad (Disidencia del juez Rosenkrantz).

» Al dictar la ley 27.362 el Congreso no intentó interpretar la ley 24.390 sino que en realidad buscó modificarla porque el legislador consideró indeseables las consecuencias de la aplicación de su artículo 7° a los casos que esa norma regulaba. Esa modificación se realizó en perjuicio del condenado y ello basta para concluir que la ley 27.362 es inválida (Disidencia del juez Rosenkrantz).

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 4 de diciembre de 2018.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por Batalla, Rufino en la causa Hidalgo Garzón, Carlos del Señor y otros s/ inf. art. 144 bis inc. 1 —último párrafo— según ley 14.616, privación ilegal libertad agravada (art. 142 inc. 1), privación ilegal libertad agravada (art. 142 inc. 5), inf. art. 144 ter 1° párrafo —según ley 14.616—, inf. art. 144 ter 2° párrafo —según ley 14.616—, homicidio agravado con ensañamiento - alevosía, sustracción de menores de diez años (art. 146) — texto original del C.P. ley 11.179 y supresión del est. civ. de un menor”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que el 29 de diciembre de 2014 el Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 1 de La Plata, Provincia de Buenos Aires, condenó por sentencia no firme a Rufino Batalla a la pena de trece (13) años de prisión e inhabilitación absoluta por el mismo tiempo de la condena “*por su complicidad en ... la comisión en calidad de partícipe secundario del delito de privación ilegítima de la libertad cometida por un funcionario público en abuso de sus funciones, agravada por haberse cometido con violencias o amenazas, reiterado en cincuenta y cin-*

co (55) oportunidades, en perjuicio de Julio César Chaves, Alcides Chaves, Alfredo Temperoni, María Cristina Temperoni de Contardi, Inés Alicia Ordoqui, Jorge Adelar Falcone, Nelba Méndez de Falcone, Ana María Caracoche de Gatica, Martín Daniel Castilla, Rubén Gustavo Jaquenod, Marcela Mónica Quintella, Fernando Reyes, Mauricio Emerald Mansilla, Eduardo César Cédola, Liliana Beatriz Méndez de Cédola, Jorge Edgardo Guastapaglia, Mario Alfredo Guastapaglia, Eduardo Jorge Balboa, Rubén Alejandro Martina, Julián Roberto Duarte, Luis María Emma, Jorge Moura, Elsa Beatriz Mattia de Torrillas, Silvia Inés Cavecchia, Daniel Orlando Tallerico, Berta Itzcovich, Patricia Elsa Marta Milanta, Cristina Lucía Marrocco de Picardi, Stella Maris Giourgas, Carlos Alberto Weber, Miguel Ángel Lombardi, Margarita Ofelia Ercole, Mónica Tresaco, José Luis Barla, María Ilda Delgadillo de San Emeterio, César San Emeterio, Ricardo Dakuyaku, Jorge Alberto Martina, Otilio Julio Pascua, Antonio Enrique Piovoso, Rubén Darío Barrientos, Alberto Alfio Cavalié, Esteban Colman, María del Carmen Barros de Zaffora, Julio Beltaco, Dardo Marcelo Benavides, Adriana Clara Bontti, Esteban Rodolfo Cuenca, Jorge Oscar Galmes, José Alfredo Pareja, Liliana Piza de Paira, Samuel Leonardo Slutzky, Daniel Alberto Toninetti, Roberto Omar Zaffora y Federico Hugo Sánchez Rizzo; doblemente agravada por haberse cometido con violencias o amenazas y por haber durado más de un mes, reiterado en setenta y un (71) oportunidades, en perjuicio de Roberto René Achares, Carlos Esteban Alaye, Roberto Luján Amerise, Elena Arce, Rodolfo Jorge Axat, Octavio Alcides Barrenese, Antonio Bautista Bettini, Adrián Claudio Bogliano, Stella Maris Bojorge, Juan Carlos Bongiorno, Juan Alberto Bozza, María Silvia Bucci, Julio César Cagni, Miguel Ángel Calvo, José Luis Cavalieri, Laura Susana Cédola de Monteagudo, Edgardo Daniel Cerqueira, Ignacio Manuel Cisneros, Rubén Oscar Contardi, María Elena Corvalán de Suárez Nelson, Daniel Alberto Crescimbeni, Ana Inés Della Croce de Axat, Raúl Alberto Depaoli, Bonifacia del Carmen Díaz, Elvira Rosa Díaz, Alberto Omar Diessler, Raúl Guillermo Elizalde, Nora Livia Formiga, Claudio José Fortunato, Mario Oscar Gallego, Alejandro Horacio García Martegani, Rubén Enrique Gerenschtein, Nina Judith Golberg, Juan Carlos Guarino, Ricardo Antonio Herrera, María de las Mercedes Hourquebié de Francese, Héctor Manuel Irastorza, María Elvira Luis, Elsa Luna de Beltaco, María Magdalena Mainer, Pablo Joaquín Mainer, Susana María Marrocco, Norma Beatriz Martínez, Carlos Adalberto Mazas, Pedro Luis Mazzochi, Ricardo Victorino Molina, Horacio Oscar Molino, Alberto Horacio Monaji, Domingo Héctor Moncalvillo, José Manuel Monteagudo, Carlos Alberto Moreno, María del Carmen Morettini, Ernesto Carlos Otahal, Patricia Pérez Catán, Jorge Enrique Pérez Catán, Félix Eduardo Picardi, Graciela Irene Quesada, Héctor Javier Quintero, Susana Beatriz Quinteros de Morillo, Elba Leonor Ramírez Abella de Baibene, Juan Enrique Reggiardo, Carlos Enrique Rolli, Nora Patricia Rolli, Rubén Oscar Scognamillo, María Seoane de Toimil, Nora Liliana Silvestre de Cagni, María Rosa Tolosa de Reggiardo, Néstor Daniel Torrillas, Juan Carlos Valle, María Elena Varela de Guarino y Guillermo García Cano; y triplemente agravada por haberse cometido con violencias o amenazas, por haber durado más de un mes y por haber resultado la muerte de la víctima, en perjuicio de Laura Estela Carlotto y Olga Noemí Casado, en concurso ideal con el delito de aplicación de tormentos por parte de un funcionario público a los presos que guarde, agravada por ser la víctima un perseguido político, en perjuicio de la totalidad de las víctimas, todos los casos en concurso real entre sí, habiendo todos ellos transcurrido su cautiverio en el Centro Clandestino de Detención denominado 'La Cacha' (artículos 2º, incisos 'a' 'b' y 'c' y 3º, inciso 'e', de la Convención para la Prevención y Sanción del Genocidio y Decreto N° 6.286, [respectivamente]; artículos 2, 12, 19, inciso 4º, 29, inc. 3º, 46, 54, 55, 142 bis, in fine, 144 bis, inciso 1º, con la agravante pre-

vista en el último párrafo de dicho artículo, en cuanto remite a los incisos 1º y 5º del artículo 142, 144 ter primer y segundo párrafo, todos ellos del Código Penal de La Nación, según leyes 14.616 y 20.642 -vigentes al momento de los hechos- y artículos 530, 531 y 533 del Código Procesal Penal de la Nación)”.

2º) Que la defensa de Rufino Batalla solicitó la aplicación del artículo 7º de la ley 24.390 –hoy derogado por ley 25.430- para el cómputo del tiempo de su prisión preventiva, a los fines de fundar una solicitud de salidas transitorias en favor del nombrado. Dicha pretensión fue rechazada por el citado tribunal oral. Ello motivó la impugnación ante la Sala I de la Cámara Federal de Casación Penal que también fue rechazada.

Contra lo decidido por el *a quo* la asistencia técnica de Batalla interpuso recurso extraordinario, cuya denegación motivó la interposición de la presente queja.

La defensa entendió que en el caso se había afectado el principio de legalidad y de aplicación de la ley penal más benigna en el cómputo de los plazos de detención preventiva (arts. 2º, 3º y 4º del Código Penal, 18 de la Constitución Nacional, 9º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -en adelante, CADH- y 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -en adelante, PIDCyP-). Señaló, en tal sentido, que ese cómputo debió haberse efectuado teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 7º de la ley 24.390 (texto original, posteriormente derogado por la ley 25.430) y tachó de arbitraria a la decisión apelada.

3º) Que encontrándose las actuaciones a estudio de esta Corte fue dictada la ley 27.362 que fijó el alcance del beneficio previsto en el referido art. 7º de la ley 24.390 y dispuso su aplicación a las causas en trámite. Esa norma estableció que “*de conformidad con lo previsto en la ley 27.156, el artículo 7º de la ley 24.390 -derogada por ley 25.430- no es aplicable a conductas delictivas que encuadren en la categoría de delitos de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra, según el derecho interno o internacional*” (art. 1º), que el “*cómputo de las penas establecido en su oportunidad por el artículo 7º de la ley 24.390 -derogada por ley 25.430- será aplicable solamente a aquellos casos en los que el condenado hubiere estado privado de su libertad en forma preventiva durante el período comprendido entre la entrada en vigencia y la derogación de aquella ley*” (art. 2º), y que lo dispuesto por los artículos anteriores “*es la interpretación auténtica del artículo 7º de la ley 24.390 -derogada por ley 25.430- y será aplicable aún a las causas en trámite*” (art. 3º).

Frente a la incidencia que dicha norma pudiera tener sobre la cuestión sometida a conocimiento y decisión, a fin de resguardar el derecho de defensa de los interesados y recordando la doctrina de esta Corte en el sentido de que sus sentencias deben atender a las circunstancias existentes al tiempo de su dictado, aunque sean sobrevinientes al recurso extraordinario (Fallos: 285:353; 310:819; 313:584; 325:2177; 329:1487; 333:1474, entre otros), el tribunal dispuso oír a las partes al respecto. A raíz de ello, se expidieron los apoderados de la parte querellante constituida por Francese Bettini, María del Carmen Bettini, María Mercedes Bettini, Teresita Bettini y Carlos Bettini (fs. 56/58); los apoderados de la Asociación Abuelas de Plaza de Mayo (fs. 59/74); los representantes de la Secretaría de Derechos Humanos y Pluralismo Cultural de la Nación (fs. 75/78) y la defensa de Rufino Batalla (fs. 79/85). Posteriormente dictaminó la Procuración General de la Nación en los términos contemplados en el artículo 2, inciso a) de la ley 27.148 (fs. 87).

4º) Que la sentencia impugnada, si bien no es definitiva, resulta equiparable a tal. Por ello y atendiendo a la situación actual del impugnante, teniendo en cuenta el monto de la pena impuesta, el tiempo permanecido en prisión preventiva, las particularidades del caso y la magnitud de las consecuencias de la pretensión, puede afirmarse que subsiste el agravio y que lo decidido le ocasiona un perjuicio de tardía, insuficiente o imposible reparación ulterior.

El recurso extraordinario es formalmente procedente toda vez que el recurrente ha cuestionado el alcance del principio de ley penal más benigna, contenido en el art. 2º del Código Penal y en los arts. 9º de la CADH y 15.1 del (PIDCyP), por vulnerar el derecho al debido proceso y el principio de legalidad consagrados en los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional, y la decisión ha sido contraria al derecho que cita el apelante (art. 14, inciso 3º, de la ley 48). Toda vez que los agravios relativos a la arbitrariedad de la sentencia se encuentran vinculados de modo inescindible con los planteos referidos a la inteligencia asignada por el *a quo* a normas federales, corresponde proceder a su examen en forma conjunta (Fallos: 307:493; 321:703; 327:5515; 329:1951; 330:2206, entre otros).

5º) Que la cuestión que este Tribunal debe decidir es si resulta aplicable al recurrente el cómputo especial (2x1) de la prisión preventiva previsto en el derogado artículo 7º de la ley 24.390. Para ello, deberá determinarse si la ley 27.362,

i) resulta aplicable al supuesto de autos por considerársela una norma interpretativa con vigencia sobre las causas en trámite, quedando excluido el cómputo especial por tratarse en el caso de crímenes de lesa humanidad;

o si, por el contrario,

ii) no resulta aplicable al caso por ser una ley material más gravosa *ex post facto*, vulnerando normas de rango constitucional y convencional (arts. 18 de la Constitución Nacional, 9º de la CADH y 15.1 PIDCyP), tal como sostiene la defensa.

Al respecto, teniendo en cuenta las consideraciones descriptas precedentemente y como marco general de este pronunciamiento, esta Corte estima necesario recordar las siguientes pautas jurisprudenciales:

a) que -conforme a lo ya expresado- sus sentencias deben atender a las circunstancias existentes al momento de la decisión, aunque ellas sean posteriores a la interposición del recurso extraordinario, de modo que si en el transcurso del proceso han sido dictadas nuevas normas sobre la materia objeto de la *litis*, el pronunciamiento de la Corte deberá atender también a las modificaciones introducidas por esos preceptos en tanto configuran circunstancias sobrevinientes de las que no es posible prescindir (conf. Fallos: 325:28; 331:2628; 338:706; 339:349, 676, 1478).

b) que en su tarea de establecer la correcta interpretación de normas de carácter federal no se encuentra limitada por las posiciones del tribunal apelado ni del recurrente, sino que le incumbe realizar una declaración sobre el punto disputado (art. 16, ley 48), según la inteligencia que rectamente le otorgue (Fallos: 307:1457; 320:1915; 326:2653; 330:4721; 339:1534; 340:158).

c) que la declaración judicial de inconstitucionalidad del texto de una disposición legal -o de su aplicación concreta a un caso- es un acto de suma gravedad institucional que debe

ser considerado como *ultima ratio* del orden jurídico, por lo que no cabe efectuarla sino cuando la repugnancia del precepto con la cláusula constitucional invocada sea manifiesta, requiriendo de manera inexcusable un sólido desarrollo argumental y la demostración de un agravio determinado y específico (Fallos: 249:51; 299:291; 335:2333; 338:1444, 1504; 339:323, 1277; 340:669).

6º) Que en su presentación de fs. 79/85 el recurrente cuestiona la aplicación al *sub judice* de la ley 27.362 por dos motivos:

A. considera que la norma en cita no puede ser entendida como una interpretación auténtica del texto del art. 7º la ley 24.390, tal como lo estipula el art. 3º de aquella, sino que configura una ley material más gravosa cuya aplicación retroactiva está prohibida; y,

B. considera que la aplicación de la citada ley 24.390 no puede asimilarse a las hipótesis de amnistía, indulto o conmutación de penas (tal como se indica en el art. 1º de la ley 27.362), vedadas para casos de comisión de delitos de lesa humanidad.

En función de lo dicho, el análisis de los agravios planteados será asumido del siguiente modo:

A. la ponderación de la ley 27.362 como ley interpretativa auténtica del art. 7º de la ley 24.390 será materia de análisis en los considerandos 7º a 19; y,

B. la alusión al art. 1º de la ley 27.156 en la ley 27.362 será abordada en el considerando 20.

A. La ley 27.362 como interpretación auténtica del art. 7º de la ley 24.390

a. Necesidad del dictado de la ley 27.362

7º) Que el recurrente plantea explícitamente el interrogante respecto de la necesidad de la sanción de una ley interpretativa que eche luz “sobre aspectos ambiguos u oscuros de una norma” (fs. 84 vta.), sosteniendo que en “la ley 24.390 no había ninguna ambigüedad que requiriese una aclaración legislativa” (fs. 84 vta.), pues no puede entenderse como una ambigüedad “la omisión por parte del legislador de incluir ciertas excepciones o limitaciones al alcance de la norma” (fs. 84 y 84 vta.) -en el caso, su aplicación a los delitos de lesa humanidad- para concluir que “si no las previó en su momento fue porque no tuvo la voluntad de hacerlo” (fs. 84). En definitiva, su planteo expone que -ante la inexistencia de supuestos que lo requiriesen- no era necesaria ninguna norma aclaratoria y/o interpretativa alguna y que la ley 27.362 es una ley material, posterior y más gravosa, por lo que no puede ser aplicada en el caso sin contradecir principios constitucionales y convencionales vigentes.

8º) Que esta Corte rechaza el criterio del recurrente pues considera que existieron fundamentos jurídicos y político-institucionales relevantes para sostener la necesidad de la sanción de la ley citada 27.362.

Desde el punto de vista jurídico, cabe recordar las conocidas dificultades interpretativas vinculadas con los alcances del sistema de compensación instaurado por la mencionada ley 24.390, que provocaron una ardua polémica ante los tribunales que debieron aplicarla. En efecto, su entrada en vigencia suscitó dudas en relación a su alcance sobre las condenas ya dictadas, esto es, respecto de quienes habiendo estado en situación de prisión preventiva tenían sentencia firme antes de la sanción de la ley que fijaba cuál era el tiempo razonable de duración de la medida (cfr. las diversas opiniones expresadas durante la deliberación

del plenario de la Cámara Federal de Casación Penal en el caso “*Molina, Roberto Carlos s/ recurso de casación – ley 24.390*”, Plenario n° 3, del 16 de agosto de 1995).

A partir del fallo recaído en “*Recurso de hecho deducido por la defensa de Luis Muiña en la causa Bignone, Reynaldo Benito Antonio y otro s/ recurso extraordinario*” (Fallos: 340:549) del 3 de mayo de 2017, en el que esta Corte -por mayoría- consideró aplicable el art. 7° de la ley 24.390 a personas condenadas por delitos de *lesa humanidad*, se renovó el debate en torno a la aplicación de la norma en cita. La lectura de los artículos de los juristas, publicados en las semanas subsiguientes al fallo de mención y con anterioridad a (e incluso inmediatamente después de) la sanción de la ley 27.362, permite concluir que el tema de la aplicación del “2x1” a los delitos de *lesa humanidad* distaba de tener una única respuesta académica¹.

La polémica desbordó el marco estrictamente jurídico-doctrinario, abarcó diversos sectores de la opinión pública y registró tan alto nivel de intensidad que motivó la inmediata reunión del Congreso Nacional para debatir un asunto que merecía ser prontamente precisado.

Desde el punto de vista político-institucional el dictado de una ley responde al rol principal del Congreso como genuino representante del pueblo y su carácter de cuerpo colegiado la garantía fundamental para la fiel interpretación de la voluntad general. En efecto, en el debate legislativo se expresan todas las voces representativas y se consolida la idea fundamental de participación y decisión democrática, afianzándose el valor “epistemológico” de la democracia deliberativa. Adicionalmente, “*cuando la legislación democrática se refiere a cuestiones de moral colectiva, como las que están involucradas en la justicia retroactiva*”

1 A título de ejemplo, y sin pretensión de exhaustividad, puede citarse: Alagia, Alejandro, Vanella, Agustín, Espejo, Emiliano, “*Comunicación prohibida*”, DPyC 2017 (agosto), 259; Amaya, Jorge A., “*Delitos de lesa humanidad y garantías constitucionales del proceso penal. Un comentario políticamente incorrecto a un fallo jurídicamente correcto*”, La Ley, 18/05/2017, pág. 2; Arballo, Gustavo, “*Sobre la aplicación de 2x1 a delitos de lesa humanidad*”, *Al día después de Muiña y el 2x1 (y a pensar la salida del laberinto)*, y “*Escenarios de la Corte post 2x1 y ley PDP*”, Blog “Saber derecho”, publicaciones de fecha 4, 6 y 10 de mayo de 2017, respectivamente; Badeni, Gregorio, “*La aplicación de la ley penal más benigna y los delitos de lesa humanidad*”, La Ley, 18/05/2017, pág. 4; Barbosa, Damián, Dulau, Hernán, Lainatti, María José, Parodi, Christian H., “*Algunas consideraciones acerca del alcance de la Ley 24.390*”, DPyC 2017 (julio), pág. 141; Barraza, Javier Indalecio, “*Análisis ius-filosófico de un pronunciamiento judicial*”, DPyC 2017 (junio), pág. 141; Bascañán Rodríguez, Antonio, “*Problemas del derecho intertemporal penal argentino. Comentario al caso Muiña*”, La Ley, AP/DOC/466/2017, Bercholz, Jorge O., “*La Corte Suprema en su laberinto. A propósito de la sentencia Muiña. Los efectos políticos e institucionales del fallo*”, DPyC 2017 (julio), pág. 109; Boico, Roberto J. e Ibarra, Aníbal, “*La insanable nulidad e inconstitucionalidad del Fallo Bignone de la Corte Suprema*”, La Ley, 18/05/2017, pág. 6; Cao, Christian Alberto, “*Comentario a la ley 27.362*”, ADLA 2017-7, 21; Carlés, Roberto, “*A propósito del caso Muiña y la aplicación de la regla del ‘dos por uno’ a un condenado por delitos de lesa humanidad*”, DPyC 2017 (julio), pág. 150; Carrió, Alejandro, “*El Fallo Muiña sobre aplicación de la ley del 2x1. ¿Podría (realmente) la Corte hacer algo distinto?*”, La Ley, 18/05/2017, pág. 2; Castex, Francisco, “*Notas sobre el ‘dos por uno’ ¿Derecho Penal para ciudadanos o para enemigos?*”, DPyC 2017 (julio), 130, Sup. Penal 2016 (julio), pág. 12; Ferreyra, Raúl Gustavo, “*No al 2x1*”, Blog “Palabras del Derecho”, publicación del 4 de mayo de 2017; Garay, Alberto F., “*La defensa del Estado de Derecho puede ser muy onerosa ¿Qué precio está ud. dispuesto a pagar por ella?*”, LA LEY 18/05/2017, 12; Gargarella, Roberto, “*¿Cómo pensar la garantía de la ley penal más benigna? El caso Bignone y el test de la mirada*”, La Ley, 18/05/2017, pág. 14; Gil Domínguez, Andrés, “*Estado constitucional y convencional de derecho y delitos de lesa humanidad: interdicción de la impunidad y cumplimiento efectivo de la condena penal*”, La Ley, 21/06/2017, pág. 6; Grisetti, Ricardo Alberto y Meriles, David M., “*Comentario a la ley 27.362*”, ADLA 2017-7, pág. 13; Gil Domínguez, Andrés, “*El caso Muiña: delitos de lesa humanidad y ley del 2x1*”, Blog “under-constitucional”, 4 de mayo de 2017, y diario “Clarín”, ejemplar de la misma fecha; Gulco, Hernán V., “*Caso Muiña: ¿Es verdad que la ley obligaba a la mayoría a resolver como lo hizo?*”, La Ley, 18/05/2017, pág. 16; Ibarlucía, Emilio, “*La ley del ‘dos por uno’ y el principio de razonabilidad de las leyes*”, La Ley, 06/07/2017, pág. 4; Loñ, Félix, “*Todos, iguales ante la ley*”, Diario ‘La Nación’, Sección Opinión, 5 de junio de 2017; Manili, Pablo E., “*Un retroceso en materia de derechos humanos emanado de un recurso extraordinario inadmisibile*”, La Ley, 18/05/2017, pág. 18; Maraniello, Patricio A., “*La validez sociológica de los fallos de la Corte. Análisis del caso Bignone*”, DPyC 2017 (julio), pág. 94; Moreno, Augusto Javier, “*El día después de Muiña*”, Revista El Derecho Penal, Universitas, Buenos Aires, vol. 10-2017, pág. 5 a 17; Parisi, Marcelo Agustín, “*Bignone y la correcta aplicación de la ley penal más benigna*” -Comentario al fallo “Bignone, Reynaldo Benito Antonio y otro s/ recurso extraordinario” de CSJN- elDial.com - DC23D6, 12/09/2017; Rosler, Andrés y Jensen, Guillermo, “*Nullum crimen sine poena o nullum crimen sine lege? Consideraciones sobre el fallo Muiña*”, La Ley, 09/06/2017, pág. 3; Saba, Roberto P., “*Corte Suprema y los derechos humanos como ideales sociales. A propósito del caso Bignone*”, DPyC 2017 (julio), pág. 68; Sabsay, Daniel A., “*Comentario al caso Muiña*”, La Ley, 2017-C., Sup. Penal 2017 (junio), pág. 8; Schiffrin, Leopoldo H., “*El conflicto entre el fallo Muiña y la nueva ley interpretativa del Congreso*”, La Ley, 16/05/2017, pág. 1; Trillo Quiroga, Alejo, “*El caso Bignone y el alcance del principio de la ley penal más benigna*”, Revista Jurisprudencia Argentina, vol. 2017-II, págs. 311 a 313.

por violaciones masivas de derechos humanos, la conciencia colectiva es relevante para nuestro razonamiento práctico dado que provee razones epistémicas para determinar los principios de moral sustantiva sobre los que el razonamiento práctico debe basarse” (Nino, Carlos S., “Juicio al mal absoluto”, ed. Emecé, Buenos Aires, 1997, pág. 249).

Pensar que el legislador sanciona normas innecesarias y -por tanto- inútiles, conlleva una subestimación institucional inaceptable. En el presente caso, tal subestimación se extendería al Poder Ejecutivo, que promulgó sin objeciones la ley 27.362. En cuanto al Poder Judicial, conviene recordar que tiene competencia para decir si una norma es constitucional o inconstitucional, pero no la tiene para ponderar sobre la necesidad o conveniencia de su dictado, salvo que se auto-asigne un rol de supremacía en el campo político-prudencial que ciertamente no encuentra respaldo en el texto constitucional.

b. Naturaleza jurídica de la ley 27.362

9º) Que el recurrente sostiene, asimismo, que la ley 27.362 no es una norma “materialmente interpretativa” ni técnicamente “aclaratoria” pues -en realidad- “no interpreta la regla del ‘2x1’ sino que limita su alcance” (fs. 84), por lo que bajo pretexto de “aclarar” lo que hace es “modificar”, importando “la reforma de una ley derogada...” (fs. 84). Afirma también que la ley 27.362 no puede ser retroactivamente aplicable al caso, toda vez que modificaría *in malam partem* la regla vigente hasta entonces.

A partir de ello, corresponde a este Tribunal verificar si el dictado de la ley 27.362 -catalogada por el legislador como *interpretación auténtica* del art. 7º de la ley 24.390- ha respetado los principios que, de manera inveterada, han condicionado la validez de las leyes de ese tipo.

10) Que para iniciar el análisis respecto de la naturaleza jurídica de la ley 27.362 es preciso recordar las siguientes pautas:

a) **el Congreso Nacional tiene la prerrogativa de dictar leyes aclaratorias o interpretativas de otras anteriores con el objeto de despejar dudas sobre conceptos oscuros, equívocos o dudosos** (doctrina de Fallos: 134:57; entre otros), o frente a la existencia de interpretaciones judiciales contradictorias (Fallos: 187:352, 360; 311:290 y 2073).

En rigor, al fijar el sentido de normas dictadas, estableciendo preceptos interpretativos que complementan y/o explicitan los alcances de aquellas, el Poder Legislativo no hace sino preservar la intangibilidad de los mandatos legales puestos en vigencia como expresión de la genuina voluntad de los representantes del pueblo de la Nación. No hay en ello anomalía alguna, sino -por el contrario- una clara manifestación de la separación de poderes contenida en nuestra Constitución, que se sintetiza en la fórmula de su art. 1º, complementada aquí con las concretas atribuciones del art. 75 de la Ley Suprema.

Por ello, si la Corte Suprema ha sostenido desde antaño que las manifestaciones de los miembros informantes de las comisiones de las Honorables Cámaras del Congreso (Fallos: 33:228; 100:51; 114:298; 115:186; 328:4655), así como los debates parlamentarios (Fallos: 114:298; 313:1333), constituyen una valiosa herramienta para desentrañar la interpretación auténtica de una ley, este instrumento hermenéutico cobra significación mayúscula cuando se concreta en una ley formal que tiene como objetivo explícito interpretar el sentido y alcance de una norma de la misma jerarquía dictada con anterioridad. En tal caso, superando la inevitable subjetividad de las personas que lo componen y la pluralidad inter-

pretativa que puede emerger del entrecruzamiento de opiniones que los múltiples autores de una ley pueden formular sobre su contenido, el Congreso como “órgano-institución” establece un sentido unificado al que deberán –como regla– atenerse los operadores jurídicos.

b) **en principio, corresponde al Congreso decidir *per se* cuál es la índole de las potestades que ejerce en el desempeño de su función específica**, y si dicho órgano dice haber actuado en uso de la atribución que lo faculta a formular la interpretación auténtica de la ley, los jueces –en oportunidad de ejercer su función jurisdiccional– no pueden rectificarlo o desconocerla, salvo que medie una clara infracción a normas constitucionales (Fallos: 241:128, voto disidente de los jueces Aróz de Lamadrid y Oyhanarte). Ello ocurriría si, “*bajo la invocación de la referida potestad, es sancionado un ius novum, una nueva ley que, de este modo, logra efecto retroactivo violatorio de la Ley Fundamental, o invade la esfera reservada al Poder Judicial. La naturaleza de estas hipótesis obliga a concluir que sólo en casos extraordinarios resultaría lícito que este Tribunal declarara inadmisibles la calificación empleada por el legislador, ya que ello importaría atribuirle error mayúsculo o artificio destinado a burlar la Constitución. Es claro que los jueces tienen competencia para hacerlo, pero deben usarla con gran cautela...*” (Fallos: 241:128, voto disidente citado).

Durante el debate parlamentario de la ley 27.362 quedó plasmada con claridad, en varias de las exposiciones de los legisladores, la voluntad inequívoca de establecer cuál debía ser la interpretación de la ley 24.390 en relación con los delitos de lesa humanidad. Surge evidente que el legislador ha querido dar a la ley 27.362 el carácter de interpretación auténtica del art. 7º de la ley 24.390; lo dice explícitamente el art. 3º de la norma citada en primer término y también distintas participaciones de parlamentarios en ambas Cámaras del Congreso.

Así, a título de ejemplo, en la Cámara de Diputados el legislador Negri sostuvo “*no estamos votando una nueva norma; estamos votando una ley interpretativa que arroja luz sobre el significado de otra ley que en algún caso pueda haber resultado ambigua u oscura, pero que a partir de la interpretación de la nueva ley genera una interpretación obligatoria para el Poder Judicial*” (Cámara de Diputados de la Nación, 6º reunión, 4ª. Sesión, sesión ordinaria especial, 9 de mayo de 2017, versión taquigráfica, pág. 126, énfasis agregado). En este mismo sentido, el diputado Tonelli sostuvo: “*hemos querido buscar una solución a esa aplicación ultractiva de la ley 24.390, que nos parece francamente inconveniente. ... la derogación de la norma no alcanza como solución, porque en la medida en que siga siendo la ley penal más benigna será nuevamente aplicada por los tribunales. Creemos, en cambio, que la solución consiste en sancionar una norma que constituya una interpretación auténtica de la ley 24.390. Nos parece que no hay nadie más autorizado que el propio legislador que aprueba la ley, al cabo de un tiempo y a la luz de los resultados que ha producido, porque la norma tiene el carácter de interpretación auténtica para que los tribunales la sigan y apliquen*” (ídem, pág. 31, énfasis agregado).

El mismo lineamiento se reiteró en el debate celebrado en la Cámara de Senadores. El legislador Guastavino explicó: “*intentamos con esta iniciativa desde el Senado, como desde la Cámara de Diputados, sentar una pauta interpretativa que impida en lo sucesivo, a quienes utilizaron el aparato del Estado para secuestrar, torturar, asesinar y sustraer la identidad de niños nacidos en cautiverio, que puedan gozar de ese beneficio*” (Cámara de Senadores de la Nación, período 135º, 6º reunión, 4ª sesión especial, 10 de mayo de 2017, versión

taquigráfica, pág. 5, énfasis agregado). El legislador Pinedo sostuvo: **“lo que estamos haciendo hoy es otorgarle al Poder Judicial de la Argentina una herramienta interpretativa, dispuesta por el Congreso de la Nación, a los efectos de abordar este tema tan delicado. Los jueces tienen que aplicar las leyes. De manera tal que considerando que ésta es una derivación razonada y razonable de la ley originaria, que está explicando y que está interpretando, esta es la ley que consideramos que los jueces tendrán que aplicar”** (ídem, págs. 7 y 8, énfasis agregado).

Dentro de este mismo esquema argumental, también enfatizaron la naturaleza de “interpretación auténtica” de la ley que se estaba discutiendo, con invocación de las facultades del Congreso para clausurar una inteligencia amplia del “2x1”, los diputados Carlotto (Cámara de Diputados de la Nación, 6º reunión, 4ª, Sesión, sesión ordinaria especial, 9 de mayo de 2017, versión taquigráfica, pág. 25), Moreau (ídem, pág. 60), Brügge (ídem, pág. 71), D’Agostino (ídem, pág. 115) y Riccardo (ídem, pág. 119), y los(as) senadores(as) Kunath (Cámara de Senadores de la Nación, período 135º, 6º reunión, 4ª sesión especial, 10 de mayo de 2017, versión taquigráfica, pág. 22), Fiore Viñuales (ídem, págs. 31/32), Perotti (ídem, pág. 39) y Elías de Pérez (ídem, pág. 42).

c) **a los fines de predicar el carácter interpretativo de una previsión legislativa no solo corresponde atenerse a su literalidad, sino también a la naturaleza de los elementos que el novel enunciado normativo expone con el objetivo de desentrañar el sentido de la legislación anterior.** Es atribución del Poder Judicial determinar el carácter de la norma cualquiera hubiese sido la calificación asignada por el legislador (Fallos: 184:621; 234:717; 241:128; 267:297; 311:2073; 328:1476), privilegiando la realidad por sobre la denominación en caso de ausencia de correlación (Fallos: 21:498; 289:67 y 318:676), con el fin de establecer si so pretexto de aclarar se concreta una reforma legislativa (Fallos: 234:717; 267:297; 274:207; 307:305; 327:769) y/o se afectan derechos legítimamente adquiridos bajo el amparo de la ley anterior (Fallos: 311:2073; 324:933; 327:769).

d) **verificada la naturaleza interpretativa de la norma legislativa, se deriva -en principio- su aplicación a situaciones anteriores a su dictado** (Fallos: 108:389; 268:446; 274:207; 285:447, entre otros).

11) Que resumiendo lo hasta aquí dicho, se concluye que:

- al Poder Legislativo le incumbe establecer el carácter interpretativo auténtico de una ley sancionada con posterioridad a la ley interpretada; y,
- al Poder Judicial le corresponde controlar su constitucionalidad, para que la etiqueta adosada a la ley (su carácter interpretativo) sea verosímil, verificando que el nuevo producto normativo:

i) no encubra una modificación bajo el ropaje interpretativo o aclaratorio (a esta constatación la llamaremos “*test de consistencia*” y se desarrollará en los considerandos 12 a 14); y

ii) ofrezca una interpretación verosímil en relación a la ley que interpreta (a esta constatación la llamaremos “*test de razonabilidad*” y se desarrollará en los considerandos 15 a 17).

En el ejercicio de dicho control el Poder Judicial no se encontrará limitado a la literalidad de ambas normas, sino que podrá recurrir a las diversas pautas de interpretación

aplicables en relación a ellas, entre las que -claro está- se encuentra la consideración de las específicas circunstancias en que fueron adoptadas.

c. Test de consistencia

12) Que el factor determinante del “*test de consistencia*” radica en constatar si la ley 27.362 “aclarar sin modificar” a la ley que interpreta. Es decir, si “*evoca la idea de ‘lo original’*” con el objetivo de “*reconstruir algo prístinamente contenido en la disposición aclarada*” (Fernández Gianotti, Enrique, “Normas legales interpretativas”, Buenos Aires, 1942, pág. 8). En caso de verificarse tal situación, la norma sería calificada de “interpretativa” o “aclaratoria”; de lo contrario, debe concluirse que la segunda norma reviste naturaleza “modificatoria” (Fallos: 234:717; 274:207; 307:305, entre otros), con la consecuente variación de su ámbito temporal de aplicación en relación a la primera ley.

Al efecto del juicio comparativo debe repararse en la diferente naturaleza de la postura del juez y del legislador al interpretar la norma originaria, en la medida en que el Poder Legislativo puede, al momento de sancionar una ley interpretativa, optar dentro de un abanico de exégesis de la norma originaria que incluye interpretaciones posibles e, incluso, vedadas al intérprete jurisdiccional previo al dictado de la nueva ley. Ello así pues “*la racionalidad de la administración de justicia depende de la legitimidad del derecho vigente. Ésta depende a su vez de la racionalidad de un proceso legislativo, que, en la situación de división de poderes que el Estado de derecho establece, no está a disposición de los órganos de aplicación del derecho*” (Habermas, Jürgen, “*Facticidad y validez*”, Editorial Trotta, 2010, pág. 311).

En referencia al tipo de interpretación realizada por el Congreso mediante una “segunda ley” es pertinente recordar a Soler: “*no debe confundirse esta interpretación hecha por la ley, con la resultante del examen de los antecedentes auténticos de la misma, los cuales... solo son un medio de interpretación. Y no deben confundirse, porque **siendo soberana la ley, cuando ella interpreta, su interpretación es válida aun cuando no sea la que lógicamente correspondía, de acuerdo con los antecedentes y el texto de la ley interpretada, cosa imposible cuando el sujeto que interpreta no es legislador***” (Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Editorial Tea, Buenos Aires, 1987, Tomo 1, pág. 175, énfasis agregado). De lo dicho se desprende que la interpretación realizada por los organismos jurisdiccionales con carácter previo al dictado de la ley 27.362 puede diferir de la que señale el Poder Legislativo mediante tal ley interpretativa.

Como se ha puesto de manifiesto, “*la actitud del juez frente a la norma difiere fundamentalmente de la que adopta el legislador que se propone dictar una norma interpretativa... Aun frente a la ley misma, la posición de ambos es disímil. El juez toma la norma legal y extrae de ella todos los elementos utilizables para una adecuada solución del caso sometido a su consideración... Se vale de la disposición misma, tal como figura en el cuerpo a que pertenece, y le da vida propia, con prescindencia de la situación de hecho contemporánea a su sanción y del sentido que quiso atribuirle el legislador que la dictó. El proceso de gestación de leyes, el pensamiento de quienes intervinieron en la discusión -tantas veces ausente y confuso- constituyen factores que pueden ser tenidos en cuenta por el juez para establecer su espíritu, pero que estrictamente no forman parte de la ley. Por su parte, **el legislador se traslada al momento de la sanción y procura repensar supliendo su propia falla, ya que pecó de ambiguo***” (Fernández Gianotti, E., op. cit., págs. 17 y 18, énfasis agregado).

En definitiva, la interpretación auténtica, que solo puede formular el legislador por medio de una segunda ley, se diferencia de otras modalidades hermenéuticas, propias del juez, por el hecho de proporcionar una interpretación específica que -a partir de su entrada en vigencia y con efecto vinculante- priva de significación a toda otra comprensión incompatible con ella.

13) Que el enunciado normativo adoptado oportunamente por el legislador con la sanción de la ley 24.390, no contenía referencias expresas a la exclusión de la aplicación del beneficio establecido en el art. 7° a los casos de delitos de *lesa humanidad*, lo que llevaba a que, en virtud del conocido adagio *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, el Poder Judicial no pudiera suplir al legislador y excluir a aquellos crímenes de sus previsiones.

En efecto, salvo por la referencia del art. 10 de la ley 24.390, que excluía de los alcances del beneficio a delitos particularmente graves en materia de narcotráfico (arts. 7° y 11, ley 23.737), el régimen normativo entonces en vigencia no contemplaba expresamente ninguna otra excepción. Del mismo modo, tampoco la ley 25.430, modificatoria y derogatoria de la ley 24.390, estableció regla explícita alguna que autorizara a los jueces a hacer distinciones con respecto a los casos que, ante la situación legal citada, quedarían inevitablemente alcanzados por la mayor benignidad de la ley anterior.

Al afirmar en su presentación que “*No puede soslayarse que al sancionar la ley 24.390, el legislador había previsto excepciones al alcance del ‘2x1’*” (fs. 84), el recurrente parece inferir que tales excepciones conformarían un *numerus clausus*. No obstante, recorriendo expresiones dadas por los legisladores durante el debate parlamentario que precedió a la sanción de la ley 27.362, y asumiendo que “*los trabajos preparatorios de las leyes proporcionan importantes elementos de juicio para decidir acerca de su naturaleza, sobre todo porque aquí se tiene en mira descubrir el fin aclaratorio que se propuso el legislador*” (Fernández Gianotti, op. cit., pág. 23), es posible y verosímil arribar a otra conclusión.

En tal sentido, la diputada Hers Cabral afirmó: “*El dilema radica en si es aplicable o no la retroactividad de la ley penal más benigna y si los delitos de lesa humanidad son diferentes a los delitos comunes. Ocurre que cuando se sancionó la ley 24.390, del ‘2 x 1’, estaban en vigencia las leyes de obediencia debida y punto final, que impedían la persecución de los delitos de lesa humanidad, motivo por el cual el legislador no pudo prever lo que jurídicamente no era posible*” (Cámara de Diputados de la Nación, 6° reunión, 4ª Sesión, sesión ordinaria especial, 9 de mayo de 2017, versión taquigráfica, pág. 54, énfasis agregado). En la Cámara alta, la Senadora Fiore Viñuales arribó a la misma conclusión, al sostener –luego de analizar la versión taquigráfica del tratamiento legislativo de la ley 24.390- que “*el legislador de aquel entonces jamás pensó que tenía que hacer esta distinción entre delitos comunes y delitos de lesa humanidad*” (Cámara de Senadores de la Nación, período 135°, 6° reunión, 4ª sesión especial, 10 de mayo de 2017, versión taquigráfica, pág. 31, énfasis agregado), añadiendo que la adopción de la ley 24.390 fue decidida durante los años en que estuvieron vigentes las leyes de Obediencia Debida (ley 23.492 de fecha 24 de diciembre de 1986) y Punto Final (ley 23.521 de fecha 09 de junio de 1987). Según esta tesitura, la ley 27.362 está destinada a contemplar lo que durante la vigencia de la ley 24.390 no pudo preverse, generando interpretaciones contradictorias por parte de los tribunales.

En efecto, al momento del dictado de la ley 24.390, la vigencia de las leyes 23.492 y 23.521 vedaban cualquier tipo de avance procesal para enjuiciar a la casi totalidad de los ahora condenados por delitos de *lesa humanidad*, con la salvedad de la punición de ciertos actos como la sustitución de estado civil y la sustracción y ocultación de menores (art. 5º, ley 23.492) y la violación, sustracción y ocultación de menores o sustitución de su estado civil y apropiación extensiva de inmuebles (art. 2º, ley 23.521). La posibilidad extendida de sujeción a un proceso penal, el punto de inflexión del llamado “efecto cascada” “*donde una masa crítica de actores adopta una determinada norma o práctica, lo cual genera un momento de cambio impactante*” (Sikkink, Kathryn, “*La cascada de la justicia. Como los juicios de lesa humanidad están cambiando el mundo de la política*”, ed. Gedisa, 2016, pág. 25), recién se materializó y generalizó con la sanción de la ley 25.779 y, más aún, a partir del año 2005, con el dictado -en primer lugar- del fallo “*Simón*” (Fallos: 328:2056), que declaró la validez de dicho texto normativo y, a todo evento, de ningún efecto las leyes 23.492 y 23.521; y en la profundización de ese cauce abierto legislativa y jurisprudencialmente, mediante el pronunciamiento dictado en la causa “*Mazzeo*” (Fallos: 330:3248), que declaró la inconstitucionalidad de un decreto que había indultado a una persona procesada por la comisión de delitos de lesa humanidad. Este conjunto de acontecimientos jurídicos conformó un nuevo paradigma en materia de juzgamiento de crímenes de esa naturaleza.

A partir de estas circunstancias trascendentes puede entenderse la necesidad de re-contextualizar la interpretación del ámbito material y subjetivo de aplicación del art. 7º de la ley 24.390, sin por ello violentar su texto, tarea que -conforme a lo expresado *supra*- no podía ser realizada por el juez sino solo por el legislador, pues lo contrario importaría quebrantar el principio republicano de división de poderes.

14) Que antes de concluir este “*test de consistencia*”, resulta necesario remarcar que la potestad del Congreso de adoptar leyes interpretativas puede ser válidamente ejercida con relación a temas sobre los que el Poder Judicial, e incluso el máximo órgano jurisdiccional del país, se ha pronunciado. No existe un argumento lógico ni jurídico que invalide esta posibilidad, a condición de que la nueva norma dictada quede sujeta al control judicial y -en su caso- al escrutinio judicial de esta Corte, intérprete final de la Ley Suprema (Fallos: 1:340) y de sus leyes reglamentarias (Fallos: 256:372).

En consecuencia, frente a todo pronunciamiento de esta Corte que haya asignado un sentido determinado a una cláusula normativa de carácter general, la autoridad constitucional que válidamente sancionó el texto allí aplicado conserva incólumes sus atribuciones no solo para mantenerlo, derogarlo o modificarlo, sino también -en el marco de las excepcionales condiciones reseñadas en el considerando anterior- para aprobar un texto que se limite a interpretarlo, con el objeto de despejar dudas sobre conceptos oscuros, equívocos o dudosos, o frente a la existencia de interpretaciones judiciales contradictorias o, aún, decididamente contrarias a la que el Congreso dispone en la segunda ley (Fallos: 267:297, considerandos 5º y 6º, entre otros), cualquiera fuera el tribunal interviniente.

Esta circunstancia no es novedosa. En oportunidades anteriores, el Congreso -mediante la sanción de leyes interpretativas- adoptó un criterio distinto al que la Corte había señalado, reconociéndosele a la nueva norma la naturaleza jurídica proclamada por los otros Poderes de la Nación y aplicándola con la vigencia temporal de la norma interpretada (Fallos: 184:275; 190:189). La condición de validez de la nueva ley, en relación a la ley anterior y a

la interpretación que de la misma ha hecho la justicia, es que la opción hermenéutica escogida por el legislador no desnaturalice el propósito perseguido por la ley aclarada. Todo lo cual conduce al análisis de razonabilidad que se desarrolla en los considerandos siguientes.

d. Test de razonabilidad

15) Que sorteado el “*test de consistencia*” de la ley interpretativa respecto de la ley interpretada, resta abordar el “*test de razonabilidad*” para dilucidar si la nueva norma -al determinar la exclusión de una conducta delictual para la aplicación del llamado beneficio del “2x1”- no resulta arbitraria, hostil o persecutoria.

Dicho de otro modo, ¿constituyen los delitos de lesa humanidad una categoría relevante, susceptible de asignar validez constitucional a la decisión legislativa de excluir a aquellos ilícitos de la aplicación del cómputo del “2x1”? La respuesta a esta pregunta supone ponderar la gravedad de este tipo de crímenes.

En tal sentido, esta Corte se remite *-brevitatis causae-* a las consideraciones formuladas en ocasión de fallar los casos “*Villamil*” (Fallos: 340:345, voto en disidencia del juez Rosatti, considerandos 8º y 9º), “*Alespeiti*” (Fallos: 340:493, voto del juez Rosatti, considerandos 5º y 6º), “*Recurso de hecho deducido por la defensa de Luis Muiña en la causa Bignone, Reynaldo Benito Antonio y otro s/ recurso extraordinario*”, fallada el 3 de mayo de 2017 (Fallos: 340:549, voto del juez Rosatti, considerando 12) y “*Videla*” (Fallos: 341:336, considerando 3º). En dichas oportunidades se han reseñado y detallado las notas distintivas del régimen de facto de 1976-1983 (al que se caracteriza como “*Terrorismo de Estado*”) y se ha puesto de manifiesto la magnitud, organicidad y sistematicidad de los crímenes cometidos a su amparo. En esos precedentes se sostuvo: *i*) que los delitos de lesa humanidad expresan el estadio más degradado en que ha caído la naturaleza humana; y *ii*) que el régimen durante el cual se perpetraron los ilícitos probados en autos descendió, por su magnitud y organicidad, a niveles de inhumanidad nunca vistos en nuestro país desde la sanción de la Constitución Nacional.

En particular, la causa que aquí se examina -al igual que en los precedentes mencionados- refiere a hechos que no solo fueron cometidos por fuera del sistema de gobierno previsto en la Constitución Nacional, sino también por fuera de los regímenes de excepción constitucionalmente contemplados. La ilegalidad propia e inherente a los delitos cometidos (tormentos, homicidios, privaciones ilegítimas de la libertad, etc.), se conjugó con la ilegalidad del régimen político en el cual, por el cual y con motivo del cual, fueron perpetrados. La magnitud de las atrocidades probadas, su organizada planificación y su cruel ejecución generaron -tanto en la legislación como en la jurisprudencia argentinas- consecuencias jurídicas inéditas, oportunamente convalidadas por esta Corte, tales como la aplicación del principio de imprescriptibilidad de la acción penal o la imposibilidad de aplicar a tales ilícitos las instituciones de la amnistía, la conmutación de penas y el indulto (cfr. Fallos: 327:3312; 328:2056; 330:3248, entre otros).

Más allá de las inéditas consecuencias jurídicas que se les ha reconocido legislativa, doctrinaria y jurisprudencialmente a este tipo de crímenes, nuestra experiencia nacional registra una particularidad que se deriva del contexto político, social e institucional que enmarca su juzgamiento, en tanto se trata de delitos que fueron cometidos por un régimen y están siendo juzgados, luego de una transición política, por el sistema judicial del régimen sucesor.

Son múltiples y heterogéneos los ejemplos de cambio de régimen político que conllevaron -asimismo- alguna modalidad de justicia transicional, entendida como la específica manera “*en que las sociedades saldan sus cuentas pendientes con el pasado*” (Elster, Jon, “*Rendición de cuentas*”, Katz Editores, Buenos Aires, 2006, págs. 9 y 15). En nuestro país, estos juicios han transitado un sendero complejo y contradictorio, nada lineal, caracterizado por una tensión entre dos extremos opuestos: punición e impunidad, como se explica más detalladamente en el considerando 21 al cual cabe remitirse en razón de brevedad.

16) Que, por ello, no resulta irrazonable coincidir con el *legislador-intérprete* en punto a que la gravedad de las conductas criminales tipificadas como “*delitos de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra, según el derecho interno o internacional*” (con la caracterización que surge de los arts. 6º, 7º y 8º del Estatuto de Roma, de la Corte Penal Internacional y los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional, según la remisión del art. 1º de la ley 27.156, al que reenvía el art. 1º de la ley 27.362) constituye fundamento suficiente para sustentar la imposibilidad de aplicar a sus autores la *ultractividad* del beneficio del “2x1” en el cómputo solicitado.

Deviene decisivo resaltar que el criterio sostenido por la ley 27.362 (al aclarar que no corresponde la aplicación *ultractiva* del cómputo de la prisión preventiva establecido por el art. 7º de la ley 24.390 en supuestos subsumibles bajo figuras de lesa humanidad) no violenta el compromiso moral de juzgar a los intervinientes en esos crímenes bajo las reglas del Estado de Derecho, ni desconoce el compromiso internacional asumido en la materia. Ello así pues la ley en análisis no priva a los encausados de un proceso imparcial (hecho que no se discute en autos) ni ha modificado las condiciones -modo y forma- del juzgamiento (derecho de defensa, control de la prueba, sistema recursivo, etc.). Lo que la norma ha aclarado (al declarar inaplicable el beneficio del “2x1”) es la manera de computar el tiempo de privación de la libertad bajo la forma de prisión preventiva.

A los fines de discernir la institución cuya aplicación interpreta la ley 27.362 es necesario distinguir dos actos jurídicos diferentes: a) la resolución de un caso penal mediante la “adopción de una sentencia de condena” que impone una pena; y b) la determinación del cómputo del tiempo de privación de la libertad en prisión preventiva. Ambas decisiones revisten diversa naturaleza; la primera, conlleva la apreciación y valoración de elementos fácticos y normativos en el marco de los parámetros establecidos por los arts. 40 y 41 del Código Penal; la segunda, consiste en un cálculo de naturaleza aritmética, que permite establecer el tiempo que una persona ha permanecido bajo aquella condición a los fines de su incidencia en el cumplimiento efectivo de la pena. En consecuencia, este último procedimiento no tiene relevancia en la eventual sentencia en términos de culpabilidad o inocencia o en la determinación del monto de la pena que corresponde al delito de que se trate.

De modo que el legislador, al sancionar el artículo 3º de la ley 27.362, no alteró la duración de las penas ya impuestas -si las hubiera- por lo que mal podría afirmarse que se arrogó facultades jurisdiccionales. Lo que ha hecho es aclarar la magnitud o valor cuantitativo que se le otorga al tiempo cumplido en prisión preventiva.

En definitiva, la ley en análisis no afecta los procesos ni las condenas oportunamente impuestas en los juicios por delitos de *lesa humanidad*, sino que aclara la forma de computar el encierro preventivo. Esta operación matemática, a criterio del legislador, debe ser realizada sin el beneficio que estableciera el artículo 7º de la ley 24.390, hoy derogado,

que otorgaba a la prisión preventiva -una vez transcurrido cierto lapso- el doble de su magnitud. Bajo esta óptica y considerando el colectivo homogéneo al que está dirigido, parece razonable concluir que la ley aclaratoria tampoco puede ser considerada “hostil” ni violatoria del principio de igualdad -tal como sostiene el recurrente- pues el legislador está facultado para contemplar en forma distinta situaciones que considere diferentes, con tal que la diferenciación no sea arbitraria ni importe ilegítima persecución o indebido privilegio de personas o de grupos de personas (Fallos: 310:849; 320:305; 322:2346; 329:5567 y 332:1039, entre muchos otros). Dicho de otro modo: la ley 27.362 no resulta discriminatoria ni estigmatizante con un sector de la población -vgr: el vasto colectivo “militares” o “fuerzas de seguridad”-, pues está dirigida al circunscripto núcleo de quienes cometieron los delitos más aberrantes que registre el comportamiento humano, no afectando a quienes -para retomar el caso de los “militares”- cumplieron con su noble función honrando la tradición sanmartiniana.

17) Que en síntesis de lo hasta aquí dicho, puede concluirse que el art. 3º de la ley 27.362 expresa un razonable ejercicio de la potestad interpretativa auténtica del Congreso de la Nación. A través de este mecanismo el parlamento argentino, único sujeto jurídico habilitado para hacerlo, estableció una diferenciación que con anterioridad no podía haber sido realizada por los jueces sin desorbitar el ámbito de su competencia (cfr. arg. Diputada Carrió, Cámara de Diputados de la Nación, 6º reunión, 4ª Sesión, sesión ordinaria especial, 9 de mayo de 2017, versión taquigráfica, pág. 37, y Senadora Rodríguez Machado, Cámara de Senadores de la Nación, período 135º, 6º reunión, 4ª sesión especial, 10 de mayo de 2017, versión taquigráfica, págs. 21 y 22).

e. Vigencia temporal

18) Que sorteados los “tests de consistencia y de razonabilidad” del art. 3º de la ley 27.362, que permiten convalidarla como ley interpretativa del art. 7º de la ley 24.390, restaría ponderar si es jurídicamente aceptable que se aplique a las causas en trámite, tal como lo estipula el mencionado art. 3º, o si tal previsión contradice el criterio de la aplicación de la ley penal más benigna.

El recurrente fundamenta la imposibilidad de aplicar la ley 27.362 al *sub examine* por considerar que constituye una ley posterior más gravosa, vedada de regir retroactivamente en virtud de lo prescripto por el art. 18 de la Constitución Nacional, y arts. 9 de la CADH y 15.1 del PIDCyP. Ahora bien, concluido en los considerandos anteriores el carácter interpretativo de la ley bajo análisis, cobra vigencia lo afirmado por esta Corte en el sentido en que “*si (la ley) fuera interpretativa o aclaratoria de las anteriores... tendría la misma fecha que les corresponde a las que fue su propósito aclarar*” (Fallos: 187:352 y 357; 285:447, entre otros).

La doctrina acuerda a las leyes interpretativas un efecto que se remonta a la fecha de la ley interpretada (Roubier, Paul, “*Les conflits de lois dans le temps*”, T.I, Recueil Sirey, 1929, págs. 463 y 464); por ello se ha señalado que “*a diferencia de la norma nueva, la norma interpretativa nada crea, solo aclara; pero, al aclarar, tal interpretación lógicamente hace retrotraer al momento de su sanción los efectos jurídicos que esa ley ha generado*” (Linares Quintana, Segundo V., “*Tratado de interpretación constitucional*”, Editorial Lexis-Nexis, 2007, tomo I, pág. 105).

Una vez determinado el carácter “interpretativo” de una ley, y la potestad del Congreso para su dictado, se concluye seguidamente que ambas normas, interpretada e interpretativa, confluyen aportando la solución jurídica al espectro de situaciones que abarcan, constituyendo textos que exigen una lectura sistémica y articulada. Ambas leyes se aplican necesariamente de manera conjunta, por lo que el efecto temporal de la ley interpretativa se yuxtaponen al tiempo de adopción de la interpretada. Así, se reputa que la norma interpretada ha regido siempre en los términos y con igual significado al establecido en la disposición interpretativa, con lo cual no hay conceptualmente aplicación retroactiva de esta disposición complementaria.

La conclusión referida no distingue según el contenido de la norma que se interpreta, por lo que, obviamente, resulta aplicable en aquellas que atienden a asuntos de naturaleza penal. En efecto, conforme explica Bidart Campos, “**cualquiera sea la materia regulada por la ley, la ley aclaratoria o interpretativa de otra anterior –a la que en modo alguno puede modificar o reformar– surte efecto retroactivo (en el sentido de que se considera vigente desde que lo estuvo la ley a la que aclara o interpreta, como si formara con ella un solo cuerpo normativo)**” (Bidart Campos, Germán, “*Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*”, tomo II-A, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2009, pág. 74, énfasis agregado).

Dada la naturaleza aclaratoria de la ley 27.362, su aplicación a situaciones previas a su dictado se corresponde con la de la ley interpretada auténticamente (24.390) en su dimensión temporal propia (Fallos: 285:447, considerando 10). La tipificación y consecuencias atribuibles a la ley interpretativa deben entenderse restringidas solo a aquellas normas sancionadas por el Poder Legislativo que satisfagan el estricto control de *consistencia y razonabilidad* a efectuar por el Poder Judicial, en particular a la luz de las excepcionales circunstancias que las califican y que han recibido desarrollo expreso en los considerandos anteriores.

19) Que el reconocimiento del ámbito temporal de aplicación de la ley interpretativa no constituye afrenta a derechos constitucionales (Fallos: 267:297; 274:207; 285:447, entre otros).

Con particular referencia al tema penal, la aplicación temporal de la pauta de interpretación auténtica brindada por el Congreso con el dictado de la ley 27.362 no implica afectar los principios constitucionales de irretroactividad de la ley penal ni de ultractividad de la ley penal más benigna. Ello así, pues el principio consagrado por el art. 2º del Código Penal, al disponer que “*si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuere distinta de la que exista al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más benigna*”, refiere a “la ley” en cuanto texto normativo sujeto a la actividad hermenéutica de los órganos legislativo y judicial, no al enunciado privado de toda exégesis y aislado del sistema normativo que compone.

Respecto de la potestad hermenéutica del Congreso por vía de la ley interpretativa ya se ha argumentado suficientemente *ut supra*. Respecto de tal potestad en el ámbito jurisdiccional, cuadra recordar que esta Corte, al considerar el principio de legalidad contenido en el artículo 18 de la Constitución Nacional, sostuvo que si bien “*proscribe... la aplicación analógica o extensiva de la ley penal... no impide la interpretación de sus normas que, en cuanto legales, requieren también la determinación de su sentido jurídico, que es tema específico del Poder Judicial e indispensable para el ejercicio de su ministerio*” (Fallos: 254:315). Luego,

en la labor exegética a realizar por el juez para desentrañar el sentido de las normas que confluyen en un caso, a fin de determinar su benignidad y su aplicación en el marco del art. 2º del Código Penal, el Tribunal no puede excluir a normas del mismo rango declaradas formalmente “interpretativas” o “aclaratorias” por el propio Congreso de la Nación y promulgadas sin objeciones por el Poder Ejecutivo.

Así como con anterioridad al dictado de la ley 27.362 el Poder Judicial no podía omitir considerar la existencia de una ley intermedia que establecía un cómputo diferenciado para los casos en que el encausado hubiera permanecido más de dos años en prisión preventiva, con la sanción de aquella ley corresponde que la judicatura tenga en consideración que ha sido justamente el legislador, en ejercicio de su competencia constitucional, quien resolvió su inaplicabilidad para los delitos de *lesa humanidad*. En virtud de lo dicho, la ley que antes se consideraba como “más benigna” ya no podría ser considerada como tal, pues el legislador es quien ha declarado su no aplicación. **Y así como el juez no puede reemplazar al legislador creando una ley que no existe, tampoco puede ignorar la consideración de una ley que el Congreso ha dictado y cuyo contenido juzga compatible con la Constitución.**

En este contexto, el imputado en autos no podría invocar el derecho al mantenimiento de la interpretación realizada por el Tribunal con anterioridad a la sanción de la ley interpretativa 27.362, dado que –como también ha dicho esta Corte– “*la aplicación de la ley penal más benigna no puede alcanzar por analogía a la variación de jurisprudencia*” (Fallos: 313:1010; 314:75 y sus citas), máxime cuando tal variación se origina en una norma aclaratoria sancionada por el Congreso Nacional.

En consecuencia, no corresponde acoger el planteo formulado por el recurrente en torno a la inaplicabilidad al caso de la ley 27.362, en tanto a la luz de la interpretación auténtica del legislador tales condiciones deben ser consideradas como las previstas por el Congreso Nacional al adoptarse el art. 7º de la ley 24.390.

B. Alusión del artículo 1º de la ley 27.156 en la 27.362

20) Que habiendo reconocido la naturaleza del artículo 3º de la ley 27.362 como interpretación auténtica del artículo 7º de la ley 24.390 (considerandos 7º al 19), deviene innecesario abordar el agravio del recurrente relacionado con el artículo 1º de la ley 27.362.

En tal sentido, el enlace normativo que el legislador realiza entre la inaplicabilidad del beneficio del “2x1” (art. 7º de la ley 24.390) y la nulidad absoluta de todo acto de amnistía, conmutación de pena o indulto de una condena impuesta por delitos de lesa humanidad (ley 27.156) –que se manifiesta con la expresión “*de conformidad*” empleada en el art. 1º de la ley 27.362– no conduce a concluir, como lo sostiene el recurrente, que el cómputo privilegiado del citado art. 7º constituya una amnistía, indulto o conmutación de pena, sino que su inaplicabilidad a los delitos de lesa humanidad “*guarda coherencia*” –en función de la gravedad de los crímenes que reciben ese encuadramiento– con la imposibilidad de amnistiar, indultar o conmutar penas, facultades constitucionalmente reservadas a los poderes legislativo y ejecutivo, respectivamente.

C. Los vaivenes en el juzgamiento de los delitos de lesa humanidad

21) Que no sería intelectualmente honesto culminar este fallo sin formular algunas reflexiones en torno al complejo y heterodoxo trayecto que ha seguido el juzgamiento

de los delitos de *lesa humanidad* en la Argentina, sendero dentro del cual se inserta la sanción de la ley 27.362.

En nuestro país, desde el retorno a la democracia, en diciembre de 1983, la posibilidad real de investigar, juzgar y sancionar aquellos crímenes ha transitado por un desfiladero dominado por una fuerte tensión entre la punición y la impunidad, contexto en el que incluso la intervención de los particulares damnificados se abrió paso en medio de incontables dificultades (cfr. esp. Fallos: 310:1162, voto de los jueces Caballero y Belluscio).

Este trayecto, no exento de contradicciones, marchas y contramarchas, avances y retrocesos, se encuentra signado por diferentes hitos pendulares entre los que resaltan, a título de ejemplo y sin pretensión de exhaustividad, los siguientes: *i*) la investigación de la “CoNaDep” (Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas); *ii*) el “Juicio a los Comandantes de las Juntas Militares” (Fallos: 309:5), de especial trascendencia por ser la primera vez que el sistema judicial de un país en democracia juzgaba, observando el debido proceso legal, a los responsables por los crímenes cometidos durante la dictadura por el aparato estatal; *iii*) la sanción de las leyes 23.492 de Obediencia Debida y 23.521 de Punto Final; *iv*) las instrucciones del Presidente de la Nación al Procurador General a fin de poner en marcha el límite fijado por la ley 23.492 (decreto nacional 92/87), y las consiguientes instrucciones a los fiscales federales dispuestas en la Resolución PGN n° 2/87; *v*) la firma de indultos por parte del Poder Ejecutivo (decretos n° 1002/89, 2741/90, 2745/90 y 2746/90) y su posterior declaración de inconstitucionalidad por la Corte en “Mazzeo” (Fallos: 330:3248); *vi*) la derogación de aquellas leyes por la 24.952 (promulgada en 1998); *vii*) la posterior declaración de nulidad de ellas mediante ley 25.779 de 2003 y *viii*) la convalidación judicial de esta última por la Corte en la causa “Simón” (Fallos: 328:2056).

Estos hitos jurídicos han ido edificando una suerte de “Estatuto para el juzgamiento y condena de los delitos de *lesa humanidad*”, que -conformado con el transcurso del tiempo y las enseñanzas de la historia- ha permitido dar respuesta a una demanda de justicia idónea para asumir el desafío de juzgar hechos inéditos en la experiencia vital argentina sin caer en la venganza. Es factible predecir que, a partir del presente pronunciamiento, la ley 27.362 se insertará como un nuevo eslabón de esta construcción institucional.

Lo relevante en cada hito constructivo de este “Estatuto”, no radica solo en el contenido de las decisiones oportunamente establecidas por cada Departamento del Estado, pues si en ocasiones algunas de ellas se mantuvieron incólumes, en otras fueron dejadas sin efecto por el mismo Poder que las dictó (caso de las nulidades legislativas), o por otro Poder del Estado (caso de las descalificaciones judiciales por inconstitucionalidad). Lo más importante de este trayecto complejo ha radicado en el respeto irrestricto al principio republicano de la división de poderes.

En causas como la presente, donde se discute la aplicación de la “ley penal más benigna” para delitos de *lesa humanidad*, el meollo del problema y su solución reposan en la “ley” en cuanto “ley formal” que expresa la voluntad soberana del pueblo, gestada por el órgano facultado a esos fines por la Constitución Nacional. Es por ello relevante la clarificación formulada por el Congreso con la sanción de la ley 27.362, que brinda la exégesis de la ley 24.390 a partir de un juicio de ponderación de valores que -en virtud de la exigencia participativa y pluralista mencionada precedentemente- no podría haber realizado el juez y que

-asumiendo los argumentos expuestos por los legisladores de la ley interpretativa- tampoco podría haber realizado el legislador al momento de sancionar la ley interpretada.

Cuando el problema está “en la ley” hay que actuar “sobre la ley” (como lo hizo el Congreso en este caso, sancionando con premura y contundencia la que lleva el número 27.362); la solución no puede encontrarse cuestionando a los jueces que se limitan a aplicarla o pretendiendo que inventen una nueva sustituyendo al legislador. Es cierto que un juez no es un *ventrílocuo* que recita la ley sin interpretarla, tal como sostenía Montesquieu en “*Del espíritu de las leyes*” (Libro XI, Capítulo VI); pero tampoco es un *libre pensador* que pueda hacerle decir a la ley lo que la ley no autoriza a decir.

22) Que, en definitiva, sobre el tema en debate: *i)* primero habló el juez y dijo él no podía reemplazar al legislador para la decisión del caso (Fallos: 340:549, voto del juez Rosatti, considerando 11); *ii)* luego habló el legislador mediante la ley 27.362 aclarando cómo debía interpretarse el art. 7º de la ley 24.390 para que el juez la aplicara a las causas en trámite; *iii)* el Poder Ejecutivo concordó con el legislador promulgando la norma; y *iv)* ahora habla nuevamente el juez -que no es el único sino el último que interpreta la Constitución Nacional- para convalidar el criterio del Congreso. Cada uno dijo lo suyo en el momento en que le tocó actuar, y dentro del marco de sus respectivas competencias, como corresponde a un sistema republicano de gobierno.

Por ello, habiendo dictaminado la Procuración General de la Nación, corresponde hacer lugar a la queja, declarar admisible el recurso extraordinario interpuesto y, por los fundamentos expuestos, confirmar la decisión recurrida. Hágase saber y remítase a los fines de su agregación a los autos principales.

CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ (*en disidencia*)– ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO – JUAN CARLOS MAQUEDA (*según su voto*)– RICARDO LUIS LORENZETTI (*según su voto*)– HORACIO ROSATTI.

VOTO DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES DON JUAN CARLOS MAQUEDA Y
DON RICARDO LUIS LORENZETTI

Considerando:

1º) Que por sentencia -no firme- del 29 de diciembre de 2014, Rufino Batalla fue condenado por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal nº 1 de La Plata, a la pena de trece (13) años de prisión, inhabilitación absoluta por el mismo tiempo de la condena, y demás accesorias legales, y al pago de las costas del proceso, “...por su complicidad en el genocidio perpetrado durante la última dictadura cívico-militar (1976-1983) al intervenir en la matanza de miembros de un grupo nacional, en la lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo y en el sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que han acarreado su destrucción física, total o parcial, mediante la comisión en calidad de partícipe secundario del delito de privación ilegítima de la libertad cometida por un funcionario público en abuso de sus funciones, agravada por haberse cometido con violencias o amenazas, reiterado en cincuenta y cinco (55) oportunidades, en perjuicio de Julio César Chávez, Alcides Chávez, Alfredo Temperoni, María Cristina Temperoni de Contardi, Inés Alicia Ordoqui, Jorge Adelar Falcone, Nelba Méndez de Falcone, Ana María Caracoche de Gatica,

Martín Daniel Castilla, Rubén Gustavo Jaquenod, Marcela Mónica Quintella, Fernando Reyes, Mauricio Emerald Mansilla, Eduardo César Cédola, Liliana Beatriz Méndez de Cédola, Jorge Edgardo Guastapaglia, Mario Alfredo Guastapaglia, Eduardo Jorge Balboa, Rubén Alejandro Martina, Julián Roberto Duarte, Luis María Emma, Jorge Moura, Elsa Beatriz Mattia de Torrillas, Silvia Inés Cavecchia, Daniel Orlando Tallerico, Berta Itzcovich, Patricia Elsa Marta Milanta, Cristina Lucía Marrocco de Picardi, Stella Maris Giourgas, Carlos Alberto Weber, Miguel Ángel Lombardi, Margarita Ofelia Ercole, Mónica Tresaco, José Luis Barla, María Ilda Delgadillo de San Emeterio, César San Emeterio, Ricardo Dakuyaku, Jorge Alberto Martina, Otilio Julio Pascua, Antonio Enrique Piovosio, Rubén Darío Barrientos, Alberto Alfio Cavalí, Esteban Colman, María del Carmen Barros de Zaffora, Julio Beltaco, Dardo Marcelo Benavides, Adriana Clara Bontti, Esteban Rodolfo Cuenca, Jorge Oscar Galmes, José Alfredo Pareja, Liliana Piza de Paira, Samuel Leonardo Slutzky, Daniel Alberto Toninetti, Roberto Omar Zaffora y Federico Hugo Sánchez Rizzo; y doblemente agravada por haberse cometido con violencias o amenazas y por haber durado más de un mes, reiterado en setenta y un (71) oportunidades, en perjuicio de Roberto René Achares, Carlos Esteban Alaye, Roberto Luján Amerise, Elena Arce, Rodolfo Jorge Axat, Octavio Alcides Barrenese, Antonio Bautista Bettini, Adrián Claudio Bogliano, Stella Maris Bojorge, Juan Carlos Bongiorno, Juan Alberto Bozza, María Silvia Bucci, Julio César Cagni, Miguel Ángel Calvo, José Luis Cavalieri, Laura Susana Cédola de Monteagudo, Edgardo Daniel Cerqueira, Ignacio Manuel Cisneros, Rubén Oscar Contardi, María Elena Corvalán de Suárez Nelson, Daniel Alberto Crescimbeni, Ana Inés Della Croce de Axat, Raúl Alberto Depaoli, Bonifacia del Carmen Díaz, Elvira Rosa Díaz, Alberto Omar Diessler, Raúl Guillermo Elizalde, Nora Livia Formiga, Claudio José Fortunato, Mario Oscar Gallego, Alejandro Horacio García Martegani, Rubén Enrique Gerenschtein, Nina Judith Golberg, Juan Carlos Guarino, Ricardo Antonio Herrera, María de las Mercedes Hourquebié de Francese, Héctor Manuel Irastorza, María Elvira Luis, Elsa Luna de Beltaco, María Magdalena Mainer, Pablo Joaquín Mainer, Susana María Marrocco, Norma Beatriz Martínez, Carlos Adalberto Mazas, Pedro Luis Mazzochi, Ricardo Victorino Molina, Horacio Oscar Molino, Alberto Horacio Monaji, Domingo Héctor Moncalvillo, José Manuel Monteagudo, Carlos Alberto Moreno, María del Carmen Morettini, Ernesto Carlos Otahal, Patricia Pérez Catán, Jorge Enrique Pérez Catán, Félix Eduardo Picardi, Graciela Irene Quesada, Héctor Javier Quintero, Susana Beatriz Quinteros de Morillo, Elba Leonor Ramírez Abella de Baibene, Juan Enrique Reggiardo, Carlos Enrique Rolli, Nora Patricia Rolli, Rubén Oscar Scognamillo, María Seoane de Toimil, Nora Liliana Silvestre de Cagni, María Rosa Tolosa de Reggiardo, Néstor Daniel Torrillas, Juan Carlos Valle, María Elena Varela de Guarino y Guillermo García Cano, y triplemente agravada por haberse cometido con violencias o amenazas, por haber durado más de un mes y por haber resultado la muerte de la víctima, en perjuicio de Laura Estela Carlotto y Olga Noemí Casado, en concurso ideal con el delito de aplicación de tormentos por parte de un funcionario público a los presos que guarde, agravada por ser la víctima un perseguido político, en perjuicio de la totalidad de las víctimas, todos los casos en concurso real entre sí... (artículos 2 incisos –“a”, –“b” y –“c” y 3 inciso –“e” de la Convención para la Prevención y Sanción del Genocidio y Decreto N° 6.286; artículos 2, 12, 19 inciso 4º, 29 inc 3º, 46, 54, 55, 142 bis, in fine, 144 bis inciso 1º, con la agravante prevista en el último párrafo de dicho artículo, en cuanto remite a los incisos 1º y 5º del artículo 142, 144 ter primer y segundo párrafo, todos ellos del Código Penal de la Nación, según leyes 14.616 y 20.642 -vigentes al momento de los hechos-”.

2º) Que la defensa de Rufino Batalla solicitó la realización de un cómputo privilegiado de detención con aplicación del artículo 7º de la ley 24.390, requiriendo en consecuencia que se le conceda al nombrado el beneficio de las salidas transitorias. Dicha solicitud fue rechazada por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal nº 1 de La Plata, por lo que tampoco hizo lugar al pedido de acceder al beneficio de las salidas transitorias deducido por la parte. Este decisorio fue ratificado, a su vez, por la Sala I de la Cámara Federal de Casación Penal al entender que no era aplicable a la situación de Rufino Batalla el cómputo privilegiado de detención previsto por la ley 24.390 – sancionada el 2/11/1994– en su artículo 7º –derogado por la ley 25.430 sancionada el 9/05/2001– por no constituir ley penal más benigna. Para ello, en lo que aquí interesa, sostuvo que el citado precepto no implicó la consagración de una nueva valoración de la conducta imputada sino que constituyó, meramente, un mecanismo dirigido a disminuir el plazo de los encarcelamientos preventivos. Asimismo, entendió que no se verificaban los supuestos tenidos en cuenta por este Tribunal en el precedente “Arce” (Fallos: 331:472) por cuanto en el presente, a diferencia de la situación valorada en dicho caso, la ley 24.390 no era ley vigente al momento del hecho. Contra este pronunciamiento la defensa oficial de Batalla dedujo recurso extraordinario federal, cuya denegatoria dio lugar a la presente queja.

3º) Que el recurso extraordinario resulta formalmente admisible en razón de dirigirse contra una decisión que proviene del tribunal superior de la causa; que, por sus efectos, resulta equiparable a definitiva (Fallos: 311:358 y 329:679, entre muchos otros) y los agravios del apelante suscitan una cuestión federal apta para su examen en esta instancia recursiva, toda vez que se alega que, arbitrariedad mediante, el tribunal superior de la causa, al interpretar del modo citado el alcance temporal del artículo 7º de la ley 24.390 derogado, en este punto, por la ley 25.430, desconoció el principio de legalidad y el principio de aplicación de la ley más benigna -receptado en el artículo 18 de la Constitución Nacional y en los artículos 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos- y la decisión ha sido contraria al derecho que fundaron en ellos (artículo 14, inciso 3, de la ley 48) (Fallos: 331:472 y 329:5266). Asimismo, atento al modo en que han sido planteados los agravios fundados en la tacha de arbitrariedad respecto de la aplicación de la mentada normativa y del citado precedente “Arce”, al estar inescindiblemente unidos a las cuestiones aludidas, serán tratados conjuntamente (Fallos: 330:3685).

Por último, cabe recordar que en la tarea de establecer la inteligencia de preceptos constitucionales, el Tribunal no se encuentra limitado por las posiciones del *a quo* ni por los argumentos de las partes, sino que le incumbe efectuar una declaración sobre el punto disputado, según la interpretación que rectamente le otorgue (Fallos: 326:2880; 328:2694; 329:2876 y 3666, entre muchos otros).

4º) Que tras la radicación de las actuaciones ante este estrado entró en vigencia la ley 27.362, sancionada por el Congreso de la Nación el 10 de mayo de 2017, promulgada por el Poder Ejecutivo el día 11 de ese mes y año (conf. decreto nº 329) y publicada en el Boletín Oficial al día siguiente. Según prevé dicho texto (artículo 3º), la norma aprobada constituye la interpretación auténtica del artículo 7º de la ley 24.390 –derogada por la ley 25.430– y será de aplicación aun a las causas en trámite.

5º) Que frente a la incidencia que la ley mencionada pudiere tener –desde una visión liminar– sobre la decisión definitiva de las cuestiones sometidas a conocimiento en la instancia del artículo 14 de la ley 48, el Tribunal procedió con arreglo a un criterio tradicionalmente seguido en casos análogos y, a fin de preservar suficientemente las garantías procesales de las partes, dispuso oír a todos quienes intervienen en dicha condición sobre la aplicación, y alcances, de la nueva ley a la cuestión pendiente de pronunciamiento (fs. 52). De tal modo, se agregaron las presentaciones efectuadas por los querellantes María de las Mercedes Hourquebié de Francese y Antonio Bautista Bettini (fs. 56/58); la Asociación “Abuelas de Plaza de Mayo” (fs. 59/74) y la Secretaría de Derechos Humanos y Pluralismo Cultural de la Nación (fs. 75/77) y por la defensa pública de Batalla (fs. 79/85) así como también dictaminó la Procuración General de la Nación (fs. 87).

6º) Que respecto de los agravios vinculados con la vulneración del principio de legalidad y de retroactividad de la ley penal más benigna, la defensa oficial de Batalla invoca en su provecho la vigencia del artículo 7º de la ley 24.390 en función de lo resuelto por esta Corte Suprema en el ya mencionado precedente “Arce” y cuestiona el pronunciamiento del *a quo* cuando sostiene que aquel no resultaba aplicable. Asimismo, consideró que no debía aplicarse al caso la ley 27.362 por entender que afecta al principio de legalidad y a la garantía de retroactividad de la ley penal más benigna.

7º) Que el principio de legalidad, de rango constitucional, debe ser interpretado de modo tal que no son aplicables las leyes penales de modo retroactivo, excepto que sean más benignas. Ello es así, puesto que, en función del inciso 22 del artículo 75 de la Constitución Nacional, las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que integran el bloque de constitucionalidad, expresan con toda precisión el alcance de la irretroactividad de la ley penal y de la retroactividad de la ley penal más benigna. Así el artículo 9º de la CADH establece que: “*Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello*”. Por su parte, el artículo 15 del PIDCyP prescribe: “*1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello*”.

8º) Que las cuestiones planteadas por la parte resultan *mutatis mutandi* análogas a las resueltas *in re* “Muiña” (Fallos: 340:549, disidencia del juez Lorenzetti y disidencia del juez Maqueda).

Por ello, conforme la coincidencia sustancial de los fundamentos allí desarrollados que en lo pertinente resultan aplicables al *sub examine* según las particularidades del caso y que, en virtud de su relevancia, se expondrán a continuación, corresponde rechazar el planteo formulado por la defensa oficial de Batalla, en cuanto alega que debe aplicarse a su respecto el cómputo privilegiado de detención establecido en el artículo 7º de la ley 24.390, posteriormente derogado por la ley 25.430.

9º) Que, en efecto, no puede perderse de vista que la detención preventiva de Batalla no se materializó durante la vigencia del artículo 7º de la ley 24.390 sino, antes bien, desde el 14 de julio de 2010, esto es, varios años después de su derogación.

Este extremo constituye una crucial diferencia respecto de la situación verificada en el precedente “Arce” –y su progenie– cuya aplicación reclama con insistencia la defensa sin que esta parte haya podido sustentar por qué correspondía extenderle al nombrado ese cómputo privilegiado de detención pese a que no estuvo en dicha condición durante la vigencia de ese régimen legal.

10) Que al respecto, debe tenerse presente que esta Corte ha fijado pautas para el buen uso de sus precedentes, al explicar cómo deben entenderse las expresiones generales vertidas en sus sentencias, estableciendo que no cabe acordar carácter obligatorio para casos sucesivos a los términos generales contenidos en el fallo. Así, se ha remarcado que ya *“en el pronunciamiento dictado en el expediente ‘Municipalidad de la Capital c/ Isabel A. de Elortondo’, esta Corte sostuvo que: ‘...cualquiera que sea la generalidad de los conceptos empleados por el Tribunal en esos fallos, ellos no pueden entenderse sino con relación á las circunstancias del caso que los motivó, siendo, como es, una máxima de derecho, que las espresiones generales empleadas en las decisiones judiciales deben tomarse siempre en conexión con el caso en el cual se usan...’* (Fallos: 33:162, considerando 26...). *En este sentido, esta Corte ha descalificado sentencias que... han aplicado la doctrina de un precedente a controversias en los que no se presentaban las mismas circunstancias debatidas en ese trámite* (“Acosta, Leonel Ignacio”, Fallos: 340:1084).

En razón de lo expuesto, en atención a la diversidad de circunstancias fácticas y normativas relevantes que se presentan en el presente caso, con las verificadas en el precedente “Arce” antes citado, no corresponde darle acogida favorable al agravio vinculado con el apartamiento pretendidamente arbitrario de la doctrina allí sentada.

11) Que, en esta línea argumental, resulta relevante que esta Corte ya ha establecido que la modificación del artículo 24 del Código Penal introducida por la ley 24.390 –según su anterior redacción–, se orientaba *“a ‘aumentar’ dicha reparación en los casos en que, además, la prisión preventiva haya excedido ciertos plazos, como forma de asegurar que luego de los primeros dos años, el convicto reciba algo a cambio del sufrimiento de haber estado prisionero antes de saber si, en definitiva, se lo tendrá por culpable, y por cuánto tiempo habrá de perder su libertad”* (“Álvarez”, Fallos: 329:4083).

Desde esta perspectiva, resulta claro que esta disposición estaba destinada a compensar a quienes, durante su vigencia, se encontraban detenidos en prisión preventiva por un período superior al de dos años.

El mecanismo elegido por el legislador –el cómputo de dos días de prisión en cumplimiento de pena por cada día de prisión preventiva si es que esta ha superado el plazo de dos años– sin embargo, no obtuvo los resultados buscados y fue derogado, poco más de seis años después, mediante la ley 25.430. En efecto, del debate parlamentario que precedió a la sanción de esta ley que derogó dicho mecanismo, y bajo cuya vigencia se materializó la detención de Batalla, surge con evidencia que el legislador decidió eliminar este cómputo privilegiado así como también reformar sustancialmente la regulación procesal de la extensión temporal del encarcelamiento preventivo.

Partiendo de esta premisa, el extremo relativo al momento en que se materializó la detención preventiva posee una especial importancia para lo que aquí se discute teniendo en cuenta que, según reiterada jurisprudencia de esta Corte, la inteligencia de las leyes debe practicarse teniendo en cuenta el contexto general y los fines que las informan y, a ese objeto, la labor del intérprete debe ajustarse a un examen atento y profundo de sus términos que consulte la racionalidad del precepto y la voluntad del legislador (Fallos: 335:622, entre muchos otros).

En consecuencia, el déficit argumental en la forma en que fue planteado el agravio a este respecto resulta especialmente relevante ponderando que ya en el precedente CSJ 671/2005 (41-C)/CS1 “Cano, Gustavo Germán s/ ejecución de sentencia –causa n° 1358/02/1–” (sentencia del 5 de febrero de 2008) el Tribunal estableció que *“la compensación prevista en el artículo 7° de la ley 24.390 tiene estricta relación con la extensión de la prisión preventiva”* por lo que entendió que era inaplicable respecto de quien la detención preventiva, materializada durante la vigencia de dicha norma, obedeció en realidad a razones formales –vgr. por estar ya privado de su libertad en cumplimiento de una condena firme recaída en un proceso distinto–.

De este modo, la interpretación contextual de la ley 24.390 y su modificatoria 25.430, nos lleva a la conclusión de que no es admisible la pretensión formulada por el recurrente.

12) Que asimismo, resulta ineludible destacar que el planteo del recurrente refiere al cómputo de detención en prisión preventiva, el cual incidirá en la pena que le corresponderá cumplir en caso de adquirir firmeza la condena por la comisión de delitos de lesa humanidad. Respecto de esta categoría este Tribunal ha señalado que no hay posibilidad de amnistía (Fallos: 328:2056), ni de indulto (Fallos: 330:3248), ni se aplica a ellos el instituto de la prescripción (Fallos: 327:3312), y que la persecución forma parte de los objetivos de la legislación internacional (Fallos: 330:3248).

Toda vez que el planteo del recurrente tiene la aptitud de impactar, en definitiva, en la ejecución de la pena que se le impusiera y teniendo en cuenta que esta forma parte del concepto normativo antes descripto, queda claro que no puede sostenerse una interpretación de la ley que conduzca a la frustración de la finalidad persecutoria en este campo.

13) Que tal como ya afirmó esta Corte: *“el derecho internacional humanitario y de los derechos humanos, en diversos tratados y documentos, prescriben la obligación por parte de toda la comunidad internacional de ‘perseguir’, ‘investigar’ y ‘sancionar adecuadamente a los responsables’ de cometer delitos que constituyen graves violaciones a los derechos humanos, [y esa obligación] resulta de aplicación perentoria en la jurisdicción argentina ... Que, del mismo modo, dentro del ámbito de las Naciones Unidas la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes ... en su articulado impone a los estados el deber de perseguir esa clase de delitos e imponer penas adecuadas ... El Comité contra la Tortura también se ha expedido en contra de las medidas de impunidad en la Argentina (Comunicaciones 1/1988; 2/1988; 3/1988), y en recientes precedentes ha recordado su jurisprudencia según la cual los Estados Partes tienen la obligación de sancionar a las personas consideradas responsables de la comisión de actos de tortura, y que la imposición de penas menos severas y la concesión del indulto son incompatibles con la obligación de imponer penas adecuadas”* (“Mazzeo”, Fallos: 330:3248).

En la misma dirección, se advierte que la interpretación propiciada por el recurrente resulta contraria al estándar reconocido de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto sostiene que resultan inadmisibles las disposiciones que impidan la investigación y eventual sanción de los responsables de estas graves violaciones (Caso Barrios Altos, sentencia del 14 de marzo de 2001, Serie C. N° 75, párr. 41).

Con relación a esta cuestión, la Corte IDH en el caso *“Rochela vs. Colombia”* precisó en cuanto al principio de proporcionalidad de la pena, que *“la respuesta que el Estado atribuye a la conducta ilícita del autor de la transgresión debe ser proporcional al bien jurídico afectado y a la culpabilidad con la que actuó el autor, por lo que se debe establecer en función de la diversa naturaleza y gravedad de los hechos”* (Corte IDH, sentencia del 11 de mayo de 2007, considerando 196).

En igual sentido, posteriormente dicho tribunal internacional destacó que *“...los Estados deben asegurar, en el ejercicio de su deber de persecución de esas graves violaciones, que las penas impuestas y su ejecución no se constituyan en factores de impunidad, tomando en cuenta varios aspectos como las características del delito y la participación y culpabilidad del acusado. En efecto, existe un marco normativo internacional que establece que los delitos que tipifican hechos constitutivos de graves violaciones a los derechos humanos deben contemplar penas adecuadas en relación con la gravedad de los mismos”* y que la *“...imposición de una pena apropiada en función de la gravedad de los hechos, por la autoridad competente y con el debido fundamento, permite verificar que no sea arbitraria y controlar así que no se erija en una forma de impunidad de facto”* (Corte IDH, caso *Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*, 26 de mayo de 2010, párrafos 150 y 153).

Conforme los referidos parámetros, resulta indiscutible que la prohibición de sancionar en forma inadecuada a los delitos de lesa humanidad constituye fundamento objetivo y suficiente para rechazar la aplicación extensiva de una norma que no solo no resulta formalmente aplicable al recurrente sino que, además, traería como resultado que merced a un mero cálculo aritmético, se redujera en forma automática sustancialmente la pena de prisión que le fuera impuesta.

La pretensión del recurrente aparejaría, entonces, la desnaturalización de la sanción que le fue oportunamente fijada como “adecuada” luego de una valoración particularizada de la gravedad de los delitos por los que se lo condenara así como de su grado de culpabilidad.

14) Que en virtud de todo lo precedentemente expuesto resulta claro que la decisión judicial que aquí se adopta se ajusta al sistema de fuentes que conforman la Constitución, los tratados de derechos humanos, las leyes penales y procesales, de manera de llegar a una conclusión coherente, basada en la comunicabilidad de principios entre fuentes diversas para descartar la pretendida aplicación ultra activa del artículo 7° de la ley 24.390 que pretende el recurrente.

Con relación a esta cuestión, cabe resaltar que existe una consistencia en la definición, enjuiciamiento y castigo de los delitos de lesa humanidad que se ha mantenido en diversos precedentes, no solo de esta Corte Suprema, sino de todo el Poder Judicial. Más aún, puede decirse, como se lo ha señalado en diversos pronunciamientos institucionales de esta Corte como cabeza del Poder Judicial, que se trata de una política de Estado, afirmada por los tres poderes, en diversas épocas, de modo que constituye parte del contrato social de los argentinos.

Por lo demás, cabe destacar que lo establecido en la ley 27.362, sancionada por el legislador con posterioridad al dictado de la sentencia apelada, coincide, en cuanto a sus efectos, con el alcance asignado al ámbito de aplicación del artículo 7º de la ley 24.390 por los infrascriptos en los votos respectivos de “Muiña” (Fallos: 340:549) y condensado en este voto conjunto. Por consiguiente, el planteo del recurrente, por el que solicita que la referida norma no se aplique respecto a su asistido, al tacharla de lesiva del principio de legalidad y de la garantía de retroactividad de la ley penal más benigna, resulta inadmisibles por carecer de relación directa e inmediata con la solución a adoptar en el caso. Ello así, desde que el esclarecimiento y solución de la cuestión referida a la validez de la aplicación de la referida norma en el *sub examine* no es indispensable ni conducente para la decisión del litigio, que puede ser fundadamente fallado sin resolver aquella (conf. Imaz y Rey “El Recurso Extraordinario”, tercera edición actualizada, págs. 177/192).

Por ello, y oída la señora Procuradora General de la Nación, se hace lugar a la queja, se declara admisible el recurso extraordinario, y se confirma la resolución recurrida. Hágase saber y remítase a los fines de su agregación a los autos principales.

JUAN CARLOS MAQUEDA – RICARDO LUIS LORENZETTI.

DISIDENCIA DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON CARLOS FERNANDO
ROSENKRANTZ

Considerando que:

1º) Rufino Batalla fue sometido a proceso penal al serle imputados delitos de lesa humanidad. Fue detenido y constituido en prisión preventiva el 14 de julio de 2010. El juicio oral concluyó el 24 de octubre de 2015 con una condena de trece años de prisión e inhabilitación absoluta. Dicha decisión no se encuentra firme porque fue impugnada mediante recurso de casación, que está en trámite ante la Sala I de la Cámara Federal de Casación Penal.

El Tribunal Oral en lo Criminal Federal nº 1 de La Plata no hizo lugar al planteo de la defensa, que había solicitado que se efectuara un cómputo de detención aplicando el artículo 7º de la ley 24.390 y, en consecuencia, que se le concediera el beneficio de las salidas transitorias. Para así decidir, el tribunal sostuvo que Batalla no permaneció detenido durante la vigencia de dicha ley, por lo que su situación difería de la que tuvo en consideración esta Corte en el precedente “Arce” (Fallos: 331:472).

2º) Dicho pronunciamiento fue recurrido por la defensa mediante recurso de casación con fundamento en que el artículo 7º de la ley 24.390 resulta aplicable al caso. La Sala I de la Cámara Federal de Casación Penal no hizo lugar al recurso deducido. Para resolver de ese modo, sostuvo que el derecho al tratamiento más benigno que consagra el artículo 2 del Código Penal tiene como único fundamento la existencia de algún cambio en la valoración social respecto de la conducta imputada y que ello se documenta con la sanción de una nueva ley más benigna. El *a quo* entendió que la sanción de la ley 24.390 no implicó un cambio en la valoración de la conducta imputada a Batalla pues, según sostuvo, esta ley se limitó a adoptar durante un corto período de tiempo un mecanismo dirigido a disminuir el plazo de los encarcelamientos preventivos. En el fallo recurrido se decidió también que

la doctrina del precedente “Arce” (Fallos: 331:472) no era aplicable dado que el hecho en-
diligado a Arce fue cometido durante la vigencia de la ley 24.390, mientras que los hechos
imputados a Batalla fueron cometidos antes de la sanción de dicha ley, lo que ocurrió el
29 de noviembre de 1994. Además, se indicó que, mientras que en “Arce” se investigaron
delitos comunes, Batalla fue condenado por delitos de lesa humanidad.

3º) Contra el pronunciamiento de cámara la defensa de Batalla interpuso recurso ex-
traordinario federal que fue declarado inadmisibles, lo que dio lugar a la presente queja.
El recurrente objetó la decisión con apoyo en la doctrina de arbitrariedad de sentencias y
sostuvo que se encontraban afectados los principios de legalidad y de aplicación de la ley
penal más benigna consagrados en la Constitución Nacional, en la Convención Americana
sobre Derechos Humanos (en adelante CADH) y en el Pacto Internacional de Derechos
Civiles y Políticos (en adelante PIDCyP).

4º) Con posterioridad a la radicación de las actuaciones ante esta Corte fue sancionada
la ley 27.362, publicada en el Boletín Oficial el 12 de mayo de 2017.

Dicha ley dispone en su artículo 1 que “[d]e conformidad con lo previsto en la ley
27.156, el artículo 7º de la ley 24.390 —derogada por ley 25.430— no es aplicable a con-
ductas delictivas que encuadren en la categoría de delitos de lesa humanidad, genocidio o
crímenes de guerra, según el derecho interno o internacional”. Por su parte, el artículo 2
de la ley establece: “[e]l cómputo de las penas establecido en su oportunidad por el artículo
7º de la ley 24.390 —derogada por ley 25.430— será aplicable solamente a aquellos casos
en los que el condenado hubiere estado privado de su libertad en forma preventiva durante
el período comprendido entre la entrada en vigencia y la derogación de aquella ley”. Por
último, el artículo 3 prescribe que “[l]o dispuesto por los artículos anteriores es la inter-
pretación auténtica del artículo 7º de la ley 24.390 —derogada por ley 25.430— y será
aplicable aún a las causas en trámite”.

5º) Ante el dictado de esa norma, el Tribunal dispuso que se oyer a las partes para que
se expidiesen sobre su alcance y aplicabilidad a esta causa. La defensa de Batalla alegó que la
ley 27.362 es inconstitucional fundándose, básicamente, en que viola la garantía de la irre-
troactividad de la ley penal. Las querellas sostuvieron la aplicabilidad de la norma al caso y
defendieron su constitucionalidad. Concluida dicha etapa, se dio intervención nuevamen-
te a la Procuración General de la Nación (artículo 2 inciso “a” de la ley 27.148). En su dic-
tamen, la Procuración sostuvo que el artículo 7º de la ley 24.390 es inaplicable a los casos
de lesa humanidad por la obligación estatal de asegurar que las penas impuestas en casos de
graves violaciones a los derechos humanos y su ejecución sean adecuadas y proporcionales.
Afirmó también que, de computarse la pena tal como es ordenado por la ley 24.390, se la
desnaturalizaría puesto que tendría en los hechos los efectos de una conmutación de pena.

6º) El recurso es formalmente procedente en tanto en autos se cuestiona el alcance
del artículo 2º del Código Penal y su aplicación al caso, que se sustenta en el principio de
legalidad que emerge del artículo 18 de la Constitución Nacional y el principio de aplica-
ción de la ley más benigna consagrado en los artículos 9 de la CADH y 15.1 del PIDCyP
(artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional), así como también la garantía del plazo
razonable contenida en el artículo 7 apartado 5 de la CADH, y la decisión ha sido contraria
al derecho que el apelante fundó en ellas (artículo 14, inciso 3, de la ley 48). También se
encuentra en discusión, de modo preeminente, la garantía de irretroactividad de la ley pe-

nal derivada del principio de legalidad (artículo 18 de la Constitución Nacional). En tales condiciones, corresponde abocarse al tratamiento de las cuestiones federales planteadas.

7º) La cuestión concerniente a si el cómputo de la detención y de la pena que debe cumplir una persona condenada por la comisión de delitos de lesa humanidad debe realizarse de acuerdo a lo previsto en el artículo 7º de la ley 24.390 fue resuelta por esta Corte en la sentencia de fecha 3 de mayo de 2017 dictada en la causa CSJ 1574/2014/RH1 “Bignone, Reynaldo Benito Antonio y otro s/ recurso extraordinario” (mayoría conformada por el voto conjunto de los jueces Highton de Nolasco y Rosenkrantz y el voto concurrente del juez Rosatti; sentencia registrada en Fallos: 340:549).

En dicho pronunciamiento esta Corte sostuvo que el artículo 7º de la ley 24.390, no obstante haber sido derogado, resultaba aplicable a casos como el presente por tratarse de una ley penal intermedia más benigna. Para así resolver, afirmó que, tal como había sido decidido en el precedente “Arce” (Fallos: 331:472), las reglas referidas al cómputo de la prisión preventiva tienen carácter material y aplicó lo dispuesto en los artículos 2 y 3 del Código Penal y en el artículo 9 de la CADH. Esta Corte aclaró además que el artículo 7º de la ley 24.390 no condiciona su aplicación al tipo de delito cometido (y por ello es aplicable también a delitos de lesa humanidad) ni, de acuerdo con lo también decidido en “Arce”, al hecho de que el condenado hubiera estado privado de libertad durante su vigencia, esto es, entre el 29 de noviembre de 1994 y el 10 de junio de 2001.

8º) Con posterioridad al dictado de la sentencia en la causa “Bignone” (Fallos: 340:549), y después de una notoria reacción social, se dictó la ley 27.362. Miles de ciudadanos expresaron públicamente su frontal rechazo a la decisión allí adoptada por este Tribunal. Un día después de esta manifestación, por virtual unanimidad —votaron todos los senadores presentes y todos los diputados presentes, menos uno que disintió— el Congreso de la Nación sancionó la ley 27.362 y el Poder Ejecutivo la promulgó al día siguiente. Aunque existen muchas explicaciones posibles y distintos factores desencadenantes de esta reacción ciudadana y de la premura con que actuó el Congreso, es indudable que ambas fueron la manera en que se expresó el legado del “Nunca Más” y la aspiración generalizada de que nuestra democracia no claudique en el compromiso de atribuir responsabilidad por la comisión de crímenes aberrantes.

9º) El hecho de que la ley 27.362 haya sido la consecuencia de un gran consenso, y de que dicho consenso haya sido expresivo de una reacción ciudadana motivada por el ideal descripto, no implica, sin embargo, que sea constitucionalmente válida. La validez constitucional de una ley no viene dada por el grado de su aceptación social ni por el intento de plasmar ciertos ideales —por loables que sean—, sino por su consistencia con el consenso inter-temporal más profundo documentado en nuestra Constitución Nacional. El texto constitucional es el que establece los límites de toda regulación legal y, entre ellos, los límites dentro de los cuales deben llevarse adelante todos los objetivos comunes que nos hemos propuesto como comunidad política y, entre ellos, el de atribuir responsabilidad por crímenes de lesa humanidad.

En su carácter de salvaguarda e intérprete final de la Constitución y como supremo custodio de las garantías individuales (Fallos: 1:340; 33:162; 279:40; 311:2478, entre muchos otros), corresponde a esta Corte examinar la constitucionalidad de la ley 27.362. Esta tarea nunca es sencilla pero en este caso es especialmente difícil. Nos exige dejar de

lado una de las emociones morales más básicas, esto es, el profundo repudio que nos genera el indeleble daño causado por el condenado y decidir únicamente guiados por el respeto a la Constitución.

El deber de los jueces de respetar la Constitución como guía suprema no es exclusiva de su función y tiene correlato directo con un deber más general que nos atañe a todos. Efectivamente, en un estado democrático todos los ciudadanos tenemos un deber de moralidad política de usar la Constitución como la primera y última vara para juzgar la acción del Estado. Este deber de los jueces y de los ciudadanos puede parecer *prima facie* paradójico en la medida en que, entre otras cosas, nos impone ignorar emociones difíciles de poner a un lado, como el rechazo que provocan los delitos de lesa humanidad cometidos por el recurrente. Pero la paradoja no es tal. En el contexto de un sistema constitucional debemos adoptar las soluciones que ese sistema dispone y prevé, aunque en ciertos casos pensemos que no sean las ideales ni las que en otras circunstancias adoptaríamos. No debemos socavar el sistema constitucional —lo que sin duda sucedería si ignorásemos lo que este dispone— por una razón de importancia decisiva: la Constitución es el único camino para lograr los objetivos de progreso, justicia y bienestar que, desde nuestra fundación como comunidad, nos hemos propuesto.

10) Sin desconocer la singularidad y contundencia de una ley votada con un consenso tan amplio como el que sustentó a la ley 27.362, hay que recordar que nuestro país no es solo una democracia sino también una república constitucional. Ello significa, centralmente, que si bien las mayorías tienen derecho a gobernar, están limitadas por los derechos que consagra la Constitución. Por ello, debe tratarse a la ley 27.362 con la misma deferencia —ni mayor ni menor— que cualquier otra ley y juzgársela de acuerdo con nuestra tradición constitucional, es decir, considerándola inválida como *ultima ratio* y solo si su inconstitucionalidad es ostensible y manifiesta (Fallos: 338:1504; 339:323, 1277; entre muchos).

Se ha sostenido que determinadas decisiones públicas (como el dictado de ciertas leyes) deben aceptarse con resignación en los momentos particularmente trágicos de la historia de un pueblo en que las categorías jurídicas que establece la Constitución parecen inapropiadas para resolver los problemas que aquejan a la comunidad. Las constituciones, dicen quienes así piensan, no son pactos suicidas. Según este argumento, las exigencias constitucionales deben ser soslayadas cuando está en juego la existencia misma de la sociedad cuya preservación el derecho pretende asegurar, en tanto es solo en el marco de una sociedad que los derechos individuales que una constitución consagra adquieren vigencia real y sentido.

Cualquiera sea el mérito de este argumento, lo cierto es que en el caso de autos no se presenta una situación de ese tipo. Afortunadamente, no nos encontramos en la situación dilemática en la que hay que elegir entre lo que el derecho requiere y la subsistencia de nuestra sociedad. Si bien lo que hoy debemos decidir pone en juego principios constitucionales de primera magnitud, no nos enfrenta con esa trágica alternativa. La elección solo consiste en determinar si el cómputo de la pena del recurrente debe regirse por el artículo 7º de la ley 24.390 o si, por el contrario, dicha norma resulta inaplicable en virtud del dictado de la ley 27.362.

11) Se debe determinar aquí, entonces, si la ley 27.362 es válida o si resulta inconstitucional por violentar un principio constitucional básico como el de la irretroactividad de la ley penal más gravosa. En particular debe establecerse, primero, si se trata de una

ley genuinamente interpretativa o si, por el contrario, se trata de una ley que no se limita a interpretar sino a asignar a la ley presuntamente interpretada un significado novedoso. Luego, en la hipótesis de que la ley en cuestión fuera genuinamente interpretativa, debe determinarse si resultan constitucionalmente admisibles leyes penales interpretativas que empeoren las condiciones para el imputado o condenado.

12) En lo que al primer interrogante respecta, debe recordarse que una ley genuinamente interpretativa es aquella cuyas disposiciones integran lo ya establecido por la ley interpretada y que, por ello, entran en vigencia en la misma fecha que la ley a la que interpretan.

Esta Corte ha dicho que el Congreso tiene la facultad de dictar leyes aclaratorias o interpretativas de otras anteriores para despejar dudas sobre conceptos equívocos, oscuros o dudosos (Fallos: 134:57; 166:133; 184:621; 187:352; 234:717, entre muchos). Ahora bien, para que exista una genuina interpretación de una ley por otra, es necesario satisfacer una doble exigencia; la ley *interpretada* debe ser tal que no pueda asignársele un sentido unívoco por los métodos canónicos de interpretación legal y la ley *interpretativa* no debe asignar a la ley interpretada un sentido novedoso.

Por lo tanto, corresponde a esta Corte determinar si dicha doble exigencia ha sido cumplida en este caso o si, bajo el rótulo de una ley interpretativa, el Congreso dictó en verdad una ley innovativa o modificatoria de la ley 24.390 (Fallos: 134:57; 185:32).

13) El artículo 7º de la ley 24.390 dispone que “transcurrido el plazo de dos años previsto en el artículo 1º, se computará por un día de prisión preventiva dos de prisión o uno de reclusión”. Como puede advertirse fácilmente, esta norma no recurre a ningún concepto equívoco, oscuro o dudoso. Cualquiera que sea capaz de leer su texto puede entender su claro sentido.

Más aun, el hecho mismo de que el legislador haya sancionado la ley 27.362 indica que la ley 24.390 es inteligible en sus propios términos. En efecto, el artículo 1º de la ley 27.362 dispone que no debe aplicarse el régimen previsto por el artículo 7º de la ley 24.390. Ahora bien, esta disposición presupone, justamente, que se puede conocer y entender claramente cuáles son los casos comprendidos en el artículo 7º de la ley 24.390 y de qué modo ellos son regulados por dicha norma. De otra manera, si el artículo 7º de la ley 24.390 no fuese inteligible en sus propios términos y el legislador no hubiera podido entender lo que este artículo dispone, no habría podido establecer, tal como lo hace la ley 27.362, que dicho artículo no es aplicable a los casos que regula.

En definitiva, no parece en modo alguno que la ley 27.362 aclare el sentido de la norma que pretendía interpretar. Por el contrario, de la simple lectura de la ley 27.362 se deduce que en realidad se buscó establecer una solución a la que no podría haberse llegado jamás respetando el tenor literal del artículo 7º de la ley 24.390. Cabe recordar aquí que esta Corte, citando a Marcadé, ha dicho que “*cuando el poder legislativo, en vez de limitarse a explicar el texto difícil por medio de expresiones que reproduzcan con mayor claridad la misma idea, sanciona por el contrario una disposición nueva que no contenía el antiguo precepto, no hay interpretación de la ley anterior sino abrogación de esta ley y creación de una ley 'distinta'*” (Fallos: 134:57). En virtud de esta doctrina, no puede considerarse a la ley 27.362 como una ley genuinamente interpretativa.

14) Que no había ningún punto oscuro del artículo 7º de la ley 24.390 que fuera preciso aclarar surge manifiesto también si se considera cómo ella fue concebida por quienes la sancionaron y cómo fue interpretada y aplicada desde su dictado.

Al momento de la sanción de la ley 27.362 no había ningún punto oscuro o dudoso sobre la cuestión que su artículo 2º pretende aclarar, más precisamente, si el cómputo de la prisión preventiva establecido en el artículo 7º de la ley 24.390 se aplica a personas que no hubieran estado privadas cautelarmente de la libertad durante su vigencia.

En efecto, la Cámara Nacional de Casación Penal había resuelto hacía ya veintitrés años esta cuestión en el plenario “Molina, Roberto Carlos s/ recurso de casación – ley 24.390” (Acuerdo Nº 6/95, en Plenario Nº 3, resuelto el 16 de agosto de 1995). Allí se dispuso que el artículo 7º de la ley 24.390 resultaba aplicable a quienes hubieran estado privados de su libertad en virtud de sentencias condenatorias firmes dictadas con anterioridad a la sanción y entrada en vigencia de la ley 24.390. El plenario “Molina”, entonces, estableció que quienes habían estado detenidos en prisión preventiva *antes* de la vigencia de la ley 24.390 también resultaban comprendidos en sus disposiciones. Más importante aun es que esta Corte en el año 2008 ratificó ese punto en el precedente “Arce” (Fallos: 331:472). Tal como en esa oportunidad destacó el dictamen de la Procuración General de la Nación, a cuyos fundamentos este Tribunal remitió, en “Arce” se discutía si el cómputo previsto en la ley 24.390 era aplicable a un imputado que, al momento de la derogación de dicha ley, no había cumplido dos años en prisión preventiva. El dictamen sostuvo que “la vigencia de una ley no depende de que en un caso concreto se encuentren presentes sus presupuestos fácticos y jurídicos de aplicación”. Se agregó, como un ejemplo para ilustrar el punto, que “el artículo 62 del Código Penal es ley vigente aun cuando no hayan transcurrido los plazos previstos en esa norma [los plazos generales relativos a la prescripción de la acción penal], y cualquier modificación posterior de esos plazos en perjuicio del imputado sería inaplicable retroactivamente en virtud del principio de legalidad material, consagrado en el artículo 18 de la Constitución Nacional”.

Por otro lado, al momento de la sanción de la ley 27.362 tampoco había ningún punto oscuro que aclarar sobre la cuestión relativa a si, con excepción de los delitos expresamente excluidos, el artículo 7º de la ley 24.390 se aplicaba a delitos de máxima gravedad, como sin duda son los delitos de lesa humanidad.

A los efectos de acreditar este punto es útil referirse al trámite legislativo de la ley 24.390. Al discutirse el artículo 10 de dicha ley —que establecía qué delitos quedaban excluidos de la aplicabilidad del beneficio—, el diputado Orlando J. Gallo propuso que la solución allí proyectada no se aplicase “a todos aquellos [delitos] que en el Código Penal tengan pena mínima de cinco años”. Esa propuesta fue desechada. El entonces diputado Miguel A. Pichetto fue quien explicó el porqué de dicha desestimación. Así, sostuvo que la propuesta del diputado Gallo “fue desestimad[a] porque se siguió [...] lo establecido en el Pacto de San José de Costa Rica, que [al identificar el universo de las personas a quienes concede derechos] comienza diciendo ‘toda persona’ sin hacer ningún tipo de calificación de los delitos [artículo 7.5 de la CADH]”. La referencia del diputado Pichetto al texto del Pacto de San José de Costa Rica era especialmente pertinente porque la ley 24.390 era reglamentaria del derecho a ser juzgado en un plazo razonable y su objetivo principal era compensar a los condenados por las detenciones preventivas que se

prolongaron más allá de lo que, en ese momento, el legislador entendió que era un plazo razonable. Como puede advertirse, era indudable que fue la intención del legislador que el artículo 7º de la ley 24.390 fuese aplicable a todos los delitos que no estuvieran expresamente excluidos, independientemente de su gravedad, lo que incluye, por supuesto, a los delitos de lesa humanidad.

En suma, el modo en que la ley 24.390 fue concebida por quienes la sancionaron y la forma en que fue interpretada y aplicada desde su sanción muestran que no había ningún punto oscuro que aclarar respecto de si ella es aplicable a personas que no hubieran estado privadas de libertad durante su vigencia o que hubiesen sido condenados por delitos de lesa humanidad.

15) Conviene aclarar en este punto que no es posible argumentar, como se ha hecho, que el cómputo de la prisión preventiva ordenado por la ley 24.390 no puede aplicarse a delitos de lesa humanidad aduciendo que esa categoría de delitos no podía ser castigada cuando la ley 24.390 fue sancionada debido a que, en ese momento, regían las leyes 23.492 de Punto Final y 23.521 de Obediencia Debida. Según este argumento, en tanto dicha categoría de delitos no podía ser castigada, la categoría en cuestión no podía formar parte del universo de delitos cuya prisión preventiva el legislador quiso regular al sancionar la ley 24.390.

Ese argumento es inatendible por varias razones. En primer lugar, el tenor literal de la ley 24.390 es claro y no excluye de su alcance a los delitos de lesa humanidad. Por regular una cuestión penal, la ley 24.390 debe interpretarse de un modo literal y no puede alterarse su sentido en perjuicio del imputado a partir de consideraciones contrafácticas como lo es una arriesgada conjetura acerca de lo que pudo haber sido la real intención del legislador.

En segundo lugar, el argumento que aquí se controvierte asume que la ley 24.390 solo puede ser aplicable a los delitos perseguibles al tiempo de su sanción. Esta suposición es incorrecta. Salvo que resulte más gravosa, cualquier ley penal que regula aspectos generales acerca del modo en que se deben castigar delitos, como la ley 24.390, es aplicable no solo a los delitos que hubieran sido perseguibles al tiempo de su sanción sino a todos los delitos que sean perseguibles al momento en que dicha ley tenga que ser aplicada en un caso concreto. Así, por ejemplo, si con posterioridad a la sanción de una ley que modifica el modo en que se deben graduar las penas se incorpora al Código Penal un nuevo delito, nadie puede dudar de que debe aplicarse esa ley al nuevo delito, aun cuando este no hubiera estado ya tipificado al momento de la sanción de dicha ley y, en consecuencia, no hubiera sido perseguible entonces. En síntesis, el hecho de que los delitos aquí investigados no fueran perseguibles al momento de la sanción de la ley 24.390 es completamente irrelevante para decidir si dicha ley es aplicable a los autores de tales delitos.

En tercer lugar, del hecho de que las leyes 23.492 de Punto Final y 23.521 de Obediencia Debida estuvieran vigentes al momento de sancionarse la ley 24.390 no puede inferirse que la categoría de delitos de lesa humanidad no formara parte del universo de delitos que el legislador tenía en consideración al dictar la ley en cuestión. En efecto, el argumento que aquí se analiza olvida que las leyes 23.492 y 23.521 no hicieron imposible la persecución de todos los delitos de lesa humanidad. La ley 23.492, por ejemplo, estableció que *no* quedaba extinta la acción penal respecto de la sustitución de estado civil y de la sustracción y ocultación de menores (artículo 5º) y la ley 23.521, por su parte, dispuso que *según siendo*

punibles los delitos de violación, sustracción y ocultación de menores o sustitución de su estado civil (artículo 2º). Y no debe olvidarse que los delitos de sustracción y ocultación de menores o sustitución de su estado civil, vinculados a desapariciones forzadas, han sido caracterizados como delitos de lesa humanidad (Fallos: 332:1769, voto del juez Maqueda y disidencia parcial de los jueces Lorenzetti y Zaffaroni).

En virtud de lo dicho en el párrafo precedente es indisputable que, aún después de sancionadas las leyes 23.492 y 23.521, estaba abierta la posibilidad jurídica de castigar algunos delitos de lesa humanidad. Por ello, contrariamente a lo que sostiene el argumento que aquí se examina, no es cierto que el legislador, al momento de sancionar la ley 24.390, no se pudo haber representado que el cómputo diferencial de la prisión preventiva que ordenaba dicha ley sería también aplicable a la categoría de delitos de lesa humanidad. El lenguaje incondicionado usado por el legislador es indicador de lo contrario. Este lenguaje, entonces, es una señal clara de que su decisión fue que la ley 24.390 se aplicase a todos los delitos, salvo a los expresamente excluidos por el artículo 10 (es decir, a los delitos agravados vinculados con el tráfico de estupefacientes).

16) Según surge de las consideraciones anteriores, en suma, el tenor del artículo 7º de la ley 24.390 y el modo en que dicha norma fue concebida, interpretada y aplicada a lo largo del tiempo muestran que no había ni podía haber dudas sobre su sentido y, por ello, sobre su alcance. En el artículo 7º de la ley 24.390 no había nada que interpretar o aclarar. Dada la inexistencia de toda necesidad de aclarar el alcance de dicha norma, la ley 27.362 no puede ser caracterizada como una ley interpretativa.

17) El carácter innovativo y no meramente interpretativo de la ley 27.362 no surge solo de las consideraciones precedentes sino que quedó también de manifiesto en el debate parlamentario.

En efecto, los legisladores que sancionaron la ley 27.362 expusieron con claridad que lo que buscaban no era interpretar el artículo 7º de la ley 24.390 sino que, en realidad, querían modificar su alcance. El diputado Tonelli dijo —reveladoramente— que los diputados habían “querido buscar una solución a esa aplicación ultraactiva de la ley 24.390 que nos parece francamente inconveniente”. Agregó que “la derogación de la norma (la ley 24.390) no alcanza como solución, porque en la medida en que siga siendo la ley penal más benigna será nuevamente aplicada por los tribunales. [...]”. Por ello, concluyó que “la solución consiste en sancionar una norma que constituya una interpretación auténtica de la ley 24.390” y que para hacerlo no había “nadie más autorizado que el propio legislador que aprueba la ley, al cabo de un tiempo y a la luz de los resultados que ha producido” (sesión del 9 de mayo de 2017, énfasis añadido). Obviamente, nadie que busque cambiar los “resultados que ha producido” una ley busca meramente interpretarla. El diputado Gioja, ratificando que los legisladores intentaban cambiar el alcance de la ley 24.390 y no meramente interpretar su sentido, afirmó: “Desde la política, cuando... nos enteramos del fallo empezamos a pensar en qué hacer. [...]”. Luego agregó que “al parecer, hoy hemos encontrado una solución desde la política”. Nadie que busca encontrar “una solución desde la política” a la cuestión del alcance de una ley aspira solo a interpretarla.

En definitiva, el debate legislativo muestra con claridad que la ley 27.362 se sancionó con un solo propósito: corregir otra ley que se juzgaba inconveniente. Esta Corte ha invali-

dado leyes interpretativas cuando “lejos de haber querido aclarar [...] solo se propus[ieron] modificar[las] con el fin de evitar inconvenientes emergentes no de anfibología o falta de claridad sino de efectos inconvenientes por lo inesperados en su cabal aplicación” (Fallos: 187:352; en el mismo sentido, Fallos: 134:57; 187:360).

18) En suma, es ineludible concluir que la ley 27.362 no es un intento genuino de aclarar una duda o algún concepto equívoco sino una manera de dar respuesta a una reacción social provocada por una decisión de esta Corte. El intento de dar respuesta legislativa a una extendida reacción social a un fallo de esta Corte resulta comprensible, dada la función de todo poder legislativo de ser sensible a las convicciones y preferencias de sus representados. Ello no significa, sin embargo, que sea posible concederle el carácter de verdaderamente interpretativa a una ley que no lo es, ni otorgarle a una ley el carácter de constitucionalmente válida cuando no lo tiene.

19) La conclusión a la que se acaba de llegar sobre el carácter innovativo o modificatorio de la ley 27.362 no puede ser desafiada a partir de la existencia de sentencias contradictorias respecto de la aplicación del artículo 7º de la ley 24.390 a los delitos de lesa humanidad. Sobre este particular, esta Corte ha sostenido que no basta que haya sentencias contradictorias sobre el alcance de una ley para que una ley posterior que pretende poner fin a dicha contradicción sea genuinamente interpretativa. La ley es genuinamente interpretativa solo si el desacuerdo de los tribunales es el producto de la imposibilidad de otorgarle sentido unívoco a las normas en cuestión (doctrina de Fallos 187:352, 360) y, como se ha señalado, en este caso no había imposibilidad alguna de otorgarle sentido unívoco al artículo 7º de la ley 24.390 supuestamente interpretado.

20) La conclusión sobre el carácter innovativo o modificatorio de la ley 27.362 tampoco puede controvertirse aduciendo que el artículo 7º de la ley 24.390 no puede ser entendido como aplicable a delitos de lesa humanidad porque ello implicaría un indulto, una amnistía o una conmutación de pena, o porque violaría el principio de proporcionalidad de la pena. Como se mostrará en los considerandos que siguen, el artículo 7º de la ley 24.390 en modo alguno constituye un indulto, una amnistía o una conmutación de pena, ni viola el principio de proporcionalidad de la pena.

21) A diferencia del indulto, que solo puede ser dictado por el Presidente, es de carácter particular y produce la extinción de las penas por delitos sujetos a la jurisdicción federal (artículo 99 inciso 5 de la Constitución Nacional; Fallos: 165:199 —considerando 5º—; entre otros), la ley 24.390 fue dictada por el Congreso, tiene alcance general y no supone la extinción de las penas. Por ello, no es un indulto.

Es evidente además que el artículo 7º de la ley 24.390 no constituye una amnistía porque, como se dijo, esa norma no extingue la pena ni hace desaparecer el delito, efectos ambos connaturales al instituto de la amnistía. Así lo ha dicho esta Corte al señalar consistentemente que “el efecto de toda amnistía es borrar lo pasado y considerar que no se ha cometido delito alguno” (Fallos: 11:405; en igual sentido Fallos: 178:157, 377; 211:1670; 288:233; entre otros), extinguiendo “la acción y la pena si antes hubiese sido impuesta” (Fallos: 178:377; en igual sentido, Fallos: 149:214; 211:1670; 306:911). Nada de esto ocurre con la norma analizada, puesto que el carácter delictivo de los hechos por los que se condenó al recurrente se mantiene y las penas subsisten.

Finalmente, tampoco se trata de una conmutación de pena. La conmutación es una facultad presidencial (artículo 99 inciso 5, Constitución Nacional) que se ejerce de modo individual, lo que la distingue de la ley 24.390, dictada por el Congreso de la Nación con alcance general y en ejercicio de facultades legislativas propias. Pero inclusive a la luz de jurisprudencia que ha admitido la validez constitucional de conmutaciones *generales* de penas dictadas por el Congreso, sea como una variante de la amnistía, sea como una instancia de aplicación de la facultad de despenalizar conductas que tiene el Congreso (Fallos: 308:1298; 310:1026), no estamos en presencia de una conmutación de penas.

En efecto, no toda reducción de la cantidad de los días que, en definitiva, un condenado debe pasar en prisión constituye una conmutación de pena. Conceptualmente la conmutación de pena supone, además de la reducción de la cantidad de días de prisión impuesta por la sentencia condenatoria, que dicha reducción sea adoptada por una decisión *posterior* de otro poder del Estado. En ese entendimiento, esta Corte destacó en Fallos: 308:1298 que el mero hecho de que una modalidad especial y beneficiosa de cómputo de la prisión preventiva prevista en la ley y aplicada por los jueces suponga que una persona pase, en definitiva, menos días en prisión que los determinados al imponerse la pena, no implica que se efectúe una conmutación de la pena (considerando 4º, primer voto de los jueces Caballero y Fayt; considerando 7º, disidencia de los jueces Belluscio y Bacqué). En el presente caso el cómputo de la pena más beneficioso que el recurrente solicitó está previsto en la legislación penal aplicable (artículo 7º de la ley 24.390, en función de los artículos 2º y 3º del Código Penal). No existe un acto posterior de otro poder que modifique la pena impuesta en la sentencia dictada en base a la legislación aplicable. En virtud de ello, no puede considerarse que existe una conmutación de pena.

Por último, debe destacarse que el indulto, la amnistía y la conmutación de pena son institutos excepcionales que se aplican por razones fundamentalmente políticas (doctrina que emerge de Fallos: 263:460; 315:2421; 316:507; entre otros) desvinculadas de los derechos de los condenados. El artículo 7º de la ley 24.390, en cambio, es una ley penal material que el Congreso ideó como una manera de reparar el agravio sufrido por los imputados dado lo dispuesto por el artículo 7 apartado 5 de la CADH, agravio que, según el Congreso, fue causado por el Estado al someterlos a un lapso de prisión preventiva que excedía el plazo razonable (como en el caso de Batalla, quien estuvo detenido cautelarmente sin sentencia firme durante más de ocho años). Efectivamente, según se dispone en su artículo 9º, la ley 24.390 se concibió como “*reglamentaria del artículo 7, punto 5, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*” e intentó compensar lo que se entendió era una violación a un derecho humano. En otras palabras, el cómputo de prisión preventiva que la ley 24.390 establecía no era una concesión graciosa del Congreso al condenado sino un modo de reparar aquello de lo que, según se entendía, fue privado en violación del derecho constitucional y del derecho internacional de los derechos humanos vigente.

La idea de que el “dos por uno” no es un beneficio concedido a quienes nada merecen sino una manera de compensar un agravio que el Estado había causado con anterioridad fue confirmada por esta Corte en la causa CSJ 210/2005 (41-V)/CS1 “Veliz, Linda Cristina s/ causa n° 5640”, sentencia del 15 de junio de 2010. Allí se dispuso que debía honrarse el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable o ser puesto en libertad, derecho acordado a toda persona detenida según los términos del artículo 7, apartado 5 de la CADH. En la justificación de su decisión esta Corte agregó que “la limitación de la libertad personal

durante el proceso motivada en el reproche o repulsa social de ciertas conductas, por más aberrantes que puedan ser [...] desvirtúa la naturaleza cautelar de la prisión preventiva al convertirla en pena anticipada”. Más aun, en este caso el Tribunal específicamente decidió que excluir del cómputo diferencial a delitos aberrantes era inconstitucional.

22) Tampoco hay ninguna razón para sostener que el cómputo de la pena en los términos exigidos por el artículo 7° de la ley 24.390 infringe la proporcionalidad de las penas.

La determinación de si una pena es proporcional o no requiere de un proceso evaluativo necesariamente relacional y complejo. Efectivamente, para sostener que una pena en particular es proporcional es necesario, en primer lugar, comparar esa pena con el delito cometido (no solo en abstracto sino atendiendo a las circunstancias de modo, tiempo y lugar que rodean su comisión). En segundo lugar, deben considerarse también los otros delitos tipificados por la ley y sus respectivas penas, no para ver si existe alguna correspondencia entre el delito cometido y su pena, sino para determinar si la gravedad de las penas previstas para los otros delitos guarda algún tipo de correspondencia con la diferencia de gravedad que encontramos entre el delito cometido y los otros delitos.

Sobre el primer punto, conviene recordar que el recurrente estuvo sometido a un extenso período de prisión preventiva cuando todavía no había sido condenado y ello, según el Congreso que sancionó la ley 24.390, constituyó un agravio que necesitaba ser compensado o neutralizado por el Estado a través del mecanismo del cómputo más beneficioso. Por consiguiente, la ley 24.390 al establecer que la pena debía ser computada teniendo en cuenta el agravio de haber estado sometido a prisión preventiva por más de dos años sin sentencia firme no violó el requisito de proporcionalidad sino que, muy por el contrario, constituyó el modo en que el Congreso entendió que se volvían proporcionales las penas impuestas a quienes sufrieron dicho agravio.

Por su parte, en lo que respecta a la comparación entre la pena atribuida a este tipo de delitos y las penas dispuestas para otros delitos, debe recordarse que el artículo 7° de la ley 24.390 estatuyó un método de cálculo de la condena para absolutamente todas las personas que habían estado en prisión preventiva durante un lapso inadmisiblemente por excesivo e independientemente de la gravedad del delito cometido. Por ello, no puede sostenerse, sin un argumento adicional que en el caso no ha sido ofrecido, que se viola el principio de proporcionalidad cuando se aplica el artículo 7° de la ley 24.390 a los delitos de lesa humanidad si todas las penas atribuidas a todas las conductas punibles (excepto las expresamente excluidas) fueron reducidas en exactamente la misma proporción.

23) Nada de esto supone desconocer que los delitos de lesa humanidad no pueden ser equiparados a los delitos comunes y que el Estado argentino tiene, entre otras obligaciones internacionales, la de sancionar a sus responsables con “penas adecuadas” o “apropiadas” (artículo 4.2 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; artículo III de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; ambas con jerarquía constitucional a tenor del artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional; artículo 7 de la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas; norma que goza de jerarquía suprallegal, artículo citado). Sin embargo, de la particular naturaleza de los delitos de lesa humanidad no se sigue que la aplicación de la ley 24.390 haría inadecuada la pena impuesta al recurrente.

Qué es lo que constituye una pena “adecuada”, “apropiada” o, en definitiva, proporcional es un punto que el derecho internacional deja librado al criterio de los Estados que juzgan estos crímenes. Las decisiones tomadas por el legislador argentino en este sentido reafirman las conclusiones a las que se arribó en el considerando precedente en el sentido de que la pena que se aplicaría al recurrente en virtud de lo dispuesto por la ley 24.390 es adecuada y, como tal, no viola el principio de proporcionalidad.

En efecto, la ley 26.200 que implementa el Estatuto de Roma —tratado diseñado específicamente para el juzgamiento penal de, entre otros, delitos de lesa humanidad— dispuso que la pena aplicable a condenados por crímenes de lesa humanidad tiene como mínimos y máximos 3 y 25 años de prisión, pudiendo llegar a la pena de prisión perpetua en caso de muerte de la víctima (artículo 9). Para graduar la pena, la referida ley estableció que las escalas previstas en el Código Penal para los diferentes tipos delictivos constituyen un piso y un techo para las penas correspondientes a los delitos de lesa humanidad, debiendo tomarse en consideración para la fijación de la pena en concreto las mismas circunstancias fijadas en el artículo 41 del Código Penal para el resto de los delitos (artículo 12 de la ley 26.200). Esa idea también se expresó en los fundamentos de la ley 26.200 donde se dijo que “los delitos tipificados en el Código Penal de la Nación deben ser tomados como tipos básicos de los delitos tipificados en el Estatuto de Roma [...] y [...] las penas dispuestas en sus escalas punitivas deben servir como pautas limitadoras de la escala penal prevista para los delitos internacionales”.

En ese sentido, la aplicación del artículo 7º de la ley 24.390 al cómputo de la pena aplicable a Batalla no determinó que el recurrente haya tenido una pena inadecuada en tanto el monto de pena que le correspondería queda dentro de lo que la ley 26.200 consideró una pena proporcional, “adecuada” o “apropiada” para el tipo de delito atribuido.

24) Corresponde aclarar, para terminar, que lo dicho hasta aquí también está en línea con las interpretaciones sostenidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El sistema interamericano no excluye la posibilidad de leyes que determinen un cómputo diferencial de la prisión preventiva como la que aquí se analiza, ni supone que ellas conlleven necesariamente una violación del principio de proporcionalidad de las penas. Así, en el caso “Barrios Altos” la Corte Interamericana sostuvo que “[e]n atención a la regla de proporcionalidad, los Estados deben asegurar, en el ejercicio de su deber de persecución de esas graves violaciones, que las penas impuestas no se constituyan en factores de impunidad, tomando en cuenta varios aspectos como las características del delito y la participación y culpabilidad del acusado”. También sostuvo que la regla de proporcionalidad no excluía todo beneficio que pudiera concederse al imputado sino solo “el otorgamiento indebido de beneficios en la ejecución de la pena” que pueda “eventualmente conducir a una forma de impunidad, particularmente cuando se trate de la comisión de graves violaciones a los derechos humanos” (resolución de fecha 7 de septiembre de 2012, párrafo 55; la misma idea aparece en el caso “Gómez Paquiyauri vs. Perú”, sentencia del 8 de julio de 2004, párrafo 145). En el caso, no se advierte en modo alguno que el cómputo reclamado por el recurrente se traduzca en impunidad ni que su otorgamiento pueda ser calificado como “indebido” en el marco legal y constitucional aplicable.

25) Las consideraciones precedentes muestran, en conjunto, que no es posible sostener válidamente que el artículo 7º de la ley 24.390 requería ser interpretado. También eviden-

cian que al dictar la ley 27.362 el Congreso no intentó interpretar dicha norma sino que en realidad buscó modificarla. Ello es así porque el legislador consideró indeseables las consecuencias de la aplicación del artículo 7º de la ley 24.390 a los casos que esa norma regulaba. Esa modificación se realizó en perjuicio del condenado y ello basta para concluir que la ley 27.362 es inválida.

26) Los considerandos anteriores son suficientes para decidir la cuestión planteada pero hay otra razón, quizás más fundamental todavía, por la que la ley 27.362 no puede ser tenida por válida. Efectivamente, aun si esa ley fuera genuinamente interpretativa, no puede ser aplicada porque hacerlo constituiría una violación flagrante de una de las garantías centrales en la tradición del humanismo liberal: el principio de irretroactividad penal (artículo 18, Constitución Nacional).

27) Este principio, según el cual la ley penal no puede aplicarse retroactivamente en perjuicio del imputado, es constitutivo de la idea misma del derecho como una práctica social ordenatoria y regulativa y es uno de los rasgos que permite distinguir al derecho del mero ejercicio del poder y la coacción. Su primera documentación contemporánea, cuyo origen puede rastrearse al principio de legalidad contenido en la Carta Magna de 1215 (artículos XLVI y LX, entre otros), aparece en las dos grandes proclamaciones del pensamiento humanista y liberal del siglo XVIII: la Constitución de los Estados Unidos de 1787 (artículo I, sección X) y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (artículo 8). En ambos casos, la garantía apunta a que el individuo solo pueda ser castigado dentro de los límites fijados de antemano por el derecho.

Al sancionar en el artículo 18 de la Constitución Nacional el principio de irretroactividad de la ley penal, nuestros constituyentes recogieron una de las manifestaciones más conspicuas de las exigencias del humanismo liberal. En consonancia con ello y desde sus primeros pronunciamientos esta Corte suscribió el credo plasmado en dicha norma y sostuvo que tiene una importancia capital. Afirmó así, ya en el año 1880, que el artículo “diez y ocho... de la Constitución Nacional” se refiere a causas criminales y “condena las leyes de efecto retroactivo, en cuanto se agrave por ellas la pena, o se empeoren las condiciones del encausado” (Fallos: 31:82). La relevancia de este principio fue destacada una y otra vez y, ya bien entrado el siglo XX, este Tribunal puso claramente de manifiesto el carácter indrogable del principio de irretroactividad de la ley penal al destacar que “es jurisprudencia de esta Corte que esta garantía comprende la exclusión de disposiciones penales posteriores al hecho infractor —leyes “ex post facto”— que impliquen empeorar las condiciones de los encausados, según ha quedado establecido como una invariable doctrina (Fallos: 17:22; 31:82; 117:22, 48 y 222; 133:216; 140:34; 156:48; 160:114; 169:309; 184:531; 197:569; 254:119, consid. 19º)” (Fallos: 287:76).

28) El carácter central de la garantía de la irretroactividad de la ley penal se pone claramente de manifiesto en el hecho de que esta Corte jamás tuvo que fallar, antes de ahora, un caso donde estuviera en juego una ley penal interpretativa retroactiva y de carácter más gravoso. Todos los casos de leyes interpretativas conciernen a otros dominios o disciplinas (se trata de casos civiles, previsionales, impositivos o de honorarios). De hecho, aun cuando esta Corte solo se pronunció en ese tipo de casos, tuvo el cuidado de recalcar que en materia penal el artículo 18 de la Constitución Nacional impide la aplicación retroactiva de la ley más gravosa (Fallos: 184:620; 287:104).

En efecto, este Tribunal ha dicho que en materia civil, previsional, impositiva o de honorarios la ley auténticamente interpretativa puede tener efecto retroactivo salvo que la relación jurídica esté agotada o que haya un derecho adquirido al amparo de la ley interpretada anterior (Fallos: 127:106; 134:57; 166:133; 184:621; 187:352; 234:717; entre muchos otros). En materia penal, sin embargo, esta Corte ha dicho de modo categórico que rige de modo irrestricto el principio de irretroactividad de la ley penal más gravosa (Fallos: 117:48, 222; 133:216; 156:48; 287:76) y, por ello, no son admisibles las leyes interpretativas más desfavorables.

29) La vigencia de la garantía de la irretroactividad de la ley penal fue reconocida incluso cuando este Tribunal se pronunció acerca de la validez de la ley 25.779, norma que declaró la nulidad de las leyes de Obediencia Debida y Punto Final.

En efecto, la mayoría de jueces cuyos votos conformaron la decisión en “Simón” (Fallos: 328:2056) hizo un esfuerzo importante por mostrar que lo que se decidía no afectaba el principio de irretroactividad de la ley penal. En este sentido, los jueces argumentaron que los delitos imputados podían ser sancionados, no en virtud de que una ley posterior hubiera declarado la imprescriptibilidad de la acción penal que los incriminaba —lo que hubiera violado el principio de irretroactividad—, sino en razón de que dichos delitos ya eran imprescriptibles y no podían ser objeto de amnistía según el derecho vigente al momento de su comisión (voto concurrente del juez Boggiano, considerandos 43 y siguientes; voto concurrente del juez Maqueda, considerandos 31 y siguientes, 62, 90 y siguientes; voto concurrente del juez Zaffaroni, considerando 27; voto concurrente de la jueza Highton de Nolasco, considerandos 20 y 25; voto concurrente del juez Lorenzetti, considerandos 21 y 30). A ello se suma la disidencia del juez Fayt, quien no difirió respecto de la importancia central del principio de irretroactividad sino, más bien, acerca de la cuestión de si dicho principio estaba siendo vulnerado o no en el caso (disidencia del juez Fayt, considerandos 35 a 43, 49, 63 a 65).

30) En el plano del derecho internacional de los derechos humanos, el principio de legalidad ha sido reconocido desde sus inicios como uno de sus principios fundantes en sus principales instrumentos (artículo 11.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículo XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; artículo 15.1 del PIDCyP) y su corolario de la irretroactividad de la ley penal más gravosa ha recibido también consagración expresa (artículo 9 de la CADH; artículo 15.1 del PIDCyP). Su relevancia es tal que, en el sistema regional de derechos humanos, los principios de legalidad y de retroactividad más benigna no pueden ser suspendidos ni aun en “casos de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte” (artículo 27.2 de la CADH).

En el ámbito del derecho internacional penal, la irretroactividad de la ley penal más gravosa es también reconocida como uno de sus principios rectores. A tal punto ello es así que los Estados que negociaron el Estatuto de Roma (aprobado por ley 25.390 y ratificado por la Argentina el 16 de enero de 2001) incluyeron disposiciones específicas que establecen la vigencia irrestricta tanto de la regla de la irretroactividad de la ley penal como de la referida a la aplicación necesaria de la ley penal más benigna (artículos 22, 23 y 24). No debe perderse de vista que el mencionado Estatuto creó la Corte Penal Internacional con la misión de juzgar “los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad inter-

nacional en su conjunto”, entre los cuales se encuentran los crímenes de lesa humanidad (artículo 5), ratificando que incluso para los peores crímenes que conozca la humanidad es inadmisibles aplicar leyes penales retroactivamente, salvo que con ello se favorezca al acusado. De manera concordante, al implementar el Estatuto de Roma nuestro país salvaguardó la plena vigencia de estas normas al mandar que ninguno de los delitos previstos en ese Estatuto pueden ser sancionados “en violación al principio de legalidad consagrado en el artículo 18 de la Constitución Nacional” (artículo 13, ley 26.200).

31) En suma, en nuestra tradición constitucional y en toda la cultura jurídica y política en que ella se enmarca, el principio de irretroactividad penal no está sujeto a limitaciones y debe, por ello, aplicarse sin condicionamientos. Su fuerza normativa proviene del hecho de que funciona como la principal y más eficaz garantía frente al ejercicio arbitrario del poder punitivo estatal. Como el principio de legalidad del cual deriva, el principio de irretroactividad disciplina y limita el poder punitivo del Estado y constituye, en última instancia, el mejor parámetro para distinguir entre un Estado de Derecho y un mero derecho de estado. La garantía de irretroactividad de la ley penal no puede ser entendida como una aspiración que puede ser contingentemente satisfecha en mayor o menor medida sino que constituye un imperativo categórico consustancial con nuestro sistema democrático constitucional. En tanto derivación del principio de legalidad, se trata de uno de los principios fundamentales que hace posible una democracia constitucional y republicana como la nuestra (doctrina de Fallos: 178:355; 275:89; 311:2553; 327:388; entre otros). En la medida en que dicho principio está violado en el caso de autos por lo dispuesto por la ley 27.362, no queda más opción que declarar la inconstitucionalidad de dicha ley pese al extendido consenso que subyació a su sanción por el Congreso de la Nación.

32) La difícil decisión de declarar la inconstitucionalidad de la ley 27.362 está sustentada en la firme convicción de que la Constitución es el mandato que, independientemente de nuestras concepciones políticas o ideológicas y de nuestras preferencias acerca de la manera en que se deberían tratar los asuntos comunes, todos debemos respetar. Es nuestra carta de navegación y el único contrato social que debe guiarnos. La Constitución nos exige extender las garantías que consagra —como el principio de irretroactividad de la ley penal— a todos, incluido el aquí recurrente.

En virtud de ello, debemos resistir la tentación, comprensible pero en definitiva injustificada, de juzgar a los crímenes cometidos por el recurrente con normas incompatibles con las que la Constitución prevé. Más allá de lo que podamos ganar circunstancialmente, como sabiamente recordara la jueza Argibay, “para la Constitución no siempre es verdad que cuanto más rápido y directo mejor” (considerando 24 de su disidencia parcial en Fallos: 336:1774). Más aun, apartarnos de la Constitución pone en peligro el mejor, pero a la vez el más frágil, arreglo institucional que se ha inventado para que gente que está en desacuerdo acerca de muchas cuestiones pueda aspirar a convivir.

33) Despejada la cuestión relativa a la posibilidad de aplicar la ley 27.362 al presente caso, corresponde pronunciarse sobre el planteo de la defensa respecto de que el cómputo de la pena debe realizarse de acuerdo con lo previsto en el artículo 7º de la ley 24.390. Sobre este punto corresponde, a fin de evitar reiteraciones innecesarias, remitir en lo pertinente a lo resuelto en Fallos: 340:549.

Por ello, y oída la señora Procuradora General de la Nación, se hace lugar a la queja y al recurso extraordinario, se declara la inconstitucionalidad de los artículos 1º, 2º y 3º de la ley 27.362 y se revoca la sentencia apelada. Notifíquese y remítase a fin de que, por intermedio de quien corresponda, se dicte un nuevo fallo con arreglo al presente.

CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ.



JERARQUÍA DE INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

“GIROLDI” (FALLOS: 318:514)

Ante el rechazo del recurso por parte de la Cámara Federal de Casación la Corte sostuvo que la forma más adecuada para asegurar la garantía de la doble instancia en materia penal era declarar la invalidez constitucional de la limitación del ordenamiento procesal en cuanto veda la admisibilidad del recurso de casación contra las sentencias en razón del monto de la pena.

Destacó el Tribunal que la reforma constitucional de 1994 confirió jerarquía constitucional a varios acuerdos internacionales (art. 75.22) entre ellos la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que dispone que toda persona inculpada de delito tiene derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

El fallo fue decidido por unanimidad por los jueces NAZARENO, MOLINÉ O’CONNOR, FAYT, BELLUSCIO, PETRACCHI y BOGGIANO.

Principales ejes temáticos del fallo

» A partir de la reforma introducida por la ley 23.774, que otorgó a la Corte Suprema la facultad de rechazar, por la sola aplicación del art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, recursos extraordinarios por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia, en hipótesis como la del art. 459, inc. 2°, del Código Procesal Penal de la Nación, el remedio federal no constituye un remedio eficaz para la salvaguarda de la garantía de la doble instancia que debe observarse dentro del marco del proceso penal como “garantía mínima” para “toda persona inculpada de delito” (artículo 8°, párrafo 2°, apartado h, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

» La “jerarquía constitucional” de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente, “en las condiciones de su vigencia” (artículo 75, inc. 22, 2° párrafo), esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación.

» La jurisprudencia de los tribunales internacionales competentes para la interpretación y aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos

Enlaces destacados

» [Ver más](#)

› [Versión Word](#)

» [Dictamen](#)

» [Doctrina del fallo](#)

relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana (confr. arts. 75 de la Constitución Nacional, 62 y 64 Convención Americana y artículo 2° ley 23.054).

» A la Corte, como órgano supremo de uno de los poderes del Gobierno Federal, le corresponde – en la medida de su jurisdicción aplicar los tratados internacionales a que el país está vinculado, ya que lo contrario podría implicar responsabilidad de la Nación frente a la comunidad internacional.

» La declaración de inconstitucionalidad del art. 459, inc. 2°, del Código Procesal Penal de la Nación permite, desde el punto de vista de las garantías del proceso penal, cumplir acabadamente con los compromisos asumidos en materia de derechos humanos por el Estado Nacional a la vez que salvaguarda la inserción institucional de la Cámara Nacional de Casación Penal en el ámbito de la justicia federal y respeta el sentido del establecimiento de órganos judiciales “intermedios” en esa esfera.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 7 de abril de 1995.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por Osvaldo Iuspa (defensor oficial) en la causa Girolidi, Horacio David y otro s/ recurso de casación -causa N° 32/93”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando

1°) Que el Tribunal Oral en lo Criminal N° 6 de la Capital Federal condenó a Horacio David Girolidi a la pena de un mes de prisión en suspenso, como autor penalmente responsable del delito de robo simple en grado de tentativa. Contra dicho pronunciamiento, la defensora oficial interpuso recurso de casación.

Sostuvo, en cuanto al fondo del litigio, que la sentencia del tribunal oral violaba la garantía de la defensa en juicio. Consideró, además, a fin de fundar la admisibilidad del mencionado recurso, que era inconstitucional el límite impuesto por el artículo 459, inc. 2°, del Código Procesal Penal de la Nación, por contrariar lo dispuesto en el artículo 8°, inc. 2°, ap. h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que otorga a toda persona inculpada de delito el derecho “...de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”.

2°) Que la Cámara Nacional de Casación Penal (Sala I) rechazó el planteo de inconstitucionalidad y, en consecuencia, declaró inadmisibile el recurso de casación. Para llegar a ese resultado, el a quo invocó, en lo que interesa, el caso “Jáuregui” (Fallos: 311:274), en el que esta Corte resolvió que el requisito de la doble instancia judicial en materia penal quedaba satisfecho con la posibilidad de interponer el recurso extraordinario previsto en el artículo

14 de la ley 48. Contra el pronunciamiento de la Cámara de Casación, la defensa interpuso recurso extraordinario, cuya denegación dio origen a la presente queja.

3°) Que el recurso es admisible en tanto se ha puesto en tela de juicio la validez de una ley nacional por ser contraria a normas de la Constitución Nacional y de un tratado internacional al que ella hace referencia, y la decisión ha sido adversa al derecho fundado en estas últimas (artículo 14, inciso 3°, de la ley 48).

4°) Que el a quo sostuvo que: “Por virtud de los límites objetivos fijados en los arts. 458 a 462 del Código Procesal Penal no hay posibilidad de recursos de casación ni inconstitucionalidad... y la causa ha fenecido en instancia única, por lo que su sentencia es final y contra ella cabe el recurso extraordinario de apelación”.

5°) Que la reforma constitucional de 1994 ha conferido jerarquía constitucional a varios acuerdos internacionales (artículo 75, inciso 22, segundo párrafo), entre ellos la Convención Americana sobre Derechos Humanos que, en su ya recordado artículo 8°, párrafo 2°, inciso h, dispone que toda persona inculpada de delito tiene derecho “de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”.

6°) Que en virtud de lo expuesto corresponde determinar si dentro del ordenamiento procesal penal existen el órgano y los procedimientos para dar adecuada satisfacción a la garantía constitucional antes invocada. En ese sentido, la inexistencia de recursos en la ley de rito ha conducido al a quo a sostener que la sentencia del tribunal oral era susceptible del recurso extraordinario ante esta Corte, sobre la base del precedente “Jáuregui” (cit.).

7°) Que en el caso antedicho, el Tribunal consideró que el requisito previsto en el ya señalado artículo 8°, párrafo 2°, inciso h, de la Convención se hallaba satisfecho por la existencia del recurso extraordinario federal ante este Tribunal (Fallos: 311:274, considerando 6° del voto de la mayoría, 7° del voto del juez Caballero y 6° del voto del juez Petracchi).

Sin embargo, las reglas y excepciones que en aquella época determinaban la competencia apelada de la Corte Suprema sufrieron modificaciones a partir de la reforma introducida en el año 1990 por la ley 23.774, que otorgó al Tribunal la facultad de rechazar, por la sola aplicación del artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, recursos extraordinarios por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia.

8°) Que en tales condiciones puede sostenerse hoy con nuevos fundamentos que, en hipótesis como la de autos, el recurso extraordinario no constituye un remedio eficaz para la salvaguarda de la garantía de la doble instancia que debe observarse dentro del marco del proceso penal como “garantía mínima” para “toda persona inculpada de delito” (artículo 8°, párrafo 2°, apartado h, de la Convención).

9°) Que, asimismo, las reformas introducidas por las leyes 23.984 y 24.050 respecto de los distintos órganos judiciales que conforman los “tribunales inferiores” de la justicia nacional (artículo 75, inciso 20, de la Ley Fundamental), incluyeron la creación de la Cámara Nacional de Casación Penal.

Esta circunstancia modificó la organización del Poder Judicial de la Nación existente para la época en que fue fallado el caso “Jáuregui” -que no contemplaba un “tribunal intermedio” entre la Corte Suprema y las Cámaras Nacionales o Federales de Apelación-. La Cámara Nacional de Casación Penal ha sido creada, precisamente, para conocer, por vía de los recursos de casación e inconstitucionalidad -y aún de revisión- de las sentencias que dicten, sobre los puntos que hacen a su competencia, tanto los tribunales orales en lo criminal como los juzgados en lo correccional.

10) Que lo expuesto determina que la forma más adecuada para asegurar la garantía de la doble instancia en materia penal prevista en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 8°, inc. 2°, ap. h), es declarar la invalidez constitucional de la limitación

establecida en el artículo 459, inc. 2, del Código Procesal Penal de la Nación, en cuanto veda la admisibilidad del recurso de casación contra las sentencias de los tribunales en lo criminal en razón del monto de la pena.

11) Que la ya recordada “jerarquía constitucional” de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (considerando 5°) ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente, “en las condiciones de su vigencia” (artículo 75, inc. 22, 2° párrafo), esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación.

De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana (confr. arts. 75 de la Constitución Nacional, 62 y 64 Convención Americana y artículo 2° ley 23.054).

12) Que, en consecuencia, a esta Corte, como órgano supremo de uno de los poderes del Gobierno Federal, le corresponde -en la medida de su jurisdicción- aplicar los tratados internacionales a que el país está vinculado en los términos anteriormente expuestos, ya que lo contrario podría implicar responsabilidad de la Nación frente a la comunidad internacional. En tal sentido, la Corte Interamericana precisó el alcance del artículo 1 de la Convención, en cuanto los Estados parte deben no solamente “respetar los derechos y libertades reconocidos en ella”, sino además “garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción”. Según dicha Corte, “garantizar” implica el deber del Estado de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce. Por consiguiente, la tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos, constituye una violación del artículo 1.1 de la Convención (opinión consultiva n° 11/90 del 10 de agosto de 1990 -”Excepciones al agotamiento de los recursos internos”- párrafo 34). Garantizar entraña, asimismo, “el deber de los estados parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos” (id., párrafo 23).

13) Que síguese de lo expresado, que la solución que aquí se adopta permite, desde el punto de vista de las garantías del proceso penal, cumplir acabadamente los compromisos asumidos en materia de derechos humanos por el Estado Nacional a la vez que salvaguarda la inserción institucional de la Cámara Nacional de Casación Penal en el ámbito de la justicia federal y respeta el sentido del establecimiento de órganos judiciales “intermedios” en esa esfera, creados para cimentar las condiciones necesarias para que el Tribunal satisfaga el alto ministerio que le ha sido confiado sea porque ante ellos pueden encontrar las partes la reparación de los perjuicios irrogados en instancias anteriores, sin necesidad de recurrir ante la Corte Suprema, sea porque el objeto a revisar por ésta ya sería un producto seguramente más elaborado (Fallos: 308:490, considerando 5°, con cita del Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores, período de 1901, Congreso Nacional, Buenos Aires, 1961).

Por ello, habiendo dictaminado el señor Procurador General, se declara procedente la queja y el recurso extraordinario y se deja sin efecto el pronunciamiento apelado. Hágase saber, acumúlese al principal y devuélvase al tribunal de origen, a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo fallo conforme a lo resuelto en el presente.

JULIO S. NAZARENO – EDUARDO MOLINE O’CONNOR – CARLOS S. FAYT – AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO – ENRIQUE S. PETRACCHI – ANTONIO BOGGIANO.



JERARQUÍA DE INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

“MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES” (FALLOS: 340:47)

En el marco de una presentación para que se dejara sin efecto una sentencia firme de la Corte como consecuencia de un posterior fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el Tribunal consideró que no correspondía hacer lugar a lo solicitado en tanto ello supondría transformar a dicho tribunal internacional en una cuarta instancia revisora de los fallos dictados por los tribunales nacionales, en contravención de la estructura del sistema interamericano de derechos humanos y de los principios de derecho público de la Constitución Nacional.

Consideró que se había cumplido con la publicación de la sentencia interamericana y que la reparación económica ordenada en favor de los peticionantes se encontraba fuera del alcance de las actuaciones.

La Corte decidió por el voto conjunto de los jueces LORENZETTI, HIGHTON DE NOLASCO y ROSENKRANTZ y el voto propio del juez ROSATTI, con la disidencia del juez MAQUEDA.

Principales ejes temáticos del fallo

» Si bien se encuentra fuera de discusión que las sentencias de la Corte Interamericana, dictadas en procesos contenciosos contra el Estado argentino son, en principio, de cumplimiento obligatorio para este (art. 68.1, CADH) dicha obligatoriedad alcanza únicamente a las sentencias dictadas por el tribunal internacional dentro del marco de sus potestades remediales, ya que con ese alcance el Estado argentino se ha obligado internacionalmente a acatar dichas decisiones.

» Dejar sin efecto la sentencia dictada anteriormente por la Corte Suprema en la misma causa en virtud de la orden de la Corte Interamericana –lo cual es sinónimo de “revocar”– implicaría transformar a dicho tribunal en una “cuarta instancia” revisora de las sentencias dictadas por el Tribunal, en clara violación de los principios estructurantes del sistema interamericano y en exceso de las obligaciones convencionalmente asumidas por el Estado argentino al ingresar a dicho sistema.

» Los tribunales internacionales son órganos con competencia limitada de la manera prescripta en los instrumentos que los han constituido y carecen de una jurisdicción inherente e inalterable para seleccionar los remedios que quieran.

» La interpretación del carácter de la Corte como órgano supremo y cabeza del Poder Judicial con apoyo en el art. 27 de la Constitución Nacional, lejos de haber sido alterada por la reforma de 1994, ha sido reafirmada con ella, cuando el constituyente, al otorgar

Enlaces destacados

» Ver más

- › Citas del fallo
- › Otra información
- › Versión Word

» Dictamen

» Doctrina del fallo

jerarquía constitucional a la CADH, estableció expresamente que sus normas no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución, reafirmando la plena vigencia de los principios de derecho público establecidos en la norma fundamental como valladar infranqueable para los tratados internacionales.

» A partir de la cláusula contenida en el art. 27 de la Constitución Nacional no es posible hacer prevalecer automáticamente, sin escrutinio alguno, el derecho internacional –sea de fuente normativa o jurisprudencial– sobre el ordenamiento constitucional (Voto del juez Rosatti).

» Corresponde reivindicar el margen de apreciación nacional de la Corte Suprema en la aplicación de las decisiones internacionales (con base en los arts. 75 inc. 22 y 27 de la Constitución Nacional) (Voto del juez Rosatti).

» En un contexto de “diálogo jurisprudencial” que maximice la vigencia de los derechos en juego sin afectar la institucionalidad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos es la máxima intérprete de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (llamada Pacto de San José de Costa Rica) y la Corte Suprema de Justicia de la Nación es la máxima intérprete de la Constitución Nacional, por lo que hay que lograr que sus criterios –en cada caso concreto– se complementen y no colisionen. La reparación encuentra adecuada satisfacción mediante las medidas de publicación del pronunciamiento internacional y el pago de la indemnización ordenado por la Corte Interamericana, no resultando posible la revocación formal del decisorio de la Corte Suprema nacional (Voto del juez Rosatti).

» El deber de cumplir la decisión adoptada por la Corte Interamericana responde a un principio básico del derecho sobre la responsabilidad internacional del Estado, según el cual los Estados deben acatar sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe (*pacta sunt servanda*) y de conformidad con lo dispuesto en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, no pueden por razones de orden interno, dejar de cumplir las obligaciones ya asumidas, so pena de verse comprometida la referida responsabilidad (art. 27 de la citada convención) (Disidencia del juez Maqueda).

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 14 de febrero de 2017.

Vistos los autos: “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso ‘Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina’ por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.

Considerando:

1º) El 25 de septiembre de 2001 esta Corte Suprema confirmó la sentencia de la Sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que había hecho lugar a la demanda de daños y perjuicios promovida por el ex Presidente Carlos Saúl Menem contra Editorial Perfil S.A., Jorge Fontevicchia y Héctor D’Amico (causa “Menem, Carlos Saúl c/ Editorial Perfil S.A. y otros s/ daños y perjuicios – sumario” —Fallos: 324:2895—; en adelante, causa “Menem”). Esta Corte entendió que la difusión de ciertas notas periodísticas vinculadas

con la presunta existencia de un hijo no reconocido de Menem había lesionado en forma ilegítima su derecho a la intimidad, tutelado por el art. 19 de la Constitución Nacional y por los arts. 17, párrafos 1° y 2° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 11, párrafos 2° y 3°, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH), entre otras normas, y confirmó la condena pecuniaria dispuesta por la cámara, reduciendo los montos de condena.

2°) Encontrándose firme el mencionado pronunciamiento y habiéndose cumplido con la reparación económica allí ordenada, el 15 de noviembre de 2001 Jorge Fontevecchia, Héctor D'Amico y Horacio Verbitsky (este último en representación de la Asociación Periodistas) sometieron el caso al sistema interamericano de protección de derechos humanos en el entendimiento de que la sentencia de la Corte Suprema referida precedentemente había vulnerado el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión (art. 13 de la CADH), por lo que solicitaron que se declarara la responsabilidad internacional del Estado argentino.

3°) El 29 de noviembre de 2011 la Corte Interamericana, después de seguir el trámite propio del procedimiento en sede internacional –en el que solo intervinieron las presuntas víctimas y los representantes de nuestro país y se ponderaron las pruebas allí ofrecidas–, declaró que el Estado argentino había violado el derecho a la libertad de expresión de los peticionantes (art. 13, CADH). Afirmó allí que la sentencia constituía *per se* una forma de reparación (parte resolutive, pto. 1 de la sentencia “Fontevecchia y otros v. Argentina”, p. 40) y, adicionalmente, dispuso que el Estado argentino debía:

- a. dejar sin efecto la condena civil impuesta a Jorge Fontevecchia y Héctor D'Amico, así como todas sus consecuencias;
- b. publicar un resumen oficial de su sentencia elaborado por la Corte Suprema, por una sola vez, en el Diario Oficial y en un diario de amplia circulación nacional, así como publicar la sentencia completa de la Corte Interamericana en la página del Centro de Información Judicial de la Corte Suprema; y
- c. entregar las sumas reconocidas en dicho fallo, comprensivas del reintegro de los montos de condena oportunamente fijados en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, como de los correspondientes a las reparaciones admitidas en su decisión internacional (daño material, gastos derivados del trámite del proceso interno como del procedimiento internacional).

4°) En cuanto al punto “b” la medida ha sido cumplimentada –en lo que a este Tribunal compete– mediante la publicación instrumentada a través de dos portales: el Centro de Información Judicial y la página de jurisprudencia del Tribunal, ámbito donde figura también la publicación de la sentencia dictada por esta Corte en la causa “Menem”.

En relación al punto “c”, vale destacar que las obligaciones allí impuestas se encuentran fuera del alcance de las presentes actuaciones, toda vez que –en esta instancia– no resulta necesaria la intervención judicial para que el Estado argentino proceda voluntariamente a su cumplimiento, de acuerdo con la distribución constitucional de competencias entre los distintos poderes del Estado.

Finalmente, respecto del punto “a”, la Dirección General de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la Nación remitió a esta Corte Suprema un

oficio en el que se hace saber el pedido formulado por la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación a este Tribunal para que cumpla, en lo que corresponda y de conformidad con su competencia, la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *“Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina”*, en fecha 29 de noviembre de 2011 (fs. 37 del expte. 6439/2012).

5°) El Tribunal dio vista de las actuaciones a la señora Procuradora General, quien presentó su dictamen a fs. 45/48. Posteriormente, de acuerdo a lo sugerido en el punto IV de ese escrito, esta Corte ordenó dar traslado a Carlos Saúl Menem de la presentación efectuada por la Dirección General de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la Nación, por el término de diez días, el que fue contestado a fs. 51. Allí, el actor expuso que “no ha sido parte en el juicio internacional, cuyo pronunciamiento recayó condenando al Estado Argentino, por lo que nada tiene que expresar al respecto”.

6°) Se encuentra fuera de discusión que las sentencias de la Corte Interamericana, dictadas en procesos contenciosos contra el Estado argentino son, en principio, de cumplimiento obligatorio para este (art. 68.1, CADH) (conf. doctrina de Fallos: 327:5668, voto de la jueza Highton de Nolasco, considerando 6°). Dicha obligatoriedad, sin embargo, alcanza únicamente a las sentencias dictadas por el tribunal internacional dentro del marco de sus potestades remediales. En efecto, es con ese alcance que el Estado argentino se ha obligado internacionalmente a acatar las decisiones de la Corte Interamericana.

7°) Corresponde analizar en esta instancia, entonces, si la orden contenida en la parte resolutive de la sentencia en cuestión (punto 2), en tanto dispone “dejar sin efecto la condena civil impuesta a los señores Jorge Fontevicchia y Héctor D’Amico” en la causa “Menem” ha sido dictada dentro del marco de atribuciones previsto por la CADH y puede ser cumplida por esta Corte a la luz del ordenamiento constitucional nacional. La respuesta negativa se impone por las razones que se expondrán a continuación.

8°) Desde la perspectiva de las obligaciones internacionales asumidas por nuestro país, deben tenerse en consideración los principios estructurales del sistema interamericano de protección de derechos humanos, el que se autodefine como subsidiario. Así, se afirma que la CADH crea “una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos” (Preámbulo CADH). Esta subsidiariedad se manifiesta, entre otras, en la exigencia convencional de agotamiento de los recursos internos en forma previa al acceso al sistema regional (cfr. arts. 46.1.a y 61.2 CADH) y en el principio de que la Corte Interamericana no actúa como una instancia más en los casos tratados por las Cortes nacionales. La Corte Interamericana no constituye entonces una “cuarta instancia” que revisa o anula decisiones jurisdiccionales estatales sino que, siguiendo los principios estructurales recordados, es subsidiaria, coadyuvante y complementaria (véase, entre otros, Corte IDH, caso “Perozo y otros v. Venezuela”, sentencia de 28 de enero de 2009, Serie C, núm. 195, párr. 64).

9°) El mismo Tribunal internacional ha sostenido que “la Corte Interamericana no tiene el carácter de tribunal de apelación o de casación de los organismos jurisdiccionales de carácter nacional; sólo puede en este caso, señalar las violaciones procesales de los derechos consagrados en la Convención que hayan perjudicado al [...] afectado en este asunto, pero carece de competencia para subsanar dichas violaciones en el ámbito interno [...]” (Corte IDH, caso “Genie Lacayo”, sentencia del 29 de enero de 1997, Serie

C, núm. 30, párr. 94). Por su parte, también la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha enfatizado estos principios al manifestar que la protección internacional que otorgan los órganos de supervisión de la Convención es de carácter subsidiario y que no puede hacer las veces de un tribunal de alzada para examinar supuestos errores de derecho o de hecho que puedan haber cometido los tribunales nacionales (conf. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 39/96. Caso 11.673. Argentina, 15 de octubre de 1996, puntos 48 y 51).

10) Esta comprensión del rol de los tribunales internacionales de derechos humanos como actores subsidiarios ha sido, además, abrazada enfáticamente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con sus doctrinas del margen de apreciación nacional (desarrollada a partir de los casos “*Lawless v. Ireland*”, sentencia del 1º de julio de 1961, y “*Handyside v. The United Kingdom*”, sentencia del 7 de diciembre de 1976, y expresada más recientemente en el caso “*Lautsi and Others v. Italy*”, sentencia del 18 de marzo de 2011) y de la “cuarta instancia” (“*Schenk v. Switzerland*”, 10862/84, sentencia del 12 de julio de 1988; “*Tautkus v. Lithuania*”, 29474/09, sentencia del 27 de noviembre de 2012; entre otros).

11) A la luz de estos principios, dejar sin efecto la sentencia dictada por esta Corte Suprema en la causa “Menem” en virtud de la orden de la Corte Interamericana (punto 2 de la parte resolutive y párr. 105) —lo cual es sinónimo de “revocar” conforme la primera acepción de esta palabra en el Diccionario de la Real Academia Española— implicaría transformar a dicho tribunal, efectivamente, en una “cuarta instancia” revisora de las sentencias dictadas por esta Corte, en clara violación de los principios estructurantes del sistema interamericano y en exceso de las obligaciones convencionalmente asumidas por el Estado argentino al ingresar a dicho sistema. En efecto, la idea de revocación se encuentra en el centro mismo del concepto de una “cuarta instancia”, en tanto una instancia judicial superior supone la capacidad de revisar las decisiones del inferior y, en su caso, dejarlas sin efecto. Reconocer a la Corte Interamericana tal carácter implicaría, por otra parte, la paradoja de que esa instancia revisora hubiera sido ejercida en un proceso que no reconoce continuidad con el desarrollado por esta Corte, al ser diferentes sus elementos fundamentales, tales como las partes y la prueba.

12) Por otra parte, la Corte Interamericana, al ordenar dejar sin efecto la sentencia de esta Corte pasada en autoridad de cosa juzgada, ha recurrido a un mecanismo restitutivo que no se encuentra previsto por el texto convencional. Este análisis textual es de fundamental importancia, puesto que la letra de los tratados —en el contexto de sus términos y teniendo en cuenta su objeto y fin (art. 31, Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados)— determina los límites de la competencia remedial de los tribunales internacionales. Por definición, los tribunales internacionales son órganos con competencia limitada de la manera prescripta en los instrumentos que los han constituido (Michael Reisman, “Has the International Court Exceeded its Jurisdiction”, *American Journal of International Law*, vol. 80, año 1986, p. 128) y carecen de una jurisdicción inherente e inalterable para seleccionar los remedios que quieran (Chittharanjan Felix Amerasinghe, “Jurisdiction of International Tribunals”, *Kluwer Law International*, La Haya, 2003, p. 389).

13) En este sentido, la CADH establece que “[c]uando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello

fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.” (art. 63.1, CADH). En consecuencia, el tenor literal de la norma no contempla la posibilidad de que la Corte Interamericana disponga que se deje sin efecto una sentencia dictada en sede nacional.

14) Esta comprensión del art. 63.1 se ve confirmada por los antecedentes que dieron lugar al texto de la Convención (conf. art. 32 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados). Su examen muestra que este mecanismo restitutivo no fue siquiera considerado en los trabajos preparatorios de la Convención Americana (véase Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica 7-22 de noviembre de 1969, Actas y Documentos, Secretaría General, Organización de los Estados Americanos, Washington, D.C., OEA/Ser.K/XVI/1.2).

15) A pesar de que la Corte Interamericana ha dispuesto en algunas ocasiones el uso de este remedio calificándolo como una forma de reparación, ha reconocido explícitamente que en muchos casos tal remedio es improcedente. Así, ha sostenido que “[p]uede haber casos en que aquella [la *in integrum restitutio*] no sea posible, suficiente o adecuada (cfr. *Usine de Chorzów*, fond, supra 43, p. 48). De esta manera, a juicio de la Corte, debe ser interpretado el artículo 63.1 de la Convención Americana” (Corte IDH, 10 de septiembre de 1993, “*Aloeboetoe y otros v. Surinam*”, Serie C 15, párr. 49; el subrayado es agregado; en igual sentido, Corte IDH, “*Blake v. Guatemala*”, 22 de enero de 1999, Serie C 48, párr. 42).

16) En este caso, dejar sin efecto la sentencia de esta Corte pasada en autoridad de cosa juzgada es uno de los supuestos en los que la restitución resulta jurídicamente imposible a la luz de los principios fundamentales del derecho público argentino. Desde esta perspectiva constitucional, el art. 27 de la Carta Magna prescribe “[e]l Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución” (subrayado añadido). Estos principios reseñados se traducen en el modo en que deben ser interpretadas las obligaciones asumidas por el Estado argentino. El constituyente ha consagrado en el art. 27 una esfera de reserva soberana, delimitada por los principios de derecho público establecidos en la Constitución Nacional, a los cuales los tratados internacionales deben ajustarse y con los cuales deben guardar conformidad (Fallos: 316:1669; entre otros).

17) Entre dichos principios inmovibles se encuentra, sin duda alguna, el carácter de esta Corte como órgano supremo y cabeza del Poder Judicial, conforme surge del art. 108 de la Constitución Nacional (Fallos: 256:114; 289:193; 318:986; 319:1973; 328:2429; 329:3235, 5913; 330:49, 251; 338:1575; entre muchos otros). Revocar la sentencia firme dictada por este Tribunal implica privarlo de su carácter de órgano supremo del Poder Judicial argentino y sustituirlo por un tribunal internacional, en clara transgresión a los arts. 27 y 108 de la Constitución Nacional.

18) Esta interpretación es reflejo de una fuerte tradición en la práctica constitucional argentina expresada, por ejemplo, en la denominada “fórmula argentina” –sostenida en la Conferencia de Paz de La Haya de 1907 por los delegados Roque Sáenz Peña, Luis María Drago y Carlos Rodríguez Larreta– mediante la cual se excluían de los tratados de arbitraje

obligatorio las cuestiones que afectaban a la Constitución de cada país. Esta fórmula “ha nacido de los términos y del espíritu de nuestra Constitución, los que no podían ser desvirtuados por ningún tratado sin exponerse a caer en nulidad” (Carlos Saavedra Lamas, “En torno a la Constitución que nos rige”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1957, p. 21).

En el mismo sentido se expresó Joaquín V. González al sostener que “[u]n tratado no puede alterar la supremacía de la Constitución Nacional, cambiar la forma de gobierno, suprimir una provincia o incorporar otras nuevas, limitar atribuciones expresamente conferidas a los poderes de gobierno, desintegrar social o políticamente al territorio; restringir los derechos civiles, políticos y sociales reconocidos por la Constitución a los habitantes del país, ni las prerrogativas acordadas a los extranjeros ni suprimir o disminuir en forma alguna las garantías constitucionales creadas para hacerlos efectivos [...] En cuanto la Constitución Nacional sea lo que es, el art. 27 tiene para la Nación significado singular en el derecho internacional. La regla invariable de conducta, el respeto a la integridad moral y política de las Naciones contratantes” (Joaquín V. González, Senado de la Nación, Diario de Sesiones, sesión del 26 de agosto de 1909, volumen IX, pág. 52).

19) Esta comprensión del art. 27, lejos de haber sido alterada por la reforma de 1994, ha sido reafirmada con ella. Así lo ha entendido el constituyente argentino cuando al otorgar jerarquía constitucional a la CADH –entre otros tratados internacionales sobre derechos humanos– ha establecido expresamente que sus normas “no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución”, reafirmando la plena vigencia de los principios de derecho público establecidos en la norma fundamental como valladar infranqueable para los tratados internacionales (doctrina de Fallos: 317:1282).

20) En virtud de lo expuesto, no corresponde hacer lugar a lo solicitado por la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación. Lo dicho hasta aquí no implica negar carácter vinculante a las decisiones de la Corte Interamericana, sino tan solo entender que la obligatoriedad que surge del art. 68.1 debe circunscribirse a aquella materia sobre la cual tiene competencia el tribunal internacional (art. 63, CADH; arts. 27, 75 inc. 22 y 108, Constitución Nacional).

Por ello, habiendo dictaminado la señora Procuradora General, se desestima la presentación de fs. 1. Hágase saber y archívese.

RICARDO LUIS LORENZETTI – ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO – JUAN CARLOS MAQUEDA (*en disidencia*) – HORACIO ROSATTI (*según su voto*) – CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ.

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON HORACIO ROSATTI

Considerando:

1º) Que el 25 de septiembre de 2001 la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el marco de su jurisdicción apelada y por votos concurrentes, confirmó la sentencia de la Sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en cuanto había revocado la decisión de primera instancia y había hecho lugar a la demanda de daños y perjuicios promovida por Carlos Saúl Menem contra Editorial Perfil S.A., Jorge Fontevecchia y Héctor D’Amico con el objeto de que se le reparara el daño moral sufrido como consecuencia de la difusión

de notas periodísticas –vinculadas con la existencia de un hijo no reconocido del actor– que habrían lesionado en forma ilegítima su intimidad, en tanto ello había importado una arbitraria intromisión en la esfera de privacidad del demandante contemplada en el art. 1071 bis del Código Civil.

No obstante ello, modificó la condena económica dispuesta por la Cámara, que redujo a la suma de \$ 60.000 (conf. fs. 367/388 del expte. 117.391/95 “Menem, Carlos Saúl c/ Editorial Perfil S.A. y otros s/ daños y perjuicios - sumario”).

2º) Que encontrándose firme el mencionado pronunciamiento, el 15 de noviembre de 2001, Jorge Fontevecchia, Héctor D’Amico y Horacio Verbitsky (en representación de la Asociación Periodistas) sometieron el caso citado al sistema interamericano de protección de derechos humanos en el entendimiento de que el Estado argentino –mediante el dictado de la sentencia de la Corte Suprema referida precedentemente– había vulnerado el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión (art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en adelante CADH), por lo que solicitaron se declarara su responsabilidad internacional.

El 29 de noviembre de 2011, después de seguir el trámite propio del proceso en sede internacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) declaró que el Estado argentino había violado el derecho a la libertad de expresión reconocido en el citado art. 13 en perjuicio de los actores (véase fs. 1/36 del expte. n° 6439/2012).

No obstante reconocer que la sentencia constituía per se una forma de reparación, la Corte IDH dispuso que el Estado argentino debía:

a) dejar sin efecto la condena civil impuesta a Jorge Fontevecchia y Héctor D’Amico, así como todas sus consecuencias, en los términos del párrafo 105 del pronunciamiento (punto 2);

b) publicar, por una sola vez, un resumen oficial de su sentencia en el diario oficial y en un diario de amplia circulación nacional, y la sentencia completa de la Corte Interamericana en la página del Centro de Información Judicial de la Corte Suprema Nacional (punto 3); y,

c) entregar las sumas reconocidas en dicho fallo, comprensivas del reintegro de los montos de la condena oportunamente fijados en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, como así también los correspondientes a las reparaciones admitidas en la decisión internacional (daño material, gastos derivados del trámite del proceso interno como del internacional) (punto 4).

3º) Que como consecuencia de lo anterior, la Dirección General de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la Nación envió a este Tribunal, el 20 de septiembre de 2012, un oficio en el que hace saber el pedido formulado por la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación para que se dé cumplimiento, en lo que corresponda y de conformidad con la competencia asignada, con lo resuelto por el tribunal internacional (fs. 37 del expte. 6439/2012).

Esta Corte dispuso dar vista de las actuaciones a la Procuradora General, quien con fecha 28 de noviembre de 2014 presentó el dictamen que obra a fs. 45/48 del expte. 6439/2012. Conforme a lo solicitado en el punto IV del referido dictamen, la Corte dis-

puso dar traslado de la presentación efectuada por la Dirección General de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto –por el término de diez días– al señor Carlos Saúl Menem, que fue contestado el 25 de marzo de 2016 (fs. 51 del expte. 6439/2012), quedando los autos a partir de dicha fecha en condiciones de examinar la procedencia del pedido mencionado.

4°) Que a la luz de la obligación que surge del art. 68.1 de la CADH –que ha sido suscripta por la República Argentina y goza de jerarquía constitucional (art. 75, inciso 22 de la Constitución Nacional)– por la cual el Estado Nacional se compromete a cumplir con las decisiones de la Corte IDH en los procesos en que ha sido parte, corresponde poner de manifiesto lo siguiente:

Con relación al inciso c) del considerando 2°, se ha informado a este Tribunal que, por intermedio del Ministerio de Relaciones Exteriores, se encuentra en vías de cumplimiento la medida de reparación prevista en el punto 4 de la parte dispositiva del referido fallo, hecho que da cuenta del principio de ejecución de dicho punto del pronunciamiento internacional (véase fs. 23/24 del escrito 2869/2016; fs. 1 del escrito 3201/ 2016).

Con relación al inciso b) del considerando 2°, el 22 de noviembre de 2016 la Corte IDH declaró que el Estado argentino dio cumplimiento total a la medida de reparación ordenada en el punto 3 de su sentencia, relativa a la realización de las publicaciones del pronunciamiento internacional y del resumen oficial en los medios allí contemplados.

Con relación al inciso a) del considerando 2°, que refiere a lo dispuesto en el punto 2 de la parte resolutive del pronunciamiento del tribunal internacional, en cuanto establece “*dejar sin efecto la condena civil impuesta a los señores Jorge Fontevecchia y Hector D’Amico, así como todas sus consecuencias (...) en los términos del párrafo 105*”, el que –en lo que aquí interesa– refiere que “*el Estado debe dejar sin efecto dichas sentencias en todos sus extremos, incluyendo, en su caso, los alcances que estas tengan respecto de terceros; a saber: a) la atribución de responsabilidad civil de los señores Jorge Fontevecchia y Héctor D’Amico (...) c) así como cualquier otro efecto que tengan o hayan tenido aquellas decisiones*”, la viabilidad de su cumplimiento debe ser analizada a la luz de las posibilidades que brinda nuestro sistema jurídico. En tal sentido, inicialmente, no puede soslayarse en esta instancia que la orden del tribunal internacional en cuanto impone al Tribunal Supremo de la Nación dejar sin efecto una sentencia dictada dentro del ámbito de su competencia no solo parece ir más allá de las atribuciones –propias y específicas– de la Corte IDH (en especial respecto de lo dispuesto en el art. 63.1 de la CADH), sino que encuentra un obstáculo insalvable en disposiciones constitucionales que esta Corte Suprema no puede desatender y por cuya protección debe velar.

5°) Que, en efecto, esta Corte no puede desconocer que la CADH fue incorporada con jerarquía constitucional a nuestro orden jurídico sin que tal incorporación suponga derogar *artículo alguno de la primera parte de la Constitución Nacional (art. 75, inciso 22 de la Constitución Nacional)*, dentro de la cual destaca el art. 27.

El constituyente ha consagrado en el citado art. 27 una esfera de reserva soberana (margen de apreciación nacional) delimitada por “*los principios de derecho público establecidos en la Constitución Nacional*”, a los cuales los tratados internacionales –y con mayor razón aun la interpretación que de tales tratados se realice– deben ajustarse y con los cuales deben guardar conformidad.

A partir de esta cláusula no es posible hacer prevalecer automáticamente, sin escrutinio alguno, el derecho internacional –sea de fuente normativa o jurisprudencial– sobre el ordenamiento constitucional. Esta interpretación es reflejo de una fuerte tradición en la práctica constitucional argentina, tal como supo exponerlo Joaquín V. González: *“un tratado no puede alterar la supremacía de la Constitución Nacional, cambiar la forma de gobierno, suprimir una provincia o incorporar otras nuevas, limitar atribuciones expresamente conferidas a los poderes de gobierno, desintegrar social o políticamente al territorio; restringir los derechos civiles, políticos y sociales reconocidos por la Constitución a los habitantes del país, ni las prerrogativas acordadas a los extranjeros ni suprimir o disminuir en forma alguna las garantías constitucionales creadas para hacerlos efectivos... En cuanto la Constitución Nacional sea lo que es, el art. 27 tiene para la Nación significado singular en el derecho internacional”* (Joaquín V. González, Senado de la Nación, Diario de Sesiones, sesión del 26 de agosto de 1909, volumen IX, pág. 52).

6°) Que el carácter supremo de las decisiones de esta Corte de Justicia, cabeza del Poder Judicial de la Nación según lo dispuesto por el art. 108 de la Constitución (Fallos: 256:114; 289:193; 319:1973; 328:2429; 329:3235 y 5913; 330:49 y 251; 338:1575, entre muchos otros), configura un elemento constitutivo de tales principios de derecho público a los que refiere el art. 27 examinado precedentemente.

Esta potestad jurisdiccional, calificada como la más alta y eminente del ordenamiento jurídico argentino, connatural con la responsabilidad institucional que le corresponde a esta Corte como titular del Departamento Judicial del Gobierno Federal (conf. Fallos: 330:3109; 338:1216, y causa FLP 8399/2016/CS1 “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c/ Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo”, sentencia del 18 de agosto de 2016), se sustenta con el carácter inalterable de sus pronunciamientos regulares, firmes y pasados en autoridad de cosa juzgada, no siendo posible “dejarlos sin efecto” –lo cual supone “revocarlos” conforme con la primera acepción de la expresión “revocar” del Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia– si es ello lo que se pretende en el presente caso.

7°) Que en tales condiciones, el punto 2 de la parte dispositiva del pronunciamiento del Tribunal internacional (identificado como ítem a) del considerando 2° de este fallo) debe ser interpretado de manera armónica con el ejercicio de la máxima potestad jurisdiccional estatuida en el sistema republicano sostenido por el ordenamiento constitucional argentino (arts. 1°, 108 y 116 de la Constitución Nacional). De lo contrario, se erigiría a la Corte IDH como una instancia “revisora” o “casatoria” de decisiones jurisdiccionales estatales, categoría que excede el carácter coadyuvante y complementario de la jurisdicción internacional, atributos que se desprenden del Preámbulo de la CADH (conf. arg. Corte IDH, caso “Perozo y otros v. Venezuela”, sentencia de 28 de enero de 2009, párrafo. 64; Corte IDH, caso “Genie Lacayo”, sentencia del 29 de enero de 1997, párrafo 94).

8°) Que en virtud de lo expuesto, en un contexto de “diálogo jurisprudencial” que procure mantener la convergencia decisional entre los órganos con competencias para dirimir conflictos en los ámbitos nacional e internacional, reconociendo a la Corte IDH como último intérprete de la CADH (art. 62, puntos 1 y 3 CADH) y a la Corte Suprema de Justicia de la Nación como último intérprete de la Constitución Nacional Argentina (arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional), cabe concluir que la reparación ordenada en la sen-

tencia de la Corte Interamericana encuentra adecuada satisfacción mediante la concreción de las medidas mencionadas en los párrafos segundo y tercero del precedente considerando 4º), no siendo posible concretar la revocación formal del decisorio nacional –si es ello lo que se pretende– sin violentar lo dispuesto por los arts. 27 y 75 inc. 22) de la Constitución Nacional Argentina, cláusulas por cuya observancia esta Corte debe velar.

De acuerdo con la reseña efectuada en relación a las medidas adoptadas por distintos órganos del Estado argentino y con el alcance señalado en los considerandos precedentes, se tendrá por cumplimentada la sentencia de la Corte IDH de conformidad con el compromiso asumido por el art. 68.1 de la CADH.

Por ello, habiendo dictaminado la señora Procuradora General, se desestima la presentación de fs. 1. Hágase saber y archívese.

HORACIO ROSATTI.

DISIDENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON JUAN CARLOS MAQUEDA

Considerando:

1º) Que estas actuaciones se inician con motivo del oficio enviado por la Dirección General de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la Nación con fecha 20 de septiembre de 2012, en el que se hace saber el pedido formulado por la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación a este Tribunal para que cumpla, en lo que corresponda y de conformidad con su competencia, con lo dispuesto en los párrafos 105 y 108, punto c, de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina”, con fecha 29 de noviembre de 2011 (fs. 37 del expte. 6439/2012); a lo que oportunamente esta Corte respondió mediante oficio librado al Ministerio de Relaciones Exteriores informando que el pronunciamiento de la Corte Interamericana se encontraba publicado desde el 19 de diciembre de 2011 en la página oficial del Centro de Información Judicial, encontrándose las restantes cuestiones a estudio (conf. fs. 38/41).

Con posterioridad, el Tribunal dispuso dar vista de las actuaciones a la señora Procuradora General, quien, con fecha 28 de noviembre de 2014, presentó el dictamen que obra a fs. 45/48 del expte. 6439/2012.

Conforme lo solicitado en el punto IV del referido dictamen, la Corte Suprema dispuso dar traslado –por el término de diez días– al señor Carlos Saúl Menem de la presentación efectuada por la Dirección General de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la Nación, que fue contestado el 25 de marzo de 2015, quedando a partir de dicha fecha los autos para dictar sentencia (fs. 51 del expte. 6439/2012).

2º) Que en el citado pronunciamiento se estableció, en cuanto al caso concierne, que el Estado argentino, al decidir en la causa “Menem, Carlos Saúl c/ Editorial Perfil S.A.”, sentencia del 25 de septiembre de 2001 (Fallos: 324:2895), había violado el derecho a la libertad de expresión reconocido en el art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el art. 1.1 de la citada convención, en perjuicio de los señores Jorge Fontevicchia y Héctor D’Amico.

En la parte resolutive de dicho fallo internacional, se dispuso que el Estado debía dejar sin efecto la condena civil impuesta a los citados Jorge Fontevecchia y Héctor D'Amico, así como todas sus consecuencias, en los términos del párrafo 105 de la sentencia; realizar las publicaciones dispuestas de conformidad con lo establecido en el párrafo 108, y entregar los montos referidos en los párrafos 105, 128 y 129 de dicho pronunciamiento conforme con las modalidades especificadas en los párrafos 131 a 136 (conf. fs. 1/36 del expte. 6439/2012).

3°) Que a partir de la reforma constitucional de 1994, y de acuerdo con lo dispuesto en el art. 75, inc. 22, de la norma fundamental, las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos pronunciadas en causas en las que el Estado argentino sea parte deben ser cumplidas por los poderes constituidos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, son obligatorias para la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Por ello, esta Corte, como uno de los poderes del Estado argentino y conforme lo previsto en el art. 68.1 de la misma convención, debe cumplir y ejecutar el pronunciamiento del tribunal interamericano (ley 23.054; art. 75, inciso 22, de la Constitución Nacional; doctrina de Fallos: 326:2968 “Cantos”, disidencia del juez Maqueda; 327:5668 “Espósito”, voto de los jueces Belluscio y Maqueda; 334:1504 “Derecho”, voto del juez Maqueda; 336:1024 “Carranza Latrubesse”, voto del juez Maqueda y resolución CSJN 477/15 del 25 de marzo de 2015 en expte. n° 4499/13 “Mohamed vs. Argentina”).

4°) Que el deber de cumplir la decisión adoptada por la Corte Interamericana responde a un principio básico del derecho sobre la responsabilidad internacional del Estado, según el cual los Estados deben acatar sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe (*pacta sunt servanda*), y de conformidad con lo dispuesto en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, no pueden, por razones de orden interno, dejar de cumplir las obligaciones ya asumidas, so pena de verse comprometida la referida responsabilidad (art. 27 de la citada convención; conf. Fallos: 315:1492, considerandos 18 y 19, in fine; 318:373, considerando 4°, párrafo segundo y 334:1504, considerando 3°, último párrafo, del voto del juez Maqueda).

5°) Que a la luz de lo expresado, haciendo mérito de los fundamentos inequívocos que sustentaron el fallo de la Corte Interamericana en el caso “Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina” y dado que dicho pronunciamiento debe ser cumplido por los poderes constituidos del Estado argentino en el ámbito de su competencia, corresponde a esta Corte Suprema, según lo establecido en el párrafo 105 del citado fallo, dejar sin efecto la sentencia dictada por este Tribunal –con otra composición– en los autos “Menem, Carlos Saúl c/ Editorial Perfil S.A.” (Fallos: 324:2895) y, en consecuencia, también la de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que es su antecedente, así como todas sus consecuencias, inclusive los alcances que hubieran tenido respecto de terceros.

6°) Que como lo ha precisado el tribunal interamericano en su fallo y con el fin de evitar futuros cuestionamientos, cabe aclarar que dicha solución importa dejar sin efecto la atribución de responsabilidad civil de los señores Jorge Fontevecchia y Héctor D'Amico y la condena al pago de una indemnización, de intereses y costas y tasa de justicia dispuesta oportunamente, así como cualquier otro efecto que tengan o hubieran tenido las referidas decisiones.

7°) Que por resolución de fecha 22 de noviembre de 2016, la CIDH declaró que el Estado argentino había dado cumplimiento a la medida de reparación relativa a la publicación de su sentencia en la página web del Centro de Información Judicial (párrafo 108, punto c).

8°) Que en esa misma resolución, la CIDH también resolvió dejar abierto el procedimiento de supervisión de cumplimiento respecto de las restantes medidas de reparación, entre ellas, la relacionada con dejar sin efecto la condena civil.

En consecuencia, con el presente pronunciamiento este Tribunal, en lo que resulta de su competencia, da íntegro cumplimiento con lo ordenado por la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sin que corresponda efectuar consideración alguna respecto de las obligaciones de pago establecidas en los párrafos 105, 128 y 129 de la citada decisión, que dependen de medidas administrativas y de otra índole que pertenecen al ámbito de competencia de otros poderes del Estado argentino.

Por ello, y oída la señora Procuradora General, en cumplimiento del punto 2 de la parte dispositiva de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina”, se dejan sin efecto los fallos dictados por este Tribunal y por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en la citada causa “Menem”, en cuanto atribuyeron responsabilidad civil e impusieron una condena a los señores Jorge Fontevicchia y Héctor D’Amico.

En consecuencia, se rechaza la demanda deducida por Carlos Saúl Menem contra Jorge Fontevicchia, Héctor D’Amico y Editorial Perfil Sociedad Anónima. Agréguese las actuaciones remitidas por el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la Nación al principal. Notifíquese a Carlos Saúl Menem, a Jorge Fontevicchia, a Héctor D’Amico, a Editorial Perfil S.A., a la Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y a la Dirección General de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto. Fecho, devuélvanse los autos principales al juzgado de origen.

JUAN CARLOS MAQUEDA.



VALIDEZ DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

“SCHIFFRIN” (FALLOS: 340:257)

La Corte reconoció las facultades de la Convención Constituyente de 1994 y restableció el límite constitucional de 75 años de edad para la función judicial, aceptando la validez de la norma que exige a los jueces que pretendan seguir en funciones después de cumplir dicha edad la necesidad de que obtengan un nuevo acuerdo del Senado de la Nación y un nuevo nombramiento del Presidente de la Nación para mantenerse en el cargo.

Consideró que dentro de los límites de la competencia habilitada, la Convención Constituyente es libre para determinar si lleva a cabo la reforma y, en su caso, para definir el contenido de las disposiciones constitucionales que modificará.

La decisión se adoptó con los votos propios de los jueces LORENZETTI, MAQUEDA y ROSATTI por la mayoría y la disidencia del juez ROSENKRANTZ.

Principales ejes temáticos del fallo

» Tras la habilitación otorgada a la Convención Constituyente a través de la ley 24.309 (art. 3º, punto e), la necesaria intervención de los Poderes Ejecutivo y Legislativo – cuando los jueces federales alcanzan la edad de 75 años– aparece razonablemente como una de las modalidades posibles reservadas al constituyente para hacer efectiva esa competencia reconocida.

» Resulta improcedente el argumento según el cual la cláusula que establece el límite de edad de 75 años para los jueces vulneró derechos adquiridos de quienes habían sido designados como magistrados con anterioridad a la reforma, pues la consolidada y reiterada doctrina de que nadie tiene derecho al mantenimiento de leyes o reglamentos ni a su inalterabilidad se ahonda cuando se trata de una reforma constitucional.

» La Convención Constituyente de 1994 no ha excedido los límites de la norma habilitante al incorporar la cláusula del art. 99, inc. 4º, tercer párrafo, de la Constitución Nacional, ni tampoco ha vulnerado el principio de independencia judicial, que hace a la esencia de la forma republicana de gobierno, en tanto el límite de edad modifica únicamente el carácter vitalicio del cargo pero no la garantía de inamovilidad.

» La modificación del mandato de los jueces violó el procedimiento de reforma estatuido por la Constitución Nacional pues no se hallaba habilitada ni por el art. 2º –Núcleo de Coincidencias Básicas– ni, aun en su interpretación más expansiva, por el art. 3º –Temas habilitados por el Congreso de la Nación para su Debate por la Convención Constituyente– de la ley 24.309 (Disidencia del juez Rosenkrantz).

Enlaces destacados

» Ver más

- › Citas del fallo
- › Otra información
- › Versión Word

» Dictamen

» Doctrina del fallo

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 28 de marzo de 2017.

Vistos los autos: “Schiffirin, Leopoldo Héctor c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ acción meramente declarativa”.

Considerando:

1º) Que la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata rechazó el recurso de apelación deducido por el Estado Nacional y confirmó la sentencia de primera instancia que había hecho lugar a la demanda interpuesta por el juez Leopoldo Héctor Schiffirin “declarando la nulidad e inaplicabilidad” del tercer párrafo introducido por la Convención Reformadora de 1994 en el artículo 99, inciso 4º (antes artículo 86 inciso 5º) de la Constitución Nacional.

El párrafo en cuestión establece respecto de los jueces federales que “un nuevo nombramiento, precedido de igual acuerdo, será necesario para mantener en el cargo a cualquiera de esos magistrados, una vez que cumplan la edad de setenta y cinco años. Todos los nombramientos de magistrados cuya edad sea la indicada o mayor se harán por cinco años, y podrán ser repetidos indefinidamente, por el mismo trámite”.

2º) Que para así decidir la cámara consideró en primer término que las reformas constitucionales pueden ser revisadas por el Poder Judicial, y en ese marco afirmó que “la ley 24.309 declarativa de la necesidad de la reforma constitucional no había autorizado la modificación de la garantía de inamovilidad de los jueces federales mientras dure su buena conducta establecida por el actual artículo 110 de la Constitución reformada, artículo 96 de la Constitución de 1853”. Sostuvo que se había alterado la independencia judicial, fundamentando su posición en lo decidido por esta Corte –con distinta integración– en el precedente “Fayt”, publicado en Fallos: 322:1616.

Sin perjuicio de la solución que alcanzó, y a modo de *obiter dictum*, puntualizó que los jueces designados al amparo del régimen anterior a la reforma no podían ser alcanzados por la norma impugnada pues ello implicaría afectar sus derechos adquiridos (fs. 121/127 vta).

3º) Que el Estado Nacional interpuso recurso extraordinario federal, que fue concedido por encontrarse en juego “el alcance e interpretación de normas federales, siendo la decisión contraria a las pretensiones que el recurrente basó en ellas” (fs. 156).

4º) Que en su recurso extraordinario el Estado Nacional sostiene que:

a) al declarar la nulidad de una norma dictada por la Convención Reformadora, la cámara violó el principio de división de poderes y de supremacía establecido en la Constitución Nacional atribuyéndose facultades de revisión que inhibieron la eficacia de la tarea de la Convención Constituyente;

b) la ley 24.309 específicamente previó que la Convención Constituyente podía modificar el artículo 86, inciso 5º de la Constitución Nacional en el punto I del Núcleo de Coincidencias Básicas titulado “designación de los magistrados federales”; y en el artículo 3º, punto “E”, que habilitó para su debate y resolución “la actualización de las atribuciones del Congreso y del Poder Ejecutivo Nacional previstas en los artículos 67 y 86, respectivamente de la Constitución Nacional”;

c) la reforma de 1994 no modificó la garantía de inamovilidad, solamente alteró la vigencia del plazo de duración del mandato judicial para adecuarlo a la realidad de las exigencias que el cargo de juez importa. La esencia de esa garantía no incluye la duración vitalicia en el cargo, que tampoco viene impuesta por la forma republicana de gobierno ni por el principio de división de poderes;

d) la limitación por razones de edad del nombramiento de los magistrados no equivale ni puede ser asimilada a la remoción, que solo procede en caso de enjuiciamiento por las causales admitidas en el artículo 53, mientras que la limitación por edad constituye un límite objetivo e impersonal aplicable a todos los jueces por igual.

5°) Que el recurso extraordinario es admisible pues se halla en tela de juicio la interpretación de cláusulas de la Constitución Nacional y de la ley federal 24.309 –que declaró necesaria la reforma constitucional y dispuso la apertura del proceso destinado a llevarla a cabo– y la decisión definitiva del tribunal de la causa es contraria a la validez del derecho que la recurrente funda en ellas.

6°) Que el presente caso tiene relevancia institucional, porque el interés jurídico excede el de las partes para proyectarse sobre cuestiones de gran trascendencia: a) existe un precedente de la Corte Suprema que, por razones de seguridad jurídica, impone la carga argumentativa de explicar por qué habría que modificarlo; b) se requiere precisar en qué medida el límite de edad de 75 años fijado por la actual Constitución es compatible con la inamovilidad que deben tener los magistrados, ya que es obligación de esta Corte proteger la independencia del Poder Judicial; c) la modificación del precedente tiene implicancias futuras, porque hay que interpretar cuál es la relación entre las normas de habilitación de una Reforma Constitucional fijada por el Congreso y las facultades de la Convención Constituyente.

7°) Que el juicio de ponderación en casos de relevancia institucional debe identificar una serie de principios claros y estables, que son los siguientes:

a) el precedente de la Corte Suprema tiene un valor que obliga a ser seguido y respetado, salvo que exista una situación de excepción que exija una argumentación suficiente;

b) en el presente conflicto existió una Reforma Constitucional del año 1994 que fue aplicada por esta Corte en todos sus artículos, excepto el referido al límite de edad de los magistrados;

c) que luego de más de veintidós años no se puede sostener la amenaza de un derecho concreto, ya que el límite de edad se refiere al carácter vitalicio del cargo y no a la inamovilidad, que es una garantía institucional de la independencia judicial;

d) que la Corte Suprema ha sostenido que puede haber juzgamiento sobre el procedimiento de las reformas constitucionales;

e) que la interpretación no puede ser restrictiva, como se desprende del caso “Fayt”, de manera de limitar severamente la soberanía de la Convención; por el contrario, el criterio de interpretación debe ser amplio, extensivo, y, en caso de duda, debe juzgarse a favor de la plenitud de poderes de la Convención Constituyente;

f) que la Convención Constituyente representa la voluntad del pueblo, pero, en un estado constitucional de derecho, está limitada por el contenido pétreo de la Carta Magna;

de este modo, una Convención futura no podría derogar la estructura básica del sistema de poder constitucional ni los derechos humanos ya consagrados.

Que esta estructura de argumentación, que será desarrollada en los considerandos siguientes, lleva a la conclusión de que el precedente debe ser modificado.

8°) Que cabe recordar que esta Corte se expidió sobre cuestiones sustancialmente análogas a las que aquí se discuten en el caso “Fayt”, publicado en Fallos: 322:1616.

En esa oportunidad, la mayoría declaró la nulidad de la reforma introducida por la Convención Constituyente de 1994 al artículo 86, inciso 5°, del texto constitucional de 1853, mediante la cual se estableció una limitación para la permanencia en el cargo –entre otros– de los magistrados de la Corte Suprema una vez cumplida la edad de setenta y cinco años (artículo 99, inciso 4°, del texto vigente de la Constitución Nacional).

El Tribunal fundó su decisión en el entendimiento de que la Convención Constituyente había excedido el ámbito de actuación habilitado por el Congreso de la Nación al dictar la ley que declaró la necesidad de reforma de la Constitución Nacional (ley 24.309). En particular, consideró que la fijación del límite de edad para la duración del cargo de juez había importado una alteración del antiguo artículo 96 de la Constitución Nacional (actual artículo 110), que consagraba la garantía de inamovilidad de los magistrados en sus cargos.

9°) Que es necesario precisar que los precedentes deben ser mantenidos por esta Corte Suprema y respetados por los tribunales de grado, por una importante y evidente razón de seguridad jurídica.

La carga argumentativa de modificarlo corresponde a quien pretende apartarse del precedente, debiendo ser excepcional y fundada.

Es importante señalar que, en los últimos diez años esta Corte modificó numerosos precedentes, en materia previsional, laboral, ambiental, derechos fundamentales, lesa humanidad, penal, y otros, invocando una razón fundada que fue la plena aplicación de la reforma constitucional del año 1994. Es decir que en esos casos hubo una justificación basada en el cambio sustancial en el ordenamiento constitucional o en razones de excepción.

Que el cambio del precedente “Fayt” (Fallos: 322:1616) puede ser subsumido en esta categoría.

En primer lugar, se trata del único caso en que la Reforma Constitucional no ha sido aplicada, y atendió a una situación transitoria, ya que estaba bajo análisis la posible afectación que podría acarrear la aplicación inmediata o sometida a plazo, de esta norma sobre la estabilidad de un magistrado en ejercicio con anterioridad a dicho cambio.

En segundo lugar, ha transcurrido un tiempo suficiente, más de veintidós años, que disipa todo temor respecto de que su aplicación pudiera afectar la situación de independencia de los jueces, y por esa razón corresponde examinar en profundidad los argumentos, sin que pueda afirmarse que la norma fue diseñada para la afectación específica de la estabilidad de un magistrado.

La Corte afirmó que “es deseable y conveniente que los pronunciamientos de esta Corte sean debidamente considerados y consecuentemente seguidos en los casos ulteriores, a fin de preservar la seguridad jurídica que resulta de dar una guía clara para la conducta

de los individuos;...más con parejo énfasis cabe igualmente aceptar que esa regla no es absoluta ni rígida con un grado tal que impida toda modificación en la jurisprudencia establecida...” debiendo existir “causas suficientemente graves, como para hacer ineludible tal cambio de criterio” (Fallos: 248:115; 329:759; 337:47).

Que este supuesto se da en el presente caso.

10) Que el Tribunal ha sostenido reiteradamente el carácter justiciable de la regularidad de los procesos de Reforma Constitucional (Fallos: 316:2743; 335:2360 y 338:249); pero también ha señalado que el alcance del control judicial, en esos casos, se limita únicamente a corroborar la concurrencia de los “requisitos mínimos e indispensables” que condicionan la sanción de la norma constitucional reformada (Fallos: 256:556, considerandos 3° y 4°).

Este estándar, del más amplio respeto hacia la actividad de la Convención Constituyente, tiene sustento en un hecho de singular importancia: se trata de la voluntad soberana del pueblo, expresada a través de un órgano –como lo es la Convención Reformadora– que cuenta con el más alto grado de representatividad, ya que los ciudadanos eligen a los convencionales con plena conciencia y conocimiento de que llevarán a cabo en forma inmediata y concreta la misión de reformar la Ley Fundamental.

11) Que tal criterio amplio, no fue aplicado en la decisión tomada en el caso “Fayt”.

En esa oportunidad, la Corte entendió que el Congreso podía establecer no solo la necesidad de la reforma, sino también su contenido; que la Convención Constituyente no podía apartarse de ello, porque acarrearía la nulidad; y que el Poder Judicial era el encargado de controlar que esos límites no fueran transgredidos.

Un criterio hermenéutico restrictivo no puede sostenerse en los principios que estructuran la división de poderes sobre la que se asienta la forma republicana de gobierno vigente, porque implica un alto riesgo de interferir en el proceso democrático, alterando el equilibrio que la Constitución Nacional ha diseñado para que, por un lado, cada uno de los poderes se mantenga dentro de su esfera y, por el otro, para que el poder constituido no deje sin efecto la voluntad soberana del pueblo expresada, mediante una Convención Reformadora integrada por sus representantes electos, en la Ley Fundamental.

12) Que, por otra parte, el estándar utilizado en el precedente “Fayt” presenta consecuencias que, de generalizarse, demuestran claramente su improcedencia.

En primer lugar, si se llevara al extremo, permitiría que el Congreso de la Nación dictara una ley de necesidad de Reforma Constitucional, estableciendo el contenido de modo preciso, y la Convención solo tendría la facultad de aceptarlo o no. Este modo de interpretar las interrelaciones entre las atribuciones pre-constituyentes y las reformadoras, al amparo de prestar deferencia con respecto a las declaraciones del Congreso de la Nación desplazaría las competencias privativas de la Convención, invirtiendo la relación entre poder constituido y poder constituyente reformador.

El Poder Judicial no puede analizar la conveniencia de las decisiones de los constituyentes ni desconocer un presupuesto esencial de nuestra democracia, según el cual la Constitución materializa un pacto de unión nacional entre todos los ciudadanos.

Si la declaración de inconstitucionalidad de un acto de los poderes constituidos ya presenta suma gravedad institucional y debe ser considerada como *ultima ratio* del orde-

namiento jurídico (Fallos: 300:241, 1087; 302:457, 484, 1149; entre otros), con mucha mayor rigurosidad debe serlo cuando se ha puesto en cuestión la validez de una norma de la Constitución sancionada por una Convención Reformadora elegida por el pueblo.

13) Que otra consecuencia se relaciona con el resto de las reformas introducidas por la Convención Constituyente del año 1994.

Es que si la Corte Suprema mantiene un precedente, ello supone aplicar los mismos principios en situaciones similares. Si ello ocurriera, también se pondrían en tela de juicio y convertirían en cuestionables:

a) las trascendentes cláusulas que, en defensa del orden constitucional y del sistema democrático, fueron incluidas en el artículo 36 del texto reformado, con fundamento en el artículo 3º, punto j, de la ley 24.309 (“Garantías de la democracia en cuanto a la regulación constitucional de los partidos políticos, sistema electoral y defensa del orden constitucional”);

b) la modificación del régimen de competencias nacionales y provinciales que, entre otras, apareja el reconocimiento a la Nación de la potestad de dictar normas que contengan presupuestos mínimos de protección en materia ambiental (artículo 41), ya que la norma habilitante escuetamente se titulaba “K. Preservación del medio ambiente”;

c) la incorporación como proceso constitucional de la acción de hábeas data junto al hábeas corpus y la acción de amparo (artículo 43), en el marco del punto habilitante “N. Consagración expresa del hábeas corpus y del amparo”;

d) las trascendentes previsiones que reconocen a los pueblos indígenas argentinos la personería jurídica y la posesión y propiedad comunitaria de sus tierras (artículo 75, inciso 17), incorporadas con fundamento en el punto “LL. Adecuación de los textos constitucionales a fin de garantizar la identidad étnica y cultural de los pueblos indígenas”;

e) la incorporación de los tratados internacionales con jerarquía constitucional, y las consecuencias que de ello se derivan en materia de supremacía constitucional (artículos 75, incisos 22, 30 y 31);

f) las leyes que el Congreso Nacional puede dictar para regular las formas de acceso a la nacionalidad argentina (artículo 75, inciso 12);

g) las acciones positivas a favor de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad; que innegablemente supusieron una ampliación de derechos y garantías (artículo 75, inciso 23), todos ellos incorporados en el marco del punto “E. Actualización de las atribuciones del Congreso y del Poder Ejecutivo Nacional previstas en los artículos 67 y 86, respectivamente de la Constitución Nacional”;

h) la incorporación del Ministerio Público encabezado por un Procurador General de la Nación y un Defensor General de la Nación (artículo 120), habilitado por el punto “G. Ministerio Público como órgano extrapoder”;

i) la habilitación a las provincias y al Congreso Federal para crear regiones para el desarrollo económico y social (artículo 124); así como el reconocimiento a las provincias del dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio (artículo 124), incorporados en el marco del punto “A. Fortalecimiento del régimen federal”.

14) Que, en igual sentido, cabe mencionar la significativa expansión de la tarea de la Corte, que con sustento en las normas citadas y en el derecho internacional de los derechos humanos, ha dado lugar al dictado de sentencias tendientes al reconocimiento de derechos fundamentales (“Arancibia Clavel”, Fallos: 328:341; “Simón”, Fallos: 328:2056; “Mazzeo”, Fallos: 330:3248; “Sánchez, Elvira”, Fallos: 330:2304); como así también a definir lo atinente al cumplimiento de las decisiones adoptadas respecto de nuestro país por los órganos internacionales (“Espósito”, Fallos: 327:5668; “Derecho”, Fallos: 334:1504; causa CSJ 368/1998 (34-M)/CS1 “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso ‘Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina’ por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, fallada el 14 de febrero de 2017).

También la Corte ha debido responder a los reclamos de los justiciables –basados en la jerarquía constitucional de los derechos humanos (artículo 75, inciso 22)–, en orden a la satisfacción de necesidades sociales básicas insatisfechas. Así, ha dictado pronunciamientos dirigidos a establecer mecanismos para que los ciudadanos puedan colectivamente exigir el derecho al agua potable (“Kersich”, Fallos: 337:1361); a que se mejoren las condiciones carcelarias de los detenidos en establecimientos policiales y penitenciarios superpoblados (“Verbitsky”, Fallos: 328:1146; “Lavado”, Fallos: 330:1135); a que se asegure el derecho a una vivienda digna (“Q. C., S. Y.”, Fallos: 335:452); a que se satisfagan las necesidades básicas –agua potable y alimentos– de ciertas comunidades indígenas (“Defensor del Pueblo de la Nación”, Fallos: 330:4134); a que se reconozca el mandato constitucional de movilidad jubilatoria (“Badaro”, Fallos: 330:4866); y al reconocimiento de un ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano (“Mendoza”).

15) Que, por otra parte, ese estándar de amplio respeto por parte de la rama judicial sobre el alcance de las facultades puestas en ejercicio por la Convención Constituyente, y que solo interviene en casos de marcada excepcionalidad en que el apartamiento por parte del órgano reformador sea grave, ostensible y concluyente con respecto a los temas habilitados por el Congreso de la Nación, ha sido la jurisprudencia constante de los tribunales desde el origen de la Nación.

Existieron numerosas asambleas reformadoras antes de la del año 1994, sin que existieran pronunciamientos descalificadores de esta Corte Suprema. Luego de la mencionada reforma, la Corte aplicó todas sus cláusulas, siendo absolutamente deferente respecto de las decisiones del poder constituyente.

El único caso distinto fue el del precedente “Fayt”, lo cual muestra claramente que no se inserta en la tradición jurídica de este Tribunal.

Ello, cabe reiterar, atendió a una situación transitoria, ya que estaba bajo análisis la posible afectación que podría acarrear la aplicación inmediata o sometida a plazo de esta norma sobre la inamovilidad de un magistrado en ejercicio con anterioridad a dicho cambio. Esta relación no subsiste en el momento presente, y es preciso iluminar las reglas estables que pueden perdurar en el tiempo para el funcionamiento del sistema.

16) Que, como consecuencia de todo lo expresado, no es procedente en esta materia aplicar un criterio de interpretación restrictivo sino amplio y extensivo respecto de las facultades de la Convención Constituyente.

Que la Constitución Nacional dispone (artículo 30) que “la Constitución puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes. La necesidad de reforma debe ser declarada por el Congreso con el voto de dos terceras partes, al menos, de sus miembros; pero no se efectuará sino por una Convención convocada al efecto”.

De conformidad con ello, el Honorable Congreso de la Nación declara la necesidad de la Reforma Constitucional, y esta declaración es normativa, es decir, contiene un mandato obligatorio.

Este procedimiento puede ser motivo de impugnación judicial. Es jurisprudencia consolidada de esta Corte el carácter justiciable de la regularidad de los procesos de Reforma Constitucional, tanto a nivel nacional como provincial (Fallos: 316:2743; 322:1616; 338:249). Ello es así cuando se demostrase “la falta de concurrencia de los ‘requisitos mínimos e indispensables’ que condicionan la sanción de la norma constitucional reformada” (conf. considerandos 3° y 4° de Fallos: 256:556, “Soria de Guerrero”).

Establecidas estas reglas, cabe examinar cómo funcionaron en el precedente.

En la sentencia “Fayt” esta regla se interpretó de modo restrictivo, entendiendo que la ley que convocó la Convención Reformadora fijó límites a su objeto y previó la sanción de nulidad de las “modificaciones, derogaciones y agregados que realice la Convención Constituyente apartándose de la competencia establecida...” (artículo 6° de la ley 24.309), se asumió que el Congreso fijó límites a la Convención y que el Poder Judicial puede controlar que esos límites no se traspasen.

La interpretación estricta significa que el Congreso puede establecer no solo la necesidad de la reforma, sino también su contenido, y que la Convención Constituyente no puede apartarse de ello, porque acarrea la nulidad.

Este criterio hermenéutico no puede sostenerse, porque limita el poder constituyente de la Convención, de un modo contrario al sistema previsto en la Carta Magna.

En otras palabras, resulta necesario abandonar la doctrina del caso “Fayt”, y adoptar un nuevo estándar de control, que sea deferente y respetuoso de la voluntad soberana del pueblo expresada por la Convención Reformadora con las disposiciones que aprobare, pero que, a su vez, preserve en cabeza del Departamento Judicial la atribución para revisar dichas cláusulas y, como *ultima ratio* de la más marcada rigurosidad, descalificarlas. Ello será únicamente así, en caso de apartamiento de las competencias reconocidas por el Congreso de la Nación en ejercicio de su facultad pre-constituyente; o del sistema republicano como base del estatuto del poder constitucional o en caso que se avasallen derechos humanos fundamentales.

El principio, pues, es claro, de modo que solo cabría descalificar la actividad de la Convención Constituyente en dos supuestos:

– cuando se demuestre categóricamente que exista una grave, ostensible y concluyente discordancia sustancial que haga absolutamente incompatible la habilitación conferida y la actuación llevada a cabo por la Convención Constituyente; o,

– cuando lo decidido por la Convención afectara, de un modo sustantivo y grave, el sistema republicano como base del estatuto del poder constitucional; o los derechos fundamentales inderogables que forman parte del contenido pétreo de la Constitución.

17) Que, con relación al último punto, resulta importante insistir en que el producto de una Convención Constituyente también podría ser descalificado por razones sustantivas, en circunstancias marcadamente excepcionales.

Este tema, que puede llegar a ser muy importante en el futuro, requiere una fundamentación, que ya ha dado esta Corte Suprema, fijando con claridad la relación entre las mayorías y los derechos fundamentales.

Es jurisprudencia de esta Corte Suprema que los derechos humanos forman parte del bloque de constitucionalidad y constituyen un límite, en tanto resultan inderogables, sea mediante una ley o incluso mediante una Convención Constituyente.

Ello es así, pues tal como se explicó en el precedente de Fallos: 338:249 “Colegio de Abogados de Tucumán”: *“La Constitución Nacional no admite la validez de una voluntad popular expresada sin respetar los principios del Estado de Derecho ni permite que las mayorías puedan derogar los principios fundamentales sobre los que se basa la organización republicana del poder y la protección de los ciudadanos. El escrutinio judicial de los procedimientos resulta esencial para robustecer las prácticas democráticas. Estas normas constituyen un presupuesto para que la decisión mayoritaria sea válida. Por esta razón, no es admisible modificar las reglas sobre la base de los resultados que surgen luego de incumplirlas. Un principio de estas características no podría fundar la competencia política, ya que ninguna persona razonable aceptaría ser parte de una sociedad formada de esa manera”*.

Es que existen derechos “fundantes y anteriores al Estado de Derecho”, tal como se señaló en Fallos: 328:2056, causa “Simón”, voto del juez Lorenzetti: *“Desde una dogmática jurídica más precisa, se puede decir que afectan derechos fundamentales de la persona, y que estos tienen esa característica porque son ‘fundantes’ y ‘anteriores’ al estado de derecho. Una sociedad civilizada es un acuerdo hipotético para superar el estado de agresión mutua (Hobbes, Thomas, ‘Leviatán. O la materia, forma y poder de una República, eclesiástica y civil’, México, Fondo de Cultura Económica, 1994), pero nadie aceptaría celebrar ese contrato si no existen garantías de respeto de la autonomía y dignidad de la persona pues ‘aunque los hombres, al entrar en sociedad, renuncian a la igualdad, a la libertad y al poder ejecutivo que tenían en el estado de naturaleza, poniendo todo esto en manos de la sociedad misma para que el poder legislativo disponga de ello según lo requiera el bien de la sociedad, esa renuncia es hecha por cada uno con la exclusiva intención de preservarse a sí mismo y de preservar su libertad y su propiedad de una manera mejor, ya que no puede suponerse que criatura racional alguna cambie su situación con el deseo de ir a peor’ (Locke, John ‘Segundo Tratado sobre el Gobierno civil’, capítulo 9, Madrid, Alianza, 1990). Tales derechos fundamentales son humanos, antes que estatales. Por ello, los derechos fundamentales no pueden ser suprimidos por el Estado Nacional y si no son respetados, tienen tutela transnacional. Este aspecto vincula a esta figura con el derecho internacional humanitario, puesto que ningún estado de derecho puede asentarse aceptando la posibilidad de la violación de las reglas básicas de la convivencia y admitiendo comportamientos que tornan a las personas irreconocibles como tales”*.

“El derecho es un sistema de reglas y de principios y estos últimos permiten una apertura hacia las consideraciones morales del derecho (Lon Fuller ‘The morality of law’, New Haven, Yale University Press, 1969). Las proposiciones normativas exhiben una pretensión de verdad o corrección que las vincula con la visión ética del derecho, lo cual, en el campo de los derechos humanos, permite una conciliación de su tutela con la aplicación de los principios republicanos

(Jürgen Habermas, *Derechos humanos y Soberanía popular. Concepción liberal y republicana*, en *Derechos y Libertades*, número 3, Madrid, Universidad Carlos III, 1994). Esta pretensión de fundamentabilidad ética de la legislación ha llevado a sostener que el legislador puede dictar una ley que revela una insoportable contradicción con la justicia, y que el ciudadano no debe obedecer (Robert Alexy *La decisión del Tribunal Constitucional alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del muro de Berlín*, en Revista *Doxa*, Alicante, 1997”).

“El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica se ha resuelto otorgando prioridad al derecho positivo, el que tiene primacía aun cuando su contenido sea injusto y antifuncional, salvo que la contradicción de la ley positiva con la justicia alcance una medida tan insoportable que la ley, en cuanto ‘derecho injusto’ deba retroceder ante la justicia. Esta es la ‘fórmula Radbruch’ (Gustav Radbruch, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht* (1946) – traducción española bajo el título *Arbitrariedad legal y Derecho supralegal*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1962) que, si bien tiene un claro origen iusnaturalista, puede ser ajustada al canon hermenéutico de la previsibilidad por la vía del control ético y del principio lógico interno del derecho. En este sentido puede decirse que la ley debe ser interpretada conforme al estándar del ser humano maduro dotado de razonabilidad práctica (John Finnis, *Aquinas Moral, Political and legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1998, y *Natural law and natural rights*, Oxford, Clarendon Press, 1980)”.

En este mismo sentido, en Fallos: 328:566 “Itzcovich”, voto del juez Lorenzetti, se señaló que: “Los constituyentes decidieron sujetarse a unos principios fundamentales para convivir en sociedad, pensados para que sean perdurables e inmunes a las tentaciones de cambiarlos frente a las previsibles mudanzas de opinión. Sin perjuicio de ello, fueron expresados con sabia amplitud, para permitir su adaptación a los tiempos futuros. Los valores y principios constitucionales tienen una vocación de perdurabilidad y de precisión que los protege contra su desnaturalización, y por ello no debe confundirse la indeterminación lógica con la valorativa”.

Y que “...todos los individuos tienen derechos fundamentales con un contenido mínimo para que puedan desplegar plenamente su valor eminente como agentes morales autónomos, que constituyen la base de la dignidad humana, y que esta Corte debe proteger (...) un principio de justicia que goza de amplio consenso es aquel que manda desarrollar las libertades y derechos individuales hasta el nivel más alto compatible con su igual distribución entre todos los sujetos que conviven en una sociedad dada, así como introducir desigualdades excepcionales con la finalidad de maximizar la porción que corresponde al grupo de los menos favorecidos (Rawls, *A theory of Justice*, 1971, Harvard College)”.

Finalmente, en la misma línea de razonamiento, en el caso de Fallos: 328:175, “Ponce”, voto del juez Lorenzetti, se ha desarrollado la siguiente argumentación: “Que ambas partes han invocado a la soberanía popular en el ámbito municipal como un principio para resolver esta causa judicial. Que, sin dudas, la voz del pueblo de la Nación es la fuente más legítima para adoptar decisiones en una sociedad organizada democráticamente, ya que toma en cuenta la opinión del mayor número de individuos que se expresan sobre una cuestión precisa sometida a su consideración. El principio mayoritario está fundado en la Constitución y las decisiones de este tipo gozan de una presunción de razonabilidad y de prioridad argumentativa. La Corte ha respetado este límite respecto de las decisiones contramayoritarias al establecer el criterio de la no justiciabilidad de las cuestiones políticas (Fallos: 53:420) como principio general”.

“Que es función de esta Corte fundamental y proteger los consensos básicos para el funcionamiento de una sociedad en la que puedan convivir personas y grupos con opiniones diferentes. Este común sentir se edifica sobre algunas reglas que deben ser aceptables para quienes están distanciados por una controversia particular, y que lo serán en los conflictos subsiguientes cuando cambien sus posiciones de poderío o debilidad, y que serán aplicadas por las generaciones futuras porque se habrán transformado en una práctica constitucional consolidada”.

“Que la Constitución no admite la validez de una voluntad popular expresada sin respetar los principios del Estado de Derecho ni permite que las mayorías puedan derogar principios fundamentales sobre los que se basa la organización republicana del poder y la protección de los ciudadanos. La Democracia es Constitucional, y por ello la función de esta Corte en este caso no se dirige a imponer valores sustantivos (...) sino a garantizar la vigencia de principios regulativos del modo en que ésta se expresa”.

18) Que, sentado lo expuesto, corresponde examinar, de acuerdo al estándar fijado en los considerandos previos, si la inclusión del tercer párrafo del inciso 4° del artículo 99 por parte de la Convención Constituyente ha respetado, por un lado, los límites establecidos por la norma habilitante; y, por el otro, los principios fundantes del Estado de Derecho, que hacen al contenido pétreo de nuestra Ley Fundamental.

19) Que, en cuanto a la primera cuestión, deviene necesario examinar la ley 24.309, norma mediante la cual el Congreso Nacional, en ejercicio del poder pre-constituyente, declaró y habilitó la reforma parcial de la Constitución y fijó los límites de la competencia que tendría la Asamblea Reformadora.

En lo que al caso interesa, cabe mencionar que el artículo 3° de la citada ley dispuso habilitar –como tema “E”– lo referido a “La actualización de las atribuciones del Congreso y del Poder Ejecutivo Nacional previstas en los artículos 67 y 86, respectivamente, de la Constitución Nacional”, entre las que se encontraba la referida a la intervención del Poder Ejecutivo en el proceso de designación de los jueces federales (artículo 86, inciso 5°).

Como consecuencia de ello, la Convención incorporó en el artículo 99, inciso 4°, un tercer párrafo que requiere la renovación del nombramiento para los jueces que alcancen la edad de 75 años, estableciendo la necesidad de una designación periódica quinquenal para los magistrados que se encontraren en dicha situación.

20) Que, a la luz de lo expuesto, no es posible sostener con fundamentos consistentes que la Convención Constituyente transgredió los límites de la habilitación conferida por el Congreso de la Nación.

Es que, cabe insistir, lo decidido por una Asamblea Reformadora merece la más alta de las deferencias y, por ende, exige que el control judicial solo deje sin efecto la voluntad soberana cuando encuentre una grave transgresión de los límites impuestos por la norma habilitante.

Tal situación excepcional no se presenta en este caso. Es claro que la ley 24.309 incluyó el artículo referido a la actualización de las atribuciones del Poder Ejecutivo como uno de los temas habilitados para ser tratado; es igualmente inocultable que, entre esas atribuciones, se encontraba la imprescindible intervención del Poder Ejecutivo en el proceso de designación de jueces federales.

En tales condiciones, cabe concluir que el constituyente realizó una exégesis racionalmente posible del alcance de la norma habilitante; pues, aunque no sea la única interpretación sostenible de aquella, es evidente que tiene sustento jurídico suficiente en la letra de la ley 24.309 y, sin duda alguna, no constituye una grave, ostensible y concluyente discordancia sustancial que haga absolutamente incompatible la habilitación conferida y la actuación llevada a cabo por la Convención Constituyente, que de manera manifiesta e indisputable desconozca la voluntad que tuvo el Congreso al ejercer su función pre-constituyente mediante las previsiones establecidas en la ley declarativa de la necesidad de la reforma.

21) Que, en lo relativo al control sustancial sobre las reformas aprobadas por la Convención Constituyente, corresponde examinar si el límite de 75 años de edad para la inamovilidad de los jueces federales, incorporado por la reforma, afectó alguno de los principios fundantes del Estado de Derecho que integran el contenido pétreo de nuestra Ley Fundamental; y, en particular, si vulneró el principio de la independencia judicial, que constituye uno de los pilares básicos del sistema de división de poderes sobre el que se asienta la forma republicana de gobierno adoptada por la Constitución Nacional.

En este punto, cabe recordar la tradicional regla según la cual los jueces gozan –entre otras– de la garantía de inamovilidad en el cargo, como forma de asegurar el ejercicio independiente e imparcial de su función (Fallos: 314:881 y 749; 315:2386; 324:1177; 325:3514; 338:284 y 1216).

22) Que la garantía de inamovilidad consiste, esencialmente, en asegurar a los magistrados que su permanencia en el cargo no estará condicionada a la exclusiva voluntad discrecional de otros poderes; pues ello los colocaría en un estado precario, de debilidad y dependencia frente a aquellos que tienen en sus manos la decisión sobre la permanencia en funciones, y los sometería a posibles restricciones indebidas en el ejercicio de su función.

Lo expuesto no significa, sin embargo, que la única forma de asegurar la estabilidad, para resguardar su independencia, sea establecer que el cargo de juez tiene que ser vitalicio.

En otros términos, la inamovilidad no exige un cargo de por vida, sino un sistema jurídico institucional que cree las condiciones necesarias para que los jueces se desempeñen bien y legalmente, de manera independiente y sin injerencia o presión de poderes externos, con el objeto de impedir el predominio de intereses subalternos sobre el interés supremo de la justicia y de la ley.

23) Que, desde esa perspectiva, no cabe sino concluir que el límite de edad de 75 años introducido en la Reforma Constitucional del año 1994 no ha afectado la sustancia de la garantía de inamovilidad ni, por ende, el principio arquitectónico de independencia judicial.

En efecto, se trata de una regulación admisible y legítima, que no coloca a los jueces en una situación de dependencia y precariedad, sino que simplemente establece un límite previsible y objetivo a la duración del cargo. Es una definición que el legislador constitucional adopta de modo general, *a priori*, aplicable a una clase de sujetos de modo igualitario, por lo que no es posible establecer sospecha alguna de discriminación ni de afectación del ejercicio independiente de la función.

Dicho de otro modo, no puede pregonarse que haya lesión al principio de independencia judicial, porque se trata de una limitación objetiva e impersonal, lo cual se desprende claramente de la finalidad de la norma así como de la intención de los constituyentes.

En cuanto a la intención del legislador constituyente, es suficiente con citar la opinión del convencional Alfonsín quien sostuvo que: “*La cláusula que estamos analizando referida a la inamovilidad de los jueces se encuentra en diversas constituciones, inclusive de América Latina. Nos pareció conveniente incorporarla a fin de no tener que llegar al juicio político cuando se producen determinadas situaciones de decadencia. Esto es similar a lo que ocurre, por ejemplo, en la Iglesia, que para ciertos cargos –como el de obispo– la edad de retiro es a los 75 años. He escuchado azorado las interpretaciones realizadas por algunos señores convencionales [en el sentido de que pudiese entenderse que la cláusula apuntaba a perjudicar a jueces determinados]. Por ello, luego de las conversaciones mantenidas con el señor presidente de la Comisión de Redacción, acordamos modificar la cláusula en tratamiento a fin de que se establezca que tendrá vigencia cinco años después de la sanción de esta Constitución con el objeto de aventar cualquier duda que haya acerca de esta cuestión*” (Debate de Sesiones, fs. 4648/4649, tal como lo relata el dictamen de la Procuración General en Fallos: 322:1616, punto VIII).

24) Que, de todos modos, lo dicho no implica que el sistema elegido por el constituyente sea el que mejor garantiza la independencia judicial, sino simplemente uno más dentro de las distintas alternativas que se siguen en otros modelos organizacionales de las repúblicas que aseguran el estado constitucional de derecho y la independencia del Poder Judicial. Se trata, pues, de una regulación razonable que es compatible con el postulado de inamovilidad.

Es evidente que la inamovilidad y la independencia pueden garantizarse de diversas maneras y sin necesidad de asegurar un cargo vitalicio, tal como surge de los numerosos ejemplos existentes en el derecho comparado (entre otros: Brasil, artículo 101; Paraguay, artículos 252 y 261; Perú, artículos 146 y 201; Uruguay, artículo 250; Chile, artículo 80; Colombia, artículos 233 y 239; México, artículo 94).

El límite de edad, a su vez, es una materia opinable. Puede argumentarse que una persona puede tener aptitud para ejercer la función judicial con 75 años o aún con más; así como también debe advertirse que hay constituciones que fijaron el límite en sesenta años, porque se elaboraron en épocas en que la expectativa de vida era sensiblemente menor que ahora. Es probable que, con la evolución de la medicina y de la propia conducta de los ciudadanos, la posibilidad de ejercer el cargo con idoneidad se extienda aún más.

Sin embargo, no compete a esta Corte indicar la conveniencia o inconveniencia del sistema elegido por el constituyente, sino simplemente verificar que se haya respetado la esencia de los principios republicanos de organización del poder sobre los cuales se asienta nuestro sistema constitucional.

La postulación de que la inamovilidad de los magistrados judiciales repudia toda limitación temporal podrá traducir, en el mejor de los casos, un juicio sobre la conveniencia de que las soluciones normativas se ajusten al criterio que se propicia, más de un juicio de esta naturaleza a la invalidez del nuevo texto que siga una vertiente opuesta hay un paso, un grande y delicado paso, que no puede ser saltado por esta Corte sin quebrantar frontalmente el régimen de división de poderes en que se asienta el diseño institucional de la República.

25) Que, para concluir el análisis, resta tratar el argumento según el cual el a quo sostuvo la inaplicabilidad de la cláusula del artículo 99, inciso 4º, tercer párrafo, a los

magistrados que –como el actor– fueron designados antes de la reforma constitucional de 1994, porque esto afectaría derechos adquiridos, que no pueden ser suprimidos sin agravio a garantías constitucionales.

Tal afirmación debe ser desestimada por aplicación de la constante jurisprudencia de esta Corte según la cual no existe un derecho adquirido al mantenimiento de las leyes o reglamentos ni a su inalterabilidad (Fallos: 308:1361; 327:2293, entre muchos otros).

26) Que en atención a la forma en que se decide, cabe exhortar al Consejo de la Magistratura para que adopte las medidas que considere necesarias para asegurar la plena vigencia del artículo 99, inciso 4º, tercer párrafo, de la Constitución Nacional.

La presente declaratoria no afecta la validez de las actuaciones cumplidas por el actor hasta la publicidad de este pronunciamiento, sin que corresponda definir en esta oportunidad otras situaciones a que pudiere dar lugar la plena vigencia de la cláusula constitucional mencionada.

27) Que con arreglo a los desarrollos argumentativos expresados en cada uno de los votos que concurren en formar la decisión mayoritaria adoptada por el Tribunal en este pronunciamiento, se establecen las siguientes reglas y conclusiones comunes:

a) En un sistema como el argentino, de Constitución codificada y reforma dificultada, el Congreso de la Nación ejerce una función pre-constituyente y la Convención Reformadora actúa como poder constituyente derivado. La Convención se reúne con la finalidad de modificar, o no, solo aquellas cláusulas constitucionales que el Congreso declaró que podían ser reformadas.

b) Dentro de los límites de la competencia habilitada, la Convención Constituyente es libre para determinar si lleva a cabo la reforma y, en su caso, para definir el contenido de las disposiciones constitucionales que modificará.

c) El nivel de escrutinio del control judicial de la actuación de una Convención Constituyente debe adoptar la máxima deferencia hacia el órgano reformador, acorde al alto grado de legitimidad y representatividad que tiene la voluntad soberana del pueblo expresada a través de la Magna Asamblea. En caso de duda debe optarse por la plenitud de poderes de la Convención Constituyente.

d) En el marco descripto, cabe interpretar que la ley 24.309 (artículo 3º, punto e), al habilitar a la Asamblea Reformadora de 1994 a actualizar las atribuciones del Congreso y del Poder Ejecutivo contenidas en la Constitución Nacional, incluyó los diversos componentes del proceso de designación de los jueces federales que impera en nuestro país.

e) Tras la habilitación otorgada a la Convención en los términos destacados en el punto anterior, la necesaria intervención de los Poderes Ejecutivo y Legislativo –cuando los jueces federales alcanzan la edad de 75 años– aparece razonablemente como una de las modalidades posibles reservadas al Constituyente para hacer efectiva esa competencia reconocida.

f) La única vez en la historia argentina en que el Poder Judicial declaró la nulidad de una cláusula de la Constitución Nacional fue en el caso “Fayt” de Fallos: 322:1616. En su sentencia, la Corte adoptó un nivel de escrutinio restrictivo sobre el juicio de compatibilidad material entre los temas habilitados y las cláusulas adoptadas, que no se compadece con los principios enunciados y limita severamente la competencia del órgano reformador.

g) La doctrina utilizada en el caso “Fayt” debe ser abandonada y sustituida por un nuevo estándar de control, que sea deferente y respetuoso de la voluntad soberana del pueblo, según lo establecido en el punto c).

h) Resulta improcedente el argumento según el cual la cláusula constitucional impugnada vulneró derechos adquiridos de quienes habían sido designados como magistrados con anterioridad a la reforma, pues la consolidada y reiterada doctrina de este Tribunal de que nadie tiene derecho al mantenimiento de leyes o reglamentos ni a su inalterabilidad, se ahonda cuando se trata de una reforma constitucional.

i) La aplicación del nuevo estándar conduce a la inexorable conclusión de que la Convención Constituyente de 1994 no ha excedido los límites de la norma habilitante al incorporar la cláusula del artículo 99, inciso 4º, tercer párrafo, de la Constitución Nacional, ni tampoco ha vulnerado el principio de independencia judicial, que hace a la esencia de la forma republicana de gobierno. Ello así, en tanto el límite de edad modifica únicamente el carácter vitalicio del cargo, pero no la garantía de inamovilidad.

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal, se declara procedente el recurso extraordinario, se revoca la sentencia apelada y se rechaza la demanda (artículo 16 de la ley 48); sin que la presente declaratoria afecte la validez de las actuaciones cumplidas por el actor hasta la publicidad de este pronunciamiento. Costas por su orden en atención a que este pronunciamiento comporta un cambio de criterio del Tribunal sobre el punto en debate (Fallos: 326:3330; 330:2241, entre otros). Notifíquese, publíquese en el Boletín Oficial de la Nación, remítase copia de esta sentencia al Consejo de la Magistratura para su conocimiento y, oportunamente, devuélvase.

RICARDO LUIS LORENZETTI (*según su voto*)– JUAN CARLOS MAQUEDA (*según su voto*)– HORACIO ROSATTI (*según su voto*)– CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ (*en disidencia*).

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON JUAN CARLOS MAQUEDA

Considerando:

Que el infrascripto concuerda con los considerandos 1º a 5º del voto que encabeza este pronunciamiento, los que da por reproducidos por razones de brevedad.

6º) Que si bien esta Corte ha tenido oportunidad de examinar la cuestión planteada en su pronunciamiento de Fallos: 322:1616 (“Fayt”), no es menos cierto que en numerosas ocasiones ha revisado su propia doctrina sobre la base de admitir que la autoridad de los precedentes debe ceder, especialmente en materia constitucional, ante la comprobación del error o de la inconveniencia de las decisiones anteriormente adoptadas sobre la cuestión jurídica en debate (Fallos: 167:121; 178:25; 183:409; 192:414; 293:50; entre otros). En virtud de las razones que a continuación se expondrán, el Tribunal considera que tal supuesto se configura en este caso y, por lo tanto, resulta pertinente abandonar el criterio establecido en el mencionado precedente.

7º) Que la única vez en toda la historia argentina que el Poder Judicial declaró la nulidad de una cláusula de la Constitución Nacional fue en el caso “Fayt”. Así, la trascendencia de la cuestión sometida a conocimiento de esta Corte surge nítida al advertirse

que la declaración de nulidad de una cláusula constitucional reformada implica hacer prevalecer la decisión de un poder constituido como el judicial sobre el poder constituyente derivado expresado en la Asamblea Reformadora. Hay grave riesgo de que, con su intervención, la justicia interfiera en el sistema político constituyente y de esa manera afecte el proceso democrático.

Ante la gravedad de este ejercicio, la única posición que la doctrina de la división de poderes y el sistema representativo democrático permiten al intérprete jurídico es aquella que le aconseja máxima cautela para evaluar las impugnaciones que apuntan a invalidar el trabajo de una Convención Reformadora, y así evitar la “posibilidad de que el poder judicial, poder constituido, poder cuya naturaleza y esencia es jurídica, pretenda juzgar el quehacer del órgano reformador” (Alberto Spota, *Origen y naturaleza del Poder Constituyente*, Abeledo Perrot, 1970, p. 53).

8º) Que el criterio deferente tiene sentido en nuestro sistema constitucional porque la Asamblea Reformadora ad hoc resume la capacidad de la comunidad de darse una norma fundamental y de modificarla cuando lo considere viable y necesario. Las consecuencias de una interpretación judicial que no parta de una altísima deferencia hacia la expresión del pueblo reunido en asamblea constituyente pueden implicar el desconocimiento de un presupuesto esencial de nuestra democracia según el cual la Constitución materializa un pacto de unión nacional entre todos los ciudadanos.

9º) Que si la declaración de inconstitucionalidad de un acto de los poderes constituidos ya es un acto de suma gravedad que debe ser considerado como última ratio del ordenamiento jurídico (Fallos: 300:241, 1087; 302:457, 484, 1149; entre otros) con mucha mayor razón debe ser estrictísimo ese análisis cuando se pretende invalidar directamente una norma de la Constitución.

En efecto, el respeto a los poderes representativos se materializa en el criterio inveterado de esta Corte según el cual, frente a un aparente conflicto normativo, las reglas de interpretación constitucional imponen asignar a las normas un sentido que las concilie y deje a todas con valor y efecto (Fallos: 300:1080; 326:2637; 327:5002; entre muchos otros).

Ello es así pues los actos de los poderes del Estado se presumen constitucionales en tanto y en cuanto mediante una razonable interpretación de la Constitución Nacional puedan ser armonizados con ella. La presunción de conformidad de las leyes con las normas constitucionales, que es el principio cardinal de la división, limitación y coordinación de los poderes en nuestro régimen institucional, solo debe ceder –por transgresión a ese principio y a esas normas– ante una prueba contraria tan clara y precisa como sea posible (conf. Fallos: 207:238 y 322:3255).

10) Que este criterio, que tradicionalmente el Tribunal ha aplicado a conflictos entre la Constitución Nacional y una norma de jerarquía inferior, resulta aún más imperativo a la hora de examinar la correspondencia entre el obrar de la Convención Constituyente y la norma que habilitó su actuación.

Es decir que si la declaración de inconstitucionalidad solo se debe emitir cuando la incompatibilidad con la constitución es “absoluta y evidente”, con mucha más cautela debe aplicarse la regla cuando se evalúa la actuación del poder constituyente que es –desde el advenimiento del constitucionalismo moderno en el siglo XVIII– “un poder *superior* al poder

constituido” (Bidart Campos, Germán “Manual de la Constitución Reformada”, EDIAR, Buenos Aires, 1995, Tomo I p. 375).

11) Que el análisis deferente propuesto se justifica además a la luz de nuestra historia constitucional, que da cuenta desde su período fundacional de las dificultades inmensas que existieron para consensuar un texto constitucional. Su sanción en 1853 conformó una delicada arquitectura basada en matizados pero duraderos acuerdos políticos que no lograban ser alcanzados previamente, como lo demuestran los fallidos intentos de hacer valer las constituciones unitarias de 1819 y 1826. La de 1819 carecía de legitimidad política porque no solamente no organizaba un gobierno republicano, sino que además preveía un Estado fuertemente centralizado a espaldas de las demandas de las provincias que exigían adoptar uno federal. La de 1826 acentuaba esa orfandad, al establecer que los gobernadores de provincia eran “nombrados por el Presidente de la República”, y estaban “bajo su inmediata dependencia” (arts. 130 y 132). Tal ausencia de acuerdos políticos para cimentar la unidad nacional quedaría en evidencia al año siguiente, cuando a instancias del gobernador Bustos de Córdoba once provincias firmaron el Tratado de Alianza Ofensiva y Defensiva del 17 de mayo de 1827 en el que convenían “desechar la Constitución, que ha sancionado el Congreso Constituyente, residente en Buenos Aires por estar formada sobre la base del sistema de unidad que está en oposición a la voluntad general de las Provincias suscribientes contra el cual se ha pronunciado” (art. 2).

12) Que adquiere entonces toda relevancia –al momento de examinar la forma en que deben armonizarse las tareas de los poderes constituidos con el constituyente– recordar el arduo proceso de institucionalización que significó lograr ese objetivo en 1860.

En efecto, el Pacto de San José de Flores declaró en 1859 a Buenos Aires –cuya Legislatura había rechazado el acuerdo de San Nicolás de los Arroyos y que en consecuencia no había participado de la asamblea constituyente de 1853– “parte integrante de la Confederación”, otorgándosele la facultad de examinar en una Convención Provincial “la Constitución de Mayo de 1853 vigente en las demás Provincias Argentinas” (artículos I y II). Si bien este pacto asentó las premisas básicas, fue necesario que la provincia llevase a cabo la señalada Convención Revisora provincial durante el primer semestre de 1860 y que posteriormente la Confederación Argentina y Buenos Aires fijaran en los acuerdos de Paraná, de Junio de ese año, que “El Poder Ejecutivo nacional giraría al Congreso Federal Legislativo el Cuadro de Reformas propuesto por la provincia de Buenos Aires, a fin de que éste convocase a la Convención Nacional reformadora ad hoc” (artículo 1° del Convenio del 6 de Junio de 1860). En las postrimerías de este arduo camino pre constituyente fue dictada la ley 234 de la Confederación Argentina convocando a “la Convención Nacional ad hoc conforme a los arts. 5° del Pacto del 11 de noviembre de 1859, y 1° del 6 del corriente, al solo efecto que se tome en consideración las reformas que la Convención de Buenos Aires propone se hagan a la Constitución Nacional, y decida definitivamente sobre ellas” (artículo 1°). Finalmente, la Convención Nacional resolvió el 23 de septiembre de 1860 incorporar a la Constitución las reformas propuestas en bloque, excepto algunas salvedades, en la forma en que lo había aconsejado su Comisión de Poderes.

Solo en la concatenación de estos actos fundacionales –primero políticos y después jurídicos– se pudo habilitar el debate que en la Asamblea Constituyente federal expresó de

la manera más acabada posible la voluntad del pueblo de todas las provincias –incluida la de Buenos Aires– de sancionar una Constitución Nacional.

13) Que una vez consolidada la unión nacional, la Constitución Nacional fue reformada de acuerdo al procedimiento del artículo 30 en tres oportunidades previo a la reforma de 1994: en 1866, 1898 y 1949. En cada uno de esos momentos, el Congreso al declarar “la necesidad de la reforma” –como latamente establece el artículo señalado– fue delineando determinadas pautas de doctrina legislativa que resultan esenciales para interpretar la forma en que debe armonizarse la declaración de reforma del Congreso con la actuación del Poder Constituyente derivado.

14) Que en este tránsito, la reforma de 1866 declaró la necesidad de la reforma por una ley –la 171– y por otra –la 172– estableció las formalidades que enmarcarían las sesiones de la Convención de Santa Fe en el mes de septiembre de ese año. Si la primera ley citada estableció el principio según el cual la declaración del Congreso reviste la forma material de la ley, ambas tienen especial relevancia en la estructuración de la doctrina legislativa de reforma constitucional, porque, aun cuando la Constitución solo dice que podrá reformarse “en el todo o en cualquiera de sus partes”, estas leyes establecieron la práctica de mencionar los artículos que podían ser reformados: en este caso, el artículo 4° y el inciso 1° del artículo 67 “en la parte que limitan la facultad de imponer derechos de exportación” al Estado Nacional (art. 1° de la ley 171).

15) Que en 1897 en ocasión de debatir el proyecto de la ley 3507 que declaró la necesidad de la reforma que se produjo en 1898, en el Senado de la Nación se suscitó un debate clave en torno al amplio margen de apreciación que tiene la Convención Reformadora para interpretar su norma habilitante.

Vale agregar en este punto que el Congreso de 1897 es tal vez el que en la historia constitucional argentina con mayor hondura evaluó las conexiones que atan la norma que habilita la reforma con el contenido admisible de los debates que subsiguientemente se desarrollan en la Asamblea Reformadora.

El informe rendido por la Comisión de Negocios Constitucionales del Senado de la Nación marcó entonces “el craso error [generado por] la confusión de lo que es un proyecto de reforma, con la reforma misma”. A ello agregó que el Congreso al sancionar dicha ley “no desempeña más papel que el de proyectar una reforma, y si se convoca al pueblo para que se reúna una Convención, y se le convoca con arreglo al censo (...) las exigencias de la persona más escrupulosa quedan allanadas: porque es la Convención, no el Congreso, quién hace la reforma”. Concluyó que al “votar el Congreso la necesidad de reforma por dos tercios, no significa sino abrir el debate sobre la reforma; porque no es el Congreso el que la realiza, sino el pueblo reunido en otra forma” (p. 277-8, intervención del Senador Igarzábal).

De la exposición en cuestión se deriva la doctrina legislativa según la cual si se faculta a la Convención para reformar un artículo sobre determinada materia, su poder en ese ámbito es total. Y para aventar cualquier incertidumbre que pudiese generarse al respecto, bien vale recordar que la tesis señalada fue controvertida por el senador Guíñazú, que propuso en detrimento del poder de las Asambleas Reformadoras, “definir y precisar con toda claridad, los poderes que debía ejercer la convención”, argumentando que “[e]l Congreso a

su modo reforma la Constitución. Y no se sorprendan de las ideas que sostengo: la reforma, de esta manera, indicaría los puntos constitucionales objeto de ser modificados”. Concretamente, propuso que la ley que declaraba necesaria la reforma parcial de la Constitución, en lo relativo al número de habitantes que el entonces artículo 37 fijaba como base para la elección de diputados, estableciera que únicamente pudiese ser modificado para aumentar ese número mas no para disminuirlo.

Sin embargo, más allá del contenido concreto de su propuesta, lo relevante —a propósito del margen de apreciación que posee una Convención en su ámbito de actuación— es que tal exposición generó airadas refutaciones de diversos senadores, en particular del Senador Igarzábal como miembro informante de la Comisión de Negocios Constitucionales. Al proponer el rechazo de la enmienda propuesta por Guiñazú, Igarzábal señaló que “[d] esearía saber en virtud de qué principio podrá decir esta ley [de necesidad de la reforma] que tal artículo ha de reformarse de tal manera”.

Su pregunta —por cierto retórica— fue contestada por el Senador Pérez que advirtió que “[e]ntonces no habría necesidad de la Convención. Nosotros podríamos reformar la Constitución (...) Si se le dice a la Convención qué ha de reformar de tal o cual manera, el papel de ésta no sería tan lúcida”. La enmienda fue rechazada por el pleno, no sin antes desestimarse nuevamente la posición del Senador Guiñazú que reiteró, en solitaria minoría, que no veía “la conveniencia” de dotar “a los convencionales de poderes ilimitados respecto a los puntos por reformarse” (Congreso Nacional, Cámara de Senadores, sesión ordinaria del 14 de septiembre de 1897, p. 282).

16) Que finalmente, para receptar en su integralidad los precedentes de reforma en el marco del artículo 30, cabe recordar que al declarar su necesidad en 1948, el Congreso Nacional se inscribió en la línea que señalan los precedentes de 1866 y 1898, en la medida en que la declaración se hizo por una ley que fijaba los contenidos a ser reformados. La novedad sin embargo, reside en la amplitud con la cual el Congreso habilitó la actuación de la Convención Constituyente que sesionó en Buenos Aires en 1949: “Declárase necesaria la revisión y reforma de la Constitución Nacional, a los efectos de suprimir, modificar, agregar y corregir sus disposiciones, para la mejor defensa de los derechos del pueblo y del bienestar de la Nación” (artículo 1° de la ley 13.233).

17) Que así como el Congreso reconoció en su ámbito de actuación preconstituyente un criterio de amplio margen de apreciación a la Asamblea Constituyente para reformar un artículo sobre determinada materia que había autorizado, la Corte Suprema mantuvo especial deferencia respecto de la forma en la que dicha asamblea interpretó las normas de habilitación y procedimiento que la rigieron.

En efecto, no hubo por casi cien años ninguna sentencia de este Tribunal que se refiriese al examen de la validez del proceso de una reforma constitucional federal, alejando así la posibilidad de colocar a la Corte Suprema “frente a los poderes políticos del Estado, en el terreno político, desnaturalizando su carácter” (Fallos: 177:390). Y cuando la hubo en 1963 en la causa “Soria de Guerrero” (Fallos: 256:556) fue justamente para receptar el criterio señalado de respeto a la labor del poder constituyente derivado. Se dijo entonces que solo podría intervenir el Poder Judicial “en el supuesto de demostrarse la falta de concurrencia de los requisitos *mínimos e indispensables* que condicionan la creación de la ley”. Tal deferencia de los jueces se deriva sin dificultad a

poco de admitir que las asambleas constituyentes resultan ser la máxima expresión de la soberanía del pueblo de la Nación Argentina.

18) Que en línea con lo decidido en “Soria de Guerrero”, la posterior jurisprudencia del Tribunal ha definido el carácter justiciable de la regularidad del proceso de reforma de las constituciones provinciales (Fallos: 312:2110; 313:594; 316: 2743; 335:2360) siempre marcando los límites que sujetan su actuación con el fin de no transgredir el principio republicano de la división de poderes consagrado en la Constitución Nacional (conf. Fallos: 335:2360, entre otros).

19) Que en sintonía con la doctrina legislativa y la jurisprudencia señalada, las asambleas reformadoras han interpretado sus normas habilitantes para dar forma jurídica a los acuerdos políticos que las legitimaron.

En algún caso, ello significó que la Convención Reformadora no tratase determinados temas de los que habían sido habilitados: en la reforma de 1898, por ejemplo, aprobó la reforma del artículo 37 relativo a la composición de la cámara de diputados, y del artículo 87 relativo al número de ministros del Poder Ejecutivo, pero resolvió no hacer lugar a la reforma del inciso 1° del artículo 67 de la Constitución, el cual establecía la uniformidad de los derechos de aduana en todo el territorio nacional. La decisión de la Asamblea Constituyente fue de abstenerse de reformar el punto, a pesar de que la ley 3507 de necesidad de la Reforma Constitucional declaró “necesaria la reforma parcial de la Constitución, en lo relativo al número de habitantes que el Artículo 37 fija como base para la elección de diputados al Congreso Nacional; en la disposición del Artículo 87, relativa al número de Ministros del Poder Ejecutivo; y, en el inciso 1° del Artículo 67, en cuanto no permite la instalación de aduanas libres en los territorios del sud de la República”.

La misma Convención de 1898 resolvió interpretar los temas que se encontraban incluidos en la convocatoria cuando se presentó ante la asamblea un pedido suscripto por 22.000 ciudadanos solicitando la supresión en la Constitución Nacional de “toda disposición sobre religión determinada”. El diputado constituyente Gaspar Ferrer mocionó entonces que dicho pedido no fuese tratado “por cuanto la materia a que se refiere no se halla comprendida en los puntos que motivan la Convención y que fijan el límite de sus facultades y de sus atribuciones”, y así fue resuelto por el pleno (Diario de sesiones de la asamblea constituyente, 2da. sesión ordinaria del 4 de marzo de 1898).

20) Que en primera síntesis, cabe afirmar que las asambleas reformadoras han actuado con un amplio margen para plasmar constitucionalmente lo que la comunidad había acordado políticamente, y que tanto el Congreso como los jueces han sido –hasta la sentencia en el caso “Fayt”– respetuosos de ese ejercicio.

21) Que por lo demás, la doctrina constitucional ha reconocido la transcendental tarea de las asambleas constituyentes como el resultado de un conjunto de tensiones e intereses que han confluído trabajosamente para representar la voluntad del pueblo en un momento determinado de la historia.

En base a esta percepción se ha reconocido el carácter libre y soberano de la asamblea constituyente en cuanto a sus decisiones y se ha sostenido que “...la declaración del Congreso no obliga a la Convención que debe entender en el asunto. Esta Convención elegida popularmente, investida por la soberanía nacional con el mandato especial de resolver so-

bre la reforma de la ley fundamental, procede con plena libertad, sin ser en manera alguna, trabada por la declaración previa del Congreso... Si la Convención estuviera obligada a seguir el espíritu del Congreso, sería una rueda inútil... Luego, la facultad de la Convención es plena y absoluta. La declaración del Congreso no la limita sino en un sentido: en cuanto ella no puede extender su poder de revisión y de reforma más allá de los artículos que el Congreso haya indicado modificar..." (Estrada, José Manuel, *Curso de Derecho Constitucional*, Tomo II, Editorial Científica y Literaria Argentina, 1927, págs. 28/29).

En el mismo orden de ideas, se ha destacado que la Convención no se encuentra obligada a seguir el espíritu del Congreso. Puede hacer o no, lugar a las reformas por este propuestas pues ella procede discrecionalmente, como órgano de la soberanía, a efectuar la reforma según su criterio propio (González Calderón, Juan A., *Derecho Constitucional Argentino*, Tomo I, 3ª edición, corregida y aumentada, Librería Nacional, págs. 366/367).

Sánchez Viamonte sostuvo que "[t]oda creación o modificación constitucional corresponde al poder constituyente... La Constitución Nacional sólo autoriza al Congreso a declarar la necesidad de la reforma, y le obliga a convocar la convención reformadora como consecuencia de esa declaración. Pero el Congreso no tiene ninguna otra intervención en esta materia... Es verdad que el ejercicio del poder constituyente está sometido a las disposiciones constitucionales en vigencia, porque en eso consiste su autolimitación en la etapa de continuidad, pero no está sometido a la ley sino a la Constitución..." (Sánchez Viamonte, Carlos; *El Poder Constituyente*, Editorial Bibliográfica Argentina, Bs. As., págs. 540 y 576).

Rafael Bielsa señala que si bien la reforma la promueve el Congreso, la decide la Convención convocada al efecto. Esta Convención es soberana; puede reformar, o no, la Constitución en los puntos determinados por el Congreso. En este sentido, destaca que el Congreso no puede reglar el funcionamiento de la Convención de modo que afecte la autonomía funcional, ni mucho menos las facultades inherentes a su carácter soberano (Bielsa, Rafael; *Derecho Constitucional*, tercera edición, aumentada; Roque Depalma Editor; Buenos Aires, 1959, pág. 120 y ss.).

Finalmente, Linares Quintana destacó que "en su desempeño, la convención reformadora no está sujeta a otras limitaciones que las que emanan de la Constitución vigente, lo que se explica por el hecho de que ella ejerce el poder constituyente instituido. Por consiguiente, la convención no se halla sometida a limitaciones que pretendan imponerle los poderes constituidos y que no resulten de la ley suprema. En cuanto a sus decisiones la convención es libre y soberana..." (Linares Quintana, Segundo V., *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, T.2, pág. 479).

22) Que el criterio es compartido por doctrina contemporánea que –después de la reforma de 1994– reconoce el carácter soberano de la actuación de una Convención Reformadora en la medida de la ley habilitante.

En este sentido se reconoce la prelación lógica del poder constituyente sobre el constituido porque solo aquel da origen a este; se observa que no tendría ningún sentido que la Convención fuese un apéndice del Congreso, y que carezca de libertad para ejercer la función constituyente; se acepta la legitimidad que otorga la elección popular de los integrantes a la Convención constituyente y en ese entendimiento se concluye, sin perjuicio de

los matices, que solo podría ponerse en tela de juicio la actuación del poder constituyente derivado cuando en forma clara e indudable se avance sobre la competencia expresada por el poder legislativo al declarar la necesidad de la reforma. Germán Bidart Campos, aun desde su conocida posición a favor del control amplísimo de constitucionalidad y de la necesidad de puntualizar los *contenidos* o los *artículos* que puedan ser reformados, estimaba que una ley de necesidad de reforma total debe reputarse válida en la medida en que el Congreso proporcione *algún lineamiento o marco de orientación y encuadre en torno de los fines propuestos para la reforma, y a sus políticas globales* (Bidart Campos, Germán “Manual de la Constitución Reformada”, EDIAR, Buenos Aires, 1995, Tomo I, p. 381).

23) Que la suma de la práctica política constituyente argentina, los antecedentes legislativos y jurisprudenciales y la significativa doctrina citada da cuenta de la necesidad de conciliar las normas que habilitan reformas constitucionales con el contenido de los debates y el producto final de aquellos de manera de dar el más amplio alcance posible a la tarea de las asambleas constituyentes.

En este marco no se encuentra en discusión que el Poder Constituyente derivado no puede arrogarse facultades para reformar cuestiones que no han sido atribuidas por el Congreso al declarar la necesidad de la reforma. Tampoco está en duda que el Poder Judicial, frente a un caso concreto, se encuentra habilitado para examinar si, en su actuación, el Poder Constituyente ha excedido dichos límites.

Sin embargo, la genuina medida de este control por parte del Poder Judicial, no puede nunca abordar la “dimensión política” de la actuación de una Convención Reformadora en ejercicio del poder constituyente, máxima expresión de la soberanía popular.

24) Que a lo largo de su historia, la Corte Suprema en sus distintas composiciones ha hecho uso de la atribución de declarar la inconstitucionalidad de las leyes y demás normas inferiores. En cada oportunidad el Tribunal lo hizo admitiendo un escrutinio más o menos estricto en función de la jerarquía de los derechos en juego. Sin embargo, en todos los casos resulta claro que nunca, en ninguna de esas integraciones, se admitió la posibilidad de aplicar un examen de tal amplitud que modifique el contenido de las decisiones del poder constituyente derivado.

25) Que cabe entonces precisar el nivel de escrutinio judicial que debe ser aplicado frente a las impugnaciones que apuntan a invalidar un proceso de reforma constitucional, específicamente en relación con la interpretación efectuada por la Convención respecto de aquello incluido en la norma habilitante.

Para hacerlo, el juicio debe ser guiado por la premisa según la cual la soberanía popular otorga a los procesos de reforma constitucional el más alto grado de legitimación que la democracia representativa conoce porque, según el procedimiento del artículo 30 de la Constitución Nacional, el pueblo de la Nación tiene oportunidad de pronunciarse sobre su voluntad de reformarla en dos momentos: a través de sus representantes en el Congreso —que deben declararla “con el voto de dos terceras partes, al menos, de sus miembros”—, y al elegir a sus convencionales constituyentes.

En el momento en que la Asamblea Constituyente sesiona, lo hace entonces en base a un consenso de altísimo grado democrático, producto de procesos electorales que permiten la más amplia expresión posible de la voluntad ciudadana. Frente a sus definiciones, los po-

deres constituidos deben realizar todos los esfuerzos necesarios para asegurar el desarrollo del proyecto de organización constitucional aprobado en la causa “Intendente Municipal”, (Fallos: 337:1263, considerando 13).

26) Que es justamente por la trascendente legitimidad popular que ostenta una asamblea que ***solo podrá invalidarse la actuación del Poder Constituyente en el marco de un proceso de reforma constitucional si se corrobora una clara, manifiesta violación de las facultades que le fueran atribuidas.***

Es decir que debe existir una inconcebible incompatibilidad entre la habilitación conferida y la actuación del constituyente que de manera indudable desconozca la voluntad que tuvo el Congreso al declarar la necesidad de la reforma.

27) Que en el presente caso, el demandante cuestiona la inclusión en la Constitución reformada en 1994 del tercer párrafo del artículo 99 inciso 4°. Sostiene que tal previsión resulta nula por haberse efectuado a extra muros de la ley 24.309 que habilitó la reforma y enumeró, en los artículos 2° y 3°, los temas que podían ser tratados. Como se ha dicho, el *a quo* resolvió el conflicto con remisión a la sentencia dictada por esta Corte en el caso “Fayt”.

28) Que en el citado precedente se sostuvo que, a partir de la causa “Soria de Guerrero”, se admite la posibilidad de revisar el proceso de formación y sanción de la ley, aplicada a la actividad de una convención reformadora en el único supuesto de demostrarse “*la falta de concurrencia de los ‘requisitos mínimos e indispensables’ que condicionan [su] sanción*”. Allí también se consideró el precedente “Ríos” (Fallos: 316:2743), afirmando que “*las facultades atribuidas a las convenciones constituyentes están limitadas*” por el proceso pre-constituyente. Se concluyó en ese marco que el Congreso, en cumplimiento de esa función, no habilitó “*una modificación de significativa trascendencia a la garantía de la inamovilidad de los magistrados judiciales federales a partir del cumplimiento de una edad determinada, ya que una alteración tan substancial no reconoce habilitación suficiente en las facultades implícitas que se derivan de la expresa atribución de reformar –en los términos del apartado I del ‘Núcleo de Coincidencias Básicas’ incorporado a la ley 24.309– el régimen de designación, ni jamás puede entenderse como implicado en una mera adecuación o actualización de las facultades del Poder Ejecutivo*” (considerando 15).

29) Que la conclusión a la que arribó el Tribunal no condice con la deferencia que utilizó la Corte en “Soria de Guerrero”. Con claridad, este precedente establece la regla según la cual el control judicial se limita a asegurar el cumplimiento del debido proceso de reforma constitucional, en la medida en que el impugnante demuestre la falta de concurrencia de los “*requisitos mínimos e indispensables*” señalados.

La línea jurisprudencial seguida en “Soria de Guerrero” no permite por lo tanto respaldar la modalidad de control utilizada por esta Corte en el caso “Fayt” para concluir en la nulidad del artículo 99, inciso 4°, párrafo tercero.

En efecto, en la lógica de aquellos precedentes la conveniencia de una modalidad de control deferente de las atribuciones de la Convención resulta evidente si se parte de la “*exigencia institucional de preservar la separación de poderes del Estado, asegurando a cada uno de ellos el goce de la competencia constitucional que le concierne en el ámbito de su actividad específica*” (considerando 3° de “Soria de Guerrero”).

30) Que de la deferencia como regla general –y del principio de separación de poderes que le da sentido– se sigue que la tarea revisora de la justicia debe cumplirse en base a un criterio interpretativo que armonice la ley que habilitó la reforma con la actividad de la Convención Constituyente.

Sin embargo, esto no fue lo que ocurrió en la causa “Fayt”. El escrutinio estricto de correspondencia plena para interpretar “las relaciones entre la ley 24.309 y el ejercicio de la actividad reformadora” no coincidía con la jurisprudencia que el Tribunal invocó, irrumpiendo de este modo en el ámbito de las atribuciones reservadas al Poder Constituyente derivado.

En consecuencia, corresponde revocar la sentencia de la cámara en tanto se sustenta en el precedente que aquí se abandona.

31) Que al dejar el criterio de control utilizado en el caso “Fayt”, deviene necesario examinar nuevamente la competencia otorgada a la Convención Reformadora por la ley 24.309 de acuerdo al estándar fijado en el considerando 26. A tales efectos, e independientemente del alcance que se pudiese dar al Núcleo de Coincidencias Básicas contenido en el artículo 2° de la ley, resulta indispensable considerar en toda su extensión la habilitación otorgada por el poder pre-constituyente a la Asamblea Reformadora en el artículo 4°: “*La Convención Constituyente se reunirá con el único objeto de considerar las reformas al texto constitucional incluidas en el núcleo de coincidencias básicas y los temas que también son habilitados por el Congreso Nacional para su debate, conforme queda establecido en los artículos 2° y 3° de la presente ley de declaración*”.

32) Que el artículo 3° citado estableció como tema “E” habilitado por el Congreso Nacional para su debate por la Convención Constituyente el referido a la “*actualización de las atribuciones del Congreso y del Poder Ejecutivo Nacional previstas en los artículos 67 y 86, respectivamente, de la Constitución Nacional*”.

33) Que la Comisión de Redacción sobre actualización y armonización de los artículos 67 y 86 de la Constitución incorporó la cláusula aquí impugnada, y ella fue posteriormente discutida en el pleno de la Convención Constituyente.

Además de la posición consagrada en el informe de mayoría en el sentido de que se trataba de un tema habilitado, adquiere especial relieve la intervención del constituyente López de Zavalía –a la sazón miembro informante de un dictamen de minoría– que formuló un llamado de atención frente al peligro que genera la utilización de un método de interpretación riguroso de la tarea de las convenciones, porque apunta a limitar la “capacidad política” de esas asambleas reformadoras.

El citado constituyente sostuvo entonces que “el tema de la habilitación es indiscutible. Todos lo saben y, si alguien siguiera afirmando que este tema no está habilitado, pues revisemos todas las sanciones que hemos dado con ese criterio terrible de encontrar un texto que literalmente diga que tal tema está habilitado (...)”. Esta advertencia –precisan las actas de la Convención– fue seguida por aplausos y manifestaciones en las bancas y en las galerías (intervención del miembro informante del dictamen de minoría la Comisión de Redacción sobre actualización y armonización de los artículos 67 y 86 de la Constitución Nacional – Convención Nacional Constituyente, 34ª Reunión – 3ª Sesión Ordinaria, 19 de agosto de 1994).

34) Que en el marco de revisión descripto, cabe interpretar que la ley 24.309 habilitó a la Asamblea Reformadora de 1994 a actualizar las atribuciones del Congreso y del Poder Ejecutivo previstas en los artículos 67 y 86 inciso 5°, incluyendo los diversos componentes que rigen el proceso de designación de los jueces federales que impera en nuestro país. Esa última norma devino, al término del debate constituyente, en el artículo 99 inciso 4°, e incluye un tercer párrafo que requiere la renovación del nombramiento para los jueces que alcancen la edad de 75 años, estableciendo la necesidad de una designación periódica para los que sobrepasen esa edad.

35) Que por consiguiente –una vez habilitada la Convención para actualizar las atribuciones del Poder Ejecutivo y Legislativo– la necesaria intervención de dichos poderes cuando los jueces federales alcanzan la edad mencionada aparece como una de las modalidades posibles reservadas al Constituyente para hacer efectiva esa habilitación.

36) Que si se admite que esta solución permite reconciliar la trascendente tarea reformadora y actualizadora realizada por la Convención con la habilitación que recibió del Congreso para hacerlo, el argumento según el cual la limitación de la designación de los magistrados de la justicia federal hasta la edad de 75 años implicó una modificación de trascendencia a la garantía de inamovilidad consagrada en el artículo 110 de la Constitución Nacional no alcanza a constituir un caso chocante de extralimitación del constituyente.

En efecto, tal argumentación utilizada en el caso “Fayt” no fue el resultado de la constatación de un claro, manifiesto apartamiento del constituyente de las previsiones de la ley declarativa de la necesidad de la reforma, sino que fue consecuencia de una hermenéutica del citado artículo 110 de la Constitución Nacional, que equiparó el concepto de inamovilidad con el carácter vitalicio del cargo.

En el citado precedente, al aplicar la regla de revisión y constatar si efectivamente en el caso la Convención Reformadora de 1994 se había excedido de la materia habilitada mediante la ley 24.309 por afectar la garantía del artículo 110 de la Constitución Nacional, no se mantuvo una hermenéutica respetuosa porque el análisis efectuado supuso una única interpretación del significado de la garantía del artículo 110 cuando existen otras posibles.

37) Que la lectura de las constituciones de la región demuestra que la inamovilidad no es necesariamente equiparable a carácter vitalicio sino que admite las limitaciones al cargo que acompaña por el carácter periódico de la función o el cese a una determinada edad. En nuestra región, la amplia mayoría de los Estados contiene cláusulas constitucionales que, en la parte que diagraman la estructura de los poderes constituidos, limitan el mandato judicial por períodos o con edades límites (Constituciones de Bolivia, artículos 183 y 200; Brasil, artículo 101; Chile, artículo 80; Colombia, artículos 233 y 239; Costa Rica, artículo 158; Ecuador, artículos 182 y 432; El Salvador, artículo 186; Guatemala, artículos 208, 215 y 269; Honduras, artículo 314; México, artículo 94; Nicaragua, artículo 163; Panamá, artículo 203; Paraguay, artículos 252 y 261; Perú, artículo 201; Uruguay, artículo 250; y Venezuela, artículo 264).

38) Que en suma, el “criterio terrible” de interpretación estricta contra el cual se advirtió en la Convención de 1994 se materializó en el fallo “Fayt” cuando los jueces resolvieron nulificar una norma de la Constitución Nacional.

39) Que resta tratar el argumento en virtud del cual el a quo sostuvo la inaplicabilidad de la cláusula del artículo 99, inciso 4º, tercer párrafo a los magistrados que –como el actor– fueron designados antes de la Reforma Constitucional de 1994. Fundamentó tal afirmación en la doctrina de los derechos adquiridos que, sostuvo, “son inalterables y no pueden ser suprimidos por ley posterior sin agravio a sus garantías constitucionales”.

40) Que tal afirmación debe ser desestimada por aplicación de la constante jurisprudencia de esta Corte según la cual no existe un derecho adquirido al mantenimiento de las leyes o reglamentos ni a su inalterabilidad (Fallos: 308:1361; 327:2293, entre muchos otros). En este sentido, se ha explicado que la modificación de las leyes por otras posteriores no da lugar a cuestión constitucional alguna (Fallos: 259:377; 299:93 y 338:757, entre muchos otros). Menos aún puede entonces alegarse la protección de un régimen jurídico establecido en la Constitución frente a la modificación de ese propio texto, porque en ese caso no habría norma superior en la cual fundar la prevalencia de aquel presunto derecho adquirido. En efecto, las disposiciones sancionadas regularmente por una Convención Reformadora conforman la Ley Suprema de la Nación, y admitir que son limitadas por otras que ya no están vigentes implica poner en duda el alcance mismo de la Constitución Nacional.

Por lo demás, surge nítido de los debates constituyentes –en particular de las intervenciones de los convencionales Alfonsín y Corach– que la intención de la asamblea reformadora fue la de abarcar en el artículo 99, inciso 4º, párrafo tercero –una vez transcurrido el plazo de cinco años que contempló la cláusula transitoria undécima– a todos los jueces federales, aun aquellos que fueron designados en virtud del artículo 86 del texto de la Constitución anterior.

Para fundar el alcance general y la objetividad de la norma, el convencional Alfonsín sostuvo que *“La cláusula que estamos analizando referida a la inamovilidad de los jueces se encuentra en diversas constituciones, inclusive de América Latina.*

Nos pareció que era conveniente incorporarla a fin de no tener que llegar al juicio político cuando se producen determinadas situaciones de decadencia. Esto es similar a lo que ocurre, por ejemplo, en la Iglesia, que para ciertos cargos –como el de obispo– la edad de retiro es a los 75 años.

He escuchado azorado las interpretaciones realizadas por algunos señores convencionales [en el sentido de que pudiese entenderse que la cláusula apuntaba a perjudicar a jueces determinados]. Por ello, luego de las conversaciones mantenidas con el señor presidente de la Comisión de Redacción, acordamos modificar la cláusula en tratamiento a fin de que se establezca que tendrá vigencia cinco años después de la sanción de esta Constitución con el objeto de aventar cualquier duda que haya acerca de esta cuestión” (Debate de Sesiones, fs. 4648/4649, tal como lo relata el dictamen de la Procuración en Fallos: 322:1616, punto VIII).

41) Que resulta seguidamente imperativo referirse a los efectos inconvenientes que desencadena el razonamiento del precedente “Fayt” a la luz de la vigencia de la Constitución Nacional reformada.

En efecto, es claro que cuando los jueces en el caso “Fayt” resolvieron nulificar una norma de la Constitución Nacional trastornaron la unidad y la coherencia de su texto.

Y si esta grave decisión promueve de por sí una lectura desacertada del poder de los jueces en nuestro sistema representativo, mucho más desafortunada asoma al proyectarse los resultados nocivos que cabría derivar de una interpretación expansiva de su doctrina.

Llanamente, aplicar la sentencia “Fayt” implica poner en duda la validez de todos los derechos y las reglas establecidos en nuestra Constitución Nacional por la reforma de 1994 que, según ese entender, no fueron expresa y explícitamente precisados en la ley 24.309, lo cual –es evidente– impacta de lleno en la idea fundacional de supremacía constitucional al desconocer la tarea de la Convención Reformadora.

Así, la hermenéutica que postula ese pronunciamiento pondría en tela de juicio –es decir que resultarían cuestionables–:

a) Las trascendentes cláusulas que en defensa del orden constitucional y del sistema democrático fueron incluidas en el artículo 36 del texto reformado, con fundamento en el artículo 3º, punto j de la ley 24.309 (“Garantías de la democracia en cuanto a la regulación constitucional de los partidos políticos, sistema electoral y defensa del orden constitucional”).

b) En particular, el criterio lleva a la inquietante conclusión de dejar sin fundamento a la inclusión del quinto párrafo del artículo 36 según el cual atentaré “contra el sistema democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos”. En los términos que ofrece el precedente “Fayt”, cabe preguntarse de qué forma resultaría admisible haber incorporado al orden constitucional argentino esta previsión referida a la ejemplaridad y a la ética que debe requerirse de los funcionarios públicos.

c) También resultaría cuestionable, a la luz del erróneo criterio sentado en el precedente “Fayt”, la modificación del régimen de competencias nacionales y provinciales que apareja el reconocimiento a la Nación de la potestad de dictar normas que contengan presupuestos mínimos de protección en materia ambiental (artículo 41), ya que la norma habilitante escuetamente se titulaba “k. preservación del medio ambiente”.

d) Iguales consideraciones podrían formularse respecto de la incorporación como proceso constitucional de la acción de habeas data junto al habeas corpus y la acción de amparo (art. 43) en el marco del punto habilitante “n. consagración expresa del habeas corpus y del amparo”.

e) Con la lectura que propone el precedente “Fayt” igualmente caería la regla que en ese mismo artículo 43 protege el secreto de las fuentes de información de los periodistas.

f) En la misma incertidumbre quedarían las trascendentes previsiones que reconocen a los pueblos indígenas argentinos la personería jurídica y la posesión y propiedad comunitaria de sus tierras (artículo 75, inciso 17) incorporadas con fundamento en el punto “ll. adecuación de los textos constitucionales a fin de garantizar la identidad étnica y cultural de los pueblos indígenas”.

Asimismo, la irrazonable postulación del precedente mencionado también arrojaría dudas respecto de:

g) La incorporación de los tratados internacionales con jerarquía constitucional y las consecuencias que de ello se deriva en materia de supremacía constitucional (artículos 30, 31 y 75 inciso 22).

h) Las leyes que el Congreso Nacional pueda dictar para regular las formas de acceso a la nacionalidad argentina (artículo 75, inciso 12).

i) Las acciones positivas a favor de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad que innegablemente supusieron una ampliación de derechos y garantías (artículo 75, inciso 23), todos ellos incorporados en el marco del punto “e. actualización de las atribuciones del Congreso y del Poder Ejecutivo Nacional previstas en los artículos 67 y 86, respectivamente de la Constitución Nacional”.

j) La incorporación del Ministerio Público encabezado por un Procurador General de la Nación y un Defensor General de la Nación (artículo 120) habilitado por el punto “g. Ministerio Público como órgano extrapoder”.

k) La habilitación a las provincias y al Congreso Federal para crear regiones para el desarrollo económico y social (artículo 124).

l) El reconocimiento a las provincias del dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio (artículo 124) en el punto “a. Fortalecimiento del régimen federal”.

m) Finalmente, el razonamiento propuesto en la sentencia “Fayt” podría ser utilizado hasta para convalidar la anulación de la cláusula transitoria primera en cuanto establece que “La Nación Argentina ratifica su legítima e imprescriptible soberanía sobre las Islas Malvinas, Georgias del Sur y Sandwich del Sur y los espacios marítimos e insulares correspondientes, por ser parte integrante del territorio nacional”, reforma habilitada en el marco del punto I. “Institutos para la integración y jerarquía de los tratados Internacionales”.

42) Que al caer estas cláusulas constitucionales, también caería la jurisprudencia que se basa en ellas.

La incorporación de los nuevos derechos y de sus consiguientes garantías por la reforma de 1994 ha llevado al Tribunal a conocer sobre numerosas problemáticas que una lectura estricta de la norma habilitante de la reforma como la propuesta por el fallo “Fayt” no hubiese permitido.

Cabe mencionar en ese sentido la significativa expansión de la tarea de la Corte emergente del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que ha dado lugar al dictado de sentencias tendientes al reconocimiento de estos derechos (“Arancibia Clavel”, Fallos: 328:341; “Simón”, Fallos: 328:2056; “Mazzeo”, Fallos: 330:3248; “Sánchez, Elvira”, Fallos: 330:2304) como también a asegurar el cumplimiento de las decisiones adoptadas respecto de nuestro país por los órganos internacionales (“Cantos”, Fallos: 326:2968, disidencia del juez Maqueda; “Espósito”, Fallos: 327:5668; “Derecho”, Fallos: 334:1504; “Carranza Latrube–sse”, Fallos: 336:1024 y CSJ 368/1998 (34-M)/CS1 “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso ‘Fontevecchia y D’ Amico vs. Argentina por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, disidencia del Juez Maqueda, sentencia del 14 de febrero de 2017).

También la Corte ha debido responder a los reclamos de los justiciables –basados en la jerarquía constitucional de los derechos humanos (artículo 75, inciso 22)– en orden a la satisfacción de necesidades sociales básicas insatisfechas. Así ha dictado pronunciamientos dirigidos a establecer mecanismos para que los ciudadanos puedan colectivamente exigir el derecho al agua potable (“Kersich”, Fallos: 337:1361); a que se mejoren las condiciones

carcelarias de los detenidos en establecimientos policiales y penitenciarios superpoblados (“Verbitsky”, Fallos: 328:1146; “Lavado”, Fallos: 330:1135), a que se asegure el derecho a una vivienda digna (“Q. C., S. Y.”, Fallos: 335:452); a que se satisfagan las necesidades básicas –agua potable y alimentos– de ciertas comunidades indígenas (“Defensor del Pueblo de la Nación”, Fallos: 330:4134), a que se reconozca el mandato constitucional de movilidad jubilatoria (“Badaro”, Fallos: 330: 4866), también ha efectuado una lectura de los derechos sociales, del trabajador y sindicales a la luz de los tratados de derechos humanos incorporados por la reforma constitucional (“Castillo”, Fallos: 327:3610; “Aquino”, Fallos: 327:3753; “Milone”, Fallos: 327:4607; “Vizzoti”, Fallos: 327:3677; “ATE”, Fallos: 331:2499), así como respecto del reconocimiento de un ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano (“Mendoza”, Fallos: 331:1622; “Salas”, Fallos: 332:663). Finalmente, adquieren especial relevancia las causas que, en base al nuevo esquema federal argentino emergente de la reforma de 1994, permitieron redefinir la relación entre el Estado Nacional, las provincias (“Santa Fe”, Fallos: 338:1356 y 338:1389; CSJ 1039/2008 (44-S)/CS1 “San Luis, Provincia de c/ Estado Nacional y otro s/ cobro de pesos” y CSJ 191/2009 (45-S)/CS1 “San Luis, Provincia de c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad y cobro de pesos”; CSJ 786/2013 (49-C)/CS1 “Córdoba, Provincia de c/ Estado Nacional y otro s/ medida cautelar”, sentencia del 24 de noviembre del 2015 y los municipios (“Ponce”, Fallos: 328:175; “Intendente Municipal de la Rioja”, Fallos: 337:1263, entre muchos otros).

43) Que la sospecha de nulidad general que el criterio aquí abandonado expande sobre el trabajo de la Convención de 1994 y la jurisprudencia citada es la evidencia más incontestable de su inconveniencia.

Si el caso “Fayt” constituyó una lectura incorrecta de la regla de subordinación de los poderes constituidos a la Constitución para el tiempo de su dictado en 1999, a 23 años de vigencia del texto reformado el resultado de esa sentencia surge todavía más distorsivo de la voluntad de los constituyentes, en la medida en que no ha permitido que el mecanismo diseñado en el artículo 99, inciso 4°, párrafo 3° pueda ser utilizado, evaluado o en su caso criticado.

Es que el subdesarrollo constitucional al que el fallo “Fayt” condenó a la cláusula anulada resulta contraproducente respecto de una lectura constitucional que pretenda vivificar el diálogo político dentro del marco democrático que la Constitución plantea. Si, como enseña Peter Häberle, “quien ‘vive’ la Constitución, también la cointerpreta”, entonces esta norma no ha podido ser probada en nuestra realidad constitucional (Häberle, Peter, *La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales, Una contribución para la interpretación pluralista y “procesal” de la Constitución, Revista Academia, número 11, año 2009, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires*).

Para muestra, vale observar que –con luces y sombras– la reforma de 1994 ha generado un sinfín de normas legislativas conducentes a dar operatividad al reconocimiento de nuevos derechos personales, sociales, ambientales, políticos, económicos, culturales, de género o de minorías, y ha permitido que entren en funcionamiento diversos mecanismos institucionales para fortalecer la vida republicana y federal de la Argentina. Y aunque resulte evidente que estos procesos y estos nuevos derechos deben perfeccionarse, lo cierto es que todos ellos han sido debatidos en la arena política, e interpretados siempre partiendo

de la premisa constitucional de su validez ante los jueces. En la confluencia de esta tarea político-judicial de fortalecimiento del Estado constitucional, los derechos individuales y colectivos emergentes de la reforma se han ampliado y las garantías que les dan sentido se han desarrollado. Sin embargo, nadie en este tiempo ha discutido que esos textos son la Constitución; se podrá entonces debatir la manera más eficiente de darles operatividad, mas nunca negarles que son parte de la Ley Suprema de la Argentina.

Es precisamente esta noción misma de “Constitución viva” lo que desapareció cuando los jueces recortaron el artículo 99, inciso 4º, párrafo 3º del texto de la Constitución Nacional al dictar el precedente “Fayt”.

44) Que asimismo cabe referirse a los efectos que se derivaron de la declaración de nulidad absoluta con la cual la sentencia “Fayt” fulminó la cláusula impugnada.

Si bien la decisión en las causas judiciales de acuerdo a nuestro régimen jurídico se limitan al caso concreto, lo cierto es que la sentencia en “Fayt” permitió concluir en la invalidez jurídica general de la cláusula –es decir más allá del caso concreto planteado– al punto tal que jueces federales de más de 75 años han permanecido en sus cargos sin haber iniciado individualmente una acción judicial para obtener la declaración de certeza que obtuvo a su favor el entonces juez de esta Corte.

Amparados bajo una inadmisibles –en nuestro sistema constitucional– ampliación de su doctrina, la decisión de nulidad absoluta en el caso “Fayt” ha significado la derogación de una norma de la Constitución. Tal declaración general ha implicado en los hechos la lisa reescritura por parte de los jueces de la Constitución Nacional.

Ante tamaño exceso de poder, la doctrina que emana de la presente sentencia apunta a devolver su vigencia a la totalidad del texto de la Constitución, y debe ser de especial consideración para todas las situaciones similares al presente caso, en el entendimiento de que este Tribunal ha resuelto la cuestión en su carácter de intérprete supremo del texto constitucional (Fallos: 307:1094, entre muchos otros).

45) Que a modo de síntesis, puede afirmarse que existe una doctrina legislativa clara en el sentido de que si se faculta a la Convención para reformar un artículo sobre determinada materia, su poder en ese ámbito es total. A ello se agrega que las mismas convenciones han hecho uso del poder de interpretar la ley de modo de excluir determinadas cuestiones habilitadas, de resolver la exclusión de otras propuestas en la misma asamblea o de aprovechar la textura abierta de las normas habilitantes para ejercer su poder constituyente derivado. En cada caso, lo han hecho en base a su capacidad política reformadora, y con la solitaria excepción de la sentencia en el caso “Fayt”, los poderes del Estado han sido respetuosos de ello. Claro está, dicho respeto de ningún modo implica reconocer soberanía absoluta a las asambleas reformadoras, mas sí reconocer que su tarea ostenta un altísimo grado de legitimidad popular. Es por ello que, tal como se delineó en el considerando 26, *solo podrá invalidarse la actuación del Poder Constituyente en el marco de un proceso de reforma constitucional si se corrobora una clara, manifiesta violación de las facultades que le fueran atribuidas.*

Es decir que debe existir una inconcebible incompatibilidad entre la habilitación conferida y la actuación del constituyente que de manera indudable desconozca la voluntad que tuvo el Congreso al declarar la necesidad de la reforma.

46) Que en atención a la forma en que se decide, cabe exhortar al Consejo de la Magistratura para que adopte las medidas que considere necesarias para asegurar la plena vigencia del artículo 99, inciso 4°, tercer párrafo, de la Constitución Nacional.

La presente declaratoria no afecta la validez de las actuaciones cumplidas por el actor hasta la publicidad de este pronunciamiento, sin que corresponda definir en esta oportunidad otras situaciones a que pudiere dar lugar la plena vigencia de la cláusula constitucional mencionada.

47) Que con arreglo a los desarrollos argumentativos expresados en cada uno de los votos que concurren en formar la decisión mayoritaria adoptada por el Tribunal en este pronunciamiento, se establecen las siguientes reglas y conclusiones comunes:

a) En un sistema como el argentino, de Constitución codificada y reforma dificultada, el Congreso de la Nación ejerce una función pre-constituyente y la Convención Reformadora actúa como poder constituyente derivado. La Convención se reúne con la finalidad de modificar, o no, solo aquellas cláusulas constitucionales que el Congreso declaró que podían ser reformadas.

b) Dentro de los límites de la competencia habilitada, la Convención Constituyente es libre para determinar si lleva a cabo la reforma y, en su caso, para definir el contenido de las disposiciones constitucionales que modificará.

c) El nivel de escrutinio del control judicial de la actuación de una Convención Constituyente debe adoptar la máxima deferencia hacia el órgano reformador, acorde al alto grado de legitimidad y representatividad que tiene la voluntad soberana del pueblo expresada a través de la Magna Asamblea. En caso de duda debe optarse por la plenitud de poderes de la Convención Constituyente.

d) En el marco descripto, cabe interpretar que la ley 24.309 (artículo 3°, punto e), al habilitar a la Asamblea Reformadora de 1994 a actualizar las atribuciones del Congreso y del Poder Ejecutivo contenidas en la Constitución Nacional, incluyó los diversos componentes del proceso de designación de los jueces federales que impera en nuestro país.

e) Tras la habilitación otorgada a la Convención en los términos destacados en el punto anterior, la necesaria intervención de los Poderes Ejecutivo y Legislativo –cuando los jueces federales alcanzan la edad de 75 años– aparece razonablemente como una de las modalidades posibles reservadas al Constituyente para hacer efectiva esa competencia reconocida.

f) La única vez en la historia argentina en que el Poder Judicial declaró la nulidad de una cláusula de la Constitución Nacional fue en el caso “Fayt” de Fallos: 322:1616. En su sentencia, la Corte adoptó un nivel de escrutinio restrictivo sobre el juicio de compatibilidad material entre los temas habilitados y las cláusulas adoptadas, que no se compadece con los principios enunciados y limita severamente la competencia del órgano reformador.

g) La doctrina utilizada en el caso “Fayt” debe ser abandonada y sustituida por un nuevo estándar de control, que sea deferente y respetuoso de la voluntad soberana del pueblo, según lo establecido en el punto c).

h) Resulta improcedente el argumento según el cual la cláusula constitucional impugnada vulneró derechos adquiridos de quienes habían sido designados como magistrados con anterioridad a la reforma, pues la consolidada y reiterada doctrina de este Tribunal de

que nadie tiene derecho al mantenimiento de leyes o reglamentos ni a su inalterabilidad, se ahonda cuando se trata de una reforma constitucional.

i) la aplicación del nuevo estándar conduce a la inexorable conclusión de que la Convención Constituyente de 1994 no ha excedido los límites de la norma habilitante al incorporar la cláusula del artículo 99, inciso 4º, tercer párrafo, de la Constitución Nacional, ni tampoco ha vulnerado el principio de independencia judicial, que hace a la esencia de la forma republicana de gobierno. Ello así, en tanto el límite de edad modifica únicamente el carácter vitalicio del cargo, pero no la garantía de inamovilidad.

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal, se declara procedente el recurso extraordinario, se revoca la sentencia apelada y se rechaza la demanda (artículo 16 de la ley 48); sin que la presente declaratoria afecte la validez de las actuaciones cumplidas por el actor hasta la publicidad de este pronunciamiento. Costas por su orden en atención a que este pronunciamiento comporta un cambio de criterio del Tribunal sobre el punto en debate (Fallos: 326:3330; 330:2241, entre otros). Notifíquese, publíquese en el Boletín Oficial de la Nación, remítase copia de esta sentencia al Consejo de la Magistratura para su conocimiento y, oportunamente, devuélvase.

JUAN CARLOS MAQUEDA.

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON HORACIO ROSATTI

Considerando:

Que el infrascripto concuerda con los considerandos 1º a 5º del voto que encabeza este pronunciamiento los que da por reproducidos por razones de brevedad.

6º) Que para abordar la cuestión planteada resulta imprescindible destacar la relevancia que en nuestro sistema constitucional adquiere la distinción conceptual entre el *poder constituyente* (originario y derivado) y el *poder constituido* (ejercido por los órganos diseñados por la Constitución).

El poder constituyente originario es aquel que tiene lugar cuando se dicta la primera Constitución del Estado o la Constitución que sucede a un proceso revolucionario, siendo esencialmente incondicionado en procedimiento y contenido (a excepción de lo que surja de pactos o convenios pre-constituyentes reconocidos como tales por los autores de la Norma Fundamental). *El poder constituyente derivado* es aquel que se ejerce para modificar total o parcialmente la Constitución vigente, debiendo cumplir con el procedimiento y –en caso de haberlos– los límites temáticos preestablecidos al momento de habilitarse su ejercicio.

El poder constituido es el que ejerce regularmente el Estado, por medio de las ramas legislativa, ejecutiva y judicial, teniendo como límite inexcusable el respeto a la Constitución.

7º) Que la distinción entre *poder constituyente* y *poder constituido* es una de las ficciones jurídicas más significativas de los sistemas constitucionales contemporáneos; surge con la secularización del poder político y con el triunfo de las revoluciones burguesas. Las raíces de esta distinción pueden leerse en el famoso panfleto de Emmanuel Sièyes titulado “¿Qué es el Tercer Estado?”, escrito al calor de la Revolución Francesa de 1789.

Si la fuente del poder político ya no será Dios (y su expresión terrenal no será el monarca, que gobernaba sin tener que dar explicaciones a los gobernados, tornando irrelevante la diferencia entre un poder organizador y un poder de aplicación), sino que en adelante será el pueblo –manifestado por medio de sus representantes– entonces será necesario establecer las reglas de juego del funcionamiento institucional por medio de diferenciaciones conceptuales y jerárquicas entre las distintas expresiones jurídicas del poder, tales como la Constitución, la ley, los reglamentos, la sentencia, etc. y sus correlativos sujetos responsables: el representante-constituyente, el representante-legislador, el representante o funcionario-administrador, el funcionario-juez, etc. Pues si bien desde una perspectiva fenomenológica puede resultar difícil distinguir hoy entre un reformador constitucional y un diputado (en definitiva se trata de representantes elegidos por el pueblo que ejercen una función normativa por un período limitado, pudiendo incluso ser una misma persona quien desempeñe ambos cargos en el tiempo), desde una perspectiva constitucional la diferencia entre uno y otro es abismal. *El poder constituyente* es el que dice cuáles son las reglas básicas de la convivencia y cuáles podrán modificarse (y de qué manera) en el futuro y el *poder constituido* es el que aplica tales reglas, pudiendo innovar dentro del estricto marco establecido por aquel.

En sistemas como el argentino, de Constitución codificada y reforma dificultada, resulta especialmente relevante advertir la disímil jerarquía observable entre el poder *constituyente* (originario y derivado) y el *poder constituido*, pues si se ignorara o subestimara esta distinción y la relación de subordinación que conlleva, la Constitución dejaría de ser la “carta de navegación” que indica el rumbo del accionar estatal y los órganos legislativo, ejecutivo y judicial carecerían de límites, quedando expuesta la población a decisiones legislativas o sentencias judiciales –asumidas incluso con mayorías exiguas y cambiantes– con capacidad de alterar el texto ordenador de la convivencia.

8º) Que, por lo dicho, el escrutinio que pueda eventualmente practicar una rama o departamento del *poder constituido* (en este caso el judicial) sobre el ejercicio del *poder constituyente* (en este caso derivado) oscila inicialmente entre la imposibilidad y la excepcionalidad.

En efecto, si la declaración de inconstitucionalidad de un acto de los poderes constituidos es una decisión de suma gravedad que debe ser considerada como *ultima ratio* del ordenamiento jurídico (Fallos: 249:51; 264:364; 288:325; 328:1416; 329:5567; 330:2255; 335:2333; 338:1504; 339:1277, entre otros), para el que se requiere una prueba tan clara y precisa como sea posible (conf. Fallos: 207:238; 325:645; 327:5147; 322:3255), con mayor severidad aún debe ser considerado el intento de descalificar –como se plantea en el *sub examen*– un acto del poder constituyente. Es pertinente asimismo recordar en esta instancia la inveterada doctrina de esta Corte según la cual frente a conflictos entre la Constitución Nacional –en este caso el inciso 4º del artículo 99– y una norma de jerarquía inferior –en este caso la norma de habilitación de la reforma– debe preferirse la hermenéutica que concilie y mantenga el valor y efecto de todas las disposiciones en juego (Fallos: 316:2695; 320:1962; 321: 2021; 323:1635; 326:2637; 329:1092; 338:386, entre muchos otros).

9º) Que, situados en el angosto andarivel del eventual control judicial de los actos de la Convención Reformadora, es necesario distinguir dos posibles aspectos: el “procedimental”, consistente en auscultar si el Poder Constituyente derivado se ciñó al mecanismo previsto por la Constitución y las normas infra-constitucionales para actuar como lo hizo;

y el “sustantivo”, consistente en ponderar si el contenido de las decisiones adoptadas por el órgano reformador se ajusta a las facultades otorgadas y es jurídicamente congruente con el resto del texto constitucional.

Dicho de otro modo, en forma de interrogante, cabría preguntarse: a) ¿tiene el Poder Judicial potestad para controlar el procedimiento instrumentado por el Poder Constituyente derivado?; y b) ¿tiene el Poder Judicial potestad para realizar un control sustantivo sobre lo decidido por el mencionado Poder Constituyente?

10) Que respecto al primer interrogante (*¿tiene el Poder Judicial potestad para controlar el procedimiento instrumentado por el Poder Constituyente derivado?*), esta Corte ha definido antes de ahora el carácter excepcionalmente justiciable del control de la regularidad del proceso de Reforma Constitucional y ha marcado con precisión los límites que sujetan su actuación.

Así, en “Soria de Guerrero” (Fallos: 256:556), la Corte consideró que el control judicial puede excepcionalmente entenderse habilitado para asegurar el debido proceso en la adopción de pautas legislativas, siempre que el impugnante demuestre la falta de concurrencia de los “*requisitos mínimos e indispensables*” que condicionan la creación de la ley (en este caso se trataría de la creación de una cláusula constitucional). Pero en el subexamen no está objetado el *procedimiento* con el que se arribó a la decisión cuestionada (falta de quórum para sesionar, inexistencia de las mayorías necesarias para decidir, etc.) sino la *competencia* de la Convención para hacerlo (la correlación entre la habilitación legal para “actualizar” “*las atribuciones del Congreso y del Poder Ejecutivo Nacional previstas en los artículos 67 y 86, respectivamente, de la Constitución Nacional*” y la aprobación del actual artículo 99, inciso 4°), lo que nos lleva al análisis del segundo interrogante planteado en el considerando anterior.

11) Que, en relación a este segundo dilema (*¿tiene el Poder Judicial potestad para realizar un control sustantivo del accionar del Poder Constituyente derivado?*), su formulación conduce inicialmente a reflexionar si es posible que mediante una operación lógica como es la interpretación de un texto normativo (Fallos: 237:33; 312:111; 323:1374, entre otros) pueda obtenerse una conclusión ilógica, aquella que supondría consagrar la incongruencia constitucional de una norma constitucional. Si se opta por la respuesta positiva a la pregunta que inicia este considerando, el espectro de auscultación permitiría indagar si la cláusula aprobada por el constituyente: a) se desprende razonablemente, o no, de las facultades otorgadas por la ley habilitante; b) es en sí misma irrazonable (más allá de que se la comparta o no); y c) colisiona o no colisiona con el texto constitucional considerado como un sistema.

En cualquier caso, lo que debe evitarse es que –en el ejercicio de un *poder constituido*– los jueces, malinterpretando la expresión de Charles Evans Hughes de que “*la Constitución es lo que los jueces dicen que es*” (discurso brindado como Gobernador de New York en la Cámara de Comercio de New York en fecha 3 de mayo de 1907 – “Addresses and Papers of Charles Evans Hughes, Governor of New York, 1906–1908”, G.P. Putnam’s Sons, 1908, pág. 139) ejerciten un control predominantemente político e incidentalmente jurídico para ponderar el trabajo del órgano reformador (ver Spota, Alberto, “Origen y naturaleza del Poder Constituyente”, Editorial Abeledo Perrot, 1970, p. 53), que en el caso de la Asamblea de 1994 cuenta con el atributo de ser la más representativa de la historia argentina.

En efecto, si se ponderan comparativamente las Asambleas Reformadoras desde la sanción del texto originario, aun computando la de 1860 (algunos constitucionalistas consideran que lo que aconteció en 1860 antes que una reforma fue la culminación de un ciclo constituyente abierto en 1853), la Convención de 1994 es la única de la que puede predicarse que –a la vez– conmovió el texto vigente de un modo sustantivo (a diferencia de las reformas de 1866 y 1898), más allá de algunos cuestionamientos jurídicos iniciales sobre su convocatoria y funcionamiento, lo cierto es que los mismos no persistieron tras su conclusión (a diferencia de la reforma de 1949) y congregó a todo el arco político nacional, sin proscripciones (a diferencia de la reforma de 1957), en un marco de plena vigencia democrática y con representantes elegidos directamente por el pueblo mediante sufragio universal. Esta circunstancia constituye un elemento adicional que no debería ser soslayado por los funcionarios del poder constituido al momento de formular el escrutinio de su texto; especial celo debe tener en tal procura el Poder Judicial como intérprete de la Constitución, para evitar que –bajo el pretexto de respetarla– termine incumpléndola, o modificándola por un mecanismo ajeno al previsto por el artículo 30 de la Norma Suprema.

12) Que puesta en relación la cláusula en debate con las facultades otorgadas a la Convención para *actualizar las atribuciones del Poder Ejecutivo*, surge inicialmente razonable o –para emplear un estándar menos exigente– no aparece como notoriamente irrazonable, la inclusión (en referencia al ejercicio de la competencia presidencial para nombrar jueces con acuerdo del Senado) del requerimiento de una nueva designación para aquellos que cumplan setenta y cinco años de edad.

En efecto, si la “*actualización*” que autoriza la ley habilitante de la reforma se circunscribiera a una cuestión semántica o sintáctica, a una injerencia cosmética sobre el texto, no se entendería porque se incluyó a continuación la expresión “*las atribuciones*”. Pues es bien distinto “*actualizar el texto*” (lo que podría ser entendido como “*actualizar la terminología*”) que “*actualizar las atribuciones*”, es decir las facultades que corresponden a un órgano en relación con los demás.

En definitiva, lo que la ley habilitante de la reforma habilitaba a actualizar eran las “*atribuciones*”, encontrándose dentro de ellas la modalidad de designación de los jueces. Por supuesto, la “*actualización de las atribuciones*” autorizada no podía ser *cualquier actualización* sino una actualización *razonable*, pues lo contrario supondría convertir a la Asamblea Constituyente en un órgano soberano, lo que es impropio de nuestro sistema constitucional. Esto nos conduce al siguiente interrogante: ¿es razonable requerir una nueva designación a los jueces que cumplen setenta y cinco años?

13) Que el análisis de razonabilidad de la cláusula en debate requiere ponderar el motivo de su inclusión. De los testimonios documentales de los protagonistas de la época surge que el requerimiento de una nueva designación para los magistrados que cumplen 75 años respondió a un criterio objetivo, como lo es el presumible decaimiento físico y la consecuente disminución de la capacidad de trabajo que produce la edad. Este fundamento fue sostenido expresamente por el Convencional Raúl Alfonsín en el marco de la Magna Asamblea, quien sostuvo sobre la inclusión del tope de edad: “*Nos pareció que era conveniente incorporarla a fin de no tener que llegar al juicio político cuando se producen determinadas situaciones de decadencia*” (ver Convención Nacional Constituyente, 34° reunión, 3° sesión ordinaria, 19 de agosto de 1994, Debates, pág. 4647).

14) Que el texto incorporado deja en claro: a) que la inclusión de la edad de setenta y cinco años consagra una ponderación apriorística prudente e igualitaria y no un *prejuicio*; y b) que dicho factor se asume como una *presunción* y no como una *conclusión* inexorable, en la medida en que quien ha cumplido esa edad puede mantenerse en el cargo si renueva su designación mediante una nueva intervención del departamento Ejecutivo y de la Cámara de Senadores (vgr. arg. Fallos: 330:2361 y 338:284). Este nuevo acuerdo, con vigencia quinquenal y renovable indefinidamente por el mismo lapso, permite evaluar la persistencia de la aptitud del magistrado para ejercer tan grave responsabilidad.

15) Que despejados los interrogantes en torno a la competencia de la Convención reformadora para sancionar la norma bajo estudio y la razonabilidad intrínseca de su contenido, corresponde analizar si el establecimiento de una edad a partir de la cual los jueces deban contar con una nueva designación para continuar en el ejercicio del cargo presenta un conflicto intra-constitucional con la garantía de inamovilidad establecida para ellos por el artículo 110 de la Norma Suprema, a fin de constatar si se configura un supuesto excepcional que faculte el control de validez sustancial por parte del Poder Judicial.

Al respecto, es necesario recordar que la Constitución no solo es la norma que informa el sistema jurídico de un país; ella es también –en sí misma– un sistema, en el sentido en que está conformada por una pluralidad de elementos (cláusulas), reconocibles en su individualidad y por tanto separables en la medida en que refieren a temáticas diversas (declaraciones, derechos, garantías, instituciones, etc.) pero que ofrecen un funcionamiento coherente, integrado y previsible. A diferencia de los sistemas naturales, como el sistema solar o el cuerpo humano, la Constitución es un sistema cultural, como tantos otros creados por el hombre (sistema métrico decimal, abecedario, etc.). Es común a todo sistema (sea natural o cultural) que su estructura y su funcionamiento se encaminen a una finalidad, de modo que la alteración sustancial de alguno de sus elementos –alteración que en el caso de una norma jurídica puede operar por reforma o por interpretación– habrá de repercutir sobre el funcionamiento del conjunto.

Por lo dicho, debe cuidarse que la interpretación de las cláusulas constitucionales altere el delicado equilibrio sistémico que permite cumplir con su finalidad, que no es otra que garantizar la convivencia en un marco de respeto por la libertad, la pluralidad y la igualdad. La interpretación de la Norma Fundamental no debe, pues, efectuarse de tal modo que queden frente a frente los derechos y deberes por ella enumerados, para que se destruyan recíprocamente. Antes bien, ha de procurarse su armonía dentro del espíritu que les dio vida; cada una de sus partes ha de entenderse a la luz de las disposiciones de todas las demás, de tal modo de respetar la unidad sistemática de la Carta Fundamental (arg. Fallos: 181:343; 199:483; 240:311; 251:86; 253:133; 255:293; 258:267; 272:99 y 231; 300:596; 301:771 y 312:496, entre muchos otros), recordando que cuando el significado de una cláusula constitucional genera una interpretación controvertida, la solución podrá obtenerse considerando dicha norma en relación con otras disposiciones constitucionales (González, Joaquín V., “Obras Completas”, V. N° 31, sgtes.; Willoughby, *The Constitutional Law of the United States*, 2da. Ed. I, p. 40, Weaver, *Constitutional Law and its Administration*, párr. 55; Fallos: 240:311; pag. 319 y 312:496, pág. 509).

Solo en casos excepcionalísimos puede encontrarse un conflicto constitucional intra-normativo que consagre la contradicción que supone la inconstitucionalidad

de una norma constitucional. Un ejemplo de esta rareza puede hallarse en el artículo 55 de la Constitución, cuando establece entre los requisitos para ser Senador y –por reenvío del artículo 89 para ser Presidente y Vicepresidente– “*disfrutar una renta anual de dos mil pesos fuertes o una entrada equivalente*”. Se trata de una cláusula anacrónica que consagra una restricción irrazonable a derechos electorales fundamentales, atenta contra los valores democráticos y lesiona el principio de igualdad que la propia Constitución propugna.

16) Que aplicando las consideraciones anteriores al caso en debate, y reconociendo que la inamovilidad consagrada por el artículo 110 de la Norma Fundamental (“*los jueces de la Corte Suprema y de los tribunales inferiores de la Nación conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta...*”) constituye una garantía objetiva y funcional, establecida en miras a asegurar la independencia del Poder Judicial, cabe determinar si el límite de edad de setenta y cinco años previsto por el constituyente para mantenerse en el cargo afecta la garantía mencionada y, como consecuencia, la independencia del Poder Judicial.

La garantía de inamovilidad judicial no debe ser equiparada al reconocimiento liso y llano del carácter vitalicio del cargo. Por el contrario, tales institutos revisten diversa naturaleza. La *inamovilidad* constituye una garantía objetiva y funcional atribuida a los miembros del Poder Judicial en miras a sustentar uno de los principios constitucionales fundamentales del sistema republicano, cual es la independencia de ese departamento del Gobierno Federal con relación a los otros departamentos del Estado y a todo otro poder institucional, social, económico, mediático, religioso o de otra índole. Por su parte, la calificación de un cargo como *vitalicio* remite a una categorización subjetiva, que suele asociarse al *status* o la situación fáctica de una persona en particular.

En esta inteligencia, la independencia judicial debe ser vista desde una perspectiva objetiva o institucional relacionada al sistema de administración de justicia y, desde ese carácter, debe proyectarse sobre la subjetividad de los jueces. La exigencia de estabilidad debe ser entendida como un requerimiento funcional destinado al adecuado cumplimiento de la magistratura y, en la medida que se encuentre garantizado tal aspecto, una condición como la establecida por el Constituyente (límite de edad) debe reputarse satisfactoria de los fines constitucionales enunciados.

17) Que la inamovilidad de los jueces puede revestir el carácter de “permanente” o “temporario” sin que ello desnaturalice la garantía ni afecte la idoneidad para el resguardo de la independencia judicial, en la medida que se asegure que –durante el período previsto constitucionalmente para el ejercicio de su función– el magistrado no podrá ser destituido de su cargo sino mediante el procedimiento específicamente previsto por la Norma Fundamental al efecto.

Ambas variables de la inamovilidad (“permanente” o “temporaria”) encuentran antecedentes en el derecho comparado y están dirigidas a la satisfacción del principio constitucional de la independencia judicial.

18) Que, por tanto, el *carácter vitalicio* no es un elemento consustancial a la noción de *inamovilidad* ni un requisito constitutivo o estructural del Estado de Derecho y del sistema republicano (Bidart Campos, Germán, “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”, Tomo VI, “La reforma constitucional de 1994”, Ed. 1995, pág. 449).

En consecuencia, la opción introducida por el constituyente (limitación de edad) no resulta incompatible con la inamovilidad judicial; dicho de otro modo, que los artículos 99 inciso 4° y 110 son compatibles desde un punto de vista lógico y jurídico.

19) Que despejados los cuestionamientos respecto de la juridicidad de la cláusula cuestionada, resulta necesario analizar si la entrada en vigencia temporal del texto aprobado por la Convención Reformadora de 1994 (expuesto en la cláusula transitoria undécima) resulta razonable o si –por el contrario– el mecanismo adoptado por la Asamblea consagra un criterio inequitativo o discriminatorio.

En torno a este tema, el constituyente pudo optar entre las siguientes tres alternativas: a) vigencia inmediata: se aplica el tope de edad para el cese de la inamovilidad al momento de la entrada en vigencia de la reforma constitucional (todos los jueces en ejercicio y lógicamente los que accedieran al cargo con posterioridad deberían cumplirla *ipso facto e ipso jure*); b) vigencia diferida en función de un parámetro objetivo: se define un momento de inicio de la cláusula ubicado en el futuro y se aplica, a partir de ese momento, a todos los que llegan a (o se encuentran en) la edad señalada; y c) vigencia subjetivamente condicionada: se aplica a los magistrados que accedan al cargo con posterioridad a la reforma constitucional pero no a los que accedieron al cargo con anterioridad a la misma, por considerar que tienen un derecho subjetivo adquirido al cargo vitalicio.

20) Que la opción adoptada por el Constituyente fue la de la vigencia diferida en función de un parámetro objetivo, estableciendo un plazo de cinco años para la entrada en vigencia de la norma computados desde la sanción de la reforma (cláusula transitoria undécima aprobada por la Convención Reformadora), con aplicación igualitaria para todos los magistrados que se encontraran en la misma condición. De este modo, el constituyente viabilizó el criterio de “igual tratamiento para todos aquellos que se encuentran en las mismas condiciones o circunstancias”, que fuera acuñado y reiterado por esta Corte en relación a variados tópicos (Fallos: 210:284; 313:1333; 321:3542; 329:2986; 332:1039; 333:1279).

La aplicación del criterio de la vigencia inmediata hubiera podido generar complicaciones en el funcionamiento del servicio de justicia y cierta alteración del plan de vida de los magistrados próximos a cumplir con el tope de edad establecido. La aplicación del criterio de vigencia subjetivamente condicionada hubiera quitado el carácter de “orden público” de las normas constitucionales, atributo por el cual “*su cambio o reforma no puede dar lugar al nacimiento de responsabilidades especiales con respecto a particulares, salvo que así lo disponga expresamente la propia norma constitucional*” (Vanossi, Jorge Reinaldo A., “Teoría constitucional”, Tomo I, Teoría Constituyente, Ed. Depalma, 2000, pág. 250), generando una distinción arbitraria entre los magistrados en base a un hecho puramente personal (fecha de acceso al cargo) y ajeno al motivo de incorporación de la cláusula. Pues ¿qué incidencia tiene el hecho de haber jurado la Constitución antes o después de haber sido reformada sobre la presunción del decaimiento físico y la consecuente disminución de la capacidad de trabajo?

21) Que, en función de los argumentos anteriores, la cláusula en debate incorporada en la reforma constitucional aparece –más allá de que se la comparta o no se la comparta, circunstancia ajena al escrutinio jurídico (Colautti, Carlos, “Las Reformas de la Constitución y los límites al control judicial”, Revista J.A. 1999, T. IV, pág. 647 y ss., pág. 649)–

como un ejercicio “jurídicamente válido” dentro del marco de posibilidades asignadas a la Convención por la expresión *actualizar las facultades del Poder Ejecutivo*, “intrínsecamente razonable” (o al menos *no irrazonable*) y “no contradictorio” con el plexo constitucional considerado como un sistema, pues no conmueve los principios de inamovilidad, igualdad e idoneidad ni perjudica la independencia o el funcionamiento del Poder Judicial.

22) Que si bien es deseable y conveniente que los precedentes de esta Corte sean debidamente considerados y seguidos en casos ulteriores, a fin de preservar la seguridad jurídica, esta regla no es absoluta ni impide la modificación de la jurisprudencia cuando existen causas suficientemente graves o median razones de justicia, entre las cuales se encuentra el reconocimiento del carácter erróneo de la decisión que no decide seguirse (Fallos: 183:409; 313:1333, disidencia del juez Petracchi; 329:759 y 337:47).

Los fundamentos desarrollados precedentemente demuestran que esta grave circunstancia exige dejar de lado la doctrina establecida por esta Corte en Fallos: 322:1616.

23) Que la conclusión a la que se arriba en la causa no implica desconocer los méritos y la trayectoria del magistrado apelante, sino que expresa la prevalencia del *Poder Constituyente* (y su expresión concreta que es el texto de la Constitución Nacional) por sobre los *poderes constituidos*, que incluye al Poder Judicial.

24) Que en atención a la forma en que se decide, cabe exhortar al Consejo de la Magistratura para que adopte las medidas que considere necesarias para asegurar la plena vigencia del artículo 99, inciso 4°, tercer párrafo, de la Constitución Nacional.

La presente declaratoria no afecta la validez de las actuaciones cumplidas por el actor hasta la publicidad de este pronunciamiento, sin que corresponda definir en esta oportunidad otras situaciones a que pudiere dar lugar la plena vigencia de la cláusula constitucional mencionada.

25) Que con arreglo a los desarrollos argumentativos expresados en cada uno de los votos que concurren en formar la decisión mayoritaria adoptada por el Tribunal en este pronunciamiento, se establecen las siguientes reglas y conclusiones comunes:

a) En un sistema como el argentino, de Constitución codificada y reforma dificultada, el Congreso de la Nación ejerce una función pre-constituyente y la Convención Reformadora actúa como poder constituyente derivado. La Convención se reúne con la finalidad de modificar, o no, solo aquellas cláusulas constitucionales que el Congreso declaró que podían ser reformadas.

b) Dentro de los límites de la competencia habilitada, la Convención Constituyente es libre para determinar si lleva a cabo la reforma y, en su caso, para definir el contenido de las disposiciones constitucionales que modificará.

c) El nivel de escrutinio del control judicial de la actuación de una Convención Constituyente debe adoptar la máxima deferencia hacia el órgano reformador, acorde al alto grado de legitimidad y representatividad que tiene la voluntad soberana del pueblo expresada a través de la Magna Asamblea. En caso de duda debe optarse por la plenitud de poderes de la Convención Constituyente.

d) En el marco descripto, cabe interpretar que la ley 24.309 (artículo 3°, punto e), al habilitar a la Asamblea Reformadora de 1994 a actualizar las atribuciones del Congreso y

del Poder Ejecutivo contenidas en la Constitución Nacional, incluyó los diversos componentes del proceso de designación de los jueces federales que impera en nuestro país.

e) Tras la habilitación otorgada a la Convención en los términos destacados en el punto anterior, la necesaria intervención de los Poderes Ejecutivo y Legislativo –cuando los jueces federales alcanzan la edad de 75 años– aparece razonablemente como una de las modalidades posibles reservadas al Constituyente para hacer efectiva esa competencia reconocida.

f) La única vez en la historia argentina en que el Poder Judicial declaró la nulidad de una cláusula de la Constitución Nacional fue en el caso “Fayt” de Fallos: 322:1616. En su sentencia, la Corte adoptó un nivel de escrutinio restrictivo sobre el juicio de compatibilidad material entre los temas habilitados y las cláusulas adoptadas, que no se compadece con los principios enunciados y limita severamente la competencia del órgano reformador.

g) La doctrina utilizada en el caso “Fayt” debe ser abandonada y sustituida por un nuevo estándar de control, que sea deferente y respetuoso de la voluntad soberana del pueblo, según lo establecido en el punto c).

h) Resulta improcedente el argumento según el cual la cláusula constitucional impugnada vulneró derechos adquiridos de quienes habían sido designados como magistrados con anterioridad a la reforma, pues la consolidada y reiterada doctrina de este Tribunal de que nadie tiene derecho al mantenimiento de leyes o reglamentos ni a su inalterabilidad, se ahonda cuando se trata de una reforma constitucional.

i) la aplicación del nuevo estándar conduce a la inexorable conclusión de que la Convención Constituyente de 1994 no ha excedido los límites de la norma habilitante al incorporar la cláusula del artículo 99, inciso 4°, tercer párrafo, de la Constitución Nacional, ni tampoco ha vulnerado el principio de independencia judicial, que hace a la esencia de la forma republicana de gobierno. Ello así, en tanto el límite de edad modifica únicamente el carácter vitalicio del cargo, pero no la garantía de inamovilidad.

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal, se declara procedente el recurso extraordinario, se revoca la sentencia apelada y se rechaza la demanda (artículo 16 de la ley 48); sin que la presente declaratoria afecte la validez de las actuaciones cumplidas por el actor hasta la publicidad de este pronunciamiento. Costas por su orden en atención a que este pronunciamiento comporta un cambio de criterio del Tribunal sobre el punto en debate (Fallos: 326:3330; 330:2241, entre otros). Notifíquese, publíquese en el Boletín Oficial de la Nación, remítase copia de esta sentencia al Consejo de la Magistratura para su conocimiento y, oportunamente, devuélvase.

HORACIO ROSATTI.

DISIDENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ

Considerando que:

1º) La Cámara Federal de Apelaciones de La Plata rechazó el recurso de apelación deducido por el Estado Nacional y confirmó la sentencia de primera instancia que había hecho lugar a la demanda interpuesta por el juez Leopoldo Héctor Schiffrin “declarando la nuli-

dad e inaplicabilidad” del tercer párrafo del artículo 99, inciso 4° (antes artículo 86, inciso 5°) de la Constitución Nacional, introducido por la Convención Reformadora de 1994.

2°) Para así decidir la cámara consideró, en primer término, que las reformas constitucionales pueden ser revisadas por el Poder Judicial y, en ese marco, afirmó que “la ley 24.309 declarativa de la necesidad de la reforma constitucional no había autorizado la modificación de la garantía de inamovilidad de los jueces federales mientras dure su buena conducta establecida por el actual artículo 110 de la Constitución reformada, artículo 86 de la Constitución de 1853”. Fundó su decisión en la doctrina sentada por esta Corte en el precedente “Fayt” (Fallos: 322:1616).

3°) El Estado Nacional interpuso recurso extraordinario federal, el que fue concedido por encontrarse en juego “el alcance e interpretación de normas federales, siendo la decisión contraria a las pretensiones que el recurrente basó en ellas” (fs. 156).

4°) En su recurso extraordinario el Estado Nacional sostuvo que:

a) al declarar la nulidad de una norma dictada por la Convención Reformadora, la cámara violó el principio de división de poderes y de supremacía establecido en la Constitución Nacional, atribuyéndose facultades de revisión que inhibieron la eficacia de la tarea de la Convención Constituyente;

b) la ley 24.309 específicamente previó que la Convención Constituyente podía modificar el artículo 86, inciso 5° de la Constitución Nacional en el punto I del Núcleo de Coincidencias Básicas titulado “Designación de los magistrados federales”; y en el artículo 3°, punto “E”, que habilitó para su debate y resolución “la actualización de las atribuciones del Congreso y del Poder Ejecutivo Nacional previstas en los artículos 67 y 86, respectivamente, de la Constitución Nacional”;

c) la reforma de 1994 no modificó la garantía de inamovilidad, solamente alteró la vigencia del plazo de duración del mandato judicial para adecuarlo a la realidad de las exigencias que el cargo de juez importa y que la esencia de esa garantía no incluye la duración vitalicia en el cargo, que tampoco viene impuesta por la forma republicana de gobierno ni por el principio de división de poderes;

d) la limitación por razones de edad del nombramiento de los magistrados no equivale ni puede ser asimilada a la remoción, que solo procede en caso de enjuiciamiento por las causales admitidas en el artículo 53, mientras que la limitación por edad constituye un límite objetivo e impersonal aplicable a todos los jueces por igual.

5°) Remitido el expediente a la Procuración General de la Nación, esta dictaminó que lo decidido por la Corte Suprema en el caso “Fayt” (Fallos 322:1616) era de aplicación automática a la presente *litis* y propuso confirmar la sentencia apelada en los términos del citado precedente (fs. 164/164 vta.).

6°) El recurso extraordinario es admisible pues se halla en tela de juicio la interpretación de cláusulas de la Constitución Nacional y la decisión definitiva del tribunal de la causa es contraria a la validez del derecho que la recurrente funda en ellas (artículo 14, inciso 3°, ley 48).

7°) De modo preliminar, es preciso dejar sentado que en autos no se discute la necesidad o la razonabilidad de la reforma introducida al artículo 86, inciso 5° de la Consti-

tución Nacional por la Convención Reformadora del año 1994. Tampoco está en juego, como se ha afirmado de modo grandilocuente, el oxímoron de la inconstitucionalidad de la misma Constitución.

El procedimiento de reforma constitucional es una de las previsiones más importantes de nuestra Constitución pues de él depende, en definitiva, el modo en que han de perdurar, y si han de hacerlo, tanto el sistema de derechos y responsabilidades como la forma de gobierno establecidos por la Constitución. Lo que aquí se discute, entonces, es de la máxima importancia porque, justamente, lo que está en cuestión es si la Convención que reformó la Constitución Nacional en el año 1994 tenía atribuciones legales suficientes para reducir la duración del mandato de los jueces o si, por el contrario, dicha reducción se encontraba fuera de sus competencias.

8º) En virtud de que los jueces pueden, como cualquier otro ciudadano, plantear ante la justicia sus agravios respecto de aquello que creen son sus derechos y de que a la justicia le compete controlar la regularidad de los procedimientos mediante los cuales la Constitución puede ser reformada, no debe generar suspicacia alguna el hecho de que quien aquí reclama protección sea un juez de la Nación, ni el hecho de que también seamos jueces de la Nación quienes debemos decidir sobre dicho reclamo. Abandonar las suspicacias y evaluar las sentencias de los jueces solamente en virtud de las razones en las que se apoyan y el modo en que ellas se integran con el texto, las normas y principios de la Constitución y las tradiciones de su interpretación, resulta además un mandato social imperativo para que el país pueda constituir al Poder Judicial en un foro de razón y justicia y, de ese modo, pueda contar con un mecanismo de resolución de conflictos a cuyas decisiones todos puedan adherir, más allá de su circunstancial acuerdo o desacuerdo con un determinado resultado.

9º) Es jurisprudencia consolidada de esta Corte el carácter justiciable de la regularidad de los procesos de reforma constitucional, tanto a nivel provincial como nacional (Fallos: 316:2743; 322:1616; 338:249).

En este sentido, decidir si una reforma constitucional –provincial o nacional– desconoce un derecho reconocido por la Constitución e invocado por una parte no implica en modo alguno una intromisión indebida ni un avasallamiento inadecuado de áreas reservadas a otros poderes del Estado, ni tampoco la negación de los principios de la soberanía popular o de la autonomía de las provincias. Por el contrario, constituye la forma de proteger nuestra Constitución y de prevenir que los mecanismos por ella estatuidos para su reforma o modificación sean ignorados, circunvalados o directamente avasallados. El control judicial de una reforma constitucional, por tanto, no puede ser visto como un enfrentamiento entre poder constituido y poder constituyente derivado sino que debe ser concebido como un ejercicio que milita en defensa de la Constitución que, ni hoy ni nunca debemos olvidarlo, es la fuente común de la autoridad de ambos poderes.

No existe controversia, entonces, sobre el carácter justiciable de la materia y tampoco, cabe señalarlo, sobre la naturaleza excepcional del control de constitucionalidad de una reforma constitucional que pueden ejercer los jueces. Es indudable que la declaración de inconstitucionalidad es un acto de gravedad institucional y que cuando se trata de una reforma constitucional es de mayor gravedad aún. Por lo tanto, en caso de no mediar absoluta certeza de que la Convención Reformadora actuó más allá de sus poderes, esta Corte debe pronunciarse por la validez de la reforma cuestionada. De todos modos, como se verá, en

este caso existe dicha certeza pues la Convención Reformadora, sin duda, actuó más allá de sus competencias, violando de un modo claro lo dispuesto por la Constitución Nacional.

10) En su artículo 30 nuestra Constitución Nacional ha establecido el procedimiento de su reforma disponiendo que se inicia con la declaración de su necesidad y que es el Congreso de la Nación a quien constitucionalmente le compete, en forma exclusiva, emitir dicha declaración. El proceso continúa con la convocatoria a la Convención, también a cargo del Congreso, la elección de los convencionales y, por último, la deliberación y decisión por la Convención de los puntos sometidos a su consideración. El poder para reformar la Constitución, por consiguiente, se halla conferido por la propia Constitución: primero, al Congreso y, luego, a la Convención Reformadora, órganos con competencias constitucionales específicas y exclusivas que participan en el procedimiento de reforma constitucional en dos etapas secuenciales claramente definidas.

La concesión al Congreso de la competencia para declarar la necesidad de la reforma, determinando qué aspectos de la Constitución Nacional pueden ser modificados no fue un descuido, sino una clara decisión de nuestros constituyentes, quienes se apartaron en el punto de los modelos alternativos que oportunamente contemplaron. Así, nuestros constituyentes no adoptaron ni el proyecto de Alberdi ni el de la Constitución de los Estados Unidos, que permitían que el proceso de reforma constitucional fuera también iniciado por los dos tercios de las legislaturas de las provincias o de los estados de la unión, respectivamente (artículo 39 del proyecto de constitución acompañado a *bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*; artículo V, Constitución de los Estados Unidos).

11) El hecho de que el Congreso Nacional tenga en sus manos el poder de iniciar el proceso de reforma constitucional y de establecer, en su caso, restricciones a las convenciones reformadoras no constituye obstáculo al poder constituyente derivado. Por el contrario, dichas restricciones son en verdad potenciadoras de la soberanía popular. En efecto, dado que la declaración de la necesidad de la reforma requiere una mayoría calificada de dos tercios de los miembros del Congreso se garantiza que el proceso de reforma constitucional solo será iniciado cuando exista un amplísimo consenso. Asimismo, el mecanismo ideado por la Constitución permite que el pueblo de la Nación participe dos veces en el proceso de reforma: primero, a través de sus representantes legislativos en el Congreso, identificando qué es lo que será objeto de reforma, y luego a través de los convencionales constituyentes que el pueblo decida elegir, consagrando la reforma que estos le propongan en sus respectivas campañas electorales.

Si en la tarea de reformar la Constitución Nacional la Convención no estuviera restringida por la declaración efectuada por el Congreso, el pueblo de la Nación vería reducida su aptitud para determinar qué es lo que, en última instancia, formará parte de la Constitución bajo la cual deberá vivir. De esa manera, su soberanía se vería limitada. En efecto, si la Convención ignorara los límites impuestos por la declaración de la necesidad de reforma no solo se burlaría “la competencia y la calificación de la mayoría del Parlamento prevista en la Constitución” sino también “el voto del electorado que tuvo en cuenta la declaración de ese órgano al elegir los miembros de la Convención” (Consejo para la Consolidación de la Democracia, Reforma Constitucional. Dictamen preliminar del Consejo para la Consolidación de la Democracia, Buenos Aires, Eudeba, 1986, p. 37).

Requerir la voluntad conjunta del Congreso y de la Convención para que se pueda reformar la Constitución es, además, un requisito de acreditada sabiduría institucional, pues permite dar mayor estabilidad a la Constitución Nacional. Ello constituye una aspiración de indudable actualidad ya que no existe país que pueda garantizar el bienestar de sus habitantes sin una constitución estable. Esta aspiración es especialmente importante en los tiempos que corren puesto que, dado nuestro oscilante pasado, todavía tenemos que probarnos a nosotros mismos que somos capaces de vivir bajo el imperio de las normas que hemos elegido.

Por lo demás, socavar la Constitución en el proceso de su reforma, además de negar en acto aquello que se dice valorar, ignoraría que, como lo dijo Alberdi, “conservar la constitución es el secreto de tener constitución” (Alberdi, Juan Bautista, Obras Completas, T. III, pág. 540, Buenos Aires, 1886).

12) Por tales razones, esta Corte ha considerado que las convenciones de reforma constitucional están sometidas a las particularidades de las leyes que declaran la necesidad de la reforma. Efectivamente, con cita de Manuel Gorostiaga (“Facultades de las Convenciones Constituyentes”, Rosario, 1898, págs. 52 y 53), se ha declarado la nulidad parcial de una reforma realizada a una constitución provincial, debido a que el cometido de la Convención Reformadora se hallaba “circunscripto por los términos de la norma que la convoca y le atribuye competencia” (“Ríos”, Fallos: 316:2743, considerando 4°), doctrina que esta Corte ha declarado plenamente aplicable a los procesos de reforma de la Constitución Nacional (“Fayt”, Fallos: 322:1616, considerandos 7° y 8°).

13) Como se comprueba mediante el análisis de las reformas constitucionales realizadas a la Constitución de 1853/60 y que fueron convocadas de acuerdo con su artículo 30, las convenciones se ciñeron estrictamente a reformar los artículos que habían sido previamente habilitados por el Congreso de la Nación, dentro de los límites establecidos en la ley respectiva. Este dato histórico es relevante para resolver la cuestión traída hoy a juicio de esta Corte pues determina cómo entendieron la Constitución las generaciones de argentinos que nos precedieron.

14) En este sentido, el debate que tuvo lugar en el Congreso al sancionarse la ley 171 que en 1866 declaró la necesidad de reformar la Constitución refleja el consenso respecto del carácter limitado de los poderes de la Convención. Efectivamente, el proyecto original de declaración habilitaba la reforma del artículo 67, inciso 1° de la Constitución, que otorgaba poder al Congreso para crear derechos de exportación solamente hasta el año 1866, pero nada decía del artículo 4° de la Constitución, que también hacía mención a esa limitación temporal.

El miembro informante en la Cámara de Diputados, Diputado Rojo, al aceptar modificar el proyecto original de declaración incluyendo el artículo 4° entre aquellos cuya reforma se habilitaba por la ley, sostuvo que “hay quien piensa, Señor Presidente, que la Convención reunida con el objeto de reformar un punto de la Constitución, puede extenderse a otros: pero no puede admitirse jamás esa inteligencia [...] en manera alguna puede entenderse jamás que la Convención puede extenderse a otros puntos” (Ravignani, Emilio, Asambleas Constituyentes Argentinas, Tomo Quinto, Buenos Aires, 1938, pág. 544). El Ministro del Interior Rawson, presente en el debate, ratificando el rol del Congreso de la Nación en el proceso de reforma, sostuvo que “[e]l derecho con que el Congreso puede designar o limitar

los puntos de que ha de ocuparse la Convención que se convoque, es perfecto; lo establece claramente la Constitución, de tal manera, que no puede quedar duda alguna de que la Convención no se ha de ocupar sino de las reformas que se hayan declarado necesarias por dos terceras partes de votos del Congreso”, proponiendo luego que se agregara al texto de la ley la expresión “con el solo objeto” de reformar la Constitución en tal punto (Ravignani, Emilio, op. cit., pág. 548). A estos comentarios, el Ministro Rawson agregó que “esta palabra no solamente determina el objeto exclusivo de la Convención sino que arroja desde luego ante el país la idea de la plena facultad que el Congreso tiene de circunscribir el mandato de la Convención. Al mismo tiempo, tranquiliza al país respecto de que la Convención no ultrapasará su mandato”. La propuesta del Ministro Rawson fue considerada y luego votada afirmativamente por el cuerpo legislativo (cfr. Ravignani, Emilio, loc. cit.).

La Convención Reformadora de 1866, por otro lado, haciéndose eco de las convicciones de los legisladores se atuvo estrictamente al temario fijado por el Congreso (cfr. Ravignani, Emilio, op. cit., págs. 657 a 663).

15) Años más tarde, los legisladores que en 1897 debatieron la ley 3507 expresaron con igual claridad la convicción normativa de que la Convención se encontraba restringida por la declaración de necesidad de la reforma que estaban aprobando.

El Diputado Vedia, que representaba a la Comisión de Negocios Constitucionales de la Cámara de Diputados, tuvo la tarea de responder al Diputado Mantilla, quien era renuente a votar el proyecto por el riesgo de que la Convención Reformadora prescindiera de la “ley que se sancione para hacer lo que más convenga y plazca al partido de la mayoría”. Dijo Vedia, refiriéndose a la posibilidad de que la convención hallase pretexto para otras reformas no autorizadas: “Eso me parecería monstruoso; la convención saldría de sus atribuciones naturales; sería, como ya lo he dicho, una convención revolucionaria” (Ravignani, Emilio, op. cit. pág. 695).

En el Senado, por su parte, el Senador Igarzábal, también miembro informante de la Comisión de Negocios Constitucionales de su Cámara, dijo: “...espero que todos estaremos de acuerdo en que esta convención que convocamos no podrá tocar ningún otro punto de la Constitución que aquellos que están expresamente determinados en el artículo 1° de este proyecto...” (Ravignani, Emilio, op. cit., pág. 726).

La Convención de 1898, al igual que la de 1866 y ratificando el principio de atribuciones limitadas de las convenciones de reforma, se ciñó estrictamente a lo dispuesto por el artículo 1° de la ley 3507 que había declarado la necesidad de la reforma. Además, reafirmando el carácter limitado de la competencia de la Convención Reformadora, rechazó propuestas de reformas que, al decir del Convencional Ferrer, “se halla[ban] fuera de los puntos que han motivado la Convención: luego, no puede ser tomada en consideración” (Ravignani, Emilio, op. cit., págs. 784-785). En su intervención, el Convencional Molina, sugiriendo que la Convención aprobase –como de hecho luego sucedió– el proyecto elevado por la Comisión, dejó en claro que “si hay discrepancias en el alcance de la reforma entre la Convención y el Congreso Nacional no hay reforma posible” (Ravignani, Emilio, op. cit., pág. 810).

16) Incluso en aquella instancia de nuestra historia constitucional en la cual el Congreso había decidido que podía procederse a la reforma de toda la Constitución –ello su-

cedió cuando se sancionó la ley 13.233, el 27 de agosto de 1948– y, por lo tanto, cuando el mandato dado a esa Convención Reformadora fue de la mayor extensión imaginable, también se consideró que su mandato era limitado. A tal punto fue ello así que se sintió la necesidad de dejar afirmado que una Convención “es un órgano constituido del Estado, de función extraordinaria pero cuyo cometido específico queda reglado por la ley que declaró la necesidad de la reforma”; que ella “actúa dentro del orden jurídico preestablecido y por lo mismo debe sujetarse al cometido que le asignara la ley, que es, en este caso, la revisión total de la Constitución...”; y que, por lo tanto, “resulta claro que la Convención carece de facultades, dentro de sus atribuciones específicas demarcadas por la ley, para intentar la revisión que regula el modo de cumplir una de sus facultades” (Sampay, Arturo, *Las Constituciones de la Argentina – (1810-1972)*, Buenos Aires, 1975, págs. 484-485).

17) Una interpretación de la Constitución y de la declaración de necesidad de reforma apegada a sus textos no es un artilugio para dificultar o anular el juego democrático, del cual sin duda depende el bienestar de los argentinos. Se trata de la mejor manera de facilitar los acuerdos políticos de los que dependen las reformas constitucionales futuras, necesarias para que la Constitución, sin perder su estabilidad, pueda ser actualizada a las necesidades de los tiempos. Si somos fieles al texto de lo dispuesto por el Congreso, validando únicamente las reformas constitucionales explícitamente habilitadas, brindaremos a nuestros representantes los necesarios reaseguros de que los acuerdos a los que se arribe en el Congreso de la Nación para reformar la Constitución serán siempre honrados por las convenciones reformadoras por venir. La política, en realidad, se vería afectada si se validaran reformas no autorizadas por el Congreso, lugar en el que, por excelencia, la política –incluso la de la reforma constitucional– debe llevarse a cabo.

Por otro lado, la protección de la Constitución nunca puede ser entendida como un acto en contra de la política. Antes bien, la política, tal como lo ha enfatizado esta Corte, tiene la “obligación de respetar y acatar el proyecto de república democrática que establece la Constitución Nacional” (Fallos: 336:1756, considerando 15).

La necesidad de que los acuerdos políticos sean efectivamente honrados no es un *desideratum* conjeturado desde el cómodo lugar de la magistratura judicial sino que fue un objetivo concreto y largamente negociado del Partido Justicialista y de la Unión Cívica Radical –por aquel entonces y por mucho tiempo los dos partidos políticos mayoritarios del país–, los que representados por sus presidentes acordaron el Pacto de Olivos que posibilitó el proceso de reforma constitucional consumado en el año 1994.

18) El texto de nuestra Constitución, los precedentes de esta Corte citados y el modo en que se comportaron todas las convenciones convocadas para reformar la Constitución de 1853/1860 de acuerdo con el artículo 30 de la Constitución, en conjunto, confirman que las convenciones no pueden tomar la Constitución en sus manos atribuyéndose poderes soberanos que no le corresponden, por pocos que ellos fuesen; que no pueden generar su propio mandato y que este último está necesariamente limitado por la declaración de la necesidad de la reforma que debe efectuar el Congreso de la Nación.

Para decidir el caso en cuestión, entonces, no hace falta comparar normas de diferente jerarquía ni efectuar ningún razonamiento o examen especialmente complejo. Lo que debe decidirse puede ser formulado de una manera sencilla sin mayor despliegue teórico que en casos como el presente solo trae confusión. Como se dijo antes, aquí se debe constatar si la

Convención Reformadora de 1994, al realizar su tarea, cumplió con la Constitución o se apartó de ella procediendo de un modo que la Constitución no autorizaba.

En virtud del artículo 30 de la Constitución Nacional, la Convención Reformadora debe mantenerse dentro de los límites que fija el Congreso al hacer la declaración de la reforma. No cabe duda, entonces, de que las convenciones reformadoras deben sujetarse, como lo han hecho en el pasado, a esos límites. En el Estado de Derecho que los argentinos aspiramos a consolidar, el principio regulador de toda la vida en común es que no estamos sujetos a un gobierno de hombres sino de leyes, que ninguna persona u autoridad está por encima de la ley o de la Constitución, ni siquiera las convenciones reformadoras las que, más allá de la pompa con que las rodean sus circunstancias, también están constitucionalmente reguladas.

19) Sentado que las convenciones no pueden extralimitarse, debe considerarse ahora si en esta particular circunstancia el Congreso de la Nación, tal como lo sostiene la demandada, habilitó la reforma del artículo 86, inciso 5° a los efectos de incorporar la disposición que reduce el mandato de los jueces y requiere un nuevo nombramiento cuando alcancen la edad de 75 años.

Adelantando la conclusión, corresponde señalar que el texto de la ley 24.309 no habilitó a la Convención para reducir la duración del mandato de los jueces, fijando un plazo diferente al que estaba regulado por el artículo 96 (actual artículo 110) de la Constitución.

20) En el artículo 2°, inciso a de la ley 24.309, el Congreso Nacional autorizó la reforma de, entre muchos otros, el artículo 86, inciso 5° de la Constitución Nacional que fijaba el procedimiento de designación de los jueces, pero en modo alguno puede deducirse de ello la atribución que la demandada invoca. El artículo 86, inciso 5° en su redacción anterior establecía que el Presidente de la Nación “Nombra los magistrados de la Corte Suprema y de los demás tribunales federales inferiores, con acuerdo del Senado”. Como surge con evidencia del texto, este artículo sólo determinaba cuál era el procedimiento de designación de los jueces de la Nación. A pesar de ello, después de su reforma, la disposición que reemplaza al artículo 86, inciso 5° pretende regular no sólo el procedimiento de designación de los jueces sino también la duración de su mandato. Así, la nueva disposición establece: “El Presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones: Nombra los magistrados de la Corte Suprema con acuerdo del Senado por dos tercios de sus miembros presentes, en sesión pública, convocada al efecto. Nombra los demás jueces de los tribunales federales inferiores en base a una propuesta vinculante en terna del Consejo de la Magistratura, con acuerdo del Senado, en sesión pública, en la que se tendrá en cuenta la idoneidad de los candidatos. Un nuevo nombramiento, precedido de igual acuerdo, será necesario para mantener en el cargo a cualquiera de esos magistrados, una vez que cumplan la edad de setenta y cinco años. Todos los nombramientos de magistrados cuya edad sea la indicada o mayor se harán por cinco años, y podrán ser repetidos indefinidamente, por el mismo trámite” (énfasis añadido).

21) No puede existir duda acerca de que la duración del mandato de los jueces no estaba regulada en el artículo 86, inciso 5° sino únicamente en el artículo 96 (actual artículo 110). Tampoco puede haber duda acerca de que dicho mandato era vitalicio. El artículo 96 estaba ubicado precisamente en el Capítulo Primero de la Sección Tercera de la Constitución Nacional, referida al Poder Judicial y reveladoramente titulado “*De su naturaleza*

y duración” (énfasis añadido). Además, el texto era de por sí claro ya que aludía de modo indubitable a la duración del mandato de los jueces pues disponía –en lo pertinente– que “Los jueces de la Corte Suprema y de los tribunales inferiores de la Nación conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta” (énfasis añadido).

Por otro lado, al disponer que los jueces conservarían sus cargos mientras durase su buena conducta, sin límite temporal alguno, el artículo 96 –complementado por el artículo 45– sin duda también consagraba la inamovilidad vitalicia de los jueces.

En este punto es conveniente aclarar una cuestión que ha generado algunas confusiones. La duración del mandato de los jueces y la inamovilidad de sus funciones son nociones obviamente diferentes entre sí. La duración del mandato es el plazo por el cual los magistrados son designados. Como reconoció esta Corte en “Iribarren” (Fallos: 322:1253) distintas constituciones establecen mandatos de diferente duración (considerando 6°). Por su parte, la inamovilidad es una garantía funcional que establece que los magistrados solamente pueden ser removidos de sus cargos en condiciones y a través de procedimientos (el del artículo 45 de la Constitución antes de la reforma o los de los artículos 53 y 115 después de ella) que garanticen que su permanencia no quede sujeta a la decisión discrecional de otro poder (doctrina de Fallos: 322:1253, considerando 7°). Por ello, no debe sorprendernos que el artículo 96 (actual artículo 110) estableciera la “inamovilidad vitalicia” de los jueces (“Iribarren”, Fallos: 322:1253; “Fayt”, Fallos: 322:1616).

En suma, la duración del mandato de los jueces estaba regulada únicamente por el artículo 96 que además establecía, complementado por el artículo 45 (hoy por los artículos 53 y 115), la inamovilidad *ad vitam*. La reforma del artículo 96 –conviene insistir– no fue habilitada por la ley 24.309.

22) La habilitación para reformar un artículo de la Constitución permite su reforma, pero solo para regular en su nueva redacción cuestiones que antes ya se encontraban reguladas por él. El principio según el cual la habilitación de la reforma de un artículo está limitada estrictamente a aquello que el Congreso autorizó a reformar fue tempranamente enunciado por el Convencional Molina en la Convención Reformadora del año 1898 al sostener que cuando lo habilitado era una parte “bien especificada” de un artículo de la Constitución la “asamblea carece de atribución y de competencia para ocuparse del resto del artículo o de cualquier idea que salga del estrecho límite que le ha trazado la ley del Congreso” (Ravignani, Emilio, op. cit., pág. 810).

La declaración de necesidad de reforma referida a un artículo determinado, por otro lado, no es una licencia para introducir en él cualesquiera contenidos, sino solamente una autorización para que la convención modifique, del modo en que estime conveniente, las mismas cuestiones que el artículo ya regulaba. En consecuencia, la habilitación de la reforma del artículo 86, inciso 5° solo podía entenderse como permitiendo modificar el procedimiento de designación de los jueces de la Nación mas nunca como un permiso para alterar la duración de su mandato pues esta cuestión, como quedó dicho precedentemente, no se encontraba prevista en el artículo 86, inciso 5° sino en el artículo 96 de la Constitución.

Debe enfatizarse aquí que permitir que la convención regule cuestiones que antes no estaban contempladas por el artículo cuya reforma es habilitada sería de la máxima gravedad pues, por ese sencillo expediente, se liberaría a la convención de todos los reaseguros,

controles y límites creados por la Constitución e impuestos por el Congreso. Así, se traicionaría el ponderado sistema de reforma ideado por nuestros constituyentes, convirtiéndolo en una “caja de Pandora” incapaz de prevenir que quienes resulten electos como convencionales ignoren los acuerdos previos necesarios para reformar la Constitución y conviertan en texto constitucional sus preferencias personales acerca del funcionamiento de los poderes del Estado o del contenido de los derechos individuales para cuya protección nuestra Constitución fue ideada.

Por todo lo anterior, el hecho de que el artículo 2º, inciso a de la ley 24.309 hubiera habilitado la reforma del artículo 86, inciso 5º de la Constitución no puede validar que se fije una “duración limitada” al mandato de los jueces, tal como reza la expresión usada por la Convención Reformadora en la cláusula transitoria undécima de la Constitución. Incidentalmente, es importante notar que la expresión “duración limitada” usada por los convencionales en la mencionada cláusula transitoria revela de modo indubitable que lo que se había reformado en el texto constitucional no era el procedimiento de designación de los jueces sino el plazo de su mandato.

23) Tampoco surge habilitación alguna para reformar el plazo de duración del mandato de los jueces de ninguna otra cláusula de la ley 24.309. El punto “E” del artículo 3º de la ley 24.309, por ejemplo, habilitó la reforma de los artículos 67 y 86 de la Constitución “para su debate y resolución” por la Convención, pero de ello no puede derivarse una habilitación para efectuar una reforma como la que aquí se juzga. En primer lugar, la habilitación que concedía el mencionado artículo 3º punto “E” a la Convención lo era al sólo efecto de proceder, tal como claramente lo precisaba el título de dicho punto, a la “ACTUALIZACIÓN DE LAS ATRIBUCIONES DEL CONGRESO Y DEL PODER EJECUTIVO NACIONAL PREVISTAS EN LOS ARTÍCULOS 67 Y 86” (mayúsculas en el original). Como la determinación del plazo del mandato de los jueces no era una atribución concedida al Poder Ejecutivo o al Congreso de la Nación ni por el artículo 67 ni por el artículo 86, ni por ningún otro artículo de la Constitución, la habilitación concedida a la Convención por el artículo 3º punto “E” de la ley 24.309 para “actualizar” las atribuciones de estos dos poderes no podía jamás entenderse como una autorización para que dicho cuerpo modificara el plazo del mandato de los jueces.

Por otro lado, el citado artículo 3º punto “E” tampoco podía entenderse como habilitando reformas que impactasen en aspectos del funcionamiento de un poder del Estado regulados en otras normas cuya reforma no había sido expresamente habilitada. Si el Congreso hubiera querido que tales aspectos fueran reformados a los efectos de que un poder funcione de un modo distinto al previsto en la Constitución que se iba a reformar, lo habría estipulado en la declaración de la necesidad de la reforma, no pudiendo presumirse, de acuerdo con conocidos cánones interpretativos, que la omisión del Congreso fuera una mera imprevisión legislativa (Fallos: 327:3984; 321:2453; 325:2386; entre otros).

24) En ninguna de las instancias del procedimiento de Reforma Constitucional anteriores a la reunión de la Convención de 1994 se discutió por las fuerzas políticas intervinientes, y mucho menos aún se acordó, la reforma del plazo del mandato de los jueces. Así, ni en el Pacto de Olivos, ni en el debate de la ley 24.309 en cada una de las Cámaras del Congreso Nacional, ni en el denominado “Núcleo de Coincidencias Básicas” cuyo texto fue luego incluido en la declaración de necesidad de reforma, hubo mención alguna

a la decisión de fijar un límite máximo a la duración del mandato de los jueces. Por otro lado, no cabe pensar que el Congreso habría omitido toda mención al artículo 96 de la Constitución si hubiera querido habilitar una reforma al mandato vitalicio de los jueces. Ello también constituiría una imprevisión que, en virtud de la jurisprudencia mencionada anteriormente, no corresponde presumir.

25) Todas las conclusiones anteriores se robustecen si se repara en lo dispuesto por el artículo 4° de la ley 24.309, que dispuso que “la Convención Constituyente se reunirá con el único objeto de considerar las reformas al texto constitucional incluidas en el núcleo de coincidencias básicas y los temas que también son habilitados para su debate” (énfasis añadido), como por el artículo 6° de la misma ley, que estableció que “[s]erán nulas de nulidad absoluta todas las modificaciones, derogaciones o agregados que realice la Convención Constituyente apartándose de la competencia establecida en los artículos 2° y 3°”. La determinación de que la Convención sólo podía reformar aquellos textos de la Constitución expresamente habilitados también explica que el artículo 2° inciso d de la ley 24.309 haya establecido con claridad que “[l]a finalidad, el sentido y el alcance de la reforma que habilita este artículo 2° se expresa en el contenido del Núcleo de Coincidencias Básicas que a continuación se detalla” y que la cláusula I del Núcleo de Coincidencias Básicas incluida en dicho artículo 2° –titulada “Designación de los Magistrados Federales”– haya habilitado a modificar únicamente el procedimiento de designación de los jueces.

De hecho, el artículo 2° de la ley 24.309 autorizó la reforma del artículo 86, inciso 5°, en lo que a la designación de los magistrados federales respecta, de modo muy circunscripto: solo daba a la Convención la posibilidad de optar entre dos mecanismos alternativos de designación de jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y dos mecanismos para los nombramientos de los restantes jueces federales.

Más aun, la Convención estaba hasta tal punto restringida en sus poderes para reformar los temas habilitados en el artículo 2° de la ley 24.309 –en lo que importa aquí, la designación de los jueces y no la duración de su mandato– que el artículo 5° dispuso la aprobación en bloque de las reformas al establecer que la votación afirmativa importaba la incorporación de la totalidad de los temas, mientras que la negativa importaba el rechazo en su conjunto de dichas normas y la subsistencia de los textos constitucionales anteriores. Dicho de otro modo, en lo concerniente a la designación de los jueces federales, en virtud de lo dispuesto por el artículo 5°, la Convención Reformadora podía votar por sí o por no respecto de las únicas alternativas que la propia declaración de necesidad de reforma efectuada por el Congreso le ofrecía.

26) Los argumentos desarrollados en los considerandos precedentes no ponen en duda, de manera alguna, la validez del resto de las reformas introducidas a la Constitución por la Reforma Constitucional del año 1994.

En efecto, la decisión en este caso es el producto de la constatación de que la modificación de la duración del mandato de los jueces violó el procedimiento de reforma estatuido por la Constitución Nacional pues no se hallaba habilitada ni por el artículo 2° –“Núcleo de Coincidencias Básicas”– ni, aun en su interpretación más expansiva, por el artículo 3° –“Temas habilitados por el Congreso de la Nación para su Debate por la Convención Constituyente”– de la ley 24.309. Este caso debe ser resuelto confirmando lo decidido por el tribunal a quo porque la Convención, al sancionar el actual artículo

99, inciso 4° de la Constitución Nacional, extralimitó las atribuciones a ella conferidas. Los artículos 2° y 3° de la ley 24.309, sin embargo, no dan pie para invalidar ninguna de las otras reformas introducidas por la Convención. Más bien, por el contrario, estos artículos sí otorgan justificación y legitimidad constitucional al resto de las reformas introducidas en el año 1994.

Es de destacar aquí, pues es importante para evaluar cada una de las reformas realizadas por la Convención de 1994, que ella no se hallaba limitada por el artículo 3° de la ley 24.309 del modo en que sí lo estaba en el caso de las reformas habilitadas por su artículo 2°. El artículo 2° no otorgaba ningún ámbito de discreción a la Convención, diferente a la alternativa de aprobar o no la reforma de los artículos habilitados en los términos de los textos ya predispuestos por el Congreso en el mismo artículo 2°. En este caso la Convención, tal como lo disponía el artículo 5° de la ley 24.309, solo podía votar si aprobaba o no aprobaba las reformas sugeridas, las que registrarían en los términos de dichos textos. El artículo 3°, por el contrario, habilitaba para su “debate y resolución” un conjunto de temas, listando los artículos de la Constitución que podían ser modificados y los objetivos que debía satisfacer la reforma, sin establecer ninguna restricción a la Convención, ni fijar tampoco ningún texto ni contenido sustancial definido de antemano. Es claro en consecuencia que, en contraposición a lo que ocurría con las reformas habilitadas en el artículo 2°, la Convención tenía mucha mayor libertad para ejecutar el mandato reformador en el diseño de las instituciones habilitadas por el artículo 3° de la ley 24.309.

27) Del hecho de que la reforma del artículo 86, inciso 5° no tuviera objetivos persecutorios, ni pretendiese debilitar la independencia del Poder Judicial, no puede en modo alguno seguirse su validez pues es una verdad constitucional de primera magnitud, que los jueces debemos acatar, que no todo lo que encontramos deseable o razonable es legal o constitucional. En efecto, la reforma al artículo 86, inciso 5° fue el resultado de la muy razonable aspiración, verbalizada por el Convencional Raúl Alfonsín en la sesión en la que se discutió la cláusula transitoria undécima, de no tener que remover a los jueces por medio del pesado y agravante mecanismo del juicio político cuando “se producen determinadas situaciones de decadencia” (Diario de Sesiones, 34ª Reunión – 3ª Sesión Ordinaria (Continuación), 19 de agosto de 1994, pág. 4647). Por supuesto, nada impide realizar este deseable y razonable objetivo mediante reformas constitucionales futuras que, siguiendo fielmente las exigencias impuestas por la Constitución, puedan curar –tal como lo expresara Madison en El Federalista n° 43– los “errores señalados por la experiencia”.

28) Las consideraciones que se han hecho precedentemente no son sino una exposición enriquecida y más desarrollada del fundamento central en que se apoyó esta Corte para pronunciarse en el ya recordado precedente “Fayt”: la Convención Reformadora de 1994 realizó una reforma que no había sido autorizada por el Congreso de la Nación y, de ese modo, violó la Constitución Nacional. Aquella decisión fue la que debía tomar esta Corte y lo hizo, en lo medular, por la razón correcta. Se ajusta al texto de nuestra Constitución, a las normas y principios que ella consagra y sigue los métodos canónicos de su interpretación, definitorios de nuestra tradición constitucional. El precedente “Fayt” (Fallos: 322:1616), por consiguiente, debe ser reafirmado.

Más aún, en casos como el presente donde se juzga nada más y nada menos que la validez de una reforma constitucional debemos ser especialmente sensibles a la necesidad de ser consistentes a lo largo del tiempo, lo que demanda un respeto más riguroso hacia las decisiones que esta Corte ha adoptado en el pasado. En especial es así cuando dichas decisiones han sido uniformemente observadas por los distintos poderes del Estado. En este punto es preciso resaltar el muy revelador hecho que desde la reforma constitucional de 1994 han transcurrido más de 20 años, lapso durante el cual ninguna de las autoridades constitucionales que tuvieron la responsabilidad de liderar los destinos del país jamás realizó acción alguna para que los jueces que cumplieron 75 años cesen en sus funciones.

Por ello, y de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se declara admisible el recurso extraordinario y, con el alcance que surge de los considerandos precedentes, se confirma la sentencia apelada. Con costas. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ.



FEDERALISMO FISCAL Y COPARTICIPACIÓN FEDERAL

“SANTA FE” (FALLOS: 338:1356)

✓ Hacer lugar a la demanda planteada por la Provincia de Santa Fe la Corte declaró inconstitucional la deducción del 15% de la masa de impuestos coparticipables que realizaba el Estado Nacional sin el acuerdo de las provincias, para financiar a la Administración Nacional de la Seguridad Social.

El Tribunal señaló que habían transcurrido casi 20 años desde la fecha fijada por la Constitución Nacional para establecer un nuevo régimen de participación sobre la base de acuerdos entre la Nación y las provincias, que garantice la remisión automática de fondos y que contemple criterios objetivos de reparto, que sea equitativa, solidaria y que de prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional. Agregó que el hecho de haberse incumplido dicho plazo conspiraba claramente contra el objetivo de los constituyentes de 1994 de fortalecer el federalismo.

El fallo fue decidido por unanimidad por los jueces LORENZETTI, FAYT y MAQUEDA.

Principales ejes temáticos del fallo

» Los pactos fiscales, como las demás creaciones legales del federalismo de concertación, configuran el derecho intrafederal y se incorporan una vez ratificados por las legislaturas al derecho público interno de cada Estado provincial, aunque con la diversa jerarquía que les otorga su condición de ser expresión de la voluntad común de los órganos superiores de nuestra organización constitucional: nación y provincias, y prueba de su categoría singular es que no es posible su derogación unilateral por cualquiera de las partes.

» Las asignaciones específicas de recursos coparticipables constituyen transferencias de ingresos de las provincias a favor de algún sector especial y es por esta razón, y a los efectos de poner a resguardo los intereses de las jurisdicciones locales, que los convencionales constituyentes destacaron tanto la “integralidad” de la masa coparticipable, como el carácter excepcional de estas asignaciones, disponiendo que solo pueden ser fijadas por un tiempo determinado de duración y con una finalidad determinada.

» Corresponde declarar la inconstitucionalidad del art. 76 de la ley 26.078 en lo atinente a la detracción del 15% de la masa de impuestos coparticipables pactada en la cláusula primera del “Acuerdo entre el Gobierno Nacional y los Gobiernos Provinciales” del 12 de agosto de 1992 –ratificado por la ley nacional 24.130– si, a pesar de una conducta institucional prolongada que se extendió durante catorce años, con la sanción y promul-

Enlaces destacados

» Ver más

- › Reseña
- › Citas del fallo
- › Otra información
- › Versión Word

» Dictamen

» Doctrina del fallo

gación de la norma cuestionada se prorrogó de manera unilateral la vigencia de dicha detracción y se pretendió mutar su naturaleza jurídica.

» Al haber transcurrido casi diecinueve años desde la fecha fijada en la disposición transitoria sexta de la Constitución Nacional para establecer un régimen de coparticipación conforme lo dispuesto en el inc. 2° del art. 75 y la reglamentación del organismo fiscal federal, corresponde poner de manifiesto la imperiosa necesidad de la sanción de la ley-convenio en los términos del artículo citado, sobre la base de acuerdos entre la Nación y las provincias, que instituya regímenes de coparticipación de las contribuciones directas e indirectas, garantizando la automaticidad en la remisión de los fondos y una distribución que contemple criterios objetivos de reparto, que sea equitativa, solidaria y que de prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional.

» Sin que ello implique relevar de responsabilidades a las jurisdicciones locales, corresponde que los poderes federales (Poder Ejecutivo Nacional y Congreso Nacional) asuman el rol institucional que les compete como coordinadores del sistema federal de concertación implementado con rango constitucional en 1994 y formulen las convocatorias pertinentes a los efectos de elaborar las propuestas normativas necesarias para implementar el tan demorado sistema de coparticipación.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 24 de noviembre de 2015.

Vistos los autos: “Santa Fe, Provincia de c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, de los que

Resulta:

I) A fs. 40/54 la Provincia de Santa Fe promovió acción declarativa en los términos del artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, contra el Estado Nacional, a fin de que se declare la inconstitucionalidad del artículo 76 de la ley 26.078 que prorrogó, sin el acuerdo previo de la provincia, la detracción del 15% de la masa coparticipable con destino a la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSeS), establecida originalmente en el Acuerdo Federal del 12 de agosto de 1992, suscripto entre el Gobierno Nacional y los gobiernos provinciales, ratificado por la ley 24.130 y su par local 10.955.

Solicitó que, en consecuencia, se declare la plena coparticipación de los fondos referidos en los términos y porcentajes que le asigna la ley-convenio 23.548, y que se ordene la restitución de las sumas que le fueron detraídas por ese concepto desde la expiración de los compromisos federales que la vinculaban con el Estado Nacional, lo que ocurrió –firma- el 31 de diciembre de 2005, con más sus intereses hasta su efectivo pago, conforme a las pautas distributivas e índices de coparticipación respectivos.

Sostuvo que el financiamiento del costo de transición o sustitución del sistema previsional público por el privado fue asegurado mediante aquel Acuerdo Federal, en cuya cláusula primera se autorizó al Estado Nacional a retener un 15% de la masa de

impuestos coparticipables prevista en el artículo 2° de la ley 23.548 y sus modificatorias, “para atender el pago de las obligaciones previsionales nacionales y otros gastos operativos que resulten necesarios”.

Afirmó que esa norma se insertó en el marco del denominado “federalismo de concertación”, y que no obstante haberse determinado su vigencia hasta el 31 de diciembre de 1993, las provincias y la Nación se comprometieron a seguir financiando mancomunadamente el Régimen Nacional de Previsión Social, asegurando el descuento hasta tanto no existiera un nuevo acuerdo de partes o una nueva Ley de Coparticipación Federal (cláusula octava). Agrega que el nuevo convenio se celebró el 12 de agosto de 1993 y se denominó “Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento”, y que allí se prorrogó hasta el 30 de junio de 1995 la vigencia del compromiso asumido.

Señaló que luego el pacto original fue objeto de sucesivas prórrogas, la última de ellas dispuesta en el “Compromiso Federal por el Crecimiento y la Disciplina Fiscal” de fines de 2000, que fue ratificado por la ley 25.400 y al que adhirió la legislatura provincial mediante la ley 11.879, en el que se extendió su vigencia hasta el 31 de diciembre de 2005, y que a su vencimiento la Nación intentó prorrogarla unilateralmente a través del artículo 76 de la ley 26.078.

Explicó que esa nueva prórroga no tuvo el necesario respaldo o adhesión de la Provincia de Santa Fe, lo cual transforma la detracción, a su respecto, en una vía de hecho o en la aplicación inconstitucional de la norma impugnada, por tratarse de una modificación unilateral del derecho intrafederal, situación que fue considerada especialmente en informes de la asesoría jurídica de la Comisión Federal de Impuestos que transcribe.

Indicó que además del vencimiento del plazo por el cual se estableció la asignación y la inexistencia actual de consentimiento provincial, también corresponde atender a la modificación fundamental de las circunstancias que dieron origen a la detracción de los fondos que actualmente efectúa la Nación. En ese sentido, apunta que a partir de la ley 26.425 el sistema previsional es absolutamente distinto y que la extracción perdió su finalidad dado que estaba vinculada inexorablemente a pagar los costos de transición del sistema público al privado. A ello agrega que la ANSeS pasó hace años a ser superavitaria, y que el sistema previsional cuenta con un fondo que a noviembre de 2009 ascendía a \$ 135.972.000.000 (ciento treinta y cinco mil novecientos setenta y dos millones de pesos) y que durante ese ejercicio arrojó una rentabilidad del 35%, de modo que, a su criterio, la ANSeS ha pasado a desempeñarse como un inversor institucional, con -entre otros- los recursos de la Provincia de Santa Fe.

II) A fs. 80 esta Corte declaró que la causa corresponde a su competencia originaria, y a fs. 126 se ordenó el traslado de la demanda.

III) A fs. 127, con arreglo a lo establecido en la acordada 30/2007, el Tribunal llamó a una audiencia pública de carácter informativo, la que tuvo lugar el 17 de marzo de 2010, y de cuyo resultado ilustran las exposiciones obrantes en la versión impresa de la transcripción taquigráfica del acta que obra a fs. 180/203.

IV) A fs. 218/230 el Estado Nacional - Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, opuso la excepción de prescripción como defensa de fondo y contestó el traslado de la demanda.

Fundamentó la prescripción en el hecho de que desde la fecha de publicación en el Boletín Oficial de la ley 26.078 (12 de enero de 2006), hasta la interposición de la demanda (7 de agosto de 2009), transcurrió el plazo bienal previsto en el artículo 4037 del Código Civil —en vigencia en esa fecha—, norma que en la hipótesis más favorable a la actora y en un plano meramente conjetural —según esgrime— resultaría aplicable al caso, pues se trataría de un supuesto de responsabilidad extracontractual del Estado derivado de su accionar ilícito. Añade que la actora solo podría eventualmente tener derecho a reclamar las sumas deducidas desde el inicio de la demanda, en el caso de que se entienda que existió continuidad en la conducta ilícita y que su pasividad solo produjo la extinción de la acción día por día.

En cuanto al fondo del asunto, y tras realizar un relato de los antecedentes de la norma cuestionada, señaló que fue sancionada por la mayoría absoluta de los miembros de cada Cámara del Congreso Nacional tal como lo exige el inciso 3° del artículo 75 de la Constitución Nacional para realizar asignaciones específicas de tributos coparticipables. Destacó que la votación de la ley permite comprobar que los diputados de la Provincia de Santa Fe, pertenecientes a distintas expresiones partidarias, votaron afirmativamente su sanción, al igual que dos de los senadores provinciales (el tercero, indica, estuvo ausente en la votación).

Agregó que si bien es cierto que el régimen de coparticipación federal de impuestos ha de ser consensuado entre todas las jurisdicciones involucradas, ello no impide que el legislador nacional pueda afectar directa o indirectamente una porción de la masa coparticipable, empleando la atribución constitucionalmente asignada a tal efecto.

Asimismo, afirmó que el sistema previsional argentino, sin los fondos provenientes del 15% de la masa de recursos coparticipados, habría tenido un resultado deficitario durante el ejercicio 2009, equivalente a las prestaciones de 1.000.000 de jubilados; y que la ANSeS debe mantener el esquema actual de financiamiento a fin de afrontar la movilidad de los haberes previsionales prevista en la ley 26.417, la cobertura de la “asignación universal por hijo”, el incremento de las “asignaciones familiares” y el “creciente número de beneficiarios incorporados al sistema jubilatorio”.

V) A fs. 220 el Tribunal convocó a las partes a una nueva audiencia, que se llevó a cabo el 23 de junio de 2010, tal como surge del acta de fs. 246.

VI) A fs. 340/341, luego de clausurado el período probatorio y de que las partes presentaran sus alegatos, dictaminó el señor Procurador General sobre las cuestiones constitucionales comprometidas en el pleito, y a fs. 342 se llamó “autos para sentencia”.

Considerando:

1°) Que en mérito a lo decidido por este Tribunal a fs. 80, la presente causa es de la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional).

2°) Que de los términos en que ha quedado trabada la controversia, y de las exposiciones de las partes en la audiencia pública celebrada ante esta Corte, se desprende que la Provincia de Santa Fe fundamenta su impugnación constitucional al artículo 76 de la ley 26.078 en un doble orden de razones: por un lado, sostiene que la nueva prórroga de la detracción dispuesta en esa norma, no tuvo el necesario respaldo o adhesión provincial, por

lo cual constituye una modificación unilateral del derecho intrafederal, y por otro, afirma que se ha producido una modificación fundamental de las circunstancias que le dieron origen a partir de la vigencia de ley 26.425 que instauró un sistema previsional absolutamente distinto, en cuyo marco aquella extracción perdió su finalidad.

Por su parte, el Estado Nacional sustenta su defensa en la circunstancia de que la norma cuestionada cumpliría las exigencias previstas en el inciso 3° del artículo 75 de la Constitución Nacional para realizar asignaciones específicas de tributos coparticipables, y en la votación afirmativa de la ley por parte de los diputados y dos de los senadores de la Provincia de Santa Fe; invoca también la necesidad de la ANSeS de contar con los fondos provenientes del 15% de la masa de recursos coparticipables para mantener el esquema actual de financiamiento de las coberturas previstas en el sistema sin tener resultados deficitarios, y plantea la prescripción de la acción de cobro interpuesta.

Esas posiciones antagónicas e inconciliables que han asumido las partes en relación a la cuestión sometida a decisión, exigen establecer el marco jurídico en el que debe dirimirse la contienda.

3°) Que la distribución de potestades tributarias entre la Nación y las provincias diseñada por los Constituyentes de 1853-1860, respondió a la realidad política y social imperante al tiempo de su sanción. Los sucesos históricos posteriores pusieron de manifiesto la insuficiencia de los recursos asignados por la Constitución a la Nación para hacer frente a las funciones que le fueron delegadas por los estados provinciales.

La evolución histórica de la distribución de la renta tributaria federal atravesó, desde la sanción de la Ley Fundamental hasta la actualidad, por tres períodos que pueden diferenciarse en: el de separación de fuentes (1853-1891); el de concurrencia “de hecho” (1891-1935), y el de coparticipación impositiva (desde 1935 en adelante).

Durante la primera etapa el Gobierno Federal no recurrió a la imposición interna para atender sus necesidades fiscales, respetando la cláusula del artículo 4° de la Constitución Nacional. Sus principales recursos provenían de los derechos de importación y exportación, de la renta de correos y de tierras públicas, y de ciertos empréstitos u operaciones de crédito.

La segunda se caracterizó por el ejercicio simultáneo por parte de la Nación y de las provincias de las potestades tributarias en relación a los impuestos internos, y tanto una como las otras crearon tributos a los consumos y a las transacciones de determinadas mercaderías.

El tercero de los períodos comenzó con la sanción de la ley 12.139 de unificación de impuestos internos al consumo que establecía un régimen de distribución entre la Nación y las provincias en función de determinados parámetros que se traducían en porcentajes de repartición. Luego se creó el impuesto a las ventas (ley 12.143), y se prorrogó el impuesto a los réditos (ley 12.147), cuya recaudación también se distribuía entre las distintas jurisdicciones. Posteriormente, mediante la ley 12.956 se incluyeron en la masa de impuestos coparticipables al impuesto a las ganancias eventuales y a los beneficios extraordinarios. En el año 1951 se creó un impuesto sustitutivo del gravamen a la transmisión gratuita de bienes y se instrumentó un nuevo régimen de coparticipación (ley 14.060).

Aunque con distintas modificaciones, esos regímenes subsistieron por algunos años, hasta que en 1973 se dictó la ley 20.221 en la que se unificaron todos aquellos en un solo sistema, y se estableció un mecanismo de distribución secundaria en forma automática, en

función de coeficientes que se fijaron con parámetros que tenían en cuenta la situación de las provincias menos desarrolladas.

Finalmente, a partir del año 1988 entró en vigor la ley-convenio 23.548 que estableció un régimen de distribución de recursos fiscales entre la Nación y las provincias con un criterio de porcentajes fijos.

4°) Que el artículo 75 de la Constitución Nacional –antes artículo 67-, incorporado en su actual redacción por la reforma constitucional de 1994, introdujo modificaciones sustanciales en el tratamiento de la coparticipación federal de impuestos, entre las que adquiere la mayor relevancia la asignación de rango constitucional a dicha materia.

En su inciso segundo, dispone que son coparticipables los impuestos indirectos internos y los directos creados, por tiempo determinado, por el Estado Nacional.

Prevé que debe dictarse una ley convenio, sobre la base de acuerdos entre la Nación y las provincias, a los efectos de instituir regímenes de coparticipación de esas contribuciones, garantizando la automaticidad en la remisión de los fondos.

Establece que esa ley tendrá como Cámara de origen al Senado y deberá ser sancionada con una mayoría calificada, no podrá ser modificada unilateralmente ni reglamentada y será aprobada por las provincias.

La norma constitucional fija asimismo diversas pautas para la distribución de los recursos y prevé la creación de un organismo fiscal federal, que tendrá a su cargo el control y fiscalización de lo establecido.

Al respecto, en la cláusula transitoria sexta se dispuso que ese régimen de coparticipación, y la reglamentación del organismo fiscal federal, debían ser establecidos antes de la finalización del año 1996.

La Ley Fundamental, entonces, regula actualmente tanto los aspectos sustanciales como los instrumentales de la coparticipación federal de impuestos.

Según lo afirmó el convencional Masnatta, existió consenso en la incorporación del tema en la Constitución Nacional, hasta entonces reservado al ámbito normativo federal y de derecho público local mediante el sistema de las leyes convenio. Esa incorporación es calificada por el citado convencional como “constitucionalización” de la materia en examen (“Inserción solicitada por el convencional Masnatta sobre ‘Régimen Federal y Régimen de Coparticipación’, entregada en Secretaría Parlamentaria en la Sesión Plenaria n° 28, tomo VI, página 5618”, que obra en fs. 7109 y sgtes. del tomo VII de la “Obra de la Convención Nacional Constituyente, 1994”, La Ley S.A., 1998).

5°) Que en ese marco, en la Convención Nacional Constituyente del año 1994, el miembro informante del dictamen de la mayoría de la Comisión de Redacción en los despachos originados en las comisiones de Competencia Federal y del Régimen Federal, sus Economías y Autonomía Municipal referidos a los dictámenes números 4, 6, 12, 13, 25, 26, 27 y 28 –que finalmente quedó plasmado en la formulación actual del artículo 75 de la Ley Fundamental-, señaló en su exposición ante el plenario que:

“La inserción constitucional del régimen de coparticipación reconoce sucintamente varios fundamentos: ajustar el texto normativo constitucional a una práctica de distribu-

ción fiscal que desde hace aproximadamente seis décadas se ha consolidado en el país, eliminando de esta manera una situación de incertidumbre jurídica; conferir racionalidad a la administración y distribución de recursos financieros y fiscales entre las diferentes jurisdicciones; estructurar un espacio institucional de concertación federal desde donde se diseñe, en un marco de participación igualitaria, la matriz tributaria y la pauta distributiva de los fondos que se recauden; superar los inconvenientes que genera un sistema rígido de separación de fuentes tributarias; beneficiar al contribuyente individual, disminuyendo la presión fiscal global y reduciendo los costos de la percepción, fundamentalmente dando posibilidad a las provincias chicas de poder compartir la recaudación de otras provincias; favorecer a los estados provinciales más pobres, que permite su subsistencia en este momento, como acabo de expresar”.

También destacó que “La consagración constitucional de las leyes convenio configura una novedad jurídico—institucional que se caracteriza por un proceso político y jurídico complejo: acuerdo federal entre la Nación y las provincias, sanción por el Congreso de la Nación con una mayoría absoluta, y aprobación por las legislaturas provinciales”. “Dicha ley convenio reconoce como particularidades la imposibilidad de su modificación unilateral y la prohibición de su reglamentación”.

Agregó que “La inclusión del instituto de las leyes convenio tiende a saldar también una dilatada discusión respecto de su constitucionalidad”, y que “las mencionadas leyes son una genuina interpretación y expresión de un federalismo concertativo y solidario” (Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente, Santa Fe-Paraná, 1994, Secretaría Parlamentaria, Dirección Publicaciones, tomo III, págs. 3172/3177; versión taquigráfica de la 24ª Reunión - 3ª Sesión Ordinaria [Continuación] 4 de agosto de 1994, Orden del Día n° 8).

6º) Que, además de lo ya señalado, el marco jurídico del sistema de distribución de la renta tributaria federal se integra –en lo que aquí interesa- con el “Acuerdo entre el Gobierno Nacional y los Gobiernos Provinciales” del 12 de agosto de 1992, el “Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento” del 12 de agosto de 1993, el “Compromiso Federal” del 6 de diciembre de 1999, el “Compromiso Federal por el Crecimiento y la Disciplina Fiscal” del 17 de noviembre de 2000 –entre otros-, y las leyes nacionales y provinciales que los ratificaron y los prorrogaron.

Es dable señalar que los pactos fiscales suscriptos antes de la reforma constitucional del año 1994, han sido el mecanismo empleado para superar –en el marco del régimen de la ley-convenio 23.548- los inconvenientes propios del sistema rígido de separación de fuentes tributarias.

Luego, han constituido la vía adecuada para estructurar un espacio institucional de concertación federal desde donde se flexibilizó, en un contexto de participación igualitaria, la distribución de la recaudación coparticipable, eliminando de esta manera la situación de incertidumbre jurídica generada por la falta de sanción del nuevo régimen de coparticipación conforme a las pautas fijadas en el artículo 75, inciso 2º.

7º) Que esta Corte ha tenido ocasión de señalar con relación a esos acuerdos de voluntad que constituyen manifestaciones positivas del llamado federalismo de concertación, inspirado en la búsqueda de un régimen concurrente en el cual las potestades provinciales

y nacionales se unen en el objetivo superior de lograr una política uniforme en beneficio de los intereses del Estado Nacional y de las provincias (Fallos: 322: 1781).

Esa fórmula –dijo el Tribunal en Fallos: 178:9-, o práctica institucional podría agregarse, recoge la vocación de la Constitución Nacional creadora de “una unidad no por supresión de las provincias (...) sino por conciliación de la extrema diversidad de situación, riqueza, población y destino de los catorce estados y la creación de un órgano para esa conciliación, para la protección y estímulo de los intereses locales, cuyo conjunto se confunde con la Nación misma”. Se trataba, recordaba el Tribunal en Fallos: 322:1781 y en esa visión integrativa, de consagrar el principio de “hacer un solo país para un solo pueblo” (Fallos: 322:1781, citado).

Dichos pactos fiscales, como las demás creaciones legales del federalismo de concertación, configuran el derecho intrafederal y se incorporan una vez ratificados por las legislaturas al derecho público interno de cada Estado provincial, aunque con la diversa jerarquía que les otorga su condición de ser expresión de la voluntad común de los órganos superiores de nuestra organización constitucional: nación y provincias. Esa gestación institucional los ubica con un rango normativo específico dentro del derecho federal. Prueba de su categoría singular es que no es posible su derogación unilateral por cualquiera de las partes (Fallos: 322:1781 y sus citas).

8°) Que esa jerarquía superior que cabe reconocerle a los acuerdos intrafederales y a las leyes-convenio es inherente a su propia naturaleza contractual en la que concurren las voluntades de los órganos superiores de la Constitución en aras de alcanzar objetivos comunes. Constituyen, entonces, la máxima expresión del federalismo de concertación, condición de la que se desprende su virtualidad para modificar –siempre en el marco de la Ley Fundamental- las relaciones interjurisdiccionales y recíprocas entre la Nación y las provincias.

La esencia misma del derecho intrafederal impone concluir que las leyes-convenio y los pactos que lo componen no se encuentran en una esfera de disponibilidad individual de las partes, y solo pueden ser modificados por otro acuerdo posterior de la misma naturaleza, debidamente ratificado por leyes emanadas de las jurisdicciones intervinientes.

No es admisible que un sistema jurídico interestatal, que se expresa mediante la suscripción de pactos federales (o la sanción de leyes-convenio), y tantas leyes aprobatorias o de adhesión como Estados parte, sea reglamentada por la Nación, que no es sino uno de esos Estados.

En definitiva, la autoridad ejecutiva o legislativa de una parte carece de la atribución de reglamentar con carácter obligatorio para el todo.

La regla enunciada ha recibido expreso reconocimiento constitucional en el citado artículo 75, inciso 2°, cuarto párrafo.

9°) Que a título de referencia es dable poner de resalto que en el mismo sentido ha emitido sus resoluciones la Comisión Federal de Impuestos con anterioridad a la reforma constitucional del año 1994, al señalar que las modificaciones o excepciones a la ley 23.548, o a sus porcentajes de distribución, solo pueden llevarse a cabo mediante leyes-convenio (resoluciones generales interpretativas 5/91, 6/92, 7/92, 8/92, 9/92, 12/92 y 13/92); e incluso, la propia Procuración del Tesoro de la Nación ha efectuado la misma interpretación (Dictámenes, 201:36; 238:569).

10) Que establecidas así las principales características del régimen constitucional vigente en la materia –sin perjuicio de las excepciones que se examinarán más adelante, al analizar los alcances del inciso 3° del artículo 75 citado de la Ley Fundamental–, es necesario realizar una reseña del convenio en el que se estableció la detracción cuya vigencia aquí se cuestiona, y las sucesivas leyes y nuevos acuerdos, pactos y compromisos que lo fueron prorrogando.

11) Que para ello debe partirse de la cláusula primera del “Acuerdo entre el Gobierno Nacional y los Gobiernos Provinciales” del 12 de agosto de 1992 -ratificado por la ley nacional 24.130 y su par de la Provincia de Santa Fe 10.955-, en la que se convino que “A partir del 1ro. de septiembre de 1992, el Estado Nacional queda autorizado a retener un 15% (quince por ciento), con más una suma fija de \$ 43.800.000 mensual, de la masa de impuestos coparticipables prevista en el artículo 2° de la ley 23.548 y sus modificatorias vigente a la fecha de la firma del presente, en concepto de aportes de todos los niveles estatales que integran la Federación para los siguientes destinos: a) El 15% (quince por ciento) para atender el pago de las obligaciones previsionales nacionales y otros gastos operativos que resulten necesarios...”.

Sin perjuicio de que su vigencia se estableció hasta el 31 de diciembre de 1993, las provincias y la Nación se comprometieron a seguir financiando mancomunadamente el Régimen Nacional de Previsión Social, asegurando el descuento del 15% de la masa de impuestos coparticipables hasta tanto no existiera un nuevo acuerdo de partes o una nueva Ley de Coparticipación Federal (cláusula octava).

12) Que con posterioridad, el 12 de agosto de 1993 se suscribió el denominado “Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento” -ratificado mediante el decreto PEN 1807/93 y la ley 24.307, y por la ley provincial 11.094-, en cuya cláusula tercera se prorrogó hasta el 30 de junio de 1995 la vigencia del indicado en el considerando precedente.

Asimismo, mediante las leyes 24.468 (artículo 5°), 24.699 (artículo 1°) –a la que adhirió la actora a través de la ley local 11.466-, 24.919 (artículo 2°) y 25.063 (artículo 11), se extendieron sucesivamente los plazos hasta el 31 de diciembre de 1999.

13) Que en la cláusula primera del Compromiso Federal del 6 de diciembre de 1999, las partes establecieron proponer al Congreso Nacional prorrogar por el plazo de dos años la vigencia de una serie de leyes, entre ellas, la 24.130 –referida ya en el considerando 11 precedente–, siempre que con anterioridad no se sancionara la Ley de Coparticipación Federal prevista en el artículo 75, inciso 2° de la Constitución Nacional.

Tal compromiso, fue ratificado en la órbita nacional por la ley 25.235, y en la provincial por la ley 11.725. Luego mediante la ley 25.239 (artículo 17), se prorrogaron expresamente los plazos hasta el 31 de diciembre de 2001.

14) Que finalmente la provincia y la Nación suscribieron el 17 de noviembre de 2000 el “Compromiso Federal por el Crecimiento y la Disciplina Fiscal”, y en su artículo 3° requirieron nuevamente al Congreso Nacional la continuación por cinco años de varias leyes entre las que se encontraba la 24.130.

La ley 25.400 admitió la solicitud y la demandante adhirió mediante la ley 11.879.

15) Que en la reseña efectuada aparece un hecho y una conducta institucional indiscutible, cual es que las partes respetaron aquel rango normativo superior del derecho intrafederal, expresión máxima de voluntad de los órganos superiores de nuestra organización constitucional. Asimismo reconocieron implícitamente algo característico de los convenios que se habían firmado, esto es su periodicidad, hasta el vencimiento de la prórroga pactada en el “Compromiso Federal por el Crecimiento y la Disciplina Fiscal” (31/12/2005).

16) Que sin embargo, y a pesar de una conducta institucional prolongada que se extendió durante catorce años, con la sanción y promulgación del artículo 76 de la ley 26.078 se prorrogó de manera unilateral la vigencia de la detracción del 15% de la masa coparticipable, y se pretendió mutar su naturaleza jurídica por la de una asignación específica; según la calificación que le asigna el Estado Nacional a esa decisión al contestar la demanda.

17) Que vencido el plazo fijado en el último acuerdo reseñado, y en el contexto de la sanción legislativa del presupuesto para el ejercicio 2006, sin pacto o acuerdo federal previo, el Congreso de la Nación estableció en el artículo 76 de la ley 26.078 que se prorrogaba “...durante la vigencia de los impuestos respectivos, o hasta la sanción de la Ley de Coparticipación Federal que establece el artículo 75 inciso 2 de la Constitución Nacional, lo que ocurra primero, la distribución del producido de los tributos prevista en las Leyes Nos. 24.977, 25.067 y sus modificatorias, Ley de Impuesto a las Ganancias (t.o. 1997 y sus modificatorias), 24.130, 23.966 (t.o. 1997 y sus modificatorias), 24.464 -artículo 5º-, 24.699 y modificatorias, 25.226 y modificatorias y 25.239 -artículo 11- modificatoria de la Ley N° 24.625...”.

18) Que es preciso en este punto que el Tribunal se refiera a los fundamentos desarrollados al respecto en el dictamen de la Procuración General (fs. 297/300 de la causa CSJ 191/2009 [45-S]/CS1 “San Luis, Provincia de c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad y cobro de pesos”, al que remite a fs. 340/341 del *sub lite*), ya que no los comparte.

Contrariamente a lo sostenido por el Ministerio Público Fiscal, las sucesivas prórrogas indicadas, incluso la dispuesta mediante la ley cuestionada, se refieren a la detracción del 15% de la masa de impuestos coparticipables.

En efecto, si bien en la cláusula octava del pacto original de 1992 se estableció su vigencia “hasta tanto no exista un nuevo acuerdo de partes o una nueva Ley de Coparticipación Federal”, lo cierto es que desde aquella oportunidad las partes suscribieron al menos tres nuevos pactos -ratificados por las leyes 24.307, 25.235 y 25.400, y sus pares provinciales 11.094, 11.725 y 11.879- en los que acordaron prorrogar la vigencia en una serie de leyes, entre ellas la 24.130, por un tiempo expresamente determinado; lo que demuestra la voluntad inequívoca de ponerle al compromiso una fecha cierta de vencimiento.

Idéntica interpretación debe efectuarse con relación al artículo 76 de la ley 26.078, en cuanto también incluye expresamente a la ley 24.130, ya que, además de configurarse la misma situación que con las leyes anteriores que contaron con los convenios previos suscriptos por los estados provinciales, es el propio Estado Nacional el que pretende sustentar la vigencia y “la prórroga” de la detracción en esa disposición.

Si, como se intenta sostener, la carga de “atender al pago de las obligaciones previsionales nacionales” había sido comprometida hasta el dictado de la ley de coparticipación

federal, no se entiende la razón de ser de las sucesivas prórrogas; ni la necesidad de argüir que se la impone sobre la base de la previsión contenida en el artículo 75, inciso 3°, de la Constitución Nacional.

19) Que establecido entonces que no existe un nuevo pacto al respecto, y que la obligación tenía una fecha de vencimiento, la Corte debe determinar si la detracción que se mantiene hasta la fecha encuentra sustento legal en la atribución conferida por la última disposición constitucional citada; y si dicha atribución ha sido ejercida dando cumplimiento a las exigencias impuestas por la Carta Fundamental.

20) Que al efecto cabe traer a colación que la Constitución al adoptar la forma de gobierno establece en su artículo 1° el régimen federal. Tanta importancia tiene esta modalidad política de organización, que la propia Carta Magna la coloca a la par con los caracteres de gobierno republicano y representativo. De ahí que esa trilogía integra la forma de gobierno de la Nación; extremo que exige su máxima adecuación y respeto, ya que violar cualquiera de ellas es afectar las bases mismas del sistema político que nos rige (César Enrique Romero, “Estudios Constitucionales”, Imprenta de la Universidad de Córdoba, página 13).

De allí que el ejercicio de la facultad que se esgrime, y que seguidamente se analizará, debe ser ejecutada con absoluta estrictez y con total apego a las exigencias allí establecidas, so riesgo en caso contrario de afectar seriamente el régimen previsto en el artículo 1° citado, según la redacción que le da la Constitución sobre la base del origen y antecedentes históricos de nuestra Nación.

21) Que en ese sentido la Ley Fundamental admite, como excepción, la posibilidad de detraer de los recursos coparticipables a las contribuciones cuya recaudación, en todo o en parte, tengan una asignación específica dispuesta por el Congreso, estableciendo requisitos especiales para su validez (artículo 75, inciso 3°).

El establecimiento o la modificación de tales asignaciones deben tener tiempo determinado, deben realizarse mediante la sanción de una ley especial, y esa ley debe ser aprobada por un *quorum* integrado por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

22) Que en oportunidad de examinar el ejercicio de esta potestad no debe perderse de vista que en el artículo 3° de la ley 24.309, de declaración de necesidad de la reforma constitucional, se incluyó entre los temas habilitados por el Congreso Nacional para su debate por la Convención Constituyente “la distribución de competencias entre la Nación y las provincias respecto de la prestación de servicios y en materia de gastos y recursos” y “el régimen de coparticipación”, con el expreso objetivo de fortalecer el régimen federal. En consecuencia, cualquier interpretación que de la norma constitucional en cuestión se formule deberá guiarse por esta premisa, pues surge claro del texto de habilitación de la reforma y de los debates ocurridos en el seno de la Asamblea Constituyente que la incorporación del régimen de coparticipación ha procurado fortalecer la posición de las provincias y darle mayores garantías respecto de la distribución de los recursos financieros y fiscales a los que se refiere el artículo 75, inciso 2° (conf. expresiones del miembro informante del dictamen de la Comisión de Redacción ante el Plenario de la Convención Constituyente de 1994, convencional Marín, “24° Reunión - 3° Sesión Ordinaria [Continuación] 4 de

agosto de 1994, página 3173; convencional Bulacio, página 3239; convencional García, página 3247; convencional Berhongaray”, “25° Reunión – 3° Sesión Ordinaria [Continuación] 5 de agosto de 1994”, página 3295).

Por otra parte, es necesario destacar que las asignaciones específicas de recursos coparticipables constituyen transferencias de ingresos de las provincias a favor de algún sector especial. Es por esta razón, y a los efectos de poner a resguardo los intereses de las jurisdicciones locales, que los convencionales constituyentes destacaron tanto la “integralidad” de la masa coparticipable, como el carácter excepcional de estas asignaciones, disponiendo que solo pueden ser fijadas por un tiempo determinado de duración y con una finalidad determinada (confr. intervenciones del miembro informante por la mayoría convencional Marín, “24° Reunión – 3° Sesión Ordinaria [Continuación] 4 de agosto de 1994”, páginas 3176 y 3173). De lo contrario, el Congreso Nacional podría, por regla y de manera unilateral e inconsulta, afectar la distribución de recursos tributarios consensuada por la totalidad de las jurisdicciones involucradas y disminuir las sumas que deberían percibir las provincias en concepto de coparticipación. En este sentido en el seno de la Convención se sostuvo que “la masa coparticipable no deberá ser en lo sucesivo, retaceada y disminuida de manera tal que fondos no coparticipables puedan crecer desmesuradamente, disminuyendo aquellos destinados a ser repartidos entre la totalidad de las provincias...” (convencional Rossati, “28° Reunión – 3° Sesión Ordinaria [Continuación] 10/11 de agosto de 1994”, página 3706), llegándose incluso a proponer que “...las asignaciones específicas que pudieran crearse no fueran detraídas de la masa de coparticipación que corresponde a las provincias...” (convencional Fernández de Kirchner, página 3259).

De manera que, a la hora de examinar la validez constitucional de una asignación específica dispuesta por el Congreso, así como de los límites constitucionales fijados al ejercicio de esa potestad, se impone una interpretación restrictiva pues, en definitiva, lo que se encuentra en juego es una facultad con una trascendente incidencia sobre el régimen de distribución de recursos y el sistema federal en su conjunto.

23) Que la atribución conferida al Congreso por el constituyente en el citado artículo 75, inciso 3°, se limita a la posibilidad de establecer o modificar asignaciones específicas sobre una parte o el total del producido de la recaudación de impuestos determinados.

Es menester, en consecuencia, dilucidar si esa facultad excepcional podría importar una suerte de autorización para detraer unilateralmente una proporción de la masa coparticipable en forma previa a la distribución primaria de los recursos que la integran, o si la atribución se debe ejercer y ejecutar, sobre las contribuciones propiamente dichas; vale decir sobre los impuestos.

24) Que con ese propósito se debe recordar que el artículo 75, inciso 2°, dispone que: “Corresponde al Congreso... imponer contribuciones indirectas como facultad concurrente con las provincias. Imponer contribuciones directas, por tiempo determinado, proporcionalmente iguales en todo el territorio de la Nación, siempre que la defensa, seguridad común y bien general del Estado lo exijan. **Las contribuciones previstas en este inciso, con excepción de la parte o el total de las que tengan asignación específica, son coparticipables**” (resaltado añadido).

De tan clara disposición constitucional se extrae que lo que el legislador puede detraer, en todo o en parte, cumpliendo con las exigencias de la ley, son los impuestos directos o indirectos que en cada caso individualice, pero esa detracción no la debe ejercer, porque la cláusula constitucional no lo habilita para ello, sobre la totalidad o una porción de la masa de manera indefinida.

La propia norma impugnada en el sub examine (artículo 76 de la ley 26.078) corrobora la interpretación efectuada al sujetar la prórroga de la distribución del producido de los tributos prevista en las leyes que allí se incluyen, a “**la vigencia de los impuestos respectivos**”.

Sobre tales premisas no cabe sino concluir que las asignaciones específicas solo pueden ser establecidas por el Congreso Nacional sobre una parte o el total de la recaudación de impuestos indirectos o directos en particular, por tiempo determinado y mediante la sanción de una ley especial con las referidas mayorías agravadas de ambas Cámaras, y que esta es la única y excepcional facultad con la que cuenta la Nación para afectar los impuestos que integran la masa coparticipable, sin necesidad de contar con un Pacto o la previa conformidad de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

25) Que no empece a lo expuesto el hecho de que la ley 26.078 haya sido aprobada por la referida mayoría agravada de ambas Cámaras, pues ello no determina sin más –como lo esgrime el Estado Nacional- el establecimiento o la modificación de una asignación específica, en la medida en que no se cumplan con las restantes exigencias constitucionales establecidas como presupuesto de su validez.

En su caso, la existencia de esa mayoría circunstancial no puede tener la virtualidad de transformar en letra muerta la escrita por los constituyentes de 1994, con una previsión novedosa que, garantizando el federalismo, impone condiciones específicas para que esa legislación sea válida para la Constitución Nacional.

26) Que el artículo 76 de la ley 26.078 tampoco cumple con el recaudo de la determinación temporal de la pretensa asignación específica, pues la prórroga –tal como allí se expresa- ha quedado sujeta a “la vigencia de los impuestos respectivos, o hasta la sanción de la Ley de Coparticipación Federal que establece el artículo 75 inciso 2 de la Constitución Nacional, lo que ocurra primero”.

De tal manera al no encontrarse vinculada la retención del 15% a ningún tributo en particular, su vigencia estaría supeditada únicamente a la sanción de la nueva ley de coparticipación, condición que no se traduce en el “tiempo determinado” previsto en la norma constitucional.

27) Que un párrafo aparte merece la importancia que el Estado Nacional le atribuye, entre sus defensas, a las conformidades dadas por los diputados y dos de los senadores de la Provincia de Santa Fe en el momento en el que se votó la ley. Esa conducta no tiene la relevancia que el demandado pretende asignarle.

No son ellos quienes revisten la condición de órganos superiores de nuestra organización constitucional, ni sus votos pueden traducirse en la expresión de voluntad del Estado provincial, pues en el marco del federalismo de concertación el representante natural de la provincia es su gobernador. No le corresponde entonces al Congreso legislar en nombre de una provincia, suplantando la representación de esa soberanía, pues ello es atentatorio de

los principios fundamentales de la asociación federativa en que la personalidad política de los pueblos no puede ser eliminada sino en todo aquello que corresponde al modo de ser exterior de cada estado (Ravignani, *Asambleas Constituyentes Argentinas 1813-1898*, t. 4, pág. 773 y siguientes, citado en Fallos: 317:1195, voto del juez Fayt).

Si el pueblo de la Nación quisiera dar al Congreso atribuciones más extensas que las que ya le ha otorgado o suprimir alguna de las limitaciones que le ha impuesto, lo haría en la única forma que él mismo ha establecido al sancionar el artículo 30 de la Constitución Nacional. Entretanto ni el Legislativo ni ningún departamento del gobierno puede ejercer lícitamente otras facultades que las que le han sido acordadas expresamente o que deben considerarse conferidas por necesaria implicancia de aquéllas (Fallos: 137:47; 318:1967; 321:3236; 322:1616 y 330: 2222).

Cualquiera otra doctrina es incompatible con la Constitución, y es del resorte de esta Corte juzgar “la existencia y límites de las facultades privativas de los otros poderes” (Fallos: 210:1095) y “la excedencia de las atribuciones” en la que estos puedan incurrir (Fallos: 254:43).

De tal manera, la conformidad referida no sella el resultado de la pretensión, cuando el ejercicio de la facultad del Congreso de la Nación no se ajusta a lo que la Constitución Nacional impone.

28) Que establecido todo lo expuesto debe adentrarse el Tribunal en el destino que los firmantes del Acuerdo Federal del 12 de agosto de 1992 le asignaron a la detracción examinada, desde que se fijó “para atender el pago de las obligaciones previsionales y otros gastos operativos que resulten necesarios”.

Cabe indicar que desde la suscripción del Pacto existieron diferencias entre los firmantes en cuanto al alcance que cabía atribuirle a los referidos “gastos operativos”.

Por un lado, se encontraban quienes consideraban que esa estipulación estaba directa y únicamente vinculada a gastos del Sistema Previsional Nacional; mientras que en la posición contraria se enrolaban quienes opinaban que allí se habrían contemplado los otros gastos operativos que demandaba la ejecución del conjunto de obligaciones asumidas en el Pacto Fiscal Federal.

Un examen conjunto y sistemático de las diversas cláusulas del Pacto debe atender a los dos párrafos de la cláusula sexta.

El primero exterioriza un acuerdo de partes, que se explica por el hecho de que el Estado Nacional se comprometió a derogar los decretos 559/92 y 701/92, en razón de lo cual las provincias desistirían de las acciones judiciales incoadas o a intentarse. Es preciso señalar que esos decretos establecían deducciones de la masa coparticipable con destino a los gastos vinculados directa o indirectamente a la percepción de los impuestos que la integraban y al financiamiento de la Dirección General Impositiva.

El segundo párrafo, reafirmando ello por su ubicación tan inmediata, debe entenderse como el compromiso de no efectuar otras retenciones a la masa que las convenidas, es decir, entre otras cosas, a no reincidir pretendiendo efectuar detracciones para el financiamiento de conceptos que no estaban previstos, al menos de manera expresa e indubitada; porque si efectivamente la intención hubiese sido la contraria, lo lógico hubiera sido incluir en el

Pacto la conformidad provincial para darles otro destino, máxime cuando el Sistema Previsional no podía convertirse en un mero destinatario del remanente de esos gastos operativos, pues ello hubiese importado contradecir la letra y el espíritu del Acuerdo.

En este análisis resulta corroborante también la conclusión a la que llegó la Comisión Federal de Impuestos por intermedio de su Comité Ejecutivo mediante la resolución general interpretativa 17/94 del 29 de junio de 1994 (B.O. 6/7/1994).

29) Que cabe añadir –como elemento confirmatorio de la conclusión expresada– que el Estado Nacional indicó al referirse a los “otros gastos operativos” que contemplaba el Acuerdo Federal de 1992, que esos fondos eran utilizados por la ANSeS solo para pagar gastos relativos a la seguridad social (fs. 194).

30) Que las razones expuestas determinan la procedencia de la declaración de inconstitucionalidad del artículo 76 de la ley 26.078; sin embargo la Corte se ve precisada a ponderar dos elementos más, uno el cambio de sistema que importó la sanción de la ley 26.425, y otro la alegada incidencia que esta decisión tendría en el régimen previsional.

31) Que con relación al primer punto, corresponde reconocer que con la sanción de la ley 26.425 se establecieron modificaciones sustanciales en el Sistema de Seguridad Social regulado por la ley 24.241 y sus modificatorias, tales como la eliminación del Régimen de Capitalización y su absorción y sustitución por el régimen de reparto.

Ello implicó la absorción por parte de la ANSeS del stock de activos capitalizados, como así también del flujo financiero de los aportantes al régimen privado, tanto de los que desarrollaron su actividad en la esfera privada, como los que lo hicieron en la pública, sumándose a ellos todos los aportantes de las cajas provinciales que habían sido transferidas.

Asimismo, la reforma estableció que los recursos que integraban las cuentas de capitalización individual de los afiliados, pasasen a conformar el Fondo de Garantía de Sustentabilidad del Régimen Previsional Público de Reparto (FGS) creado por el decreto 897/07, modificado por su par 2103/2008.

Si bien el sistema previsional argentino adoptó la particularidad de financiarse con recursos adicionales a los aportes personales y contribuciones patronales –tales como la detracción del 15% de la masa coparticipable aquí cuestionada, o las asignaciones específicas de impuestos como ganancias e IVA, entre otros–, lo cierto es que el Estado Nacional no ha acreditado del modo en que le era exigible en estas actuaciones la incidencia que pudiera tener en el sostenimiento del sistema previsional la eliminación de la detracción cuya vigencia aquí fue cuestionada.

Tal circunstancia no se ve superada con el informe de fs. 286/307, en tanto la afectación que hubiera producido el hecho de no contar con el 15% de la masa de impuestos coparticipables durante los ejercicios a los que se refiere (2009 y 2010), debió calcularse solo en la proporción que aportan las provincias a aquel porcentaje de acuerdo a la distribución primaria, y dejar al margen la correspondiente al Estado Nacional.

Además en ese informe no se detalló la composición de los gastos figurativos incluidos en el punto V de fs. 301, razón por la cual no puede determinarse el destino de esos fondos y si son o no todos prestacionales.

A su vez, se desvinculó el informe del Fondo de Garantía de Sustentabilidad (FGS), cuya utilización para el pago de beneficios del Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA) es viable cuando se cumplen los presupuestos legales del artículo 11 del decreto 2103/08.

Nadie se encontraba en mejores condiciones de demostrar tales extremos que el propio Estado Nacional, pues cuenta con toda la información necesaria a esos efectos.

32) Que en cuanto a las consideraciones generales formuladas en la contestación de demanda, en las que se intenta justificar la necesidad de mantener los fondos afectados al financiamiento de los regímenes de la seguridad social, en particular la detracción en examen, no puede dejar de insistirse en que no se encuentran corroboradas con elementos de prueba aportados en la causa.

A ello debe agregarse que aun cuando –por hipótesis–, aquellas afirmaciones fueran tenidas por ciertas, su validez halla un escollo infranqueable en la inexistencia de un pacto suscripto por la Provincia de Santa Fe o de una ley-convenio a la que esta haya adherido, que prevea que esos fondos puedan ser detraídos con aquel destino.

No se encuentran en discusión los loables propósitos perseguidos por la legislación citada en el punto 5.1 de fs. 227/228 (ley 26.417 y decretos 1729/09 y 1602/09), que se enmarca claramente en las facultades del Congreso de la Nación de reglamentar el artículo 14 bis, reafirmadas por esta Corte en numerosos precedentes (Fallos: 319:3241 y análogos; Fallos: 322: 2226 y 329:3089; entre otros) y en las del Poder Ejecutivo Nacional de dictar los correspondientes reglamentos de ejecución, en el marco del sistema de seguridad social.

Tratándose, entonces, del válido ejercicio de atribuciones de naturaleza previsional que en forma primaria corresponden al Estado Nacional y son el resultado de una iniciativa instrumentada por esa jurisdicción, resulta razonable suponer que los fondos para hacer frente a esas erogaciones deben emanar, *prima facie*, de rentas generales de la Nación.

Ello no empece a que esta pueda celebrar con las provincias acuerdos intrafederales respecto del financiamiento de estas prestaciones que debe afrontar la ANSeS. Sin embargo, ni la movilidad de haberes del régimen previsional público, ni las asignaciones de la seguridad social allí previstas, fueron contempladas en el Pacto Fiscal del año 1992 o en alguna de sus prórrogas. Por lo tanto, su existencia no puede constituir el fundamento de la continuidad de la detracción cuestionada. Y los aludidos acuerdos tampoco han sido celebrados.

33) Que la admisión de la impugnación constitucional del artículo 76 de la ley 26.078, en lo atinente a la detracción del 15% de la masa de impuestos coparticipables pactada en la cláusula primera del “Acuerdo entre el Gobierno Nacional y los Gobiernos Provinciales” del 12 de agosto de 1992 -ratificado por la ley nacional 24.130-, comporta la necesidad de considerar la pretensión complementaria contenida en la demanda, consistente en la restitución de los fondos detraídos a la provincia en virtud de la norma cuestionada.

34) Que a ese respecto la parte demandada opone al progreso de la acción de reintegro la excepción de prescripción bienal prevista en el artículo 4037 del Código Civil (vigente al momento del planteo), en el entendimiento de que la cuestión debe ser tratada como un supuesto de responsabilidad extracontractual del Estado, derivado de su actividad ilícita.

Sostiene que al no existir contrato, para considerar la prescripción de la acción para demandar al Estado por los daños causados por hechos o actos administrativos, no es dable distinguir los supuestos en los cuales los resultados dañosos son producto de la actividad lícita o ilícita del poder público.

Por consiguiente, afirma que el término para interponer la acción en el *sub lite* era el de dos años a la época de interposición de la demanda, computado a partir del momento de producido el daño, y que por lo tanto “la provincia de Santa Fe sólo podría eventualmente tener derecho a reclamar por los importes que se hayan deducido a partir de la interposición de la acción”.

35) Que la obligación del Estado Nacional de restituir los recursos coparticipables detraídos ilegítimamente tiene su fundamento en un deber previo, específico y determinado, establecido en el Régimen de Coparticipación Federal, que surge tanto de la ley-convenio 23.548 como de la Constitución Nacional.

Ello excluye al supuesto de autos del campo de aplicación del régimen de responsabilidad extracontractual.

Asimismo, es dable considerar el carácter fluyente o periódico de la obligación *sub examine*, que consiste en el deber de transferir diaria y automáticamente a cada provincia el monto de recaudación que les corresponda a medida que se cobran los impuestos, de acuerdo a los porcentajes establecidos en la ley 23.548, por intermedio del Banco de la Nación Argentina (artículo 6°).

Tales antecedentes determinan que la cuestión deba ser subsumida en la norma del artículo 4027, inciso 3°, del Código Civil –aplicable de conformidad con lo dispuesto por el artículo 2537 del Código Civil y Comercial- que establecía el plazo específico para este tipo de casos de prestaciones de naturaleza fluyente, y según la cual se prescribía por cinco años la obligación de pagar los atrasos de todo lo que debe pagarse por años, o plazos periódicos más cortos, con prescindencia de que dichos pagos tengan su fuente en un contrato o en la ley (Fallos: 244:476).

36) Que, asimismo, y tal como lo ha considerado el Tribunal en otras oportunidades, no se puede pasar por alto la adecuación al orden de los hechos que tiene la adopción de dicho plazo si se tiene en cuenta que así se evitan una eventual acumulación desmedida de deuda y las consecuentes dificultades de su cobro y pago, previsión particularmente pertinente dada la significativa gravitación económica de la detracción impugnada (CSJ 480/2002 [38-F]/CS1 “Formosa, Provincia de c/ Tecnicagua S.A. y otros [Estado Nacional] s/ cobro de sumas de dinero”, pronunciamiento del 10 de febrero de 2015).

37) Que por lo tanto, en mérito a los alcances de la pretensión propuesta (restitución o reintegro de los fondos detraídos desde el 31 de diciembre de 2005, conf. capítulo III [c] del escrito inicial), y a la fecha en la que se promovió la demanda -7 de agosto de 2009, fs. 54-, la excepción de prescripción opuesta será rechazada.

38) Que en virtud de las consideraciones precedentemente expuestas habrá de admitirse la demanda, y se establecerán las modalidades de cumplimiento de la condena.

A tal fin es dable considerar la trascendencia institucional de este pronunciamiento y las particulares características de la jurisdicción que se insta a ejercer a la Corte

Suprema a través de la demanda incoada, en las que el Tribunal no puede ceñirse a las previsiones legales aplicables a los comunes reclamos por el cobro de una suma de dinero (Fallos: 310:2478, considerando 69).

La naturaleza de la cuestión sometida a decisión, que concierne a las relaciones políticas entre los Estados, y en particular al complejo régimen de la Coparticipación Federal de Impuestos, requiere para su solución que el Tribunal ejerza las facultades que supone la trascendente misión de resolver los conflictos interestatales; máxime cuando en el ámbito del derecho intrafederal, la Nación –como ya se señaló– no es sino uno de los Estados parte.

En su mérito, en cuanto a la pretensión concerniente a la plena coparticipación de los fondos coparticipables del quince por ciento (15%) destinados a favor de la ANSeS, se dispondrá el cese de dicha detracción con respecto al porcentaje que a la Provincia de Santa Fe le asigna la ley 23.548. Ello, bajo apercibimiento de ordenar al presidente del Banco de la Nación Argentina que cumpla con la manda en el término de diez días (arg. artículo 513 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

En cuanto a la devolución a la Provincia de Santa Fe de los fondos que fueron detraídos, una vez determinada su cantidad con más los intereses según la legislación que resulte aplicable (Fallos: 316:165), se fijará un plazo de ciento veinte días para que las partes acuerden la forma y plazos en que se reintegrarán las sumas debidas, bajo apercibimiento de determinarlo la Corte en la etapa de ejecución (arg. artículos 163, inciso 7°, 503, y 558 bis del citado ordenamiento procesal).

39) Que, finalmente, el Tribunal tampoco puede dejar de señalar que han transcurrido casi diecinueve años desde la fecha fijada en la disposición transitoria sexta de la Constitución Nacional para establecer un régimen de coparticipación conforme lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 75 y la reglamentación del organismo fiscal federal.

Si bien esta Corte no desconoce la complejidad que presenta la cuestión, atento a la pluralidad de jurisdicciones comprometidas en su definición así como los múltiples aspectos económicos, políticos y culturales que involucra –que necesariamente demandan de un amplio y profundo ámbito de negociación, debate y consensos–, estas circunstancias no pueden resultar un justificativo para un inmovilismo que ya supera ampliamente los tres lustros y que conspira claramente contra el objetivo de fortalecer el federalismo fiscal perseguido por los constituyentes de 1994.

En razón de ello, este incumplimiento exige de esta Corte el ejercicio del control encomendado a la justicia sobre las actividades de los otros poderes del Estado y, en ese marco, debe poner de manifiesto la imperiosa necesidad de la sanción de la ley-convenio en los términos del citado artículo 75, inciso 2°, sobre la base de acuerdos entre la Nación y las provincias, que instituya regímenes de coparticipación de las contribuciones directas e indirectas, garantizando la automaticidad en la remisión de los fondos y una distribución que contemple criterios objetivos de reparto; que sea equitativa, solidaria y que dé prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional.

En palabras del ya referido miembro informante del dictamen de la mayoría de la Comisión de Redacción ante el plenario de la Convención Constituyente del año 1994, la incorporación al texto constitucional de esos principios generales, lejos de ser meras

expresiones de voluntarismo o de ingenuidad política, configuran criterios o postulados a los que el legislador, así como la Nación y las provincias, deben ajustarse imperativamente.

A través de la cláusula transitoria sexta el legislador constituyente ha definido un mandato explícito e inderogable por la voluntad política de sus partes, es decir, la sanción de un nuevo régimen de coparticipación y la reglamentación del organismo fiscal federal de fiscalización y control antes de la finalización de 1996.

Con esa norma reafirmó la inquebrantable decisión de salir de un régimen de distribución de recursos que lleva más de veinticinco años, y de ingresar definitivamente en un nuevo mapa de relacionales financieras y fiscales entre el gobierno federal y los estados provinciales.

Ese imperativo categórico —que no puede ser soslayado apelando a ningún subterfugio legal— exige que las partes emprendan cuanto antes el diálogo institucional que desemboque en el nuevo Pacto Federal Fiscal, que sentará las bases de la futura ley-convenio, y sería altamente positivo que el clima de respeto y la vocación de consenso que se ha gestado en el ámbito de esa Convención se sostenga para dar lugar a un sistema superador que contemple las exigencias de equidad y solidaridad que allí se postularon (conf. “Diario de Sesiones”, ob. y págs. citadas en el considerando 5°).

El conflicto aquí resuelto, y tantos otros análogos sometidos a decisión de esta Corte, se hubieran evitado si se hubiese cumplido con esa manda constitucional.

Esta exhortación a los órganos superiores de nuestra organización constitucional se impone, a fin de consolidar el proyecto federal de nuestra Constitución primigenia, reivindicado por los convencionales constituyentes del año 1994, en cumplimiento del fortalecimiento del régimen federal que les fue encomendado (artículo 3°, apartado A, ley 24.309).

Y, en este orden de ideas, y sin que ello implique relevar de responsabilidades a las jurisdicciones locales, corresponde que los poderes federales (Poder Ejecutivo Nacional y Congreso Nacional) asuman el rol institucional que les compete como coordinadores del sistema federal de concertación implementado con rango constitucional en 1994, y formulen las convocatorias pertinentes a los efectos de elaborar las propuestas normativas necesarias para implementar el tan demorado sistema de coparticipación.

Por ello, y oído el señor Procurador General, se decide: I. Declarar la inconstitucionalidad del artículo 76 de la ley 26.078, en lo atinente a la detracción del 15% de la masa de impuestos coparticipables pactada en la cláusula primera del “Acuerdo entre el Gobierno Nacional y los Gobiernos Provinciales” del 12 de agosto de 1992 -ratificado por la ley nacional 24.130-. II. Disponer el cese de la detracción en la proporción que le corresponde a la Provincia de Santa Fe, de acuerdo a la distribución y a los índices fijados en la ley-convenio 23.548, bajo apercibimiento de ordenar al presidente del Banco de la Nación Argentina que cumpla con la manda en el término de diez días. III. Rechazar la excepción de prescripción opuesta. IV. Condenar al Estado Nacional a pagar a la Provincia de Santa Fe, con los alcances establecidos en el presente pronunciamiento, la suma que resulte del cálculo de las cantidades detraídas en virtud de la norma impugnada, con más los intereses según la legislación que resulte aplicable. A fin de hacer efectiva la condena, una vez determinado el monto, se fijará un plazo de ciento veinte días para que las partes acuerden la forma y plazos en que se reintegrarán las sumas debidas, bajo apercibimiento de determi-

narlo la Corte en la etapa de ejecución de la sentencia. V. Imponer las costas del proceso en el orden causado (artículo 1°, decreto 1204/2001). VI. Exhortar a los órganos superiores de nuestra organización constitucional a dar cumplimiento con la disposición transitoria sexta de la Constitución Nacional, e instituir el nuevo régimen de coparticipación federal, sobre la base de acuerdos entre la Nación y las provincias, y a dictar la consecuente ley-convenio, en orden al mandato contenido en el inciso 2° del artículo 75. Notifíquese, líbrense oficios al Jefe de Gabinete de Ministros de la Nación y a ambas Cámaras del Poder Legislativo, y comuníquese a la Procuración General.

RICARDO LUIS LORENZETTI – CARLOS S. FAYT – JUAN CARLOS MAQUEDA.



FEDERALISMO DE CONCERTACIÓN

“LA PAMPA C/ MENDOZA” (FALLOS: 340:1695)

En el marco de un reclamo por el uso y aprovechamiento del río Atuel la Corte ordenó a las Provincias de La Pampa y Mendoza la presentación de un programa de obras con la participación del Estado Nacional.

Consideró que el conflicto debía resolverse en base a un federalismo de concertación que supere enfoques separatistas y que el caso involucraba un problema ambiental, en tanto existe un derecho al agua que debe superar el modelo dominial para ser ecocéntrico sistémico. Ello determina además la necesidad de abordar el conflicto desde una perspectiva de unidad –como una cuenca hídrica– en tanto los recursos naturales son interdependientes y deben ser cuidados de manera integrada.

El fallo fue decidido por la mayoría conformada por los jueces LORENZETTI, HIGHTON DE NOLASCO, MAQUEDA y ROSATTI y la disidencia del juez ROSENKRANTZ.

Principales ejes temáticos del fallo

» La visión y regulación jurídica del agua basada en un modelo antropocéntrico y puramente dominial que solo tiene en cuenta la utilidad privada que una persona puede obtener de ella, ha cambiado sustancialmente en los últimos años en favor de un paradigma jurídico que ordena que la regulación del agua es eco-céntrico, o sistémico, y no tiene en cuenta solamente los intereses privados o estatales sino los del mismo sistema, como bien lo establece la ley general del ambiente.

» La funcionalidad del sistema federal constitucional argentino se funda en el principio de lealtad federal o buena fe federal, conforme al cual en el juego armónico y dual de competencias federales y provinciales debe evitarse que tanto el gobierno federal como las provincias abusen en el ejercicio de esas competencias, tanto si son propias como si son compartidas o concurrentes; e implica asumir una conducta federal leal que tome en consideración los intereses del conjunto federativo, para alcanzar cooperativamente la funcionalidad de la estructura federal ‘in totum’.

» Frente a la existencia de tensiones en las relaciones interjurisdiccionales, es necesario asumir una percepción conjuntiva o cooperativa, propia de un federalismo de concertación, que supere los enfoques disyuntivos o separatistas; por ello, ante el inevitable surgimiento de desentendimientos e, incluso, hostilidades entre las provincias en el ejercicio de los poderes no delegados que son el resultado del reconocimiento de su autonomía, a fin de garantizar la supervivencia del sistema federal en cuanto “unión indestructible de Estados indestructibles”, la Constitución ha previsto un mecanismo de solución de conflictos,

Enlaces destacados

» Ver más

- › Reseña
- › Citas del fallo
- › Otra información
- › Versión Word

» Dictamen

» Doctrina del fallo

asignando a la Corte Suprema de Justicia de la Nación la trascendente misión de dirimir, resolver, solucionar y/o componer tales controversias, estableciendo líneas de acción que permitan disiparlas. Se trata de la “competencia dirimente”, que surge del artículo 127 de la Norma Fundamental argentina.

» Frente al desentendimiento entre dos provincias (en la especie las de La Pampa y Mendoza) que se ha mantenido durante décadas, se hace necesario encontrar una eficaz canalización racional de la disputa que evite escenarios de ahondamiento de las desavenencias; con mayor razón aun cuando en la causa se dirime una cuestión constitucional de la mayor relevancia como lo es la preservación del ambiente y su sustentabilidad intergeneracional (artículo 41 de la Constitución Nacional), en el que se halla comprometido el interés general (doctrina del artículo 32 de la ley 25.675).

» La gran diversidad de factores ambientales, sociales y económicos que afectan o son afectados por el manejo del agua avala la importancia de establecer una gestión integrada del recurso hídrico (en contraposición al manejo sectorizado y descoordinado). Ello requiere un cambio de paradigma, pasando del tradicional modelo de desarrollo de la oferta hacia la necesaria gestión integrada del recurso mediante la cual se actúa simultáneamente sobre la oferta y la demanda de agua, apoyándose en los avances tecnológicos y las buenas prácticas.

» El conflicto entre provincias originado en el uso de un río interprovincial (en la especie las Provincias de La Pampa y Mendoza por el río Atuel) es de carácter ambiental, policéntrico, multicausal, y eminentemente prospectivo y requiere, para su consideración, de una perspectiva que contemple todo el conjunto de intereses potencialmente afectados por ella, aunque ellos no estén representados formalmente en el proceso (Disidencia del juez Rosenkrantz).

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 1° de diciembre de 2017.

Autos y Vistos; Considerando:

1°) Que a fs. 5/205 la Provincia de La Pampa promueve demanda en los términos del artículo 127 de la Constitución Nacional contra la Provincia de Mendoza, a fin de que:

I) Se declaren los siguientes incumplimientos de la demandada: a) al punto 3) de la sentencia dictada por esta Corte el 3 de diciembre de 1987 (Fallos: 310:2478), es decir, a la obligación de negociar y celebrar de buena fe los convenios para regular los usos del río Atuel; b) a distintos puntos de los convenios celebrados durante 1989 y 1992, y se considere la maliciosa demora en el tratamiento y el posterior rechazo del convenio marco de 2008, como un nuevo incumplimiento a la sentencia de referencia y a las obligaciones asumidas en los convenios anteriores, y c) a distintas normas constitucionales y de derecho internacional aplicables a la relación que ambas provincias mantienen por la cuenca del río Atuel (vg. afectación del derecho humano al agua, del principio de crecimiento armónico y equilibrado entre las provincias, etc.).

II) Se declare la presencia de daño ambiental, como consecuencia de los anteriores incumplimientos, y se ordene el cese y su recomposición.

III) Se fije un caudal fluvioecológico en forma inmediata, estableciendo al efecto cantidad y calidad mínima del agua a ingresar al territorio pampeano, teniendo en cuenta el derecho humano al agua, el principio de crecimiento armónico y equilibrado entre provincias y los derechos que le corresponden sobre sus recursos naturales.

IV) Se le ordene a la Provincia de Mendoza la realización de las obras necesarias para optimizar la utilización del recurso agua en su sistema de riego.

V) Se la condene a indemnizar los perjuicios sufridos con motivo de los citados incumplimientos, tomando como base el estudio de la Universidad Nacional de La Pampa que se ofrece como prueba, y aquellos que se produzcan hasta la efectiva concreción del caudal ambiental.

VI) Se disponga la creación de un Comité Interjurisdiccional para la cuenca del río Atuel, con la participación del Estado Nacional, a fin de administrar, como autoridad máxima, la utilización del agua en la cuenca, a los efectos ambientales y productivos, y con cargo de suministrar información en forma periódica a la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre el cumplimiento de su sentencia y secuelas necesarias.

VII) Se prohíba a la demandada efectuar cualquier tipo de acción u obra sobre el río Atuel y sus afluentes, que implique una alteración de la cantidad o calidad del agua que deba llegar a su territorio, sin la previa autorización del Comité a crearse.

VIII) Se le ordene al Estado Nacional brindar la colaboración económica, financiera, técnica y toda otra asistencia que resulte necesaria, para implementar las obras cuya realización se dispongan tanto en la sentencia definitiva como en la etapa de ejecución.

Explica que la sentencia de referencia, declaró que el río Atuel es interprovincial, rechazó la acción posesoria y la pretensión de que se regule la utilización compartida de la cuenca de ese río y sus efluentes -siempre que la Provincia de Mendoza mantenga los usos consuntivos aplicados sobre la superficie afectada al riego de 75.761 hectáreas- y exhortó a las partes a celebrar convenios tendientes a una participación razonable y equitativa en los usos futuros de sus aguas, sobre la base de los principios generales y pautas fijadas en sus considerandos.

Considera que la demandada ha incumplido la obligación impuesta por la sentencia de 1987, y también le imputa el incumplimiento de las obligaciones emergentes de los acuerdos interprovinciales posteriores, en especial aquellos suscriptos en 1989, 1992 y en el marco de la Comisión Interprovincial del Atuel Inferior (C.I.A.I), que incluyen obligaciones de información, notificación y negociación de buena fe, los cuales regulan la relación interprovincial y la ratificación del convenio de 2008.

Refiere en síntesis, que la Provincia de Mendoza, continuó desarrollando un uso ilegítimo e irrazonable del curso de agua en cuestión, provocando un inmenso daño ambiental al ecosistema pampeano, que proyecta sus consecuencias sobre los vecinos de esa provincia.

Además del incumplimiento de la sentencia y de los acuerdos referidos, señala que la demandada afectó su derecho al agua potable, causó daños ambientales graves, privando a la actora y a sus habitantes de este recurso y afectó el desarrollo humano en todo el oeste pampeano.

También afirma que el Estado Nacional es responsable desde el punto de vista histórico, porque no se hizo cargo de velar por los derechos de La Pampa y sus habitantes cuando era territorio nacional, y desde el punto de vista jurídico por la violación de su obligación de tutelar el medio ambiente.

Sostiene que Mendoza comenzó a utilizar de forma unilateral el río Atuel a partir de 1918, época desde la cual empezó a cortarse el paso del agua hacia el, por entonces, territorio nacional de La Pampa.

Denuncia la existencia de obras clandestinas de captación y desvío ejecutadas al sur de Colonia Alvear (Mendoza), que provocaron la extinción del brazo más oriental del Atuel, como la construcción por un vecino de la Provincia de Mendoza, en 1933, del conocido “tapón de Ugalde” -un dique de tierra y monte, por el que procedió a tapar de modo definitivo el Arroyo Butaló-.

Aduce que el corte total del Río Atuel se produjo en la década de 1940. Al comienzo de la misma se sanciona la Ley Nacional 12.650, la cual dispuso la ejecución de la obra “Los Nihuales” y para ejecutarla la Nación y la demandada suscribieron el convenio en 1941. De este modo –continúa–, el río dejó de llegar a La Pampa en el año 1947, al comenzar el llenado del embalse del dique El Nihuil, y desde ese año el Atuel no volvió a ingresar al territorio pampeano sino hasta una gran crecida que tuvo en el año 1973.

Afirma que el daño ambiental generado con motivo del corte del curso de agua es mayúsculo y que la síntesis diagnóstica del informe de la Universidad Nacional de La Pampa del año 2005 es que si bien actualmente gran parte de las características funcionales y estructurales del sistema en estudio, han evolucionado bajo las actuales condiciones morfodinámicas y climáticas, se puede decir que el estado de conservación ecológica del sistema del río Atuel, es crítico. Agrega que los resultados obtenidos en el estudio, indican que las intervenciones antrópicas en el sistema han generado nuevos fenómenos en la región: alteración del patrón estacional de escurrimiento superficial, alteración de las características geomorfológicas y sedimento-pedológicas, alteración de la calidad del agua superficial y subterránea (eutrofización, salinización), disminución de la potencialidad de uso de los recursos (inestabilidad, baja predictibilidad y seguridad), modificación de servicios ecológicos (positivos y negativos).

Señala asimismo cambios del régimen hidrológico, por intervención humana, a punto tal que a pesar de tratarse de una cuenca alimentada por el deshielo de la cordillera, en La Pampa los mayores caudales se registran en invierno, es decir, cuando en Mendoza no se riega. Además, indica que en la situación actual, la discontinuidad e imprevisibilidad en los escurrimientos, impide contar con agua superficial en cantidad y calidad adecuada para el desarrollo socio económico y la sustentabilidad del ecosistema fluvial.

Frente a tales circunstancias, reclama la reparación del daño ambiental colectivo (incluyendo daño moral colectivo, daño a la actividad económica, aves, caza, pesca, invasión de especies) y la recomposición del ambiente.

El derecho a la reparación (indemnización de los perjuicios) y los daños al ambiente, son objeto de un título especial de la presentación, que incluye los daños a indemnizar, valoración económica y cuantificación del daño ambiental.

Enumera posibles alternativas para llevar a cabo la recomposición:

a) Permitir la esorrentía en Carmensa; de esta forma en las condiciones actuales, para obtener un caudal ambiental de 4,5 m³/s determinado en el “Estudio para la determinación del caudal mínimo necesario para el restablecimiento del sistema ecológico fluvial en el curso inferior del Río Atuel” (UNLPA, 2005), sería necesario que en Carmensa se registre un caudal medio superior a 6 m³/s para asegurar una mínima esorrentía permanente.

b) Construcción de un canal entre Carmensa Mendoza – La Puntilla Provincia de La Pampa, cuyas características se encuentran previstas en el acuerdo de 2008, con la previsión de la construcción de un embalse en La Puntilla, que permitiría una importante zona de riego.

c) Revestimiento de la red de riego, drenaje y retorno para evitar las pérdidas de agua en Mendoza y con ello respetar los caudales necesarios para salvaguardar sus derechos. Indica que la conducción de agua por canales de tierra produce significativas pérdidas por infiltración, las que pueden llegar en caso extremos hasta el 50% del total del agua conducida.

d) Canal “La Marzolina”: se propone la creación de un pequeño canal que conecte el drenaje de La Marzolina con el cauce del río Atuel, con el objetivo de obtener “caudales de retornos”, a fin de sumarlos al escurrimiento del propio río, incrementando los valores medidos en la actualidad, otorgando continuidad en el flujo, disminuyendo las pérdidas.

e) Portezuelo del Viento y Traslases del Río Grande y del Negro al Río Colorado: explica que el proyecto denominado “Aprovechamiento Integral de los recursos hídricos del río Grande - Traslase del Río Grande al Atuel” es un proyecto que cuenta ya con varias décadas, aunque no se ha logrado su implementación. El río Grande es el principal afluente del río Colorado. En el marco del COIRCO, la autoridad de cuenca del río Colorado, previó la realización de un embalse (Portezuelo del Viento) con capacidad máxima de 3600 hm³, así como la construcción de una central hidroeléctrica. Junto con la realización de ese embalse, se previó un traslase al río Atuel.

Dado que ese traslase implicará una reducción equivalente del caudal del Colorado, la obra debe ser realizada en forma conjunta con un traslase desde el río Negro hasta el río Colorado. Sostiene que hasta el momento, no es posible avanzar en la obra del traslase, porque no existe consenso de las demás provincias para llevarlo adelante.

f) Modificación de sistemas de riego en Mendoza, instrumentando técnicas que permitan un mayor aprovechamiento del recurso hídrico, y por lo tanto, una mayor disponibilidad de caudales, a fin de lograr el establecimiento de caudales ambientales en La Pampa.

2º) Que a fs. 278/625 contesta la demanda la Provincia de Mendoza y, en primer lugar, plantea la incompetencia de la Corte para resolver responsabilidades ambientales en el marco de la jurisdicción dirimente (artículo 127, Constitución Nacional), al considerar que lo que aquí se plantea es una causa judicial típicamente jurisdiccional.

Sostiene que en este caso, en ejercicio de la función dirimente, la Corte Suprema no actúa como Tribunal de Justicia, sino como componedor institucional. Expresa que el artículo 127 de la Ley Fundamental habilita un poder en la Corte, para ajustar, fenecer, componer controversias entre las provincias, asegurando la paz interior y que cuando este Tribunal dirige controversias en los términos de la cláusula constitucional citada,

no se trata de una contienda jurídica sino de decisiones políticas que ante el desacuerdo afectan los intereses provinciales.

En línea con lo anterior, postula que esta Corte no tiene atribuciones para disponer la creación de un Comité Interjurisdiccional para la cuenca del río Atuel, ya que corresponde a los estados locales -y no al gobierno federal- la integración de poderes de carácter local (artículos 122, 124, 125, Constitución Nacional). Entiende que una solución distinta a la que postula, afectaría la autonomía de las provincias involucradas. Resalta el funcionamiento de la Comisión Interprovincial del Río Atuel Inferior (C.I.A.I.) conformada en 1989, como un ámbito para promover acuerdos.

En segundo lugar, opone la excepción de cosa juzgada (artículo 347, inc. 6°, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación) al considerar que es imposible que coexista lo decidido en la sentencia dictada en 1987 (Fallos: 310:2478) con la pretensión de la actora, la que en definitiva procura interferir con lo ya resuelto en aquella oportunidad, reeditando la discusión bajo un nuevo ropaje. Afirma que la cuestión ambiental ya integró el *thema decidendum* en la sentencia firme de esta Corte Suprema, pasada en autoridad de “cosa juzgada” (*res judicata*).

En tercer lugar, opone la excepción previa de falta de legitimación activa para obrar (artículo 347, inc. 3°) en virtud de que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 30 de la Ley General del Ambiente (25.675), deducida la demanda de daño ambiental colectivo por alguno de los titulares habilitados señalados, no podrán interponerla los restantes, lo que no obsta a su derecho a intervenir como terceros en el proceso iniciado.

Este último planteo se efectúa porque se interpuso una demanda con antelación por ante este mismo Tribunal, en el marco de la competencia judicial originaria (artículo 117, Constitución Nacional), por quien invoca la calidad de afectado (causa CSJ 732/2010 (46-P)/CS1 “Palazzani, Miguel Ángel c/ Mendoza, Provincia de y otro s/ amparo ambiental”). Refiere que allí se plantea una controversia (con respecto al río Atuel) en la que se reclama -como en el presente expediente- la recomposición y prevención ambiental -incluyendo el requerimiento de un caudal ambiental-. Señala que en esa causa la actora y el Estado Nacional se encuentran interviniendo en calidad de terceros.

En cuarto lugar, opone la excepción de falta de legitimación pasiva, porque entiende que toda la cuestión que plantea La Pampa es producto de las políticas que sobre ese territorio ha desarrollado el Estado Nacional, e incluso la propia actora una vez que se constituyó como provincia autónoma.

En ese sentido, sostiene que en Fallos: 310:2478 quedó probado que a fines del siglo XIX en ambos ámbitos territoriales empezaron desarrollos propios de las políticas de colonización, aunque tuvieron resultados diferentes. Así destaca que mientras que Mendoza tuvo una política integral que llevó al crecimiento y consolidación del actual oasis humano allí existente, en territorio pampeano las políticas desatendieron la colonización del suroeste provincial, prefiriendo el desarrollo de la zona húmeda de la provincia, y con ello, cuando los usos mendocinos crecieron, ya no existían actividades que fueran afectadas en La Pampa. Con ello, el responsable de tal circunstancia, en todo caso, es el Estado Nacional que ejercía la administración del entonces Territorio Nacional, y ejecutó las políticas que configuraron el ambiente humano allí existente.

En subsidio de lo anterior, plantea la improponibilidad de la acción planteada, con fundamento en que la reclamación ambiental sería ajena a la función dirimente (y con ello la excepción de incompetencia debería prosperar), o en su defecto que la Ley 25.675 impide que se presente una nueva acción -sea dirimente o judicial- con igual causa (y en ese caso la presente demanda sería improponible).

En relación a la cuestión ambiental y el uso del agua, señala que no existe un daño que le sea imputable.

En este sentido expone que el polo de desarrollo en el sur mendocino, fruto de una política decidida de colonización por parte del gobierno provincial y a la contribución del gobierno nacional, muestra un marcado contraste con la situación del noroeste pampeano, donde solo el frustrado intento de la Colonia Butaló puede indicar alguna preocupación de las autoridades federales para promover su explotación agropecuaria. Afirma que incluso, tal como surge del análisis que efectúa la Universidad Nacional de Cuyo, que se acompaña probatoriamente, hoy en día La Pampa tiene agua disponible para más de 100.000 hectáreas en el sector suroeste de su territorio, que desaprovecha absolutamente, sin haber dado lugar a un desarrollo que alcance siquiera el 10% de su potencial, lo que demuestra que la ausencia de desarrollo en el territorio pampeano es ajena al uso que hizo históricamente Mendoza.

En concreto, revisa los antecedentes fácticos del proceso de colonización, para señalar que el oasis mendocino creció desde 1880 hasta 1930, época desde la cual presenta la actual magnitud de superficie cultivada.

Recuerda las previsiones contenidas en la ley 12.650, que considera un régimen de fomento (artículo 67, inc. 16, Constitución Nacional de 1853, actual 75, inc. 18) respecto del territorio del sur de Mendoza y de la cual deriva el Tratado suscripto en 1941 entre la Nación y Mendoza, para la construcción de un dique de embalse y obras accesorias para almacenar las aguas del Atuel, para aprovechamiento hidroeléctrico, en el lugar denominado El Nihuil.

Afirma que los efectos de políticas de colonización desiguales, no implican un daño propiamente dicho, ni generan injusticias o inequidades, especialmente en cuanto tal desarrollo diferencial se produce sin que se haya afectado la garantía de igualdad entre las provincias.

Pone de resalto que ya la sentencia de la Corte publicada en Fallos: 310:2478 adopta como extensión regada y cultivada -afectada a los usos consuntivos del Agua del Atuel- la de 75.761 has en la Provincia de Mendoza (considerando 107), y que el uso que realiza Mendoza no es abusivo y por ello es improcedente la pretensión pampeana (considerando 116).

A su juicio, esa misma sentencia resolvió reconocer la preeminencia de los usos existentes en Mendoza (“usos actuales”) por hasta 75.761 has; no obstante señala que tiene en cuenta además que sería posible al menos hipotéticamente efectuar mejoras que pudieran llevar a ahorros de aguas que permitan eventualmente producir “usos futuros” por sobre las 75.761 has reconocidas como usos actuales preexistentes.

En ese sentido, interpreta que en el considerando 110 del fallo, expresamente se deja en claro que incluso mejorando la eficiencia mediante las obras necesarias y

posibles, aun así el déficit hídrico subsistiría para abastecer la superficie de regadío reconocida a favor de Mendoza.

Manifiesta haber sido diligente en el uso del recurso hídrico y que se han realizado onerosos programas de inversión buscando aumentar la eficiencia del uso del agua; así por ejemplo, da cuenta que después de 1987 se ha efectuado el revestimiento de 132 km de canales correspondientes al sistema del río Atuel, con una inversión de más de U\$S 145.045.000, logrando el ahorro de más del 78% del caudal que antes se infiltraba por fallas de eficiencia; aunque ello solo representa un valor de aproximadamente el 8%, cifra no solo inferior al déficit histórico de suministro de los usos actuales, sino también muy menor al impacto que el cambio climático ha tenido en el cauce.

Asevera que se ha esforzado diligentemente en reforzar el carácter razonable de su uso, hacer un uso eficiente de los recursos naturales, y aun así no ha logrado alcanzar una situación de excedentes que permita dar lugar a usos futuros por encima de las 75.671 has, lo que demuestra que el presupuesto fáctico de cualquier negociación (posible disponibilidad para usos futuros) no existe de hecho.

Desde la dimensión económica del problema, observa que los costos de obras requeridas (cuya envergadura y magnitud, llevaría al menos tres décadas desde su comienzo) para generar usos futuros en La Pampa, y su financiación, superan ampliamente toda factibilidad económica ante los relativamente magros resultados de producción y beneficios que podrían obtenerse, considerando solamente el noroeste pampeano.

Resulta evidente –dice– que las obras destinadas a regar una superficie de alrededor de 15.000 has de La Pampa son inconvenientes, pues su onerosidad resulta desproporcionada con los beneficios que se podrían obtener.

También destaca que en el fallo de esta Corte de 1987, con base en jurisprudencia del derecho comparado (considerando 123), reconoce como principio o máxima, que solo pueden resultar exigibles medidas de conservación de caudales que sean económica y físicamente posibles de manera accesible.

Apunta que, aunque en dicha sentencia se pone de resalto que sería posible lograr importantes ahorros de agua reduciendo las pérdidas en Las Juntas, actualmente se entiende que las infiltraciones que se producen en ese paraje son una importante fuente de suministro al sitio RAMSAR y al Área Natural Protegida Laguna de Llanquanelo; por lo que a lo sumo se podrían efectuar encauzamientos sin impermeabilización, que solo mitigan las pérdidas por evaporación y permiten en épocas de sequías ciertos ahorros provisorios.

Por lo expuesto, señala que el 80% de los años resultan signados por una marcada crisis hídrica que obliga a una distribución de caudales a los “usos actuales” muy por debajo de las necesidades, con mecanismos de veda y turnado que dejan a los usuarios sin agua durante el 50% del año; que asimismo, existen estudios científicos que pronostican un descenso significativo del promedio de escorrentías, que incluso ronda el 20% de caudales disponibles.

Alega que estas dificultades además hoy se potencian en un contexto de cambio climático que pronostica una reducción de los caudales disponibles en la región cuyana (así por ejemplo, la Segunda Comunicación Nacional 2007, prevé disminuciones superiores al 10 a 30% para los próximos años para la Cordillera de Los Andes en la zona central; el

Inventario de Glaciares, realizado por el IANIGLA, da cuenta de retrocesos de glaciares en la Cuenca del río Atuel).

Expresa que por el contrario, uno de los efectos del cambio climático pronosticado, muestra una mejora del régimen de lluvias en la región pampeana. Así por ejemplo, un estudio del INTA (Instituto Nacional de Tecnología Agropecuaria) publicado en 2004, pone de manifiesto que se ha producido un desplazamiento de la isohieta que ha mejorado sustancialmente la oferta hídrica pluvial en la cuenca baja del Atuel, al punto que las precipitaciones en Santa Isabel duplican la media mendocina.

Sostiene que no ha incumplido la sentencia de la Corte ya citada, ni los acuerdos posteriores que vincularon a las partes. Por el contrario, resalta su diligencia y buena fe para las negociaciones que se intentaron y destaca su cooperación con la actora para resolver sus dificultades en materia de acceso al agua. En particular, esgrime que es prueba de ello que en el año 1989 ambas provincias suscribieron un Protocolo de Entendimiento Interprovincial, que se presenta como un mecanismo institucional de coordinación entre las autoridades administrativas, tendiente a generar procesos de negociación y acuerdo sobre diversos temas.

Destaca que el Tratado del 7 de febrero de 1992 suscripto entre Mendoza, La Pampa y la Nación, ratificado por leyes provinciales 5826 y 1376 respectivamente, expresamente reconoce ser adoptado en el marco de lo establecido en el Protocolo de referencia. Pone de relevancia que a pesar de que dicho protocolo establecía en el punto 5 la definición de medidas tendientes a restablecer el sistema fluvial del río Atuel y la utilización del curso para abastecimiento de agua potable, lo cierto es que siendo ello técnicamente imposible en el marco de las pautas brindadas en la sentencia de 1987, por el citado Tratado de 1992 Mendoza cedió gratuitamente un suministro de agua potable externa al río Atuel en un caudal muy superior al que se necesitaba en ese momento y actualmente en beneficio de la población pampeana.

Resalta que buscando soluciones a las necesidades e intereses en juego, Mendoza ha cedido a su vecina provincia, en virtud de dicho Tratado, el uso de agua surgentes existentes en la localidad de Punta del Agua, mediante la construcción de un acueducto, su potabilización y posterior traspaso en beneficio de localidades pampeanas ubicadas en la Cuenca.

Apunta que el acuerdo 2008, suscripto por los gobernadores provinciales, no tuvo vigencia no solo porque finalmente fue desechado por la Legislatura de Mendoza mediante su ley 8681, sino también porque hubo una ruptura de las negociaciones por parte de La Pampa al iniciar esta demanda, que impiden el acuerdo por su imposibilidad física y legal, y además porque el Estado Nacional nunca suscribió con efectividad legal el mismo.

Ante el impedimento en generar usos futuros que sean viables técnica y económicamente, indica que ha postulado diversas alternativas de solución, más allá del suministro de agua extraña a la Cuenca del Atuel acordado en 1992. Así por ejemplo, se ha propiciado que La Pampa asigne sus caudales excedentes del río Colorado, mediante su trasvase conjunto con los caudales que le corresponden a Mendoza, lo que ha sido rechazado por la actora, por entender que debe suministrarse desde ese mismo curso.

El estudio de la Universidad Nacional de Cuyo -pone de resalto- constata que más del 90% de los caudales asignados a La Pampa en el Tratado de 1976 sobre el río Colorado,

cuatro décadas después continúan sin aprovechamiento alguno, a pesar de no existir limitación técnica como grandes obras para su uso inmediato (por encontrarse la zona de riego lateral al río) y la escasa parte que se utiliza de esos caudales, se hace con bajos niveles de eficiencia que demuestran la ausencia de programas estables de inversión.

Califica la postura pampeana de intransigente a cualquier solución que no sea desconocer el contenido de Fallos: 310:2478 y lograr un caudal desde el río Atuel a costa de los derechos preferentes reconocidos a Mendoza.

Rechaza -por impropio- la fijación de un caudal ecológico o ambiental permanente como técnica de recomposición del ambiente.

3°) Que el Estado Nacional en su contestación a la citación como tercero, señala que integra el COHIFE (Consejo Hídrico Federal), esto es, un organismo creado por las provincias y la Nación a fin de ser el ámbito de coordinación y concertación entre las provincias (ley 26.438), pero explica que su incidencia resulta limitada, en virtud de que las provincias tienen el dominio originario de los recursos naturales propios, reservándose la competencia exclusiva respecto de los recursos hídricos conforme lo postulado en el artículo 124 *in fine* de nuestra Constitución Nacional.

Sostiene que las cuencas hídricas, como la del caso, se regirán conforme a los Convenios que realicen las distintas provincias entre sí; pudiendo haber tantos acuerdos sobre uso de aguas interprovinciales como aguas interprovinciales haya.

Fundamenta su postura en que las provincias son titulares de las aguas existentes en su territorio y están facultadas a dictar la normativa que las regule. También en que, en función de lo dispuesto en el artículo 125 de la Constitución Nacional, se faculta a las provincias a celebrar tratados parciales. Por lo tanto, esta facultad de regular sobre las aguas interprovinciales no le corresponde ni le debería corresponder al Congreso de la Nación, menos aún al Poder Ejecutivo Nacional.

Agrega, citando precedentes de esta Corte (“Roca, Magdalena c/ Buenos Aires, Provincia de s/ inconstitucionalidad” y “Asociación Ecológica Social de Pesca, Caza y Náutica c/ Provincia de Buenos Aires y otros s/ daños y perjuicios”, sentencia del 12 de agosto de 2008), que corresponde a las provincias la competencia ambiental respecto de los recursos naturales que se encuentran bajo su dominio; como asimismo que el artículo 41, tercer párrafo, de la Constitución Nacional, reconoce expresamente las jurisdicciones locales en la materia, las que no pueden ser alteradas.

Desde su visión el ámbito para deliberar, compartir información, acordar en general, es el organismo de cuenca (que para el caso que nos ocupa es la C.I.A.I.) y mediante el cual -como instancia preventiva inclusive- las partes resuelven aspectos potencialmente conflictivos; siendo la voluntad de la Nación, destaca, cooperar y conciliar entre las provincias parte, y en esa dirección ha venido convocando a ambos estados provinciales a concertar y a reunirse, en ámbitos como por ejemplo la Comisión del Desagüadero (cuenca a la que pertenece el Río Atuel).

4°) Que a fs. 217, de conformidad con el dictamen del Ministerio Público Fiscal, esta Corte declara que esta causa corresponde a su competencia originaria, corre traslado de la demanda a la Provincia de Mendoza y cita al Estado Nacional como tercero.

Mediante la resolución del 25 de abril de 2017 (Fallos: 340:526) el Tribunal rechaza las excepciones previas de incompetencia y de falta de legitimación activa opuestas por la Provincia de Mendoza en los apartados V.1.a) y V.3.a) de la presentación de fs. 278/625; convoca a las partes y al Estado Nacional a una audiencia pública con arreglo a lo dispuesto en la acordada 30/2017 con finalidades informativa y conciliatoria, y en mérito a las trascendentes circunstancias que se debaten en el presente caso, y con el objetivo de enriquecer la deliberación con argumentos fundados de carácter jurídico, técnico o científico, habilita la participación de los Amigos del Tribunal.

El 14 de junio de 2017 se llevó a cabo la audiencia pública convocada conforme surge del acta labrada a fs. 795 y de la versión taquigráfica agregada a fs. 804/830, que contó con la participación y exposición de los “Amigos del Tribunal”, entre los que se destacan el director del Centro de Estudios en Derecho y Economía de la Universidad de Buenos Aires, los representantes de la Universidad Nacional de La Pampa, el vicerrector de la Universidad de Mendoza, el doctor en Ciencias Geológicas e Hidrología Subterránea, dos representantes de la comunidad indígena Ranquel, el señor superintendente del Departamento General de Irrigación de la Provincia de Mendoza, el presidente del Consejo de la comunidad indígena Ranquel y el señor presidente de la Federación Agraria Argentina, filial General Alvear, en representación de los productores agropecuarios mendocinos. También expusieron los señores gobernadores y fiscales de Estado de las provincias de La Pampa y de Mendoza y sus letrados patrocinantes, y por el Estado Nacional la señora Directora General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Energía y Minería.

Asimismo, se autorizó a las restantes personas físicas y jurídicas presentadas en calidad de “Amigos del Tribunal” a efectuar la presentación prevista en el artículo 10 del reglamento aprobado por la acordada 7/2013, las que se integraron a la causa en un legajo complementario.

El 28 de junio de 2017, en virtud de un requerimiento formulado por el Tribunal a fs. 833, derivado del comparendo del Subsecretario de Recursos Hídricos del Ministerio del Interior, Obras Públicas y Viviendas, se agrega un informe relativo a las medidas y acciones que el Estado Nacional ha llevado a cabo a través de la Subsecretaría a su cargo, con el propósito de alcanzar un acuerdo entre las provincias de La Pampa y Mendoza, junto con una publicación relacionada con el río Desaguadero - Salado - Chadileuvú y otros.

5º) Que si bien en el *sub examine* se configura un conflicto entre las dos provincias involucradas acerca del uso del río Atuel -que ha sido calificado como interprovincial-, las cuestiones sometidas a decisión de esta Corte en el caso, presentan aspectos diferentes de los que se describen en la sentencia del 3 de diciembre de 1987 (Fallos: 310:2478), dado que con el paso de los años, el conflicto involucra ahora cuestiones de mayor alcance y derechos de incidencia colectiva incorporados en la reforma de la Constitución Nacional producida en el año 1994.

En efecto, el ambiente es un bien colectivo, de pertenencia comunitaria, de uso común e indivisible (Fallos: 329: 2316). Esta calificación cambia sustancialmente el enfoque del problema, cuya solución no solo debe atender a las pretensiones de los estados provinciales, ya que los afectados son múltiples y comprende una amplia región.

Además del ambiente como macro bien, este conflicto se refiere al uso del agua, que es un micro bien ambiental y que, por lo tanto, también presenta los caracteres de derecho

de incidencia colectiva, uso común e indivisible. En este caso, en especial, se advierte claramente que ha disminuido la oferta de agua y ha aumentado la demanda, lo que produce una disputa que es de difícil resolución.

La solución de este conflicto, que, por otra parte, es cada vez más frecuente en el mundo actual y lo será en el futuro, requiere conductas que exceden tanto los intereses personales, como los provinciales. También hay que tener en cuenta que la cantidad de agua debe ser destinada a la conservación del ecosistema interprovincial, para que mantenga su sustentabilidad. Asimismo, se debe considerar el interés de las generaciones futuras, cuyo derecho a gozar del ambiente está protegido por el derecho vigente.

Esta calificación del caso exige, por lo tanto, una consideración de intereses que exceden el conflicto bilateral para tener una visión policéntrica, ya que son numerosos los derechos afectados.

Por esa razón, la solución tampoco puede limitarse a resolver el pasado, sino, y fundamentalmente, a promover una solución enfocada en la sustentabilidad futura, para lo cual se exige una decisión que prevea las consecuencias que de ella se derivan.

La regulación jurídica del agua se ha basado en un modelo antropocéntrico, que ha sido puramente dominial al tener en cuenta la utilidad privada que una persona puede obtener de ella o bien en función de la utilidad pública identificada con el Estado. Esta visión, que en gran medida está presente en el conflicto resuelto mediante la sentencia de 1987, ha cambiado sustancialmente en los últimos años. El paradigma jurídico que ordena la regulación del agua es eco-céntrico, o sistémico, y no tiene en cuenta solamente los intereses privados o estatales, sino los del mismo sistema, como bien lo establece la ley general del ambiente.

El ambiente no es para la Constitución Nacional un objeto destinado al exclusivo servicio del hombre, apropiable en función de sus necesidades y de la tecnología disponible, tal como aquello que responde a la voluntad de un sujeto que es su propietario.

Ello surge de la Constitución Nacional (artículo 41), que al proteger al ambiente permite afirmar la existencia de deberes positivos, es decir, hacer obras en defensa del ambiente. En el derecho infraconstitucional se desarrollan estos deberes en la Ley General del Ambiente y en el Código Civil y Comercial de la Nación de modo coherente, tanto en el ámbito público como privado.

Por todo lo expuesto, los hechos y el derecho que constituyen este caso, difieren de los resueltos por esta Corte en 1987, lo que implica el rechazo de la defensa basada en la cosa juzgada.

6°) Que el régimen federal consagrado en la Constitución Nacional exige no descuidar el status autonómico de las entidades políticas por cuya voluntad y elección se reunieron los constituyentes argentinos, cuya consecuencia más evidente radica en reconocerles las atribuciones que, no habiendo delegado en el Gobierno central, se han reservado expresamente, de conformidad con los artículos 121 y 122 de la Norma Fundamental.

Siendo el federalismo un sistema cultural de convivencia, cuyas partes integrantes no actúan aisladamente sino que interactúan en orden a una finalidad que explica su existencia y funcionamiento, el ejercicio de las competencias constitucionalmente asignadas debe ser

ponderado como una interacción articulada. En ese sentido se ha pronunciado el Tribunal al sostener que *“el sistema federal importa asignación de competencia a las jurisdicciones federal y provincial; ello no implica, por cierto, subordinación de los estados particulares al gobierno central, pero sí coordinación de esfuerzos y funciones dirigidos al bien común general, tarea en la que ambos han de colaborar, para la consecución eficaz de aquel fin; no debe verse aquí enfrentamientos de poderes, sino unión de ellos en vista a metas comunes”* (Fallos: 330:4564, considerando 11 *in fine* y Fallos: 304: 1186; 305:1847; 322:2862; 327:5012, entre otros).

La funcionalidad del sistema federal constitucional argentino se funda en el principio de lealtad federal o buena fe federal, conforme al cual *en el juego armónico y dual de competencias federales y provinciales que, para su deslinde riguroso, puede ofrecer duda, debe evitarse que tanto el gobierno federal como las provincias abusen en el ejercicio de esas competencias, tanto si son propias como si son compartidas o concurrentes; implica asumir una conducta federal leal, que tome en consideración los intereses del conjunto federativo, para alcanzar cooperativamente la funcionalidad de la estructura federal ‘in totum’* (Bidart Campos, Germán, “Tratado elemental de derecho constitucional argentino”, Ed. Ediar, 2007, Tomo I A, pág. 695).

7º) Que en materia de distribución de competencias entre el Estado Nacional y las provincias, las previsiones constitucionales -aún las más exactas- suelen verse, más tarde o más temprano, desafiadas por la creciente complejidad de cuestiones originariamente previstas pero insuficientemente reguladas, y/o por la generación de cuestiones imprevistas en el origen del texto.

En el *sub examen* es preciso conjugar la *territorialidad ambiental*, que responde a factores predominantemente naturales (como el que demarca la extensión de la cuenca de un río) con la *territorialidad federal*, que expresa una decisión predominantemente histórica y cultural (aquella que delimita las jurisdicciones espaciales de los sujetos partícipes del federalismo argentino). La relevancia constitucional que la *protección ambiental* y el *federalismo* tienen en nuestro país exige emprender una tarea de “compatibilización”, que no es una tarea “natural” (porque ello significaría “obligar” a la naturaleza a seguir los mandatos del hombre) sino predominantemente “cultural”.

En este marco, frente a la existencia de tensiones en las relaciones inter-jurisdiccionales, es necesario asumir una percepción conjuntiva o cooperativa, propia de un federalismo de concertación, que supere los enfoques disyuntivos o separatistas. Por ello, ante el inevitable surgimiento de desentendimientos e, incluso, hostilidades entre las provincias en el ejercicio de los poderes no delegados que son el resultado del reconocimiento de su autonomía, a fin de garantizar la supervivencia del sistema federal en cuanto “unión indestructible de Estados indestructibles” (USSC, Texas v. White, 1869), y dado que ninguna de ellas podría erigirse en juez de su propia causa, la Constitución ha previsto un mecanismo de solución de conflictos, asignando a la Corte Suprema de Justicia de la Nación la trascendente misión de dirimir, resolver, solucionar y/o componer tales controversias, estableciendo líneas de acción que permitan disiparlas. Se trata de la “competencia dirimente”, que surge del artículo 127 de la Norma Fundamental argentina, conforme a la cual *Ninguna provincia puede declarar, ni hacer la guerra a otra provincia. Sus quejas deben ser sometidas a la Corte Suprema de Justicia y dirimidas por ella.*

Se ha dicho en relación a la norma en análisis que *“la Constitución quiso que después de largos años de guerra civil entre las provincias, tuviesen un juez común para sus contiendas*

de derecho para que no apelasen a las armas y disolviesen el vínculo federativo y, al manifestar que ninguna provincia puede declarar ni hacer la guerra a otra provincia agrega, confirmando los poderes de la Suprema Corte, que sus quejas deben ser sometidas a ella” (González, Joaquín V., “Manual de la Constitución Argentina”, ed. 1959, pág. 616; Fallos: 310:2478, considerando 62).

El carácter indisoluble de la unión federal gestada en la génesis del sistema constitucional nacional demandó la previsión de un reaseguro, dado que *“no es admisible que pleitos que no tendrían sino solución por la vía vedada de la guerra interprovincial, queden sin decisión sin que tal unión devenga por ello ilusoria”* (Fallos: 310:2478, voto del juez Fayt, considerando 3°).

En efecto, *“el delicado equilibrio del sistema federalista, que asegura la armonía y el respeto recíproco de los estados provinciales -y la de éstos con el poder central- requería que, como medio para garantizar la paz interior, la Corte Suprema interviniese para resolver las querellas entre estos organismos autónomos partes del cuerpo de la Nación, en ejercicio de las facultades que le conciernen como intérprete final de la Constitución y con la sola exigencia de que tales quejas asumieran la calidad formal de una demanda judicial”* (Fallos: 165:83; 310:2478, considerando 63). Es a través de la intervención del Tribunal que se procura el *“arreglo pacífico de las disputas entre los Estados”* (Schwartz, Bernard, “Los Poderes del Gobierno”, T. 1, edición de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de México, 1966, pág. 472; Fallos: 310:2478, considerando 64).

8°) Que la intervención de esta Corte en la presente causa encuentra fundamento en el transcripto artículo 127 de la Constitución, que *supone conferir al más alto Tribunal de la República la trascendente misión de dirimir los conflictos interprovinciales, propósito inspirado, sin duda, en la penosa y prolongada secuela de discordia entre las provincias que siguió al inicio de nuestra vida independiente* (Fallos: 310:2478, considerando 61). Ello así por cuanto en el *sub examine* el desentendimiento entre las provincias de La Pampa y Mendoza se ha mantenido durante décadas, siendo necesario encontrar una eficaz canalización racional de la disputa que evite escenarios de ahondamiento de las desavenencias; con mayor razón aun cuando en la causa se dirime una cuestión constitucional de la mayor relevancia, como lo es la preservación del ambiente y su sustentabilidad intergeneracional (artículo 41 de la Constitución Nacional), en el que se halla comprometido el interés general (doctrina del artículo 32 de la ley 25.675).

Una lectura dinámica del texto constitucional exige interpretar que el contenido conceptual que corresponde atribuir al término “guerra” de la fórmula utilizada por el artículo 127 de la Norma Fundamental, debe ser interpretado no solo limitado a situaciones bélicas propiamente dichas, sino a conflictos como el presente en los que la persistencia temporal y tensión del vínculo federativo no ha sido superada por la interacción de los respectivos estados locales.

9°) Que la competencia dirimente de esta Corte reviste diversa naturaleza de la jurisdiccional, conforme ha sido sostenido tanto por la jurisprudencia nacional (Fallos: 310:2478) y extranjera (USSC, “Missouri vs. Illinois”, 180 US 208, “North Dakota vs. Minnesota”, 263 US 365, “Connecticut vs. Massachusetts”, 282 US 660, 283 US 336 y 3209 US 383), como la doctrina argentina (Araya, Perfecto, “Comentario a la Constitución de la Nación Argentina”, Buenos Aires, 1908, Librería “La Facultad” de Juan Roldán, pág. 308; Montes

de Oca, Manuel A., “Lecciones de Derecho Constitucional”, Buenos Aires, Tipo Litografía “La Buenos Aires”, 1917, tomo 2, pág. 456; González Calderón, Juan A., “Derecho Constitucional Argentino”, Editorial J. Lajouane y Cía. Editores, 1931, tomo III, pág. 479).

En miras a la implementación de tan delicada tarea, es preciso reconocer las siguientes pautas para su ejercicio:

a) se trata de una función de naturaleza prudencial;

b) el Tribunal debe ejercer las potestades necesarias para arribar a la resolución del conflicto, dado que *“tan enfática como la prohibición de las provincias de declarar o hacer la guerra a otra, es el establecimiento de su remedio y substituto”* (Fallos: 310:2478, voto del juez Fayt, considerando 3°), lo que implica reconocer al órgano *“amplias facultades para determinar el derecho aplicable al litigio”* (Fallos: 310:2478, considerando 69) y modular la estructura procesal de su ejercicio, de acuerdo a las particulares características de la situación concernida;

c) la discrecionalidad propia de la naturaleza prudencial de esta competencia dirimente no debe conducir a la arbitrariedad, pues su ejercicio se orienta a los fines constitucionales de *“constituir la unión nacional, asegurar la paz interior y promover el bienestar general”* y se inspira en la equidad y los principios propios del sistema federal constitucional, en miras a garantizar un federalismo lealmente aplicado;

d) el Tribunal debe utilizar las herramientas necesarias para arribar a una solución del conflicto de modo gradual; criterio que resulta especialmente aplicable al caso por tratarse de una cuestión ambiental, regida por el principio de progresividad (Fallos: 329:2316, punto V);

e) las decisiones del Tribunal deberán ser aplicadas por las partes conforme al criterio de “buena fe”, siendo este estándar un factor relevante al momento de ponderar las responsabilidades que pueden emerger en caso de incumplimiento.

10) Que, decidida la naturaleza de la intervención de esta Corte y sus implicancias, corresponde avanzar en la definición de las cuestiones pendientes. En este caso, existen aspectos jurídicos ya resueltos en la sentencia de 1987 referidos a la relación entre las partes, otros que deben ser decididos y finalmente, una serie de alternativas propuestas por las provincias involucradas y el Estado Nacional que permiten el ejercicio pleno de la competencia dirimente.

11) Que en relación con el acceso al agua potable esta Corte ha dicho que ese derecho incide directamente sobre la vida y la salud de las personas, razón por la cual debe ser tutelado por los jueces y -en particular- en el campo de los derechos de incidencia colectiva, por lo que es fundamental la protección del agua para que la naturaleza mantenga su funcionamiento como sistema y su capacidad regenerativa y de resiliencia (Fallos: 337:1361).

A su vez, el derecho al agua potable aparece mencionado en documentos internacionales, como en el Plan de Acción ONU sobre el Agua, Mar del Plata, marzo 1977. Por decisión de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua (E/CONF.70/29), se aprobó el Plan de Acción de Mar del Plata, en el cual se enuncia, que “todos los pueblos, cualquiera sea su nivel de desarrollo y su condición económica social, tienen derecho al acceso al agua potable en cantidad y calidad acordes con sus necesidades básicas”. Tanto

las Naciones Unidas como la OEA han reconocido el derecho al agua por resolución 64/292, “El Derecho Humano al Agua y el Saneamiento”, en 2010, y AG/RES. 2760 (XLII-O/12) “El Derecho Humano al Agua Potable y al Saneamiento”, respectivamente. Esta declaración ha sido reiterada en numerosos encuentros internacionales y nacionales.

En general se dice que los estados deben adoptar estrategias y programas amplios e integrados para velar porque las generaciones presentes y futuras dispongan de agua suficiente y salubre. Entre esas estrategias y programas podrían figurar: a) reducción de la disminución de los recursos hídricos por extracción insostenible, desvío o contención; b) reducción y eliminación de la contaminación de las cuencas hidrográficas y de los ecosistemas relacionados con el agua; c) vigilancia de las reservas de agua; e) examen de las repercusiones de ciertas actividades que pueden afectar la disponibilidad del agua y en las cuencas hidrográficas de los ecosistemas naturales; f) aumento del uso eficiente del agua por parte de los consumidores; g) reducción del desperdicio de agua durante su distribución y h) mecanismos de respuesta para las situaciones de emergencia.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha expedido sobre la materia, señalando que “Las afectaciones (...) del derecho al agua limpia impactan de manera aguda el derecho a una existencia (...), para el ejercicio de otros derechos” (CORTE IDH. CASO COMUNIDAD INDÍGENA YAKYE AXA VS. PARAGUAY. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17/06/2005. Serie C No. 125, Párrafo 167 Paraguay | 2005). También ha establecido que “El derecho al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida” (CORTE IDH. CASO VÉLEZ LOOR VS. PANAMÁ. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23/11/2010. Serie C No. 218, Párrafo 215. Panamá | 2010; ver también 108ª sesión plenaria de 28/07/2010 sobre “El derecho humano al agua y el derecho al agua potable”, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”; CORTE IDH. CASO KAWAS FERNÁNDEZ VS. HONDURAS. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de abril de 2009. Serie C No. 196, Párrafo 148. Honduras | 2009, entre otros).

El derecho al agua potable, se especifica en el presente caso, en el derecho a un caudal de agua para la sustentabilidad del sistema.

12) Que en el *sub examine* también se presenta una cuestión jurídica relevante en relación a la desertificación.

De las imágenes proyectadas en la Audiencia Pública, e incluso de las manifestaciones de las partes en el caso, surge de manera clara el estado de sequía y desertificación que caracteriza la región pampeana en la Cuenca.

Este hecho probado tiene implicancias jurídicas. Nuestro país suscribió la “Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación en los Países Afectados por Sequía Grave o Desertificación, en particular en África”, adoptada en París, República Francesa, y la ratificó mediante la ley 24.701, por la cual la Nación debe otorgar la debida prioridad a la lucha contra la desertificación y la mitigación de los efectos de la sequía y asignar recursos suficientes, conforme a sus capacidades y circunstancias.

Esta materia también ha sido tratada en el ámbito de Naciones Unidas en la última Conferencia sobre Desarrollo Sustentable del año 2012, titulada: “El Futuro que queremos” (Río + 20), en especial parágrafos 205-209. Así se destaca en dicho documento que

los procesos de desertificación, la degradación de la tierra y la sequía son problemas con una dimensión mundial que siguen suponiendo un serio desafío para el desarrollo sostenible de todos los países, en particular los países en desarrollo. También se reconoce la necesidad de que se tomen medidas urgentes para revertir la degradación del suelo. Asimismo, se reafirma la determinación, de conformidad con la “Convención de las Naciones Unidas” citada, de tomar medidas coordinadas a nivel nacional, regional e internacional para vigilar, globalmente, la degradación de la tierra y restaurar las tierras degradadas en zonas áridas, semiáridas y subhúmedas secas.

La lucha contra la desertificación implica enfocarse en la oferta de agua, y no solo en el derecho al agua como demanda. Ello significa que es necesario identificar posibles fuentes de provisión con una mayor amplitud, abarcando toda la cuenca y las regiones afectadas.

De ello se desprende la obligación del Estado Nacional a destinar recursos para combatir la sequía grave o desertificación, con una visión que excede el ámbito del río Atuel, para comprender toda la cuenca y la región.

13) Que la solución del caso requiere la adopción de medidas referidas a la cuenca en general y no limitadas a las jurisdicciones territoriales.

Ello es así porque los conflictos ambientales no coinciden con las divisiones políticas o jurisdiccionales. En este caso existen dos provincias litigantes, pero además, dentro de ellas, hay departamentos o zonas especialmente afectadas y otras que no lo están. Asimismo, la importancia de la ausencia de agua y la desertificación en esas áreas, excede el interés de las provincias para implicar a una amplia región.

Por eso es necesario recurrir al concepto jurídico de cuenca como ámbito de competencia de la actuación dirimente de esta Corte.

La concepción misma de la cuenca hídrica es la de unidad, en la que se comprende al ciclo hidrológico en su conjunto, ligado a un territorio y a un ambiente en particular.

Se entiende por cuenca hidrográfica el espacio geográfico delimitado por la línea divisoria de las aguas que fluyen hacia una salida o depósito común. La cuenca hidrográfica es el eje de la acción a cargo del Organismo de Cuenca.

Las cuencas son ámbitos físicos dentro de los cuales los distintos usos y efectos de los recursos hídricos y los demás recursos naturales son naturalmente interdependientes y por tal motivo deben ser usados y conservados de manera integrada.

Es un concepto aceptado comúnmente, el que indica la necesidad de adoptar una Gestión Integral de la Cuenca. Así la regla es el tratamiento de la cuenca hidrográfica como unidad de gestión, a cargo de un Organismo de Cuenca, en contraposición al manejo sectorizado de la acción; en Argentina, se refleja como Principio Rector N° 17 de «Gestión Integrada del Recurso Hídrico», de los Principios Rectores de Política Hídrica aprobados por el COHIFE, textualmente: Gestión integrada del recurso hídrico. “La gran diversidad de factores ambientales, sociales y económicos que afectan o son afectados por el manejo del agua avala la importancia de establecer una gestión integrada del recurso hídrico (en contraposición al manejo sectorizado y descoordinado). Ello requiere un cambio de paradigma, pasando del tradicional modelo de desarrollo de la oferta hacia la necesaria gestión integrada del recurso mediante la cual se actúa simultáneamente sobre la oferta y la deman-

da de agua, apoyándose en los avances tecnológicos y las buenas prácticas. Asimismo, la gestión hídrica debe estar fuertemente vinculada a la gestión territorial, la conservación de los suelos y la protección de los ecosistemas naturales”.

La Ley de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental 25.688, Régimen de Gestión Ambiental de Aguas, define como “cuenca hídrica superficial, a la región geográfica delimitada por las divisorias de aguas que discurren hacia el mar a través de una red de cauces secundarios que convergen en un cauce principal único y las endorreicas” (art. 2°).

A su vez, calificada doctrina define a la cuenca como “la unidad constituida por todas las aguas superficiales y freáticas que fluyen hacia una desembocadura común”; y también se ha sostenido que es “la región de la tierra que la abastece por medio de sus afluentes y subafluentes. Es un área determinada que tiene cierta inclinación, de resultas de lo cual todas las aguas se dirigen directa o indirectamente a un determinado río que hace de colector general de las mismas, el que a su vez, en general, desemboca al mar”.

Asimismo, en la 48° Conferencia de la Asociación de Derecho Internacional ILA (Nueva York, 1958): “se entiende por cuenca de desagüe la región situada dentro del territorio de dos o más Estados y en la cual las corrientes de agua fluyen por la superficie del terreno, tanto naturales como artificiales, desagan una línea común divisoria de aguas que termina en una salida común o en salidas comunes al mar o algún lago o lugar interior desde el cual no hay salida aparente al mar”.

A medida que fue creciendo la comprensión de que el movimiento del agua por un curso de agua es solo una fase del llamado “ciclo hidrológico”, otros elementos, además del río en sí mismo, fueron incorporándose a la noción de “curso de agua”. La unidad de un sistema de curso de agua está basada en la naturaleza del ciclo hidrológico.

Así desde el punto de vista jurídico, lo más importante de este concepto (ciclo hidrológico) es que demuestra que el ambiente y, como es del caso, los cursos de agua que lo componen, no son una mera acumulación de elementos, sino un sistema integrado que tiene un punto de equilibrio.

Téngase presente que el artículo 2°, inc. a) de la Convención sobre el Derecho de los Cursos de Aguas Internacionales para Fines Distintos de la Navegación (adoptada por Resolución de la AG UN 51/229 del 21 de mayo de 1997, en vigor desde 2014), establece que “por ‘curso de agua’ se entenderá un sistema de aguas de superficie y subterráneas que, en virtud de su relación física, constituyen un conjunto unitario y normalmente fluyen a una desembocadura común”.

Se trata entonces, de un sistema hidrológico, integrado por distintos componentes a través de los cuales fluye el agua, tanto de superficie como subterránea. Es esencial esta interrelación entre los componentes, que hace del curso de agua un verdadero sistema.

La Cuenca del Río Atuel es un sistema integral, que se refleja en la estrecha interdependencia entre las diversas partes del curso de agua, incluyendo glaciares que pueden ser sus fuentes o aguas subterráneas. Por ejemplo, la degradación de las aguas de superficie puede amenazar las subterráneas y viceversa, y con ello poner en jaque a todo el ecosistema (comprensivo del entorno natural y cultural) suelo, flora, fauna, biodiversidad, y ambiente humano, del entorno que sostiene.

El concepto de manejo de cuencas ha ido variando desde un enfoque orientado básicamente a la captación de agua a otros niveles más complejos, como los de protección de los recursos naturales y la mitigación del efecto de fenómenos naturales extremos, para luego pasar a los de mejora de la producción (agrícola, industrial, ganadera, minera, forestal) en forma combinada con el manejo integrado de los recursos naturales de una cuenca.

14) Que la Provincia de La Pampa reclama, por tratarse de una cuenca deficitaria, la necesidad de que se fije un caudal mínimo (caudal mínimo ecológico, de 4,5m³/s) que asegure la subsistencia del ecosistema (de todo el río). Además, sostiene que en el aprovechamiento y uso de los recursos hídricos ha de darse prioridad a la satisfacción de las necesidades básicas y a la protección de los ecosistemas.

La Provincia de Mendoza, por su parte, pretende descalificar la consistencia de fijar un caudal fluvio-ecológico (defensa del ecosistema) y de un caudal ambiental (para fines sociales), con argumentos legales, técnicos, y verificación casuística. Niega además, que La Pampa no cuente con el caudal ecológico que reclama, y por el contrario, sostiene que las estaciones de aforo y medición de caudales que la actora tiene, demuestran que ya existen caudales que incluso, superan los que se demandan. Insiste en que la única posibilidad sustentable que existe para resolver este conflicto es el trasvase de aguas del Río Colorado, previsto a favor de Mendoza, a pesar que La Pampa mantiene ociosos dichos caudales, que contaría con la conformidad de los integrantes del Tratado de 1976.

Todo este panorama más complejo por las predicciones derivadas del cambio climático (que afectaría el caudal del río Atuel, en un 10% de su volumen), el retroceso de los glaciares en la región (que se acreditaría con el Inventario de Glaciares del Atuel), y el apreciable cambio del régimen de lluvias, que afectaría con mayor sequía a Mendoza, paradójicamente llevaría mayores lluvias (y mayor disposición de aguas por esta causa) a La Pampa.

La demandada, en este contexto caracterizado por la escasez del agua, recuerda por otra parte que lo decidido por la sentencia de 1987 es exhortar a las partes a celebrar convenios tendientes a una participación razonable y equitativa en los *usos futuros* de las aguas del Atuel, es decir de aquellas aguas o caudal que se genere, por encima de las 75.671 hectáreas, que son los “usos consuntivos” que la misma Corte en la sentencia mantuvo a favor de Mendoza como usos “actuales”, rechazando la acción posesoria promovida por La Pampa y la pretensión de que se regule la utilización de la cuenca en forma compartida entre ambas provincias.

15) Que la necesidad de un caudal para asegurar la subsistencia del ecosistema quedó acreditada, no solo por los precedentes de este caso, sino también en la audiencia pública y en los informes sobre la desertificación del área.

El problema no está en la demanda de un caudal, sino en la oferta del agua, es decir, de dónde proviene o quién la aporta.

Asimismo, hay que tener en cuenta cuál es la incidencia de la disminución de oferta de agua y el aumento de la demanda, en el área de la Provincia de Mendoza, derivada del cambio climático.

En el primer estadio de decisión, el Tribunal optará por reconocer la mayor deferencia al margen de acción de los estados provinciales involucrados, a fin de aportar elementos que permitan arribar a una solución dirimente del conflicto. En consecuencia, esta Corte

adoptará una función de cooperación, control y monitoreo, sin asumir atribuciones de gestión, de tal manera que se favorezca y garantice, pero no interfiera, en la adopción por parte de las provincias de una solución al conflicto.

En razón de lo expuesto se fijará un caudal hídrico apto para la recomposición del ecosistema afectado en el noroeste de la Provincia de La Pampa.

A esos efectos las partes deberán poner en funcionamiento la Comisión Interprovincial del Atuel Inferior (C.I.A.I.), a fin de que por su intermedio las Provincias de La Pampa y de Mendoza, en forma conjunta con el Estado Nacional, elaboren un programa de ejecución de obras que contemple diversas alternativas de solución técnica de las previstas en relación a la problemática del Atuel, como así también los costos de la construcción de las obras respectivas y su modo de distribución, sus beneficios, las urgencias de las poblaciones circundantes, la defensa del acceso al agua potable, la participación de las comunidades originarias radicadas en la región, como asimismo la sostenibilidad de la actividad económica productiva, y la sostenibilidad del ecosistema.

16) Que es preciso recordar que dicha Comisión Interprovincial es el organismo formalmente constituido por las partes a los efectos de llevar adelante las tratativas tendientes a lograr un entendimiento respecto al aprovechamiento de las aguas del río Atuel, imbuidas del espíritu de un federalismo de coordinación (contrario al federalismo de oposición) superador de conflictos estériles entre estados integrantes de una sola Nación; espíritu idéntico al que determinó la exhortación formulada por esta Corte en la sentencia dictada el 3 de diciembre de 1987 (Fallos: 310:2478) en la causa CSJ 195/1979 (18-L)/CS1 “La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/ acción posesoria de aguas y regulación de uso” (ver Acuerdo de Ejecución presentado el 8 de noviembre de 1989 a fs. 1362 de dicha causa).

Asimismo cabe poner de resalto que en el Protocolo de Entendimiento Interprovincial (P.E.I.) suscripto por los señores gobernadores de ambas provincias el 7 de noviembre de 1989, quedó expresamente establecido que “deberán buscarse las coincidencias necesarias para lograr la colaboración del Estado Nacional, con el fin de que el país vea plasmar en hechos concretos las obras que convertirán la degradación en recuperación, la tierra seca en campos productivos, los ‘puestos’ en poblaciones pujantes y organizadas y la desigualdad en justicia social” (fs. 1364/1369 de la causa CSJ 195/1979 citada).

Entre las acciones que se planificarían y desarrollarían a través de las distintas áreas que componen la C.I.A.I., las partes detallaron en el referido instrumento con carácter enunciativo, entre otras, las siguientes: “Definición y concreción de proyectos de desarrollo agropecuario, adecuados a las posibilidades de penetración en mercados internos y externos, que simultáneamente planteen la recuperación y protección del sistema ecológico, en especial de sus componentes suelo y agua”; “Ejecución de las acciones destinadas a lograr en el río Atuel una oferta hídrica más abundante que permita la creación de nuevas áreas bajo riego”; “Definición y concreción en lo inmediato de acciones tendientes al restablecimiento del sistema ecológico fluvial en el curso inferior del río Atuel, y para la utilización de las aguas del mismo con el objeto de satisfacer las necesidades de aprovisionamiento de las poblaciones ubicadas en el área”, e “Implementación de acciones tendientes a la participación del Estado Nacional con el fin de que este contribuya efectivamente a la concreción de los objetivos planteados en el presente”.

El artículo 2° del Estatuto Orgánico de la C.I.A.I. aprobado mediante el Acta suscripta el 14 de diciembre de 1989 por los señores gobernadores provinciales, y que como Anexo I la integra, ratifica que dicha Comisión Interprovincial “tendrá como objeto fundamental el desarrollo de la totalidad de las acciones, gestiones, estudios y proyectos tendientes al cumplimiento de las metas establecidas en el P.E.I. y el Acuerdo de Ejecución presentado ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación con fecha 8/11/89” (fs. 1363 y 1370/1371 de la causa CSJ 195/1979).

Por otra parte, entre las funciones asignadas al Comité Ejecutivo de la C.I.A.I. mediante el artículo 4° del referido estatuto, se destacan las de: “Proponer la creación de Entes u Organismos Interjurisdiccionales para la ejecución, por administración o por terceros de los estudios, proyectos y obras necesarias para la cumplimentación de los objetivos planteados”; “Mantener contactos y promover acuerdos con los Organismos y Entes nacionales e internacionales que resulte necesario a los fines establecidos” y “Proponer la creación de la estructura funcional mínima que resulte necesaria para el cumplimiento de sus objetivos”.

En cuanto a los recursos financieros de la C.I.A.I. el artículo 6° del estatuto establece que “estarán integrados por los fondos que expresamente aporten las provincias signatarias del P.E.I. y todo otro recurso de origen nacional o internacional proveniente del sector público o privado”.

17) Que, en ese contexto, la C.I.A.I. aparece como el órgano adecuado para desarrollar el programa de ejecución de obras encomendado a las partes mediante este pronunciamiento, ya que se trata de un organismo creado por las propias provincias interesadas, y que fue dotado de las herramientas necesarias para el cumplimiento de sus objetivos.

A su vez, en la participación que se le asigna al Estado Nacional, no debe verse un avasallamiento de las facultades reservadas de las provincias previstas en los artículos 122, 124 y 125 de la Constitución Nacional, ya que fueron sus gobernadores quienes propiciaron la colaboración de aquel en los instrumentos ya individualizados.

Sin perjuicio de ello, cabe exhortar a las partes y al Estado Nacional a que aporten los recursos necesarios para el fortalecimiento institucional de la Comisión Interprovincial del Atuel Inferior (C.I.A.I.), con el propósito de alcanzar los fines para los que ha sido creado.

Por ello, y en ejercicio de las facultades previstas en el artículo 32 de la Ley 25.675 General del Ambiente, se resuelve: I. Rechazar la excepción de cosa juzgada opuesta por la Provincia de Mendoza. Con costas en el orden causado (artículo 1°, decreto 1204/2001). II. Ordenar a las partes que fijen un caudal hídrico apto en el plazo de treinta (30) días para la recomposición del ecosistema afectado en el noroeste de la Provincia de La Pampa. III. Ordenar que las provincias de La Pampa y Mendoza, en forma conjunta con el Estado Nacional, elaboren por intermedio de la Comisión Interprovincial del Atuel Inferior (C.I.A.I.) un programa de ejecución de obras que contemple diversas alternativas de solución técnica de las previstas en relación a la problemática del Atuel, como así también los costos de la construcción de las obras respectivas y su modo de distribución entre el Estado Nacional y las provincias de La Pampa y Mendoza en los términos del considerando 15 *in fine*. La presentación de ese programa deberá ser sometido a la aprobación de este Tribunal dentro del plazo de

ciento veinte (120) días. IV. Exhortar a las provincias de La Pampa y Mendoza, y al Estado Nacional, a que aporten los recursos necesarios para el fortalecimiento institucional de la Comisión Interprovincial del Atuel Inferior (C.I.A.I.), con el propósito de alcanzar los fines para los que ha sido creado. Notifíquese.

RICARDO LUIS LORENZETTI – ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO – JUAN CARLOS MAQUEDA – HORACIO ROSATTI – CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ (*en disidencia*).

DISIDENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ

Considerando que:

El infrascripto coincide con los considerandos 1° a 4° del voto que encabeza este pronunciamiento.

5°) La intervención de esta Corte en la presente controversia, según los fundamentos del dictamen de la Procuración General de la Nación de fs. 215/216 vta., al que remite la resolución de fs. 217, responde tanto a la existencia de una causa o asunto en los términos de los artículos 116 y 117 de la Constitución, cuanto a la presentación de una queja de la Provincia de La Pampa de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 127 de la Constitución.

6°) De acuerdo con el artículo 127 de la Constitución “Ninguna provincia puede declarar, ni hacer la guerra a otra provincia. Sus quejas deben ser sometidas a la Corte Suprema de Justicia y dirimidas por ella. Sus hostilidades de hecho son actos de guerra civil, calificados de sedición o asonada, que el Gobierno federal debe sofocar y reprimir conforme a la ley”.

Como lo ha sostenido esta Corte, en el precedente “Provincia de La Pampa v. Provincia de Mendoza” el referido artículo “supone conferir al más alto Tribunal de la República la trascendente misión de dirimir los conflictos interprovinciales, propósito inspirado, sin duda, en la penosa y prolongada secuela de discordia entre las provincias que siguió al inicio de nuestra vida independiente” (Fallos: 310:2478, considerando 61).

En el *sub examine*, el largo desentendimiento entre las provincias de La Pampa y Mendoza que se ha mantenido durante décadas, hace necesario encontrar una manera eficaz y racional de canalizarlo de modo no solo de evitar escenarios que provoquen su ahondamiento sino, además, de resolverlo permitiendo a ambas provincias que se vinculen como es apropiado a unidades de un estado federal que comparten el compromiso común de proveer al bienestar de la nación toda.

A efectos de dejar aclarado el alcance de la competencia que asiste a esta Corte para intervenir en el presente conflicto, es apropiado reproducir *in extenso* las consideraciones hechas por el Tribunal en el pronunciamiento antes citado. Se dijo entonces que “los conflictos interestatales en un sistema federal asumen, cuando se enmarcan dentro de la competencia originaria de la Corte, en el marco del art. 109 [actual 127] de la Constitución, un carácter diverso al de otros casos en que participan las provincias y cuyo conocimiento también corresponde de manera originaria al Tribunal”. La Corte agregó que, en estos casos, “no se trata de una ‘causa civil’ en el concepto desarrollado por las leyes reglamentarias de esa competencia, por ejemplo, la ley 48 o el decreto-ley

1285/58, y tal como la concibió la jurisprudencia de esta Corte, ni de una controversia de las que ordinariamente resuelven los jueces y cuya decisión les compete por el art. 100 de la Constitución Nacional”. La competencia originaria en estos casos, según sostuvo la Corte en el precedente mencionado, “requiere tan sólo un conflicto entre diferentes provincias producido como consecuencia del ejercicio de los poderes no delegados que son el resultado del reconocimiento de su autonomía”.

También es oportuno mencionar lo expresado por el señor Procurador General Horacio R. Larreta, en su dictamen de Fallos: 166:356, recordado por esta Corte también en el precedente “Provincia de La Pampa v. Provincia de Mendoza”, quien declaró que “la atribución dada a este Tribunal por el art. 109 [actual 127] de la Constitución tiende a resolver los conflictos entre Estados por diferencias de orden político, o sea aquellas que no tienen solución dentro de cada provincia y con los resortes de gobierno organizados por la misma”.

No obstante las particularidades de la competencia dirimente, no debe entenderse como una actividad arbitral discrecional ni como un juicio de equidad pues ella, a diferencia de estas últimas, está claramente enmarcada por el derecho vigente. La competencia dirimente es una actividad que comprende atribuciones de carácter conciliatorio en la cual esta Corte cuenta con amplias facultades para determinar el derecho aplicable al litigio, el que, en principio y como ella lo ha dispuesto, será “el derecho constitucional nacional o comparado y, eventualmente, si su aplicación analógica es posible, lo que la Corte norteamericana denomina ‘*common law*’ federal y el derecho internacional público” (Fallos: 310:2478, considerando 69 y fs. 191 vta./192 y 624 de este expediente).

En esta resolución preliminar de tipo ordenatorio, el Tribunal hace uso de las facultades conciliatorias propias de la jurisdicción dirimente (artículo 127 de la Constitución). Todo ello, sin perjuicio de que en una etapa ulterior de estas actuaciones pueda resultar procedente ejercer la jurisdicción propiamente judicial en el marco de los artículos 116 y 117 de la Constitución, tal como ello se ha admitido a fs. 217. Lo dicho resulta consistente con los fundamentos en virtud de los cuales el Tribunal rechazó la excepción de incompetencia opuesta por la demandada (fs. 688/689 vta.).

7°) El mérito de la defensa fundada en el principio de la cosa juzgada opuesta por la Provincia de Mendoza (fs. 298/316) debe ser apreciado tomando en consideración el propósito de la competencia dirimente de esta Corte. De acuerdo con los precedentes a los que se ha hecho referencia anteriormente, la competencia dirimente reclama soluciones efectivas a las quejas o planteos que uno de los estados miembros de la federación tenga contra otro. De todos modos, no puede entenderse que las particularidades de la jurisdicción dirimente priven a la cosa juzgada de toda virtualidad normativa. De ser ese el caso se detraería de las sentencias que se dicten la autoridad que esta Corte está institucionalmente habilitada a concederles, lo que socavaría la eficacia misma de la jurisdicción dirimente –y más generalmente– la autoridad de esta Corte causando, quizá, daños más graves que los que la jurisdicción dirimente busca evitar.

Es preciso, por lo tanto, establecer si, como pretende la Provincia de Mendoza, en la presente disputa se trata meramente de la resistencia de La Pampa a aceptar lo resuelto por esta Corte en 1987 –lo que debería motivar el rechazo de las pretensiones aquí esgrimidas– o si, por el contrario, el estado actual de las diferencias entre ambas provincias y, además,

la novel naturaleza de las cuestiones traídas a juicio no dejan otra alternativa que abrir, una vez más, el procedimiento previsto en el artículo 127 de la Constitución.

En esta investigación esta Corte debe tener claramente en cuenta que ya ha decidido una controversia en el año 1987 entre las mismas partes. Por lo tanto, deberá desplegarse el máximo empeño para, dado que ha transcurrido un lapso prolongado, tomar seriamente en consideración el universo de relaciones de todo tipo que se han desarrollado alrededor de las cuestiones en disputa. En este esfuerzo, se debe evitar socavar el entramado social y económico que ha tenido lugar al amparo de la decisión anterior –y el desarrollo que ese entramado ha permitido– ya que ello implicaría destruir bienes costosos de reemplazar de los que, sin duda, depende el bienestar de las poblaciones involucradas.

8°) A los fines de que proceda la excepción de cosa juzgada es necesario, como condición previa, el análisis integral del objeto de los distintos casos con el fin de determinar si la sentencia firme que esta Corte dictó en el año 1987 ya ha decidido lo que forma parte de la nueva queja de la Provincia de La Pampa.

Como fue dicho por la Corte en su sentencia de 1987 (Fallos: 310:2478, considerando 1° y recordado en el año 2009 en Fallos: 332:582, considerando 3°) el *thema decidendum* de esa oportunidad fue determinar si correspondía condenar a la Provincia de Mendoza a (i) no turbar la posesión que ejercía y le atañe sobre las aguas públicas interjurisdiccionales que integran la subcuenca del río Atuel y sus afluentes; (ii) cumplir lo dispuesto en la Resolución 50/49 de Agua y Energía Eléctrica y (iii) que se reglen los usos en forma compartida entre ambas provincias.

Sobre esa base, esta Corte declaró que el río Atuel es interprovincial, rechazó la acción posesoria promovida por la Provincia de La Pampa, sus pretensiones de que se dé cumplimiento a la Resolución 50/49 de Agua y Energía Eléctrica y que se regle la utilización compartida de la cuenca de ese río y sus afluentes (siempre que la Provincia de Mendoza mantenga los usos consuntivos aplicados sobre la superficie afectada al riego de 75.761 has.), y exhortó a las partes a celebrar convenios tendientes a una participación razonable y equitativa en los usos futuros de las aguas del río Atuel, sobre la base de los principios generales y pautas fijadas en los considerandos de la referida sentencia (Fallos: 310:2478 reiterado en el año 2009 en Fallos: 332:582, considerando 3°).

A partir del análisis de lo peticionado y decidido en el año 1987 debe concluirse que en esa oportunidad este Tribunal resolvió una controversia eminentemente bipolar, esto es, centrada en los intereses claramente individualizados que las dos partes litigantes alegaban tener sobre el río Atuel. En dicho pronunciamiento, la recomposición ambiental del noroeste de la Provincia de La Pampa no fue, en modo alguno, objeto del *thema decidendum* (ver, al respecto, Fallos: 332:582, considerando 4°).

9°) En el año 2014, la Provincia de La Pampa promovió una nueva queja contra la Provincia de Mendoza esgrimiendo una serie de pretensiones, detalladas en el considerando 1° de la presente sentencia. Si bien algunas de esas pretensiones deberían ser planteadas en el marco de un procedimiento de ejecución de la sentencia recaída en 1987, pues se trata de cuestiones vinculadas a dicha ejecución, la Provincia de La Pampa ha asimismo introducido en dicha oportunidad una serie de planteos vinculados sustancialmente con la existencia de daño ambiental en el noroeste del territorio de dicha provincia.

Las pretensiones que se esgrimen por la Provincia de La Pampa enfrentan a esta Corte a una controversia distinta a la disputa bipolar de asignación de derechos que fue objeto de la sentencia fallada en 1987. En efecto, el presente litigio es de carácter ambiental, policéntrico, multicausal, y eminentemente prospectivo. En otros términos, la solución del presente conflicto requiere una perspectiva que contemple todo el conjunto de intereses potencialmente afectados por ella, protegidos total o parcialmente por el derecho vigente, aunque ellos no hayan estado representados formalmente en este proceso. Por otra parte, la génesis del estado de cosas que se busca revertir no se halla en un factor singular que pueda ser imputado a las partes del pleito o a un único sujeto y el Tribunal no se encuentra en condiciones de determinar, con la información disponible, si se trata de un proceso natural o antrópico. Por último, la decisión a adoptarse tiene que ser modelada más bien por la discusión sobre la existencia del daño ambiental y su necesidad de recomposición, antes que por la identificación de su causante y la determinación consiguiente de su responsabilidad.

Así planteado lo que se discute en estos autos no tiene que ver con quién tiene los derechos discutidos sobre el río Atuel ni cómo los ha ejercido en el pasado. Tampoco se refiere esta disputa a si existe o no, para las provincias involucradas o sus poblaciones, un derecho al agua de dicho río. Concebir de este modo la controversia reduce excesivamente su verdadera complejidad.

La presente disputa se trata de un litigio entre dos provincias que representan vicariamente a muchas partes más, en el cual se discute acerca de la mejor manera en que debe resolverse un problema medioambiental que es de todos. Este problema solo puede entenderse como el resultado de las acciones de muchos actores difícilmente discernibles que, sin duda, aquejan a ambos litigantes pero también a quienes ellos vicariamente representan (entre ellas el pueblo de la Nación toda y las generaciones venideras de cada una de las provincias y de la Nación) quienes no solo serán perjudicados o beneficiados con la solución sino que, incluso, pudieron haber contribuido, en la misma o distinta medida, a producir el estado de situación denunciado por la Provincia de La Pampa.

En definitiva, la asignación de derechos que hizo esta Corte en 1987 fue apropiada a los efectos de solucionar la controversia relacionada con la posesión y precedencia en el uso de las aguas del río Atuel. Sin embargo, con el paso de los años, el conflicto entre las provincias de La Pampa y Mendoza involucra en la actualidad cuestiones de mucho mayor alcance que atañen a derechos de naturaleza ambiental distintos al mero uso de aguas del río Atuel, y que fueran incorporados en la reforma de la Constitución Nacional de 1994. Asimismo, esta disputa involucra derechos y obligaciones emanadas de leyes y tratados adoptados con posterioridad a 1987.

La solución al conflicto que hoy se plantea requerirá de acciones concertadas para dar solución a la problemática ambiental invocada por la Provincia de La Pampa. Ello es así puesto que, aun cuando el presente proceso se encuentra en una etapa preliminar, puede sostenerse con alta verosimilitud la existencia de un deterioro ambiental asociado a la escasez de agua en el noroeste de la Provincia de La Pampa, fenómeno al que la Provincia de Mendoza de un modo elíptico describe como el resultado de los desarrollos del entorno humano producidos por las políticas públicas provinciales y nacionales (fs. 494 vta.). Como puede advertirse, la materia sobre la cual versa la presente controversia y, en virtud de dicha materia, los criterios que debe seguir el Tribunal para darle respuesta no coinciden necesari-

ria ni íntegramente con los requeridos para la asignación de los derechos a las provincias sobre las aguas del río Atuel lo que, nuevamente, ya fuera decidido en 1987.

Por todo lo expuesto, no cabe admitir la defensa opuesta por la Provincia de Mendoza sobre la base de que el mismo conflicto ya ha sido juzgado por esta Corte en su pronunciamiento del 3 de diciembre de 1987, publicado en Fallos: 310: 2478.

10) De los elementos de juicio aportados en el curso de la audiencia pública, así como de las constancias del expediente se desprende que el aspecto central de la queja de la Provincia de La Pampa se vincula con la severa restricción de agua en el noroeste de su territorio (fs. 127/148).

Con relación a la lucha contra la sequía y la desertificación, es necesario destacar que nuestro país aprobó por ley 24.701 la “Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación en los Países Afectados por Sequía Grave o Desertificación, en particular en África” y la ratificó el 6 de enero de 1997. De acuerdo con este instrumento, la Nación debe otorgar la debida prioridad a la lucha contra la desertificación y la mitigación de los efectos de la sequía y asignar recursos suficientes, conforme a sus capacidades y circunstancias.

El artículo 2 del mencionado tratado dispone que su objetivo es luchar contra la desertificación y mitigar los efectos de la sequía, lo que exigirá la aplicación en las zonas afectadas de estrategias integradas a largo plazo que se centren simultáneamente entre otras cuestiones en “la rehabilitación, la conservación y el aprovechamiento sostenible de los recursos (...) hídricos, todo ello con miras a mejorar las condiciones de vida, especialmente a nivel comunitario”. Por su parte, en el artículo 4.2.d, el referido tratado establece que para el logro de los objetivos que se propone, las partes “fomentarán entre los países afectados la [...] conservación de los recursos de tierras y los recursos hídricos, en la medida que ello guarde relación con la desertificación y la sequía”. El anexo III del referido tratado, que contiene el Anexo de Aplicación Regional para América Latina y el Caribe, dispone que los países afectados de la región podrán tener en cuenta, entre otras, las siguientes áreas temáticas en su estrategia de lucha contra la desertificación y mitigación de los efectos de la sequía (...) “manejo racional y conservación de los recursos de suelo y aprovechamiento y uso eficiente de los recursos hídricos”.

En el marco de la ley 24.701, que aprobara el tratado referido en los párrafos precedentes, la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable dictó la Resolución 257/2003 que estatuyó el Programa de Acción Nacional de Lucha contra la Desertificación y Mitigación de los Efectos de la Sequía y su Documento Base. El artículo 2° creó la Comisión Asesora de dicho Programa, cuya integración prevé expresamente la participación de las autoridades provinciales con competencia en la cuestión. Al respecto, cabe puntualizar que la región afectada está incluida dentro del citado programa (cfr. Capítulo 4 del Documento Base).

11) Según se deduce de lo anterior, el Estado Nacional tiene deberes propios y directos en el combate contra la sequía grave o desertificación. Sin perjuicio de ello, en este caso y en la búsqueda de una conciliación de los intereses de las partes, propia de la jurisdicción prevista en el artículo 127 de la Constitución, se requerirá su participación en la solución, en virtud de su mayor capacidad técnica y financiera para hacer efectivas las acciones que se acuerde llevar a cabo en relación con la problemática ambiental invocada por la Provincia de La Pampa.

Este papel ya ha sido, al menos parcialmente, desplegado por el Estado Nacional, según fuera informado por la Subsecretaría de Recursos Hídricos de la Nación (fs. 838 y ss.). En relación con este conflicto, el gobierno nacional ha propuesto alternativas de solución, tales como un trasvase de aguas del río Colorado o sus afluentes así como obras que permitan aumentar la cantidad y mejorar la calidad del agua que recibe la Provincia de La Pampa (fs. 845). También debe mencionarse al respecto, la aprobación por parte del Estado Nacional del Plan Nacional del Agua para el período 2016-2019 cuyo objetivo general es “establecer un pacto entre el Estado Nacional, las provincias, el sector privado y la sociedad, mediante el cual se establezcan políticas públicas y directrices consecuentes a partir de cuya implementación se logre: la cobertura total de agua potable, la provisión de saneamiento a tres cuartos de la población, la reducción de la vulnerabilidad de las personas frente a los extremos climáticos, el incremento de la superficie bajo riego potencialmente ampliable y el desarrollo de proyectos de propósitos múltiples (abastecimiento de agua, riego, protección frente a inundaciones, recreación y turismo, desarrollo industrial e hidroenergía)” (fs. 848).

El rol que se asigna al Estado Nacional no debe verse como un avasallamiento de las facultades reservadas por las provincias de acuerdo con los artículos 121, 122, 124 y 125 de la Constitución Nacional, puesto que no se trata de la creación de una unidad burocrática de carácter permanente que se imponga a las provincias –a lo que se opone la Provincia de Mendoza (fs. 461 vta. a 465 vta.)–, sino de su eventual aporte técnico y financiero a la solución del problema objeto de este litigio la que, como se verá, involucra necesariamente a más de una jurisdicción.

12) La necesidad de agua en el noroeste de la Provincia de La Pampa es un hecho que no admite discusión, aunque no sucede lo mismo respecto de la fuente que puede aportarla y, en tal caso, en qué medida y quién debe hacerse cargo de los costos que ello demande.

En esta instancia procesal, el Tribunal no cuenta con todos los datos necesarios para decidir las cuestiones aquí discutidas de un modo óptimo. Por el contrario, son las provincias involucradas y el Estado Nacional los que se encuentran a esta altura del proceso en mejor posición que el Tribunal para identificar los aspectos técnicos y fácticos relevantes para solucionar con justicia el problema que aqueja al noroeste de la Provincia de La Pampa.

Como ya se ha puesto de resalto, a partir de las constancias del expediente (fs. 56 a 90 vta. y 433 vta. a 440 vta.), resulta manifiesta la dificultad que han encontrado las dos provincias para cooperar en la búsqueda de una respuesta a la situación de escasez hídrica y a los daños verosíblemente asociados a ella que afectan al territorio del noroeste de la Provincia de La Pampa. Al respecto, la Provincia de La Pampa ha indicado que la construcción de un acueducto desde Punta del Agua en la Provincia de Mendoza, destinado a satisfacer la demanda de agua para uso humano en las localidades de Santa Isabel y Algarrobo del Águila de la Provincia de La Pampa ha sido el único resultado concreto que han dejado casi tres décadas de negociaciones y que la Comisión Interprovincial del Atuel Inferior, en cambio, ha fracasado en modo rotundo en sus propósitos (ver fs. 89 vta. y 90). Por su parte, la Provincia de Mendoza ha indicado que el ámbito de la Comisión Interprovincial existente ha

demostrado ser adecuado y eficiente en caso de que deba negociarse un tratado, sobre usos futuros u otro tema, o coordinarse la realización y mantenimiento de obras interprovinciales, como se instrumentó a partir del Tratado de 1992 (fs. 453). Por último, el Estado Nacional destacó que la Comisión Interprovincial del Atuel Inferior está integrada por ambas provincias y que él no forma parte de ella, aun cuando ha aceptado asistir en una oportunidad en que fuera invitado. Asimismo el Estado Nacional ha subrayado su voluntad de cooperar y conciliar entre las provincias parte, para lo cual, ha venido convocando a ambos estados provinciales a concertar y a reunirse para aportar a la resolución del conflicto (fs. 272 bis).

Más allá de las diferentes visiones existentes en relación con el éxito de las negociaciones desarrolladas en el ámbito de la Comisión Interprovincial del Río Atuel, la cooperación entre las provincias de Mendoza y La Pampa y el Estado Nacional resulta indispensable para solucionar la problemática ambiental que constituye el objeto de la presente disputa.

Por esta razón, esta decisión preliminar tiene un objetivo ordenatorio y consiste en generar las condiciones que hagan posible la apertura de una instancia de trabajo cooperativo conjunto entre ambas provincias y el Estado Nacional con el propósito de trazar un plan general que proporcione una solución definitiva a los reclamos de recomposición ambiental levantados por la Provincia de La Pampa.

13) A los fines indicados, las provincias de Mendoza y de La Pampa y el Estado Nacional deben tener absoluta libertad para desarrollar el trabajo cooperativo conjunto en el ámbito en que lo consideren más propicio.

En uso de esa libertad y siempre que sea acordado por todos, las partes pueden constituir una comisión de trabajo *ad hoc* o bien pueden recurrir a la Comisión Interprovincial del Atuel Inferior. Con relación a esta Comisión es importante destacar que, aun cuando ella haya sido constituida en el marco de la ejecución de la sentencia de 1987 para dar cuenta de una problemática distinta de la que se ventila en este caso, las partes pueden, si lo estiman propicio, negociar en su ámbito la resolución de la presente controversia. Ello, sin perjuicio de que, como he indicado en el considerando 9º, la presente disputa es de naturaleza distinta a la de 1987 y su solución puede involucrar una oferta hídrica distinta a la del río Atuel.

En el marco antes descripto, la participación en dichas actividades del Estado Nacional resulta imprescindible tanto por su aporte institucional y financiero, como por las obligaciones asumidas al ratificar la Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación, que fueran mencionadas en el considerando 10.

14) A fin de alcanzar la necesaria concordancia para establecer el modo de resolver el problema ambiental que aquí se ventila, las partes tienen la más amplia discrecionalidad en lo que respecta a los contenidos del plan –sea un plan hidrológico u otro de alcance más amplio– así como sobre la manera en que deben cooperar para prepararlo y ejecutarlo.

Sin embargo, aunque las partes pueden pensar y proceder de otro modo, es mi convicción que existen dos puntos que deberían acordarse por los involucrados *ab initio* pues hacen a la eficacia de todo programa para solucionar un problema complejo como el

presente: por un lado, un mecanismo de solución de aquellas controversias de detalle que pudieran surgir y, por el otro, un criterio para distribuir los costos que la preparación o ejecución del plan puedan irrogar.

Frente a la necesidad de dar respuesta a un daño ambiental, como el que verosímelmente invoca la Provincia de La Pampa, la distribución de los costos de remediación debe regirse por una regla según la cual todos los involucrados deben contribuir.

Las provincias deben contribuir en razón de que comparten recursos naturales y, por ello, tienen deberes especiales entre ellas y todo indicaría que han sido condiciones necesarias de la situación.

La contribución a cargo del Estado Nacional responde a que ha asumido obligaciones específicas contra la lucha de la sequía y la desertificación como fue indicado en los considerandos 10 y 11.

Además, las referidas obligaciones de las provincias y del Estado Nacional, también encuentran sustento en el principio de solidaridad enunciado en el artículo 4 de la ley 25.675 que establece que “la Nación y los Estados provinciales serán responsables de la prevención y mitigación de los efectos ambientales transfronterizos adversos de su propio accionar, así como de la minimización de los riesgos ambientales sobre los sistemas ecológicos compartidos”.

Ello es así, a pesar de que en este estado del proceso, no cabe pronunciarse sobre aspectos de hecho y de derecho controvertidos ni sobre la extensión en que los deberes especiales de las provincias deben incidir en la solución del diferendo que aquí se dirime.

Más allá de los dos criterios esenciales anteriormente indicados, y en el marco de la amplia discrecionalidad que conservan las dos provincias y el Estado Nacional para delinear los contenidos del plan que oportunamente acuerden, se enuncian las siguientes pautas orientativas que pueden facilitar la tarea que les espera en la búsqueda de un entendimiento que resuelva de manera definitiva y estable la presente controversia.

Las pautas aquí incluidas son meramente orientativas pero tienen como finalidad concientizar a las partes acerca de un modo de garantizar que el plan sea aquel que produzca el mayor beneficio social neto para todos los involucrados.

A modo meramente enunciativo, se mencionan las siguientes pautas relevantes que pueden considerarse al momento de decidir la distribución de los costos de preparación y ejecución del plan que oportunamente se acuerde:

- i. el beneficio que obtiene cada una de las provincias directamente en sus bienes o en los bienes de particulares localizados en sus respectivas jurisdicciones;
- ii. el beneficio que puede obtener cada una de las provincias y el resto del país por el desarrollo económico y social de sus respectivas economías;
- iii. los perjuicios que pudieran derivarse para cada una de las provincias; y
- iv. el hecho que el medioambiente sano es un derecho que debe ser garantizado no solo a los habitantes de La Pampa y Mendoza sino también a todos los argentinos.

Por ello, y en ejercicio de las facultades previstas en el artículo 127 de la Constitución Nacional, se resuelve:

1º) Rechazar la excepción de cosa juzgada opuesta por la Provincia de Mendoza en los términos de los considerandos 7º a 9º. Con costas en el orden causado (artículo 1º, decreto 1204/ 2001).

2º) Disponer que las provincias de La Pampa y Mendoza deberán elaborar un plan que permita superar las diferencias entre ambas provincias vinculadas con la recomposición del ecosistema del noroeste de la Provincia de La Pampa de acuerdo y en conjunto con el Estado Nacional en los términos del considerando 13. La presentación del plan deberá ser sometido a la aprobación de este Tribunal en el plazo de ciento veinte (120) días. Notifíquese.

CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ.



AUTONOMÍA MUNICIPAL

“PONCE” (FALLOS: 328:175)

A raíz de un planteo del gobernador de la Provincia de San Luis cuestionando una serie de normas locales vinculadas a reformas de la constitución local, caducidad anticipada de mandatos y habilitación a convocar elecciones, la Corte se pronunció sobre el alcance de la autonomía municipal.

Consideró que toda asunción por parte de la autoridad provincial de atribuciones que fueron asignadas exclusivamente a los titulares de los departamentos ejecutivos municipales afecta seriamente la autonomía municipal al introducir una modificación en ellas de manera incompatible con el diseño constitucional y declaró la inconstitucionalidad de las normas así como la descalificación de los actos que se fundaron en ellas.

La sentencia se adoptó con el voto conjunto de los jueces PETRACCHI, BELLUSCIO, MAQUEDA y HIGHTON DE NOLASCO, el voto propio del juez LORENZETTI y con la disidencia parcial del juez FAYT y la disidencia de la jueza ARGIBAY.

Principales ejes temáticos del fallo

- » El límite fundamental para determinar el ámbito de legitimidad y de legalidad de las autonomías de los municipios en los órdenes institucional, político, administrativo y financiero, se encuentra en el principio de razonabilidad contenido en el art. 28 de la Ley Fundamental, en virtud del cual las constituciones provinciales no pueden, bajo la apariencia de reglamentar tal autonomía, transponer los límites de lo racional y razonable para la vigencia efectiva de los municipios.
- » Las autoridades constituidas deben respetar el grado de autonomía asignado a los diferentes niveles de gobierno por el constituyente provincial, cuya preservación no admite limitaciones acotadas por el grado o medida en que las autoridades provinciales franqueen el ámbito reservado a la libre disposición comunal; de no procederse del modo indicado, aún por mínima que fuera la afectación de las instituciones, se autorizará un paulatino y peligroso cercenamiento de las atribuciones municipales.
- » El mandato constitucional de asegurar la autonomía municipal no puede ser desnaturalizado mediante una reglamentación que produzca la caducidad de los mandatos.
- » Por aplicación del principio de soberanía popular, las cuestiones relativas a la autonomía municipal y a su efectiva vigencia en la estructura del Estado federal deben ser garantizadas, rechazando actos y procedimientos que traduzcan el desprecio y el quebranto de las instituciones locales.

Enlaces destacados

» Ver más

- › Reseña
- › Versión Word

» Doctrina del fallo

» El art. 123 de la Constitución Nacional no confiere a los municipios el poder de reglar las materias que le son propias sin sujeción a límite alguno, les reconoce autonomía en los órdenes institucional, político, administrativo, económico y financiero e impone a las provincias la obligación de asegurarla, pero deja librado a la reglamentación que éstas realicen la determinación de su “alcance y contenido”, y esa facultad no se agota en un único ejercicio (Disidencia del juez Fayt).

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 24 de febrero de 2005.

Autos y Vistos; Considerando:

1º) Que a fs. 9/34 se presentó Carlos Alberto Ponce, en su carácter de intendente de la ciudad de San Luis —provincia del mismo nombre— y promovió acción declarativa de certeza en los términos del art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación a fin de que se declare la inconstitucionalidad del art. 8º de la ley local 5324 y de los arts. 2º, 5º y 8º del decreto provincial 117MGJCT/2003, pues los consideró violatorios de los arts. 5º y 123 de la Constitución Nacional, como así también de disposiciones de la Constitución provincial que cita (ver fs. 22 vta./23, 25, 26). Sostuvo que las normas que se pretendía aplicar afectaban el sistema representativo y republicano de gobierno, el principio de la soberanía popular, de sus derechos políticos y la autonomía municipal.

2º) Que el actor señaló que mediante la ley 5324 la provincia aprobó someter a la consideración del pueblo de San Luis, en la elección del 27 de abril de 2003, la incorporación a la Constitución provincial de una cláusula transitoria por la cual se disponía la caducidad anticipada de los mandatos de todos los cargos electivos provinciales y municipales, a la par que habilitaba al Poder Ejecutivo provincial, por una única vez, para convocar a elecciones a fin de cubrir esos cargos. La caducidad se produciría, según el texto de la norma impugnada, el día que se fijara para la asunción de las nuevas autoridades electas.

Relató que por medio del decreto 117/03, el poder administrador convocó a elecciones para el 27 de abril de 2003 con el objeto de elegir intendentes municipales —cargos entre los cuales aparece el de la Municipalidad de San Luis—; para ratificar la enmienda constitucional —a la que se ha hecho referencia en el párrafo anterior—; y fijó como fecha de asunción de los candidatos electos el 25 de mayo del mismo año.

De tal manera, y en el caso de que los votantes ratificaren la enmienda constitucional, se dispuso la caducidad anticipada de todos los cargos electivos provinciales y municipales vigentes, afectándose el régimen de gobierno municipal en la medida en que la norma sancionada imponía un acortamiento y desplazamiento inconstitucional de mandatos de funcionarios que se encontraban ejerciendo sus cargos electivos.

3º) Que el interesado requirió que se dictara una medida cautelar en los términos previstos en el art. 230 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, a fin de que se ordenase suspender preventivamente la aplicación de las normas tachadas de inconstitucionales hasta tanto recaiga una sentencia definitiva.

Mediante pronunciamiento del 10 de abril de 2003, esta Corte hizo lugar a la prohibición de innovar con relación a la aplicación de las disposiciones citadas, por lo que or-

denó al Estado provincial **suspender toda acción gubernamental que importe alterar el período de vigencia del mandato del peticionante ya electo y en ejercicio de su cargo** (énfasis agregado; fs. 41/42).

4°) Que como consecuencia de la medida señalada, el Poder Ejecutivo provincial dictó el decreto 1218 MGJCT 2003, el cual dio lugar a que el actor requiriera que se ampliasen a su respecto los alcances de la resolución cautelar adoptada, en el sentido que la Provincia de San Luis debería abstenerse de llevar adelante la convocatoria a elecciones contenida en el art. 2 del decreto aludido.

Sobre la base de que, en efecto, del último párrafo del decreto local 1218/03 surgía que se convocaba al electorado de la ciudad de San Luis para que el 27 de abril de 2003 procediera a la elección del intendente municipal, esta Corte sostuvo mediante pronunciamiento del 24 de abril de 2003 que dichos comicios estaban alcanzados por la medida cautelar y, por ende, que correspondía **hacer saber al Poder Ejecutivo provincial que debería abstenerse de seguir adelante con la convocatoria para elegir intendente de la ciudad de San Luis el 27 de abril de 2003** (énfasis agregado; fs. 132).

5°) Que el 14 de agosto de 2003 la Provincia de San Luis denunció que la Municipalidad de la Ciudad de San Luis estaba incumpliendo con la medida cautelar dispuesta por el Tribunal, pues por medio de su concejo deliberante comenzó a llevar a cabo el procedimiento electoral correspondiente a los comicios de autoridades municipales, que según entendía la peticionaria estaban suspendidos con arreglo a la medida precautoria ordenada el 10 de abril de 2003 y ampliada por resolución del 24 del mismo mes. Requirió que se intime al intendente de la ciudad de San Luis a abstenerse de constituir el Tribunal Electoral Municipal y de ejecutar cualquier acción que implicase alterar la situación del procedimiento electoral vigente en la provincia, de conformidad con lo dispuesto por la ley local 5324 (fs. 238).

Que esa petición fue desechada de plano por el Tribunal mediante pronunciamiento del 21 de octubre de 2003, al afirmar que: “...**Contrariamente a lo pretendido por la provincia, debe afirmarse que es ella la que no debe alterar ni interferir en el cronograma electoral de la ciudad capital. En efecto, tal como se ha puesto de relieve en la sentencia dictada a fs. 41/42 y en el pronunciamiento de fs. 132, la demandada, en el marco de la medida cautelar ordenada, no puede convocar a elecciones para elegir intendente de la ciudad de San Luis. Mal puede sostenerse entonces que, al hacerlo la comuna, se altera ‘la situación del procedimiento electoral’ dispuesto por la Ley Provincial 5324**” (énfasis agregado; fs. 244).

6°) Que el 29 de octubre de 2003 la demandada efectuó una nueva presentación por la cual persiguió que se aclarara dicho pronunciamiento. Para fundar tal solicitud, el Estado provincial denunció que por ley local 5394 se había facultado al Poder Ejecutivo para convocar al electorado de la provincia a fin de elegir, el 23 de noviembre de 2003, diputados nacionales, senadores y diputados provinciales, y a invitar a los intendentes a adherir a los términos de la mencionada ley; agregó que el superior tribunal de justicia local, al ver desobedecidas sus decisiones por parte del municipio capitalino, decidió convocar al electorado de la ciudad de San Luis para elegir, el 23 de noviembre de 2003, al intendente municipal y a los concejales; concluyó pidiendo que se aclarase que la provincia no había

convocado a elecciones municipales, no había violado la medida cautelar ni tampoco aplicado la ley local 5324 (fs. 260/261).

La pretensión fue rechazada por esta Corte con fundamento en que el pronunciamiento de fs. 244 no había incurrido en ningún error material, concepto obscuro u omisión que autorizase el recurso interpuesto (fs. 262, del 25 de noviembre de 2003).

7º) Que a fs. 297/307 se presenta el señor Daniel Raúl Pérsico en su condición de nuevo intendente de la municipalidad demandante, a fin de solicitar que se ratifiquen las medidas y aclaraciones dispuestas en esta causa y, en tal sentido, la declaración de que corresponde al intendente de San Luis el llamado a elecciones para dicho cargo, que se anulen los actos de los poderes de la provincia que desconocieron la convocatoria a los comicios efectuada por la comuna y que se convaliden los resultados de dicho acto electoral.

Tras invocar que fue electo en los comicios llevados a cabo el 9 de noviembre de 2003 en el marco del proceso electoral convocado por la comuna a través del ex intendente Carlos Alberto Ponce, procede a denunciar una serie de maniobras realizadas por el gobierno provincial mediante las cuales ha continuado en su intento de vulnerar la autonomía municipal cuya preservación se persigue en el *sub lite*, la cual fue objeto de tutela preventiva por parte del Tribunal por las providencias cautelares dictadas a tal fin y por el fundado rechazo efectuado ante reiteradas peticiones del gobierno provincial, que perseguían impedir el funcionamiento de las instituciones comunales.

Con relación a las maniobras que denuncia, señala que tales actos fueron cumplidos en el marco de diversos procesos de naturaleza jurisdiccional tramitados ante la justicia provincial y esencialmente en el superior tribunal de justicia, a las cuales acudió la provincia a raíz del fracaso de los sucesivos intentos llevados a cabo ante esta Corte en la presente causa, correspondiente a su jurisdicción originaria.

Señala que, por un lado, la provincia demandó al municipio por ante el superior tribunal, planteando la inconstitucionalidad de la Carta Orgánica Municipal y del decreto de convocatoria a elecciones emitido por el intendente Ponce, pretensiones que fueron admitidas por una sentencia de fondo que fue dictada **sin siquiera dar traslado de la acción a la demandada** (fs. 300; el énfasis corresponde a la cita; causa “Gobierno de la Provincia de San Luis c/ Municipalidad de San Luis s/ demanda de inconstitucionalidad”).

Agrega que a pesar de que la municipalidad introdujo contra dicho pronunciamiento un incidente de nulidad y un recurso extraordinario federal que eran claramente suspensivos de la sentencia, los planteos no fueron considerados ni proveídos por el superior tribunal local que, con mayor gravedad, ordenó el desglose de dichas presentaciones, excluyó a su representada como parte del proceso y, sobre la base de que las autoridades municipales habían desobedecido la sentencia, convocó a comicios para la elección de intendente y concejales, los que se realizarían el 23 de noviembre de 2003 (acuerdo N° 433).

Expresa que en dicho acto fue electo como “segundo” intendente la Srta. María Angélica Torrontegui, que se presentó como titular del municipio y obtuvo del superior tribunal una serie de resoluciones que, además de otorgarle el manejo de los dineros públicos comunales, dispusieron que el intendente de San Luis era la persona elegida en el marco de la segunda elección, realizada el 23 de noviembre de 2003. Este pronunciamiento

también fue objeto de un recurso extraordinario por parte de la municipalidad, que no fue objeto de trámite alguno.

Relata que una situación análoga se verificó en la causa, también radicada ante el superior tribunal local, de carátula “Partido Justicialista Distrito San Luis c/ Municipalidad de San Luis s/ demanda de inconstitucionalidad”, en que se admitió la pretensión mediante sentencia del 3 de octubre de 2003, cuando la contestación de demanda sólo fue agregada al expediente por providencia del 7 del mismo mes y año. Aduce que a pesar de haber impugnado el fallo mediante un planteo de nulidad como por un recurso extraordinario, se excluyó del proceso a la municipalidad al ordenarse el desglose de aquellas presentaciones.

Otra irregularidad de características semejantes se verificó, según la presentante, en la causa “Agente Fiscal N° 1 sol. declare nulidad s/ medidas”, en que el Tribunal Electoral de la Provincia de San Luis declaró la nulidad de las elecciones llevadas a cabo el 9 de noviembre de 2003, a las que había llamado el intendente Ponce, con fundamento en que el superior tribunal de justicia había convocado a comicios para la elección de autoridades comunales para el 23 de noviembre. Reitera que el recurso extraordinario deducido contra dicha resolución fue desglosado, con sustento en que la municipalidad no era parte en la causa.

Concluye señalando que por medio de resoluciones arbitrarias e ilegales dictadas por tribunales provinciales se ha vulnerado de manera directa la garantía constitucional de la autonomía municipal que esta Corte procuró resguardar mediante la medida cautelar dictada en esta causa, generando incluso un hecho demostrativo de la gravedad institucional existente, configurada por el desconocimiento de la prohibición de innovar según el preciso alcance que surge de las tres resoluciones dictadas al respecto por este Tribunal, por la coexistencia de dos autoridades municipales en la ciudad de San Luis y por el manifiesto desconocimiento de toda garantía de defensa en juicio invocada por el presentante en las causas tramitadas en sede local.

8º) Que del examen de las constancias correspondientes a la causa “Gobierno de la Provincia de San Luis c/ Municipalidad de la Provincia de San Luis s/ demanda de inconstitucionalidad”, radicada ante el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de San Luis e identificada en sus registros como G.27, año 2003, surge que la Provincia de San Luis promovió demanda contra la Municipalidad de la Ciudad de San Luis, a fin de que se declare la inconstitucionalidad del art. 125 de la Carta Orgánica Municipal de dicha ciudad; de la ordenanza 2936/03 y del decreto 526/03, ambos de la municipalidad demandada. Solicitó que se imprimiera a la causa el trámite de juicio ordinario, ofreció prueba, petitionó que se dictara una prohibición de innovar y concluyó reiterando que oportunamente se haga lugar a la demanda y se declare la inconstitucionalidad de las normas indicadas (fs. 8/14).

El superior tribunal corrió vista al señor Procurador General con respecto a la medida cautelar (fs. 15), intervención que dio lugar a un dictamen favorable (fs. 16). Llamados los autos para resolver (fs. 17), el tribunal *a quo* dictó el pronunciamiento de fs. 18/20 por el cual, sobre la base de la atribución que le reconoce el art. 10 de la ley suprema provincial para declarar de oficio la inconstitucionalidad de las leyes, y por considerar oportuno realizarlo en ese estadio del proceso para hacer cesar un clima de inseguridad jurídica, declaró la inconstitucionalidad de las normas municipales impugnadas en la demanda y la nulidad e inaplicabilidad de todos los actos realizados al amparo de las disposiciones declaradas inconstitucionales.

Con ulterioridad a dicho pronunciamiento y frente a los planteos deducidos por el intendente de la ciudad de San Luis, señor Carlos Alberto Ponce, por el letrado de dicha municipalidad y por quien resultó electo en los comicios convocados por la autoridad comunal (fs. 64/70; 134/156; 172/174; 219/294), consistentes en peticiones de nulidad y recursos extraordinarios de inconstitucionalidad por ante esta Corte, se sucedieron diversas vicisitudes ante el tribunal *a quo* que sobre la base de desconocer personería a los presentantes y de reconocer tal condición a la candidata electa en el procedimiento llevado a cabo ante la convocatoria de las autoridades provinciales (fs. 182/183 y 204), llevaron a considerar, por un lado, desistida a la municipalidad de todas las impugnaciones introducidas por quienes, en su momento, contaban con representación de esa persona jurídica y, por el otro, carentes de tal personería a quienes se presentaron ulteriormente en nombre de la ciudad de San Luis, desglosándose de la causa a todas las presentaciones efectuadas por los nombrados (fs. 176, 204 y 295).

9º) Que del examen de las constancias correspondientes a la causa “Partido Justicialista Distrito San Luis c/ Municipalidad de la Ciudad de San Luis s/ demanda de inconstitucionalidad”, radicada ante el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de San Luis e identificada en sus registros como P.19, año 2003, surge que el Partido Justicialista Distrito San Luis promovió demanda contra la Municipalidad de la Ciudad de San Luis, a fin de que —en su momento— se declarase la inconstitucionalidad del art. 125 de la Carta Orgánica Municipal de dicha ciudad y de la ordenanza municipal 2936/03. Ofreció prueba, peticionó que se dictara una prohibición de innovar pues los perjuicios no podrían ser subsanados por el pronunciamiento definitivo, para concluir reiterando que oportunamente se haga lugar a la demanda y que se declare la inconstitucionalidad de las normas indicadas (fs. 11/18).

Después de hacer lugar a la medida cautelar (fs. 22/23), el superior tribunal corrió traslado de la demanda a la Municipalidad de San Luis (fs. 29). Llamados los autos para resolver diversos planteos introducidos por la demandada que impugnaban la prohibición de innovar ordenada y otras resoluciones complementarias, así como una petición de la demandante concerniente a que el Tribunal Electoral Municipal no está cumpliendo con la orden cautelar, el superior tribunal destacó que ante la analogía de las cuestiones planteadas en estas actuaciones con las consideradas y decididas en la sentencia definitiva dictada en los autos Expte. N° 27G2003 “Gobierno de la Provincia de San Luis c/ Municipalidad de la Provincia de San Luis s/ demanda de inconstitucionalidad”, era necesario emitir un pronunciamiento que hiciera cesar el estado de incertidumbre e inseguridad jurídica instalado en la sociedad, ocasionado por la conducta obstruccionista del municipio y por la desobediencia en que había incurrido con respecto a las medidas cautelares dictadas en esta causa. En consecuencia, el Superior Tribunal de Justicia procedió a dictar sentencia sobre el fondo del asunto declarando de oficio la inconstitucionalidad de las normas municipales impugnadas en la demanda, así como la nulidad e inaplicabilidad de todos los actos realizados al amparo de las disposiciones declaradas inconstitucionales (fs. 85/87).

Con ulterioridad a dicho pronunciamiento, el tribunal dictó la providencia de fs. 157 por la cual tuvo por contestada la demanda y presente lo expresado para su oportunidad; asimismo, frente a los planteos deducidos por el intendente de la ciudad de San Luis, señor Carlos Alberto Ponce y por dos integrantes del Tribunal Electoral Municipal (fs. 164/170, 171/177, 178/183, 194/201, 202/209 y 211/218), consistentes en peticiones de nulidad y

recursos extraordinarios de inconstitucionalidad por ante esta Corte, se sucedieron diversas vicisitudes ante el tribunal *a quo*, que, sobre la base de reconocer personería a María Angélica Torrontegui como intendente de la ciudad de San Luis, tuvo presente el desistimiento formulado por la nombrada de “...todo planteo, acción, recurso, recusación, impugnación y/u otro remedio procesal, ejercido y que tienda a cuestionar, impugnar o conmovier el fallo emitido por V.E. en los presentes autos...” (fs. 478/479 y 480).

10) Que, por último, cabe traer a cuento que el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de San Luis decidió en el acuerdo n° 433, celebrado el 17 de octubre de 2003, convocar al electorado de la ciudad de San Luis para el 23 de noviembre de 2003, a fin de que se procediera a elegir intendente municipal y siete concejales municipales e igual número de suplentes.

El tribunal sostuvo esa convocatoria en el contenido del pronunciamiento que había dictado en la causa “Gobierno de la Provincia de San Luis c/ Municipalidad de la Provincia de San Luis s/ demanda de inconstitucionalidad”, así como en el alzamiento y desobediencia en que estaba incurriendo el municipio capitalino con respecto a dicho fallo al llevar adelante un procedimiento electoral declarado nulo y no realizar una nueva convocatoria electoral, todo lo cual, agregó el tribunal, cercenaba el derecho del pueblo de la ciudad de San Luis de elegir y ser elegido para cargos municipales, circunstancia de gravedad institucional que obligaba a adoptar las medidas que garantizaran el proceso electoral municipal.

Dicha acordada del superior tribunal fue el argumento invocado en la presentación del fiscal electoral provincial que dio lugar a la causa “Agente Fiscal N° 1 sol. declare nulidad s/ medidas, año 2003A109”, en que el Tribunal Electoral de la Provincia de San Luis declaró la nulidad de las elecciones llevadas a cabo el 9 de noviembre de 2003, a las que había llamado el intendente Ponce, con fundamento en que dichos comicios resultaban inválidos a raíz de lo resuelto sobre el punto por el superior tribunal de justicia provincial y de la convocatoria efectuada para el acto eleccionario del 23 de noviembre (fs. 9/10).

Contra dicho pronunciamiento el señor Daniel Raúl Pérsico, en su condición de intendente electo de la ciudad de San Luis, interpuso recurso extraordinario, el cual fue ordenado desglosar por carecer de la condición de parte, a raíz de lo cual aquel peticionario interpuso ante esta Corte una presentación directa A.100.XL “Agente Fiscal N° 1 solicita declare nulidad s/ medidas expte. A109/2003”.

11) Que la circunstancia de que —ante el fenecimiento del mandato para el cual Carlos Alberto Ponce había sido electo, como consecuencia del tiempo transcurrido durante la substanciación del proceso hasta esta etapa decisoria— el nombrado haya perdido todo interés personal en obtener una decisión concerniente a la validez de la caducidad dispuesta por las normas tachadas de inconstitucionales, no significa de por sí ni trae como consecuencia mediata que el pronunciamiento sobre la substancia de la cuestión constitucional introducida en la demanda carezca de todo efecto por haber cesado, según se aduce, la existencia de controversia actual, pues además de la razón que fundadamente señala el señor Procurador General de la Nación en su dictamen, se suman otros dos argumentos.

De un lado, es decisivo esclarecer que la pretensión no sólo fue promovida a fin de tutelar un derecho subjetivo del titular del municipio para permanecer en funciones sino, conjuntamente y con particular énfasis, en representación de la Intendencia de la

Ciudad de San Luis y con el nítido objeto de procurar tutela jurisdiccional para preservar la autonomía reconocida a dicho municipio, de modo predominante, por los arts. 5 y 123 de la Constitución Nacional, condición que en la demanda se entendía vulnerada, también, por la convocatoria a elecciones de autoridades comunales que los textos normativos impugnados ponían en cabeza de órganos del gobierno provincial. Todo lo cual demuestra que la pretensión —en cuanto postula la inconstitucionalidad, por cercenar el régimen de autonomía vigente, de todo acto de naturaleza electoral que lleven a cabo los poderes de provincia— mantiene, frente a los antecedentes del conflicto señalados en los considerandos precedentes, un manifiesto contenido federal que debe ser dilucidado y, por ende, configura la presencia de un caso litigioso correspondiente a la competencia originaria del Tribunal.

Desde otra visión, la subsistencia de los recaudos que hacen a la potestad de este Tribunal para dictar un pronunciamiento útil, viene dada por la particular circunstancia de que en el marco de la medida cautelar ordenada en el *sub lite* han sido dictadas diversas resoluciones, a fin de “...asegurar la eficacia práctica de la sentencia que debe recaer...; de resguardar los derechos esgrimidos hasta tanto exista la posibilidad de dirimir el punto debatido y esclarecer los derechos que cada una de las partes invoque..., y se asegure que, cuando recaiga sentencia, ésta no será de cumplimiento imposible...” (conf. resolución de fs. 41/42 y su remisión a los fundamentos del pronunciamiento dictado, en igual fecha, en la causa “Barbeito, Juan Cristóbal” Fallos: 326:1248), respecto de las cuales las partes se imputan recíprocamente, en estas actuaciones, haber desobedecido los mandatos de no innovar dados en aquellos pronunciamientos. La naturaleza de dichas imputaciones da lugar a las graves consecuencias que, necesariamente, se producirán en el caso de concluirse que ha mediado el incumplimiento invocado, al punto de que es apto —con arreglo a lo que después se expresará— para comprometer la validez de uno u otro de los procesos electorales que, de modo independiente, fueron convocados y llevados a cabo por la Provincia de San Luis y por la Intendencia de la Ciudad de San Luis a fin de elegir a las autoridades municipales. La singular naturaleza de dichas cuestiones, más allá de las consecuencias que necesariamente se proyectarán sobre las causas tramitadas ante la jurisdicción local, sostiene que deban ser resueltas por esta Corte en el proceso en que las resoluciones fueron dictadas, máxime cuando también se mantienen, según lo subrayado en el párrafo anterior, los presupuestos substanciales que dieron lugar a la jurisdicción originaria del Tribunal.

Ello es así, pues es en esta instancia y en esta causa en que el Tribunal debe juzgar si sus decisiones han sido acatadas, o no, y en su caso debe tomar las decisiones apropiadas para lograr el riguroso cumplimiento de sus fallos, desmantelando las consecuencias derivadas de todo acto por el cual —sin importar la autoridad local que lo hubiera dictado, en qué condiciones ni bajo qué *nomen iuris*— se haya intentado neutralizar, paralizar o desconocer, en todo o en parte, los mandatos contenidos en una o más decisiones dictadas por este Tribunal en esta instancia originaria y exclusiva.

Que en consecuencia cabe afirmar que la pretensión ha sido deducida en representación de la Municipalidad de San Luis y encaminada a la protección del buen funcionamiento de las instituciones republicanas. Esta calificación resulta decisiva para la subsistencia del interés en la causa, ya que no se trata sólo de bienes jurídicos individuales, sino de la tutela del adecuado funcionamiento de las instituciones.

Que la guía hermenéutica más segura para las decisiones judiciales está dada por los principios jurídicos fundamentales para la organización de la Nación, los que tienen prioridad argumentativa respecto a las necesidades momentáneas que las partes invocaron en la causa. En este sentido la protección de las instituciones es un deber fundamental de esta Corte, que excede claramente el propósito electoral de un participante. Por otra parte, el control constitucional de los procedimientos democráticos —admitido por numerosos tribunales de justicia en el derecho comparado—, pretende asegurar la efectiva participación del elector, la pluralidad de opciones y la transparencia de los actos electorales, todo lo cual interesa a la República y al conjunto de los ciudadanos siendo esencial para el Estado de Derecho. Asimismo, esta Corte ha destacado que “la normativa electoral busca dar certeza y poner fin a las disputas mediante la rápida definición de situaciones jurídicas conflictivas que trascienden el interés de los partidos y afectan el normal desenvolvimiento institucional” (Fallos: 314:1784).

Que, al respecto, la acción de que trata esta causa procura, precisamente, hacer cesar un estado de incertidumbre respecto del funcionamiento de las instituciones, finalidad que la Provincia de San Luis obstruyó en distintos sentidos, impidiendo la tutela de la calidad de aquéllas, su funcionamiento y su transparencia, por lo que, entonces, subsiste un interés en corregir los correspondientes desvíos, razón por la cual el objeto de la causa no ha devenido abstracto.

12) Que la pretensión sustancial deducida tiene por objeto la protección de la autonomía municipal, con base en los arts. 5 y 123 de la Constitución Nacional.

Que, en tal sentido, con respecto a las normas locales tachadas como inválidas por la demandante, esta Corte comparte las conclusiones del punto VIII del dictamen del señor Procurador General de la Nación, por lo que con arreglo a los fundamentos allí expresados corresponde declarar que el art. 8° de la ley provincial 5324 y los arts. 2°, 5° y 8° del decreto provincial 117/2003 son violatorios de la Constitución Nacional.

Por la decisiva incidencia que, además, conserva para decidir una cuestión que sobrevino durante el desarrollo de este proceso, importa subrayar que el fundamento esencial que da lugar a la invalidez declarada tiene su razón de ser —como también lo destaca el señor Procurador General— en que toda asunción por parte de la autoridad provincial de atribuciones que han sido asignadas exclusivamente a los titulares de los departamentos ejecutivos municipales —como es convocar a elecciones dentro de ese ámbito—, afecta seriamente la autonomía municipal al introducir una modificación en ella de manera incompatible con el diseño constitucional. Tal intromisión, de ser aceptada, lesionaría la personalidad y las atribuciones del municipio, pues las autoridades constituidas deben respetar el grado de autonomía asignado a los diferentes niveles de gobierno por el constituyente provincial, cuya preservación no admite limitaciones acotadas por el grado o medida en que las autoridades provinciales franqueen el ámbito reservado a la libre disposición comunal; de no procederse del modo indicado, aún por mínima que fuera la afectación de las instituciones, se autorizará un paulatino y peligroso cercenamiento de las atribuciones municipales (Fallos: 314:495, disidencia de los jueces Fayt, Belluscio y Petracchi, considerando 5°).

Por otra parte, la regla sostenida por esta Corte referente a la irrevisibilidad de los requisitos impuestos por la legislación provincial para la elección de sus autoridades (Fallos: 314:1163), no es aplicable cuando tales normas locales constituyen una clara violación de

la autonomía municipal prevista en la Constitución Nacional (art. 123). En este sentido, el mandato constitucional de asegurar la autonomía municipal no puede ser desnaturalizado mediante una reglamentación que produzca la caducidad de los mandatos.

Cabe observar, en fin, que la norma que se descalifica no puede ser analizada sólo con relación a sus efectos instantáneos, sino también con referencia a las consecuencias que ha producido y de las cuales hay evidencia probatoria incontrastable. Así pues, además de las normas declaradas inconstitucionales, cabe descalificar los actos que se fundaron en ellas, pues también han contribuido a desarticular las bases de la organización funcional del municipio, siendo este un valor que debe ser preservado (Fallos: 312:326).

13) Que afirmada la legitimación del peticionante —lo que supone la subsistencia de su interés—, el carácter no abstracto de las cuestiones controvertidas, la inconstitucionalidad de las normas provinciales violatorias de la autonomía municipal y la de los actos que tuvieron su fundamento en ellas, corresponde asegurar el efectivo cumplimiento de lo decidido.

Que, al respecto, corresponde recordar que esta Corte ordenó una tutela preventiva dictando providencias inhibitorias de actos obstructivos de las elecciones convocadas por el municipio de la ciudad de San Luis, cuyo destinatario fue la Provincia de San Luis. Estas decisiones se encuentran firmes y han sido dictadas en el marco de la competencia exclusiva y originaria de esta Corte fijada por el art. 117 de la Constitución Nacional, no siendo posible retrotraer sus efectos, sino por el contrario afirmarlos.

Que, en tal sentido, el Estado provincial no puede desconocer tres resoluciones firmes y ejecutoriadas ni es admisible que se ponga en cuestión la jurisdicción originaria y exclusiva de esta Corte mediante la intervención del poder judicial provincial.

Que tampoco es admisible que las partes pretendan modificar las decisiones de los jueces mediante actos jurídicos claramente violatorios de una orden firme dictada en el proceso en el que ellas participan, pretendiendo luego que se les reconozca efectos. Las decisiones de los jueces deben ser respetadas y todo encadenamiento de actos directa o indirectamente violatorios, debe ser descalificado.

El Estado de Derecho, el imperio de la ley y el ajuste a las reglas del proceso es lo que permite la solución de los conflictos.

Todas estas reglas admitidas en una sociedad madura y civilizada fueron violadas en esta causa por parte de la Provincia de San Luis.

Los actos realizados revelan el indisimulable objetivo de frustrar el ejercicio por esta Corte de su jurisdicción constitucional, para impedir de ese modo que se preserve la supremacía de la Ley Fundamental, cuyas cláusulas estaban siendo vulneradas por las autoridades provinciales en los términos expresados anteriormente.

Al respecto, los antecedentes de las actuaciones llevadas a cabo en las causas judiciales tramitadas ante la competencia originaria del superior tribunal provincial, así como las decisiones tomadas en ellas con patente ignorancia de un principio que ha dejado de discutirse en occidente desde hace dos siglos, cuya revisión es instada ante esta Corte por la Municipalidad de la Ciudad de San Luis en la vía del art. 14 de la ley 48, demuestran con la mayor evidencia la naturaleza claramente paralizante de dichos procesos judiciales

con el espurio propósito de frustrar toda ejecutoriedad al pronunciamiento definitivo que debía tomar este Tribunal.

Que en cuanto a la gravedad del desconocimiento en el cual han incurrido las autoridades provinciales con respecto a lo decidido por esta Corte en el *sub lite*, así como las consecuencias jurídicas e institucionales que se derivan de tal modo de proceder, corresponde también remitir, en lo substancial, a los puntos VI, VII y VIII del dictamen del señor Procurador General de la Nación agregado a la causa G.75.XL “Gobierno de la Provincia de San Luis c/ Municipalidad de San Luis”, cuya descripción de antecedentes, fundamentos y conclusiones el Tribunal comparte.

Que, asimismo, es preciso recordar que situaciones como la planteada en estas actuaciones no son extrañas ni novedosas en los comportamientos llevados a cabo por la Provincia de San Luis, por intermedio de cualquiera de sus poderes, frente a decisiones de este Tribunal, también tomados en esta instancia originaria, que se reputaban erróneas y cuyo cumplimiento se pretendía evadir.

En efecto, en la causa “Dimensión Integral de Radio Difusión S.R.L. c/ Provincia de San Luis” y frente a un embargo ordenado por un juez penal provincial con el fin de impedir que la demandante percibiera de la provincia un crédito que había sido reconocido por tres decisiones pasadas en autoridad de cosa juzgada, esta Corte dio por tierra, frontalmente y con expresiones de un rigor inusitado para calificar la conducta de la provincia, con la ilegítima intentona que se pretendía ejecutar bajo el ropaje de acatar una decisión tomada por un magistrado local que gozaba de independencia (publicada en Fallos: 324:3025).

Más allá de que todo lo expresado en los considerandos 24, 25, 26, 27 y 28 de ese precedente es de entera aplicación en el *sub lite*, esta Corte, en su actual composición, encuentra apropiado transcribir ciertas consideraciones y determinados juicios de valor que se mantienen inalterados como principios pétreos frente a conductas reincidentes de la Provincia de San Luis.

La Corte afirmó en aquel asunto y reitera con énfasis “...que no puede permitir lo que cabe calificar como una clara interferencia en sus decisiones, y como una intromisión impertinente tal que no permite que se cumpla con su sentencia...”, pues acatar la orden judicial provincial de tipo precautorio “...importaría también consentir que esta jurisdicción constitucional no tuviese más alcance y eficacia que la que le quiera acordar el gobierno deudor, entendiendo por tal a todos los poderes que lo integran; cuando es sabido que la jurisdicción de esta Corte responde también al propósito de garantizar a los litigantes una justicia imparcial que acaso no siempre pueda ofrecer un tribunal de provincia cuando ésta sea parte” (arg. Fallos: 148:65).

Se enfatizó, de modo concorde, que “...son las razones superiores que inspiran su existencia como la necesidad de preservar el equilibrio del sistema federal las que impiden la sujeción de este Tribunal a la decisión preventiva adoptada por el juez local. Esta jurisdicción no puede ser obstaculizada, en la medida en que ha sido establecida al amparo de cualquier sospecha o parcialidad”.

Recordó el Tribunal que “...no cumpliría con su deber si se permitiese que la decisión en examen alcance su cometido, cuando entra en franca colisión con anteriores pronunciamientos de esta Corte constituyendo, como ha quedado demostrado, un palmario aparta-

miento de ellos, a punto tal que aparece como un alzamiento claro de la Provincia de San Luis contra lo dispuesto por la suprema autoridad judicial (arg. Fallos: 302:83)". En este último pronunciamiento se sostuvo que la interpretación de las sentencias de la Corte en las causas en que han recaído constituye cuestión federal bastante para autorizar el recurso extraordinario y que lo mismo ocurre si por trámites colaterales pudiera llegar a desplazarse el pronunciamiento del Tribunal.

Por último, el Tribunal se refirió al precedente de Fallos: 270:335, en el que se revocó la sentencia de cámara que, al interpretar un fallo anterior dictado en la causa por la Corte Suprema, desconoció en lo esencial lo resuelto en él. En dicho contexto se afirmó que "la supremacía de la Corte, cuando ejerce la jurisdicción que la Constitución y las leyes le confieren, impone a todos los tribunales, nacionales y provinciales, la obligación de respetar y acatar sus decisiones" (Fallos: 270:335).

14) Que todo acto violatorio de la tutela preventiva cuyo objeto era la protección de la autonomía municipal debe ser descalificado, incluyendo la decisión tomada por el Superior Tribunal de la Provincia de San Luis al convocar a elecciones municipales (acordada 433 del 17 de octubre de 2003).

Esta acordada viola la jurisdicción exclusiva de esta Corte con sustento en el art. 117 de la Constitución Nacional, y desconoce la doctrina según la cual las sentencias de esta Corte deben ser **lealmente** acatadas tanto por las partes como por los organismos jurisdiccionales que intervienen en las causas (Fallos: 325:2723).

La descalificación de este acto encuentra fundamento, además, en otro precedente de esta Corte relativo a la misma provincia, ya citado, en el que se subrayó que "...las autoridades de una provincia, [entre las que se encuentran los jueces locales], no pueden trabar o turbar en forma alguna la acción de los jueces que forman parte del Poder Judicial de la Nación y el deber de acatamiento que sobre ellas pesa adquiere mayor significación cuando se trata de pronunciamientos de la Corte, que es Suprema en el ejercicio de su competencia y cuyas decisiones son de cumplimiento inexcusable, sin que a ninguna autoridad provincial le esté permitido desconocerlas" (arg. Fallos: 249:17).

15) Que en la causa "Agente Fiscal n° 1 sol. declare nulidad s/ medidas expte. A.109/2003", en la que el Tribunal Electoral de la Provincia de San Luis declaró la nulidad de las elecciones llevadas a cabo el 9 de noviembre de 2003 que habían sido convocadas por el intendente Ponce, se advierten irregularidades semejantes a las de los otros procesos.

En este sentido surge con claridad que el fundamento único de la resolución del Tribunal Electoral es la decisión del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia, que ha sido descalificada por esta Corte en el considerando anterior.

La violación de la tutela inhibitoria decidida por esta Corte en el proceso de jurisdicción originaria, fue perpetrada por una secuencia de actos conectados entre sí. El legitimado pasivo de la orden era la Provincia de San Luis, lo que abarca todos sus poderes los cuales estaban obligados a respetar la orden de no interferir en el cumplimiento de una decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Siguiendo esta regla, la decisión de la corte puntana y la posterior del tribunal electoral provincial, están estrechamente vinculadas entre sí, ya que, como se ha dicho, el último remite en su fallo, sin mayores fundamentos adicionales, a lo dispuesto por aquel superior tribunal local. De tal modo, dicho fallo está

afectado de los mismos vicios del acto principal al cual se remite, circunstancia que lo invalida. Esta decisión, valga aclararlo, se funda también en la opinión del señor Procurador General de la Nación en la causa G.75.XL, quien propone dejar sin efecto la sentencia impugnada así como “...las resoluciones dictadas en su consecuencia en cuanto han sido materia de recursos extraordinarios...”.

16) Que la soberanía popular es un principio de raigambre constitucional que en el sistema democrático se integra con el reconocimiento del pueblo como último titular del poder político pero, al mismo tiempo, y para cumplir con tal objetivo, pone su acento en los procedimientos habilitados para hacer explícita aquella voluntad, origen del principio de representación. Por ello, el Estado de Derecho y el imperio de la ley son esenciales para el logro de una Nación con instituciones maduras.

En consecuencia, por aplicación del principio de soberanía popular, las cuestiones relativas a la autonomía municipal y a su efectiva vigencia en la estructura del Estado federal deben ser garantizadas, rechazando actos y procedimientos que traduzcan el desprecio y el quebranto de las instituciones locales.

En las condiciones expresadas, el Tribunal considera indispensable precisar cuáles son los términos estrictos del conflicto que da lugar a su intervención, pues diversas presentaciones efectuadas por el gobierno de la Provincia de San Luis y por la peticionaria electa en los comicios del 23 de noviembre de 2003, pretenden reducir la esfera de atribuciones del órgano instituido por la Constitución Nacional como titular de uno de los poderes del Gobierno Federal a una mera agencia electoral a cargo de la realización del escrutinio de dos comicios.

Esta postulación es falsa y debe ser absolutamente desechada, pues configura una simplificación malintencionada reducir la controversia a un problema numérico electoral, que parece encaminada a minar la autoridad de esta decisión por desconocer principios axiomáticos del sistema republicano, antes que a ofrecer una línea argumentativa seria para la consideración del Tribunal. No es admisible —en efecto— que se insinúe siquiera, y naturalmente no está discutida en esta causa una postura que ponga en tela de juicio que la democracia es el único principio actual de legitimación política bajo las condiciones enunciadas en el primero y segundo párrafo del presente considerando.

La tensión a la que se enfrenta esta Corte no da lugar, siquiera, a que asuma una función arbitral en una contienda electoral, sino a que juzgue en el marco de su competencia reconocida directamente por la Constitución Nacional —por un lado— si la ley y el decreto impugnados en la demanda son inconstitucionales, así como si los tres mandatos preventivos dictados para preservar dicho objeto deben ser lealmente acatados por la demandada; o si la Provincia de San Luis, en cambio, so color de proteger derechos correspondientes a un representante elegido por el pueblo, puede sustraerse a las decisiones del órgano titular del Poder Judicial de la Nación, y convertir en su opuesto a las instituciones que los constituyentes decretaron y establecieron para la Nación Argentina.

Ante semejante disyuntiva, esta Corte no duda en el grado preeminente que cabe reconocer a la preservación de la forma republicana de gobierno, que resultaría privada de la base misma que la sustenta si se ignorasen las atribuciones que la Constitución Nacional reconoce a esta Corte para la resolución de controversias con carácter final,

quedando desquiciadas las funciones estatales con el consiguiente desamparo de las garantías constitucionales.

Por ello y lo concordemente dictaminado por el señor Procurador General de la Nación, se resuelve: I. Dejar sin efecto todo lo actuado en las causas “Gobierno de la Provincia de San Luis c/ Municipalidad de la Pcia. de San Luis s/ demanda de inconstitucionalidad”, registrada ante el Superior Tribunal de Justicia de San Luis como n° 27G.2003 ; “Partido Justicialista Distrito San Luis c/ Municipalidad de la Ciudad de San Luis s/ demanda de inconstitucionalidad”, registrada ante el Superior Tribunal de Justicia de San Luis como n° 19P2003; y “Agente Fiscal N° 1 sol. declare nulidad s/ medidas”, registrada ante el Juzgado Electoral Provincial de San Luis como n° 109A2003; así como en los incidentes tramitados como consecuencia de ellas. II. Dejar sin efecto la acordada 433, del 17 de octubre de 2003, dictada por el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de San Luis. III. Declarar abstractas las cuestiones planteadas en los recursos de hecho presentados ante esta Corte y registrados como G.48.XL “Gobierno de la Provincia de San Luis c/ Municipalidad de San Luis”; G.75.XL “Gobierno de la Provincia de San Luis c/ Municipalidad de San Luis”; P.83.XL “Partido Justicialista Distrito San Luis c/ Municipalidad de San Luis”; A.100.XL “Agente Fiscal N° 1 solicita declare nulidad s/ medidas expte. A109/2003” y P.262.XL “Pérsico, Daniel Raúl s/ plantea nulidad”. IV. Hacer lugar a la demanda y, en consecuencia, declarar con respecto a la Municipalidad de la ciudad de San Luis la inconstitucionalidad del art. 8° de la ley local 5324 y de los arts. 2°, 5° y 8° del decreto provincial 117 MG-JCT/2003. V. Ordenar que se agregue copia de la presente en las causas mencionadas en el punto I y III. Agréguese copia a la presente causa del dictamen presentado por el señor Procurador General de la Nación en la causa que se menciona en el considerando 13. Reintégrense los depósitos por no corresponder, agréguese las quejas a los principales, notifíquese y devuélvanse.

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

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON RICARDO LUIS LORENZETTI

Considerando:

Que el infrascripto concuerda con los considerandos 1° a 15 del voto de los jueces Petracchi, Belluscio, Maqueda y Highton de Nolasco, a los que remite por razones de brevedad.

16) Que ambas partes han invocado a la soberanía popular en el ámbito municipal como un principio para resolver esta causa judicial.

Que, sin dudas, la voz del pueblo de la Nación es la fuente más legítima para adoptar decisiones en una sociedad organizada democráticamente, ya que toma en cuenta la opinión del mayor número de individuos que se expresan sobre una cuestión precisa sometida a su consideración. El principio mayoritario está fundado en la Constitución y las decisiones de este tipo gozan de una presunción de razonabilidad y de prioridad argumentativa. La Corte ha respetado este límite respecto de las decisiones contramayoritarias al establecer

el criterio de la no justiciabilidad de las cuestiones políticas (Fallos: 53:420) como principio general. Esta Corte se expresó en este sentido al sugerir a las partes la solución electoral en la audiencia conciliatoria convocada al efecto, pero en esta instancia se debe tomar una decisión para corregir la crisis institucional, lo cual no es incompatible con que ambos litigantes, en el cumplimiento de buena fe de esta sentencia, decidan consultar al pueblo, que es, en definitiva, al sujeto que ambos invocan como fuente de su legitimación.

Que es función de esta Corte fundamentar y proteger los consensos básicos para el funcionamiento de una sociedad en la que puedan convivir personas y grupos con opiniones diferentes. Este común sentir se edifica sobre algunas reglas que deben ser aceptables para quienes están distanciados por una controversia particular, y que lo serán en los conflictos subsiguientes cuando cambien sus posiciones de poderío o debilidad, y que serán aplicadas por las generaciones futuras porque se habrán transformado en una práctica constitucional consolidada.

En este sentido, no cabe duda alguna que los sectores enfrentados deberían estar de acuerdo en los principios básicos del Estado de Derecho y defensa de la soberanía popular en el ámbito de la autonomía municipal como esta Corte lo decide.

Que la Constitución no admite la validez de una voluntad popular expresada sin respetar los principios del Estado de Derecho ni permite que las mayorías puedan derogar principios fundamentales sobre los que se basa la organización republicana del poder y la protección de los ciudadanos.

La Democracia es Constitucional, y por ello la función de esta Corte en este caso no se dirige a imponer valores sustantivos a la comunidad de San Luis, sino a garantizar la vigencia de principios regulativos del modo en que ésta se expresa.

El escrutinio judicial de los procedimientos resulta esencial para robustecer las prácticas democráticas. Es por ello que esta causa y la decisión que en ella se adopte no solamente tiene en cuenta el propósito de remediar lo sucedido en el pasado, sino el de afirmar reglas que constituyan incentivos apropiados para los futuros participantes en la competencia electoral. El cumplimiento de los principios que constituyen el núcleo del Estado de Derecho es lo que orienta a una sociedad hacia una expresión madura y plural, mientras que su apartamiento condena al futuro a repetir un pasado que se desea mejorar.

Estas normas constituyen un presupuesto para que la decisión mayoritaria sea válida. Por esta razón, no es admisible modificar las reglas sobre la base de los resultados que surgen luego de incumplirlas. Un principio de estas características no podría fundar la competencia política, ya que ninguna persona razonable aceptaría formar parte de una sociedad organizada de esa manera.

Como conclusión de este primer aspecto, cabe afirmar que los principios del Estado de Derecho deben ser respetados como garantías para la expresión de las mayorías y una adecuada protección de las minorías.

Que dentro de estos principios deben mencionarse, por su importancia en el caso, la división de poderes, la descentralización institucional y la garantía que tiene el ciudadano a un rango de opciones electorales suficientemente amplio, así como al ejercicio de su libertad decisoria sin condicionamientos.

Que la división de poderes fundamenta la autoridad de esta Corte y la obligatoriedad de sus decisiones cuando ejercita la jurisdicción originaria. La tensión a la que se enfrenta esta Corte no se relaciona con la definición de una contienda electoral ni con la sustitución de la voluntad popular por la de los jueces. Se trata de determinar si los mandatos preventivos dictados para preservar el objeto de la *litis* y que se encuentran firmes, deben ser lealmente acatados por la demandada, o si pueden ser neutralizados mediante una serie de actos a los que se ha hecho referencia en los considerandos del voto de la mayoría. La respuesta contundente de esta Corte es que nadie está por encima de la ley y de su correcta interpretación judicial, puesto que afirmar lo contrario transformaría a la Constitución en un vano intento de limitar lo ilimitable.

Que la autonomía municipal debe ser interpretada como parte de un sistema institucional orientado hacia la descentralización y fundado en un federalismo cooperativo. Esta orientación fue promovida por el art. 3º, de la ley 24.309, que convocó a la reforma constitucional de 1994 con el fin de “fortalecer el federalismo” y se plasmó en los arts. 5 y 123 de la Constitución Nacional. La norma constitucional debe ser interpretada como un compromiso que asumieron las provincias de asegurar su régimen municipal, lo que importa no sólo el reconocimiento del estatuto municipal autónomo sino el de las facultades mínimas y necesarias para no desarticular su funcionamiento.

Estas normas permiten identificar un principio general de descentralización institucional, inspirado en el objetivo de lograr una sociedad más abierta y participativa. Como todo principio, constituye un mandato para lograr su máxima satisfacción compatible con otros que resulten aplicables al caso mediante un juicio de ponderación judicial.

En el presente caso se ha planteado un conflicto entre la Provincia de San Luis y su principal municipio, relativo al llamado a elecciones para elegir el intendente. No puede haber duda alguna que la solución debe estar guiada por la primacía de la autonomía municipal, conforme a los argumentos dados en el párrafo anterior. Ello no significa lesionar el funcionamiento del Estado provincial ni cristalizar de un modo definitivo la relación entre ambos, que debe ser, por el contrario, fundada en la cooperación y por lo tanto, dinámica. Se trata en cambio de dar una guía razonable para la solución de un conflicto particular de gran repercusión institucional.

Toda relación requiere como presupuesto el reconocimiento de la autonomía de la otra parte, y en este sentido esta Corte entiende que la intervención de la Provincia de San Luis, a través de sus poderes ha ido más allá de lo aconsejable. Si las autonomías municipales fueran despojadas de hecho de sus atributos principales, se produciría una concentración de las decisiones y una supresión fáctica de su ejercicio. Esa práctica es contraria al principio enunciado, el que manda perseguir, en la mayor medida posible en el caso, la diversidad, y el diálogo plural. En este sentido, la protección de la autonomía municipal tiene una máxima importancia ya que no sólo conlleva una razonable descentralización institucional, sino que permite una relación más inmediata entre gobernantes y gobernados.

Que finalmente cabe señalar que el ciudadano debe ser el centro de la atención de quienes tienen a su cargo la administración de los asuntos públicos. La existencia de dos intendentes, de dos concejos deliberantes, de actos de gobierno superpuestos, de una litigiosidad acentuada y de una falta de predisposición para llegar al acuerdo, muestran que ambas partes han sostenido las aspiraciones que consideraron legítimas sin la moderación

que hubiera sido esperable. La prudencia es un valor inherente a la práctica constitucional, que obliga a todos los que tienen responsabilidades conferidas por el pueblo a encaminar sus aspiraciones en la senda del bien común.

Por ello y lo concordemente dictaminado por el señor Procurador General de la Nación, se resuelve: I. Dejar sin efecto todo lo actuado en las causas “Gobierno de la Provincia de San Luis c/ Municipalidad de la Pcia. de San Luis s/ demanda de inconstitucionalidad”, registrada ante el Superior Tribunal de Justicia de San Luis como n° 27G.2003 ; “Partido Justicialista Distrito San Luis c/ Municipalidad de la Ciudad de San Luis s/ demanda de inconstitucionalidad”, registrada ante el Superior Tribunal de Justicia de San Luis como n° 19P2003; y “Agente Fiscal N° 1 sol. declare nulidad s/ medidas”, registrada ante el Juzgado Electoral Provincial de San Luis como n° 109A2003; así como en los incidentes tramitados como consecuencia de ellas. II. Dejar sin efecto la acordada 433, del 17 de octubre de 2003, dictada por el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de San Luis. III. Declarar abstractas las cuestiones planteadas en los recursos de hecho presentados ante esta Corte y registrados como G.48.XL “Gobierno de la Provincia de San Luis c/ Municipalidad de San Luis”; G.75.XL “Gobierno de la Provincia de San Luis c/ Municipalidad de San Luis”; P.83.XL “Partido Justicialista Distrito San Luis c/ Municipalidad de San Luis”; A.100.XL “Agente Fiscal N° 1 solicita declare nulidad s/ medidas expte. A109/2003” y P.262.XL “Pérsico, Daniel Raúl s/ plantea nulidad”. IV. Hacer lugar a la demanda y, en consecuencia, declarar con respecto a la Municipalidad de la ciudad de San Luis la inconstitucionalidad del art. 8° de la ley local 5324 y de los arts. 2°, 5° y 8° del decreto provincial 117 MGJCT/2003. V. Ordenar que se agregue copia de la presente en las causas mencionadas en el punto I y III. Agréguese copia a la presente causa del dictamen presentado por el señor Procurador General de la Nación en la causa que se menciona en el considerando 13. Reintégrense los depósitos por no corresponder, agréguese las quejas a los principales, notifíquese y devuélvanse.

RICARDO LUIS LORENZETTI.

DISIDENCIA PARCIAL DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON CARLOS S. FAYT

Considerando:

1°) Que a fs. 9/34 se presentó Carlos Alberto Ponce, en su carácter de intendente de la ciudad de San Luis y promovió acción declarativa de certeza en los términos del art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación contra la Provincia de San Luis, a fin de que se declarara la inconstitucionalidad del art. 8° de la ley local 5324 y de los arts. 2°, 5° y 8° del decreto provincial 117MGJCT/2003, a los que consideró violatorios de los arts. 5° y 123 de la Constitución Nacional, como así también de disposiciones de la Constitución provincial que cita (ver fs. 22 vta./23, 25, 26). Sostuvo que esas normas afectaban el sistema representativo y republicano de gobierno, el principio de la soberanía popular, sus derechos políticos y la autonomía municipal.

2°) Que el actor señaló que mediante la ley 5324 la provincia aprobó someter a la consideración del pueblo de San Luis, en la elección del 27 de abril de 2003, la incorporación a la Constitución provincial de una **cláusula transitoria** por la cual se disponía

la caducidad anticipada de los mandatos de todos los cargos electivos provinciales y municipales, a la par que habilitaba al Poder Ejecutivo provincial, **por una única vez**, para convocar a elecciones a fin de cubrir esos cargos. La caducidad se produciría, según el texto de la norma impugnada, el día que se fijara para la asunción de las nuevas autoridades electas (énfasis agregado).

Agregó que por medio del decreto 117/03, el Poder Ejecutivo provincial convocó a elecciones para el 27 de abril de 2003 con el objeto de elegir intendentes municipales — entre cuyos cargos aparece el de la Municipalidad de San Luis— para ratificar la enmienda constitucional antes mencionada fijó como fecha de asunción de los candidatos electos el 25 de mayo del mismo año.

De tal manera, y para el caso de que los votantes ratificaren la enmienda constitucional, se dispuso la caducidad anticipada de todos los cargos electivos provinciales y municipales vigentes, afectándose el régimen de gobierno municipal en la medida en que la norma imponía un acortamiento y desplazamiento inconstitucional de mandatos de funcionarios que se encontraban ejerciendo sus cargos electivos.

3º) Que el interesado requirió que se dictara una medida cautelar en los términos previstos en el art. 230 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, a fin de que se ordenase suspender preventivamente la aplicación de las normas tachadas de inconstitucionales hasta tanto recaiga una sentencia definitiva.

Mediante pronunciamiento del 10 de abril de 2003, esta Corte hizo lugar a la prohibición de innovar con relación a la aplicación de las disposiciones citadas, por lo que ordenó al Estado provincial **suspender toda acción gubernamental que importe alterar el período de vigencia del mandato del peticionante ya electo y en ejercicio de su cargo** (énfasis agregado; fs. 41/42).

4º) Que como consecuencia de la medida señalada, el Poder Ejecutivo provincial dictó el decreto 1218 –MGJCT 2003, lo que dio lugar a que el actor requiriera que se ampliaran a su respecto los alcances de la resolución cautelar adoptada, en el sentido que la Provincia de San Luis debería abstenerse de llevar adelante la convocatoria a elecciones contenida en el art. 2 del decreto aludido.

Sobre la base de que, en efecto, del último párrafo del decreto local 1218/03 surgía que se convocaba al electorado de la ciudad de San Luis para que el 27 de abril de 2003 procediera a la elección del intendente municipal, esta Corte sostuvo mediante pronunciamiento del 24 de abril de 2003 que dichos comicios estaban alcanzados por la medida cautelar y, por ende, que correspondía **hacer saber al Poder Ejecutivo provincial que debería abstenerse de seguir adelante con la convocatoria para elegir intendente de la ciudad de San Luis el 27 de abril de 2003** (énfasis agregado; fs. 132).

5º) Que el 14 de agosto de 2003 la Provincia de San Luis denunció que la Municipalidad de la Ciudad de San Luis estaba incumpliendo con la medida cautelar dispuesta por el Tribunal, pues por medio de su concejo deliberante comenzó a llevar a cabo el procedimiento electoral correspondiente a los comicios de autoridades municipales, que según entendía la peticionaria estaban suspendidos con arreglo a la medida precautoria ordenada el 10 de abril de 2003 y ampliada por resolución del 24 del mismo mes. Requirió que se intime al intendente de la ciudad de San Luis a abstenerse de constituir

el Tribunal Electoral Municipal y de ejecutar cualquier acción que implicase alterar la situación del procedimiento electoral vigente en la provincia, de conformidad con lo dispuesto por la ley local 5324 (fs. 238).

Esa petición fue desechada de plano por el Tribunal mediante pronunciamiento del 21 de octubre de 2003, al afirmar que: “...**Contrariamente a lo pretendido por la provincia, debe afirmarse que es ella la que no debe alterar ni interferir en el cronograma electoral de la ciudad capital. En efecto, tal como se ha puesto de relieve en la sentencia dictada a fs. 41/42 y en el pronunciamiento de fs. 132, la demandada, en el marco de la medida cautelar ordenada, no puede convocar a elecciones para elegir intendente de la ciudad de San Luis. Mal puede sostenerse entonces que, al hacerlo la comuna, se altera ‘la situación del procedimiento electoral’ dispuesto por la Ley Provincial 5324**” (énfasis agregado; fs. 244).

6°) Que el 29 de octubre de 2003 la demandada efectuó una nueva presentación por la cual persiguió que se aclarara dicho pronunciamiento. Para fundar tal solicitud, el Estado provincial denunció que por ley local 5394 se había facultado al Poder Ejecutivo para convocar al electorado de la provincia a fin de elegir, el 23 de noviembre de 2003, diputados nacionales, senadores y diputados provinciales, y a invitar a los intendentes a adherir a los términos de la mencionada ley; agregó que el superior tribunal de justicia local, al ver desobedecidas sus decisiones por parte del municipio capitalino, decidió convocar al electorado de la ciudad de San Luis para elegir, el 23 de noviembre de 2003, al intendente municipal y a los concejales; concluyó pidiendo que se aclarase que la provincia no había convocado a elecciones municipales, no había violado la medida cautelar ni tampoco aplicado la ley local 5324 (fs. 260/261).

La pretensión fue rechazada por esta Corte con fundamento en que el pronunciamiento de fs. 244 no había incurrido en ningún error material, concepto obscuro u omisión que autorizase el recurso interpuesto (fs. 262, del 25 de noviembre de 2003).

7°) Que a fs. 297/307 se presenta el señor Daniel Raúl Pérsico en su condición de nuevo intendente de la municipalidad demandante, a fin de solicitar que se ratifiquen las medidas y aclaraciones dispuestas en esta causa y, en tal sentido, la declaración de que corresponde al intendente de San Luis el llamado a elecciones para dicho cargo, que se anulen los actos de los poderes de la provincia que desconocieron la convocatoria a los comicios efectuada por la comuna y que se convaliden los resultados de dicho acto electoral.

Tras invocar que fue electo en los comicios llevados a cabo, el 9 de noviembre de 2003, en el marco del proceso electoral convocado por la comuna a través del ex intendente Carlos Alberto Ponce, procede a denunciar una serie de maniobras realizadas por el gobierno provincial, mediante las cuales ha continuado en su intento de vulnerar la autonomía municipal cuya preservación se persigue en el *sub lite*, la cual fue objeto de tutela preventiva por parte del Tribunal por las providencias cautelares dictadas a tal fin y por el fundado rechazo efectuado ante reiteradas peticiones del gobierno provincial, que perseguían impedir el funcionamiento de las instituciones comunales.

Con relación a las maniobras que denuncia, señala que tales actos fueron cumplidos en el marco de diversos procesos de naturaleza jurisdiccional tramitados ante la justicia provincial y esencialmente en el superior tribunal de justicia, a las cuales acudió la provincia a

raíz del fracaso de los sucesivos intentos llevados a cabo ante esta Corte en la presente causa, correspondiente a su jurisdicción originaria.

Alega que, por un lado, la provincia demandó al municipio por ante el superior tribunal, planteando la inconstitucionalidad de la Carta Orgánica Municipal y del decreto de convocatoria a elecciones emitido por el intendente Ponce, pretensiones que fueron admitidas por una sentencia de fondo que fue dictada **sin siquiera dar traslado de la acción a la demandada** (fs. 300; el énfasis corresponde a la cita; causa “Gobierno de la Provincia de San Luis c/ Municipalidad de San Luis s/ demanda de inconstitucionalidad”).

Señala que pese a que la municipalidad dedujo contra dicho pronunciamiento un incidente de nulidad y un recurso extraordinario federal que eran claramente suspensivos de la sentencia, los planteos no fueron considerados ni proveídos por el superior tribunal local que ordenó su desglose, excluyó a su representada como parte del proceso y, sobre la base de que las autoridades municipales habían desobedecido la sentencia, convocó a comicios para la elección de intendente y concejales, los que se realizarían el 23 de noviembre de 2003 (acuerdo N° 433).

Expresa que en dicho acto fue electo como “segundo” intendente la Srta. María Angélica Torrontegui, que se presentó como titular del municipio y obtuvo del superior tribunal una serie de resoluciones que, además de otorgarle el manejo de los dineros públicos comunales, dispusieron que el intendente de San Luis era la persona elegida en el marco de la segunda elección, realizada el 23 de noviembre de 2003. Este pronunciamiento también fue objeto de un recurso extraordinario por parte de la municipalidad, que no fue objeto de trámite alguno.

Relata que una situación análoga se verificó en la causa, también radicada ante el superior tribunal local, de carátula “Partido Justicialista Distrito San Luis c/ Municipalidad de San Luis s/ demanda de inconstitucionalidad”, en que se admitió la pretensión mediante sentencia del 3 de octubre de 2003, cuando la contestación de demanda sólo fue agregada al expediente por providencia del 7 del mismo mes y año. Aduce que a pesar de haber impugnado el fallo mediante un planteo de nulidad como por un recurso extraordinario, se excluyó del proceso a la municipalidad al ordenarse el desglose de aquellas presentaciones.

Otra irregularidad de características semejantes se verificó, según la presentante, en la causa “Agente Fiscal N° 1 sol. declare nulidad s/ medidas”, en que el Tribunal Electoral de la Provincia de San Luis declaró la nulidad de las elecciones llevadas a cabo el 9 de noviembre de 2003, a las que había llamado el intendente Ponce, con fundamento en que el superior tribunal de justicia había convocado a comicios para la elección de autoridades comunales para el 23 de noviembre. Reitera que el recurso extraordinario deducido contra dicha resolución fue desglosado, con sustento en que la municipalidad no era parte en la causa.

Señala por último que por medio de resoluciones arbitrarias e ilegales dictadas por tribunales provinciales, se ha vulnerado de manera directa la garantía constitucional de la autonomía municipal que esta Corte procuró resguardar mediante la medida cautelar dictada en esta causa, generando incluso un hecho demostrativo de la gravedad institucional existente, configurada por el desconocimiento de la prohibición de innovar según el preciso alcance que surge de las tres resoluciones dictadas al respecto por este Tribunal, por

la coexistencia de dos autoridades municipales en la ciudad de San Luis y por el manifiesto desconocimiento de toda garantía de defensa en juicio invocada por el presentante en las causas tramitadas en sede local.

8º) Que del examen de las constancias correspondientes a la causa “Gobierno de la Provincia de San Luis c/ Municipalidad de la Provincia de San Luis s/ demanda de inconstitucionalidad”, radicada ante el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de San Luis e identificada en sus registros como G.27, año 2003, surge que la Provincia de San Luis promovió demanda contra la Municipalidad de la Ciudad de San Luis, a fin de que se declare la inconstitucionalidad del art. 125 de la Carta Orgánica Municipal de dicha ciudad; de la ordenanza 2936/03 y del decreto 526/03, ambos de la municipalidad demandada. Solicitó que se imprimiera a la causa el trámite de juicio ordinario, ofreció prueba, peticionó que se dictara una prohibición de innovar y concluyó reiterando que oportunamente se haga lugar a la demanda y se declare la inconstitucionalidad de las normas indicadas (fs. 8/14).

El superior tribunal corrió vista al señor Procurador General con respecto a la medida cautelar (fs. 15), intervención que dio lugar a un dictamen favorable (fs. 16). Llamados los autos para resolver (fs. 17), el tribunal *a quo* dictó el pronunciamiento de fs. 18/20, por el cual sobre la base de la atribución que le reconoce el art. 10 de la ley suprema provincial para declarar de oficio la inconstitucionalidad de las leyes, y por considerar oportuno realizarlo en ese estadio del proceso para hacer cesar un clima de inseguridad jurídica, declaró la inconstitucionalidad de las normas municipales impugnadas en la demanda y la nulidad e inaplicabilidad de todos los actos realizados al amparo de las disposiciones declaradas inconstitucionales, sin sustanciación alguna.

Con posterioridad, el intendente de la ciudad de San Luis, señor Carlos Alberto Ponce, dicha municipalidad y quien resultó electo en los comicios convocados por la autoridad comunal (fs. 64/70; 134/156; 172/174; 219/294), plantearon nulidad y recursos extraordinarios federales, que el tribunal *a quo* rechazó sobre la base de desconocer personería a los presentantes y, en cambio, de reconocer tal condición a la candidata electa en el procedimiento llevado a cabo ante la convocatoria de las autoridades provinciales (fs. 182/183 y 204). Así, frente al desistimiento de esos recursos por parte de esta última, se tuvo a la Municipalidad de San Luis, por un lado, desistida de todas las impugnaciones recién referidas —nulidades y recursos federales— y, por el otro, carentes de personería a los presentantes de fs. 64/70; 134/156; 172/174; 219/294 cuyos escritos ordenó desglosar (fs. 176, 204 y 295).

9º) Que del examen de las constancias correspondientes a la causa P.19, año 2003 “Partido Justicialista Distrito San Luis c/ Municipalidad de la Ciudad de San Luis s/ demanda de inconstitucionalidad”, radicada ante el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de San Luis, surge que el Partido Justicialista Distrito San Luis promovió demanda contra la Municipalidad de la Ciudad de San Luis, a fin de que —en su momento— se declarase la inconstitucionalidad del art. 125 de la Carta Orgánica Municipal de dicha ciudad y de la ordenanza municipal 2936/03. Ofreció prueba, peticionó que se dictara una prohibición de innovar pues los perjuicios no podrían ser subsanados por el pronunciamiento definitivo, para concluir reiterando que oportunamente se haga lugar a la demanda y que se declare la inconstitucionalidad de las normas indicadas (fs. 11/18).

Después de hacer lugar a la medida cautelar (fs. 22/23), el superior tribunal corrió traslado de la demanda a la Municipalidad de San Luis (fs. 29). Llamados los autos para

resolver diversos planteos introducidos por la demandada que impugnaban la prohibición de innovar ordenada y otras resoluciones complementarias, así como una petición de la demandante concerniente a que el Tribunal Electoral Municipal no está cumpliendo con la orden cautelar, el superior tribunal destacó que ante la analogía de las cuestiones planteadas en estas actuaciones con las consideradas y decididas en la sentencia definitiva dictada en los autos Expte. N° 27G2003 “Gobierno de la Provincia de San Luis c/ Municipalidad de la Provincia de San Luis s/ demanda de inconstitucionalidad”, era necesario emitir un pronunciamiento que hiciera cesar el estado de incertidumbre e inseguridad jurídica instalado en la sociedad, ocasionado por la conducta obstruccionista del municipio y por la desobediencia en que había incurrido con respecto a las medidas cautelares dictadas en esta causa. En consecuencia, el Superior Tribunal de Justicia procedió a dictar sentencia sobre el fondo del asunto declarando de oficio la inconstitucionalidad de las normas municipales impugnadas en la demanda, así como la nulidad e inaplicabilidad de todos los actos realizados al amparo de las disposiciones declaradas inconstitucionales (fs. 85/87).

Dictó luego la providencia de fs. 157 por la cual tuvo por contestada la demanda y presente lo expresado para su oportunidad; asimismo, frente a los planteos deducidos por el intendente de la ciudad de San Luis, señor Carlos Alberto Ponce y por dos integrantes del Tribunal Electoral Municipal (fs. 164/170, 171/177, 178/183, 194/201, 202/209 y 211/218), consistentes en peticiones de nulidad y recursos extraordinarios de inconstitucionalidad por ante esta Corte, se sucedieron diversas vicisitudes ante el tribunal *a quo*, que sobre la base de reconocer personería a María Angélica Torrontegui como intendente de la ciudad de San Luis tuvo presente el desistimiento formulado por la nombrada de “...todo planteo, acción, recurso, recusación, impugnación y/u otro remedio procesal, ejercido y que tienda a cuestionar, impugnar o conmover el fallo emitido por V.E. en los presentes autos...” (fs. 478/479 y 480).

10) Que, por último, cabe traer a cuento que el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de San Luis decidió en el acuerdo N° 433, celebrado el 17 de octubre de 2003, convocar al electorado de la ciudad de San Luis para el 23 de noviembre de 2003, a fin de que se procediera a elegir intendente municipal y siete concejales municipales e igual número de suplentes.

El tribunal sostuvo esa convocatoria en el contenido del pronunciamiento que había dictado en la causa “Gobierno de la Provincia de San Luis c/ Municipalidad de la Provincia de San Luis – demanda de inconstitucionalidad”, así como en el alzamiento y desobediencia en que estaba incurriendo el municipio capitalino con respecto a dicho fallo al llevar adelante un procedimiento electoral declarado nulo y no realizar una nueva convocatoria electoral, todo lo cual, agregó el tribunal, cercenaba el derecho del pueblo de la ciudad de San Luis de elegir y ser elegido para cargos municipales, circunstancia de gravedad institucional que obligaba a adoptar las medidas que garanticen el proceso electoral municipal.

Dicha acordada del superior tribunal fue el argumento invocado en la presentación del fiscal electoral provincial que dio lugar a la causa “Agente Fiscal N° 1 sol. declare nulidad s/ medidas, año 2003A109”, en que el Tribunal Electoral de la Provincia de San Luis declaró la nulidad de las elecciones llevadas a cabo el 9 de noviembre de 2003, a las que había llamado el intendente Ponce, con fundamento en que dichos comicios resultaban inválidos

a raíz de lo resuelto sobre el punto por el superior tribunal de justicia provincial y de la convocatoria efectuada para el acto eleccionario del 23 de noviembre (fs. 9/10).

Contra ese pronunciamiento el señor Daniel Raúl Pérsico, en su condición de intendente electo de la ciudad de San Luis, interpuso recurso extraordinario, cuyo desglose fue ordenado por carecer de la condición de parte, a raíz de lo cual aquel peticionario interpuso ante esta Corte una presentación directa A.100.XL “Agente Fiscal N° 1 solicita declare nulidad s/ medidas expte A109/2003”.

11) Que en primer término, corresponde señalar que —ante el fenecimiento del mandato para el cual había sido electo Carlos Alberto Ponce— esta causa resulta abstracta. Ello es así pues más allá de la naturaleza del interés que se pretendió tutelar con la presente demanda, el objeto del proceso era el estudio de la constitucionalidad de las normas indicadas en la medida en que disponían la caducidad anticipada de los mandatos de todos los cargos electivos provinciales y municipales y habilitaban al Poder Ejecutivo provincial a convocar —**por única vez**— elecciones para esos cargos.

Al haber vencido ya los plazos ordinarios de los mandatos de cuya caducidad se trata, la causa resulta hoy abstracta y por tanto, el Tribunal no se encuentra habilitado para dictar pronunciamiento alguno, mucho más cuando la convocatoria a elecciones por parte de la provincia se estableció **por única vez** de modo que tampoco en este aspecto existe la necesidad de un pronunciamiento judicial que se expida sobre la constitucionalidad de normas que no habrán de ser aplicadas en el futuro, lo que excluye la aplicación de la doctrina de Fallos: 310:804.

12) Que, no obstante, frente a la posibilidad de que se entendiera que el voto de la mayoría en esta cuestión previa obligara a la minoría del tribunal colegiado a pronunciarse sobre el fondo de la cuestión (doctrina de Fallos: 310:2845), corresponde estudiar si las disposiciones atacadas resultan violatorias de la autonomía municipal consagrada por los arts. 5 y 123 de la Constitución Nacional.

Esta Corte no comparte los términos del dictamen del señor Procurador General, en tanto importa afirmar que se viola la Constitución Nacional porque se reforma la Constitución provincial en una materia de exclusiva incumbencia de las autoridades locales. Así, sostiene que esa enmienda importa la asunción por parte de las autoridades provinciales de funciones que la **Constitución provincial** —no la Nacional— asignaban antes a los ejecutivos municipales.

El ejercicio de la facultad reservada por las provincias de regular sus propias instituciones y regirse por ellas, a condición —en lo que al caso interesa— de respetar la autonomía municipal, no importa cristalizar el primigenio contenido asignado a esa autonomía municipal en el original estatuto constitucional local o, en su caso, en aquel que le haya conferido mayores facultades. La facultad provincial no delegada de regular las instituciones locales y regirse por ellas —en lo que al órgano encargado de convocar al acto eleccionario municipal se refiere— no se ha agotado en un único ejercicio que vede su ulterior modificación o reforma, más allá de que el posterior estatuto en cuanto a su contenido sea o no compatible con la citada previsión del art. 5 de la Constitución Nacional. Y en este último aspecto, este Tribunal no advierte la existencia de violación de la autonomía municipal.

No puede extraerse una conclusión diversa de los precedentes de Fallos: 154:25 y 210:1153 citados por el señor Procurador General, que no se refieren al alcance de la autonomía municipal frente a los gobiernos provinciales. En efecto, el primero de ellos descarta la competencia federal respecto del cobro de tributos municipales, que atribuye a la justicia provincial. No se encontraba allí en juego —como ocurre en autos— delimitar el alcance de la autonomía municipal frente a la propia provincia. Ello, al punto que al referirse a la actuación de la municipalidad en materia tributaria —única sobre la que el caso versa— se indica que ella obra “por delegación de los poderes provinciales”.

En cuanto a la decisión registrada en Fallos: 210:1153, de ella no resulta doctrina alguna aplicable a la cuestión aquí en debate. Allí se decidió el planteo de inconstitucionalidad de la ley de creación de la Corporación de Transportes de la Ciudad de Buenos Aires y la interpretación que se efectuó en orden a las atribuciones del gobierno municipal lo fue respecto de la **Municipalidad de Buenos Aires** antes de la reforma de 1994, cuestión que no guarda relación alguna con el art. 5 de la Constitución Nacional.

Por el contrario, debe recordarse que esta Corte ha sostenido que el art. 123 de la Constitución Nacional **no confiere a los municipios el poder de reglar las materias que le son propias sin sujeción a límite alguno**, les reconoce autonomía en los órdenes “institucional, político, administrativo, económico y financiero” e impone a **las provincias** la obligación de asegurarla, pero **deja librado a la reglamentación que éstas realicen la determinación de su “alcance y contenido”** (Fallos: 325:1249, énfasis agregado). Esa facultad no se agota —como se dijo respecto de otras (Fallos: 308: 2268, voto del juez Petracchi)— en un único ejercicio.

13) Que sin embargo, esta Corte no puede dejar de advertir que a pesar de las diversas resoluciones cautelares ordenadas en el *sub examine* con el objeto de preservar la utilidad de la decisión final del asunto, las autoridades provinciales —esencialmente su Poder Judicial— han llevado a cabo una serie de actos de diversa índole y gravedad, con el indisimulable objetivo de frustrar el ejercicio de la jurisdicción constitucional de esta Corte en su fundamental finalidad de preservar la supremacía de la Ley Fundamental frente a disposiciones locales cuestionadas sobre la base de su presunta vulneración por las autoridades provinciales.

Los antecedentes de las actuaciones llevadas a cabo en las causas judiciales tramitadas ante la competencia originaria del superior tribunal provincial, fundamentalmente las decisiones tomadas en ellas con patente ignorancia de un principio que ha dejado de discutirse en occidente desde hace dos siglos precisados en los considerandos 8° y 9°, cuya revisión es instada ante esta Corte por la Municipalidad de la Ciudad de San Luis en la vía del art. 14 de la ley 48, demuestran con la mayor evidencia, que el único espurio propósito de esa actividad judicial local fue frustrar ejecutoriedad al pronunciamiento definitivo que debía tomar este Tribunal en un asunto que, por mandato de lo dispuesto en el art. 117 de la Constitución Nacional, corresponde a su competencia exclusiva deferida por una norma de la raigambre indicada.

14) Que como se indicó en Fallos: 325:2723, está fuera de discusión que las sentencias de esta Corte deben ser lealmente acatadas tanto por las partes como por los organismos jurisdiccionales que intervienen en las causas (Fallos: 312:2187 y sus citas), principio que se basa primeramente en la estabilidad propia de toda resolución firme pero, además, en

la supremacía de la Corte que ha sido reconocida por la ley, desde los albores de la organización nacional, garantizando la intangibilidad de sus decisiones por medio de la facultad acordada al Tribunal de imponer directamente su cumplimiento a los jueces locales —art. 16, apartado final, ley 48—. Las graves responsabilidades que derivan de la naturaleza misma de las funciones que ejerce esta Corte, le imponen la firme defensa de sus atribuciones, cuya cuidadosa preservación es necesaria para la ordenada subsistencia del régimen federal. “Pues, como lo recuerda Pusey, citando a Madison —The Supreme Court Crisis, página 59— la existencia de un tribunal semejante es evidentemente esencial para evitar el recurso a la violencia y a la disolución del pacto” (Fallos: 205:614).

15) Que el carácter obligatorio de las decisiones adoptadas por la Corte Suprema en ejercicio de su jurisdicción, comporta indiscutiblemente lo conducente a hacerlas cumplir (Fallos: 147:149; 180:297; 264:443). Con relación a ello, surge del fallo citado en último término que el quebrantamiento, en nuevos trámites, de lo decidido por el Tribunal, mantiene íntegra su jurisdicción y atribuciones y lo habilita para intervenir si en otro juicio o por procedimientos colaterales se pudiera llegar a la consecuencia de desplazar el pronunciamiento de la Corte (considerandos 5º y 6º; considerando 5º del voto del juez Boffi Boggero). Tal principio no es, pues, sino la concreta aplicación para estos supuestos de la doctrina sentada en el fallo dictado el 8 de agosto de 1872 (Fallos: 12:134), con arreglo a la cual “...la Corte Suprema es el tribunal en último resorte para todos los asuntos contenciosos en que se le ha dado jurisdicción, como pertenecientes al Poder Judicial de la Nación. Sus decisiones son finales. Ningún Tribunal las puede revocar. Representa, en la esfera de sus atribuciones, la soberanía nacional, y es tan independiente en su ejercicio, como el Congreso en su potestad de legislar, y como el Poder Ejecutivo en el desempeño de sus funciones...”. De ahí, pues, que las autoridades provinciales no pueden trabar o turbar en forma alguna la acción de los jueces que forman parte del Poder Judicial de la Nación (Fallos: 235:703; 240:89; 242:480; 244:472; 245:28 y 61; 301:1042 y 306:1537) y este Tribunal tiene facultades para disponer las medidas pertinentes, incluso conminatorias, a los fines del adecuado ejercicio de su competencia legal (Fallos: 308:589; 310:348).

16) Que no obstante ello, es preciso recordar que situaciones como la planteada en estas actuaciones no es extraña ni novedosa en la historia reciente de esta Corte, lo que ha motivado el dictado de los fallos antes citados.

Tampoco lo son comportamientos similares llevados a cabo por la Provincia de San Luis, frente a decisiones de este Tribunal tomadas en su instancia originaria, cuyo cumplimiento se pretendía evadir. Así, en la causa “Dimensión Integral de Radiodifusión S.R.L. c/ Provincia de San Luis” y frente a un embargo ordenado por un juez penal provincial con el fin de impedir que la demandante percibiera de la provincia un crédito que había sido reconocido por tres decisiones pasadas en autoridad de cosa juzgada, esta Corte dio por tierra, frontalmente y con expresiones de un rigor inusitado para calificar la conducta de la provincia, con la ilegítima intentona que se pretendía ejecutar bajo el ropaje de acatar una decisión tomada por un magistrado local que gozaba de independencia (publicada en Fallos: 324:3025).

Esta Corte encuentra apropiado transcribir las consideraciones que formuló en una ocasión anterior frente a conductas de la Provincia de San Luis que hoy deben considerarse

reincidentes y que, bajo el manto de respetar el federalismo y la independencia del Poder Judicial local, sólo tiende a la anarquía y a la disolución.

Afirmó el Tribunal en aquel asunto y se ve precisado a reiterarlo en autos con particular énfasis “...que no puede permitir lo que cabe calificar como una clara interferencia en sus decisiones, y como una intromisión impertinente tal que no permite que se cumpla con su sentencia...”, pues acatar la orden judicial provincial de tipo precautorio “...importaría también consentir que esta jurisdicción constitucional no tuviese más alcance y eficacia que la que le quiera acordar el gobierno deudor, entendiéndolo por tal a todos los poderes que lo integran; cuando es sabido que la jurisdicción de esta Corte responde también al propósito de garantizar a los litigantes una justicia imparcial que acaso no siempre pueda ofrecer un tribunal de provincia cuando ésta sea parte (arg. Fallos: 148:65)” ... “son las razones superiores que inspiran su existencia como la necesidad de preservar el equilibrio del sistema federal las que impiden la sujeción de este Tribunal a la decisión preventiva adoptada por el juez local. Esta jurisdicción no puede ser obstaculizada, en la medida en que ha sido establecida al amparo de cualquier sospecha o parcialidad”.

Recordó el Tribunal que “...no cumpliría con su deber si se permitiese que la decisión en examen alcance su cometido, cuando entra en franca colisión con anteriores pronunciamientos de esta Corte constituyendo, como ha quedado demostrado, un palmario apartamiento de ellos, a punto tal que aparece como un alzamiento claro de la Provincia de San Luis contra lo dispuesto por la suprema autoridad judicial (arg. Fallos: 302:83)”. Subrayó “...que las autoridades de una provincia, entre las que se encuentran los jueces locales, no pueden trabar o turbar en forma alguna la acción del Poder Judicial de la Nación, y el deber de acatamiento que sobre ellas pesa adquiere mayor significación cuando se trata de pronunciamientos de la Corte, que es suprema en el ejercicio de su competencia y cuyas decisiones son de cumplimiento inexcusable, sin que a ninguna autoridad provincial le esté permitido desconocerlas (arg. Fallos: 249:17). Ello es así porque tan incuestionable como la libertad de juicio de los jueces en el ejercicio de su función propia es que la interpretación de la Constitución Nacional por parte de la Corte Suprema tiene autoridad definitiva para toda la república. Ello impone el reconocimiento de la superior autoridad de que está institucionalmente investida (arg. Fallos: 212:51)”.

Por último, el Tribunal afirmó con respecto a su naturaleza y funciones “...que la institución de un tribunal al que le es encomendada como función exclusiva propia de él, el conocimiento de las causas previstas en el art. 117 de la Constitución Nacional, importa atribuir a la interpretación que ese Tribunal haga de ella una autoridad que no sólo es moral, sino institucional, es decir, que el orden de las instituciones de que se trata reposa sobre ella. Y es patente que la perturban los ‘tribunales inferiores’ que prescinden pura y simplemente de aquélla, pretendiendo que la singularidad del caso permite la dilucidación del punto ya tantas veces juzgado (arg. Fallos: 212:251). La supremacía de la Corte, cuando ejerce la jurisdicción que la Constitución y las leyes le confieren, impone a todos los tribunales, nacionales y provinciales, la obligación de respetar y acatar sus decisiones (Fallos: 270:335)”.

17) Que sin embargo, las medidas conducentes a ese fin deben adoptarse de un modo compatible con el normal desarrollo de los procesos, y sin violación de las normas de competencia tanto de origen constitucional como legal (Fallos: 325:2723 antes citado).

En este aspecto, debe descartarse cualquier conclusión que importe atribuir a esta Corte competencia para pronunciarse en el caso frente a situaciones en las que —de conformidad con las disposiciones de la ley 48 y de la propia doctrina del Tribunal— fueran ajenas a su legalmente reglada competencia apelada.

En tales condiciones, la queja interpuesta en los autos A.100.XL. “Agente Fiscal n° 1 solicita se declare nulidad s/ medidas expte. A.109/2003” debe desestimarse de conformidad con los argumentos y conclusiones del dictamen del señor Procurador General de la Nación al que esta Corte remite a fin de evitar repeticiones innecesarias pues la decisión allí cuestionada no proviene del superior tribunal de la causa.

En cuanto a la queja G.75. “Gobierno de la Provincia de San Luis c/ Municipalidad de San Luis”, tal como lo señala el señor Procurador en el apartado IX del dictamen allí emitido al que igualmente se remite este Tribunal, corresponde dejar sin efecto la sentencia allí recurrida en cuanto rechazó la legitimación del recurrente.

Por ello y oído el señor Procurador General de la Nación, se resuelve: I. Dejar sin efecto la decisión recurrida en la queja G.75.XL “Gobierno de la Provincia de San Luis c/ Municipalidad de la Provincia de San Luis”, con el alcance que resulta de la presente; II. Desestimar la queja A.100.XL “Agente Fiscal N° 1 sol. declare nulidad s/ medidas expte. A.109/2003”; III. Declarar abstracta la decisión respecto de la demanda de inconstitucionalidad del art. 8° de la ley local 5324 y de los arts. 2°, 5° y 8° del decreto provincial 117MGJCT/2003; IV. Ordenar que se agregue copia de la presente en las causas mencionadas en los puntos I. y II. Notifíquese. Reintégrense los depósitos por no corresponder, agréguese la queja G.75.XL al principal y remítase; devuélvanse los autos principales de la queja A.100.XL y archívese.

CARLOS S. FAYT.

DISIDENCIA DE LA SEÑORA MINISTRA DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

1°) No voy a repetir aquí la reseña de las secuencias procesales de esta causa, que ha sido presentada ya en el dictamen del Procurador General de la Nación y en los votos de los Ministros que me precedieron, porque concuerdo en esencia con ella, con las salvedades o agregados que apuntaré en el desarrollo de esta opinión. Asimismo, en atención a que el voto de la mayoría y también la disidencia parcial del Dr. Fayt incluyen en una sola resolución a los cuatro expedientes sometidos al conocimiento de esta Corte, he de seguir la misma línea.

2°) Está claro, a mi juicio, que con la demanda articulada por Carlos Alberto Ponce, en su condición de intendente de la ciudad de San Luis, se procuraba la protección de dos distintos derechos constitucionales: por un lado, el principio de autonomía municipal (arts. 5 y 123 Constitución Nacional); y por el otro, los derechos políticos del Sr. Ponce quien, en ese momento, era el intendente de la ciudad de San Luis.

Ambos agravios nacían del art. 8 de la ley provincial N° 5324 y del decreto provincial 117MGJCT2003. La primera aprobó el texto de una enmienda constitucional por la que

se disponía la caducidad anticipada de los mandatos electivos provinciales y municipales y, por única vez, se autorizaba al Poder Ejecutivo provincial a convocar a elecciones para cubrir también los cargos municipales.

La más evidente anomalía se produjo al dictarse el decreto 117 pues fijó **la misma fecha** para la consulta popular y para llevar a cabo las elecciones. Es decir que, **antes de conocer la opinión popular**, ya se actuó como si la reforma constitucional hubiera sido aceptada.

3°) De allí que esta Corte dictara la medida de no innovar del 10 de abril de 2003 (fs. 41/42) que textualmente dice: "...III. Hacer lugar a la medida cautelar pedida y en consecuencia ordenar la prohibición de innovar con relación a la aplicación del art. 8° de la ley local 5324 y los arts. 2°, 5° y 8° del decreto 117 MGJCT/2003 dictado por el Poder Ejecutivo provincial y su correspondiente reglamentación. En su mérito el estado provincial deberá suspender toda acción gubernamental que importe alterar el período de vigencia del mandato del peticionante ya electo y en ejercicio de su cargo...".

4°) Esta medida cautelar se amplió mediante el auto de fecha 24 de abril de 2003, cuyo texto dice: "...II. Hacer saber al Poder Ejecutivo provincial que deberá abstenerse de seguir adelante con la convocatoria para elegir intendente de la ciudad de San Luis el 27 de abril próximo..." (fs. 132).

5°) Las disposiciones de esta Corte se cumplieron: las elecciones del 27 de abril de 2003 no se llevaron a cabo y tampoco se realizó la consulta popular referida a la enmienda. La vigencia del mandato del intendente Ponce no fue alterada, ya que cumplió su período regularmente hasta que presentó su renuncia al cargo el 13 de noviembre de 2003, la cual fue aceptada en la misma fecha por el Concejo Deliberante.

De ello surge que la concreta cuestión planteada se ha tornado abstracta tanto respecto de los derechos políticos de Ponce cuanto a la intentada afectación de la autonomía municipal.

6°) No se me escapa el interés genérico de reafirmar el principio de la autonomía municipal como constitucionalmente primordial para la vida democrática y republicana. Estoy convencida de la necesidad de enfrentar los ataques a los derechos y garantías constitucionales y combatirlos con los elementos que nos da la propia Constitución. Sin embargo, no me parece que se deba abundar sobre ellos cuando el objeto de la demanda ha fenecido, casi diría por "muerte natural". En situaciones similares esta Corte ha manifestado que, al momento de dictar sentencia, el proceso ha de contar con un objeto actual (Fallos: 326:4199 y 4205), requisito que no puede entenderse satisfecho cuando, como en este caso, las normas originalmente impugnadas mediante la acción declarativa ya no son de posible cumplimiento (Fallos: 320:2603).

7°) Dado que el voto mayoritario introduce la cuestión de la desobediencia a las decisiones de esta Corte, formularé las siguientes consideraciones al respecto.

A partir de la presentación del ingeniero Pérsico el 10 de febrero de 2004 (fs. 297/308), la acción cambió de rumbo. Las presentaciones que se suceden a partir de ésta no se refieren a la validez de las normas originalmente tachadas de inconstitucionales, sino a la defensa de la legitimidad de alguna de las dos elecciones que se habían llevado a cabo y, por ende a la convalidación de alguno de los candidatos electos en ellas. De tal modo, el tribunal pasó a ser tratado como una suerte de árbitro entre ambos.

8º) De ahí que diversas actuaciones judiciales ocurridas en la provincia de San Luis se presentan como desobediencia a la autoridad de las providencias de esta Corte para influir en la decisión referida en el párrafo anterior. En la categoría de actos “desobedientes” se incluyen los expedientes “Gobierno de la Provincia de San Luis c/ Municipalidad de San Luis s/ demanda de inconstitucionalidad”; “Partido Justicialista distrito San Luis c/ Municipalidad de San Luis s/ demanda de inconstitucionalidad” y “Agente Fiscal N° 1 sol./ declare nulidad s/ medidas”, así como la Acordada N° 433 del Superior Tribunal de San Luis dictada el 17 de octubre de 2003.

Con respecto a esto, mi primera observación se refiere a las fechas en que se iniciaron aquellos expedientes: “Gobierno de la Provincia de San Luis c/ Municipalidad de San Luis” tuvo comienzo el 2 de septiembre de 2003, mientras que “Partido Justicialista distrito San Luis c/ Municipalidad de San Luis” lo tuvo el 8 de agosto de ese año y, finalmente, “Agente Fiscal N° 1” se inició el 11 de noviembre de 2003. Fácil es advertir que ya habían caducado las razones que motivaran las medidas cautelares dictadas por esta Corte y que, por lo tanto, mal pueden considerarse órdenes subsistentes.

Aún si, pese al agotamiento del objeto de las medidas cautelares dispuestas, pudiera considerarse que el poder ejecutivo provincial se encontraba en algún sentido afectado para iniciar la causa “Gobierno de la Provincia c/ Municipio de San Luis”, mal puede hacerse extensiva una tal restricción al Partido Justicialista que, como todo sujeto de derecho, se encuentra protegido por la garantía del acceso a la jurisdicción para la defensa de sus derechos e intereses. Es sumamente delicado otorgar a las decisiones de esta Corte el alcance de excluir a ciertos sujetos de la protección jurisdiccional de los tribunales competentes, especialmente cuando ello no es lo que surge de su texto.

Párrafo aparte merece la consideración de la Acordada N° 433. Como se ha reseñado, mediante su dictado el Tribunal Superior convocó a elecciones de intendente y concejales de la ciudad de San Luis. Ninguna de las resoluciones que había dictado esta Corte al 17 de octubre de 2003, fecha de la Acordada, estaba dirigida al Tribunal Superior. Tampoco se había otorgado a las elecciones convocadas por el municipio una protección general y absoluta sino solamente contra lo decidido en la ley 5324 y en el decreto 117.

Por otra parte, y aunque se entendiera que la ampliación de la medida cautelar dirigida al Poder Ejecutivo provincial alcanzaba a los otros poderes de gobierno, extender su objeto a cualquier acción judicial relacionada con elecciones municipales, aún si no fuesen las específicamente mencionadas en esta causa, significaría un virtual despojo de la facultades propias del poder judicial de San Luis.

Por último, concurre a debilitar la acusación de incumplimiento de las órdenes emitidas por esta Corte, el hecho de que el mismo gobierno provincial se presentó en el expediente el 29 de octubre de 2003 acompañando copia de la Acordada N° 433 y solicitando de esta Corte una definición sobre el acatamiento a las decisiones del Tribunal. Por toda respuesta, éste manifestó que nada correspondía aclarar a lo ya resuelto en el auto del 21 de octubre, el cual expresa que “contrariamente a lo pretendido por la provincia, debe afirmarse que es ella la que no debe alterar ni interferir en el cronograma electoral de la ciudad capital. En efecto, tal como se ha puesto de relieve en la sentencia dictada de fs. 41/42 y en el pronunciamiento de fs. 132, la demandada en el marco de la medida cautelar ordenada, no puede convocar a elecciones para elegir intendente de la Ciudad de San Luis”.

De lo anterior cabe destacar lo siguiente. Primero, que fue la propia demandada quien acompañó casi inmediatamente la Acordada N° 433; segundo, que desde ese momento la Corte tuvo la oportunidad de reputarla violatoria de sus decisiones, si así lo hubiera considerado, pese a la delimitación que implicaba la remisión al objeto de las anteriores decisiones; y, tercero, que la secuencia temporal impide considerar a la Acordada como un desacato a la resolución del 21 de octubre.

9°) En cuanto al recurso de queja presentado en los autos “Agente Fiscal N° 1 solicita declare nulidad s/ medidas, Expte. A109/2003”, entiendo que debe ser rechazado. Ello así porque no se agotaron las instancias judiciales locales como debe hacerse para habilitar el recurso regido por el art. 14 de la ley 48, según lo ha sostenido reiteradamente esta Corte y se refleja en los Fallos citados por el Señor Procurador General de la Nación en su dictamen, al que remito por compartir su opinión.

10) En los autos “Partido Justicialista Distrito de San Luis c/ Municipalidad de San Luis s/ demanda de inconstitucionalidad”, el ingeniero Pérsico ha articulado un recurso de hecho, alegando la denegación tácita del recurso extraordinario que oportunamente había interpuesto el ex intendente de la ciudad de San Luis, Carlos Ponce. Sin embargo, de acuerdo con lo asentado en el considerando precedente, la resolución del Tribunal Electoral Provincial del 13 de noviembre de 2003, que anuló la elección del 9 de noviembre de ese año, se encuentra firme por ausencia de recurso local. Por tal razón, al 13 de febrero de 2004, el ingeniero Pérsico ya no tenía legitimidad para interponer ningún recurso judicial en representación del municipio.

En cuanto a la expresión “por derecho propio”, que encabeza el recurso de queja, ésta no se refleja en el texto donde sólo se invoca la calidad de representante del municipio. Tan es esto así que Pérsico se remite solamente al recurso extraordinario presentado por el ex intendente Ponce.

En lo que se refiere a los autos “Gobierno de la Provincia de San Luis c/ Municipalidad de San Luis s/ demanda de inconstitucionalidad”, en tanto Pérsico presentó la queja sólo en su carácter de intendente de la ciudad de San Luis, con fecha 12 de febrero de 2004, corresponde hacer la misma consideración efectuada en el párrafo anterior.

Por lo antes expuesto voto para que: I. Se declare abstracta la cuestión planteada en la causa “Ponce, Carlos Alberto c/ Provincia de San Luis s/ acción declarativa de certeza”. II. Se rechacen las quejas presentadas en los expedientes “Partido Justicialista Distrito San Luis c/ Municipalidad de la Ciudad de San Luis s/ demanda de inconstitucionalidad”, “Gobierno de la Provincia de San Luis c/ Municipalidad de San Luis s/ demanda de inconstitucionalidad” y “Agente Fiscal N° 1 sol./ declare nulidad s/ medidas” y se reintegren los depósitos por no corresponder y, oportunamente se archiven, previa devolución de los respectivos autos principales. III. Ordenar se agregue copia de la presente en las causas mencionadas en el punto precedente. IV. Notifíquese y archívese.

CARMEN M. ARGIBAY.



AUTONOMÍA MUNICIPAL

“INTENDENTE MUNICIPAL CAPITAL” (FALLOS: 337:1263)

La Corte hizo lugar al recurso del Intendente de la Ciudad de La Rioja para que el Superior Tribunal de Justicia provincial se pronuncie sobre la omisión de esa provincia en dictar una ley de coparticipación municipal.

Afirmó el Tribunal que no resultaba posible sostener que el dictado de la ley de coparticipación municipal –es decir, el acatamiento de la Constitución- quedaba condicionado a la concreción de acuerdos políticos entre provincia y municipios que en todo ese tiempo no habían sido logrados.

La decisión fue tomada por unanimidad por los jueces LORENZETTI, HIGHTON DE NOLASCO, FAYT y MAQUEDA.

Principales ejes temáticos del fallo

- » La reforma de 1994 introduce el concepto de autonomía municipal en el artículo 123, de este modo aparece el municipio en el diseño federal argentino como el orden de gobierno de mayor proximidad con la ciudadanía.
- » La reforma de 1994 mantuvo la potestad de cada provincia de dictar su propia Constitución, y en ese marco la competencia para desarrollar su modelo de autonomía municipal. Su texto establece así un marco cuyos contenidos deben ser definidos.
- » y precisados por las provincias con el fin de coordinar el ejercicio de los poderes que conservan (artículos 121, 122, 124 y 125) con el mayor grado posible de atribuciones municipales en los ámbitos de actuación mencionados en el artículo 123.
- » El rechazo in limine del amparo interpuesto por el intendente de la ciudad de La Rioja con el fin de que se declare la inconstitucionalidad del incumplimiento de su provincia de dictar el régimen de coparticipación municipal previsto en los arts. 168 y 173 de la Constitución local y en el art. 9° inc. g de la ley 23.548 carece de todo desarrollo argumentativo racional respecto de las cuestiones constitucionales y no satisface la garantía constitucional de fundamentación de las sentencias judiciales, en tanto no podía clausurar definitivamente el debate sobre la naturaleza no justiciable de las cuestiones de trascendencia institucional que se plantean rechazando in limine el amparo, pues el respeto al régimen federal de gobierno y al ejercicio en plenitud de la zona de reserva jurisdiccional de las provincias exige reconocer a sus magistrados el carácter de irrenunciables custodios de garantías de la Constitución Nacional.
- » Corresponde dejar sin efecto la sentencia que rechazó in limine la acción de amparo a fin de que se declare la inconstitucionalidad del incumplimiento de su provincia de dictar

Enlaces destacados

» Ver más

- › Reseña
- › Citas del fallo
- › Otra información
- › Versión Word

» Dictamen

» Doctrina del fallo

el régimen de coparticipación municipal, ya que el Superior Tribunal de Justicia provincial no podía clausurar definitivamente el debate sobre la naturaleza no justiciable de las cuestiones de trascendencia institucional que se plantean rechazando *in limine* el amparo, pues el respeto al régimen federal de gobierno y al ejercicio en plenitud de la zona de reserva jurisdiccional de las provincias exige reconocer a sus magistrados el carácter de irrenunciables custodios de garantías de la Constitución Nacional.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 11 de noviembre de 2014

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la Municipalidad de La Rioja en la causa Intendente Municipal Capital *s/* amparo”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que el intendente de la ciudad de La Rioja interpuso una acción de amparo a fin de que se declare la inconstitucionalidad del incumplimiento de su provincia de dictar el régimen de coparticipación municipal previsto en los artículos 168 y 173 de la Constitución local y en el artículo 9º inc. g de la ley 23.548 de Coparticipación Federal, de conformidad con los artículos 5º y 123 de la Constitución Nacional.

2º) Que el Tribunal Superior de Justicia de la provincia rechazó *in limine* el amparo. Para así decidir —en cuanto aquí interesa— el juez Luna Corzo sostuvo que la pretensión no podía prosperar porque el constituyente riojano no atribuyó al poder judicial la edificación del régimen de coparticipación municipal, sino que asignó la tarea a los poderes políticos de la provincia.

Por su lado, el juez Ana interpretó que el artículo 173 de la Constitución de La Rioja supeditó la vigencia del régimen de coparticipación a la formalización de acuerdos entre las provincias y los municipios: de ello infirió que en la implementación del régimen de coparticipación intervienen el poder ejecutivo, los municipios y luego el legislativo; los dos primeros en la formulación de los acuerdos previos y el último en su consagración normativa. Concluyó que al no haberse producido los acuerdos que establece el artículo 173, el mandato del artículo 168 no resultaba exigible; su inobservancia no era entonces el resultado de un acto voluntario por parte del Poder Legislativo provincial. El juez Pagotto acompañó esta posición.

Finalmente, el juez Brizuela consideró que no podía desconocer que la Constitución provincial establecía un imperativo dirigido a la legislatura provincial de sancionar un régimen de coparticipación municipal; que era un hecho notorio que tal régimen aún no se había dictado, y que existía por tanto un principio de omisión. Aun así, precisó que la sanción de un régimen de coparticipación era una cuestión política no justiciable que la Constitución provincial asignaba de manera privativa a los poderes políticos del Estado. Se trataba —evaluó— de una función de esos poderes cuya oportunidad no resultaba condicionada por ningún plazo establecido en las cláusulas constitucionales, y ello colocaba a la atribución fuera del ámbito de conocimiento de la función judicial. Como *obiter dictum*, exhortó de todos modos al dictado de la ley de coparticipación.

3°) Que el intendente municipal interpuso un recurso extraordinario federal — que denegado origina la presente queja— en el que sostiene la arbitrariedad de la sentencia reseñada. Considera que su fundamentación es solo aparente, en la medida en que ha dejado de lado la aplicación —que en su concepto resultaba imperativa para resolver el caso— de las normas federales que delinear la autonomía municipal. Afirma la presencia de una cuestión federal respecto de la interpretación de los artículos 5° y 123 de la Constitución Nacional. Agrega que el sistema de coparticipación de impuestos ha sido transgredido por la provincia y que de este modo se ha vulnerado además el artículo 75 inc. 2 de la Constitución Nacional y la ley 23.548 de Coparticipación Federal.

Relata que La Rioja es la única provincia que no ha sancionado una ley de coparticipación de municipios; que a partir del 3 de mayo de 2007, esta situación se agravó con el dictado de la ley 8149 que dispuso la suspensión de las leyes hasta entonces vigentes 8034 y 8067, que habían establecido la distribución de los gastos de funcionamiento de los 18 municipios de la provincia “hasta la sanción de una Ley de Coparticipación Municipal” (artículo 5° de la ley 8034). Como consecuencia de ello, explica que en la actualidad solo criterios discrecionales gobiernan la distribución de fondos a los municipios, y que la municipalidad de la capital ha sido particularmente discriminada en el reparto; sostiene que ello compromete la prestación de los servicios públicos municipales.

4°) Que el recurso extraordinario es formalmente admisible en tanto la decisión del Superior Tribunal de Justicia provincial, al rechazar *in limine* el amparo, ha sostenido el carácter no justiciable de la cuestión planteada sin considerar los argumentos de derecho federal invocados por la parte.

5°) Que al cerrar el debate de modo definitivo y por razones de “*admisibilidad sustancial*”, el a quo omitió valorar que la Constitución Nacional establece en el artículo 123 un marco para la realización de un sistema federal que incluye un nivel de gobierno municipal autónomo cuyo alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero debe ser reglado por cada constitución provincial: el actor sostiene que el Poder Legislativo de la provincia incumple esta obligación a pesar de que la manda constitucional ya está establecida en La Rioja.

6°) Que el texto de la Constitución histórica reconocía la existencia de un régimen municipal en el ámbito de las provincias (artículo 5°). De hecho, Juan Bautista Alberdi ya lo apuntaba en su Derecho Público Provincial como el orden de gobierno “*más inteligente y capaz de administrar los asuntos locales*” siempre que no se produjese “*injerencia del Poder político o Gobierno general de la provincia*”.

Al precisar el alcance del artículo 5°, esta Corte interpretó que la necesaria existencia de un régimen municipal impuesto por ese artículo de la Constitución Nacional “*determina que las leyes provinciales no solo deben imperativamente establecer los municipios, sino que no pueden privarlos de las atribuciones mínimas necesarias para desempeñar su cometido. Si los municipios se encontrasen sujetos en esos aspectos a las decisiones de una autoridad extraña —aunque se tratara de la provincial— ésta podría llegar a impedirles desarrollar su acción específica, mediante diversas restricciones o imposiciones, capaces de desarticular las bases de su organización funcional*” (cfr. Fallos: 312:326 y 314:495).

7º) Que la reforma de 1994 introduce el concepto de autonomía municipal en el artículo 123; de este modo aparece el municipio en el diseño federal argentino como el orden de gobierno de mayor proximidad con la ciudadanía.

El constituyente estableció entonces que las constituciones provinciales debían materializar el mandato de autonomía en *el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero*. Esta caracterización es a tal punto definitoria de la comprensión del término “autonomía” que en la convención reformadora se advirtió que “[u]na autonomía que no contenga esta característica (...), no sería una real autonomía municipal y solo quedaría reducida a una simple fórmula literaria grandilocuente pero, en la práctica, vacía de contenido, porque no puede haber municipio autónomo verdadero si no le reconocemos explícitamente entidad política o le retaceamos la capacidad de organizar su administración y realizar los actos administrativos necesarios para el cumplimiento de sus funciones o lo privamos del sustento económico-financiero indispensable para que preste aquellos servicios públicos que la provincia le asigne, inherentes a su existencia o le impedimos ejercer su autonomía institucional”. (Convención Constituyente Nacional, sesión del 8 de agosto de 1994, intervención del Convencional Merlo).

8º) Que el artículo 123 enlaza el principio de la autonomía municipal a la capacidad financiera de los municipios para ejercerla: *“los planos económico y financiero han sido especialmente considerados en el texto constitucional porque tienen una importancia superlativa. De esta manera estamos especificando y dejando en claro que los municipios argentinos van a poder (...) controlar sus propios recursos que, a su vez, podrán ser manejados independientemente de otro poder, complementando así las facultades de administración que les son propias”* (sesión del 4 de agosto, intervención del Convencional Prieto al informar el dictamen de mayoría de la Comisión del Régimen Federal, sus Economías y Autonomía Municipal).

9º) Que la reforma de 1994 mantuvo la potestad de cada provincia de dictar su propia Constitución, y en ese marco la competencia para desarrollar su modelo de autonomía municipal. Su texto establece así un marco cuyos contenidos deben ser definidos y precisados por las provincias con el fin de coordinar el ejercicio de los poderes que conservan (artículos 121, 122, 124 y 125) con el mayor grado posible de atribuciones municipales en los ámbitos de actuación mencionados en el artículo 123.

10) Que en el caso específico que nos ocupa, el Constituyente riojano estableció en dos artículos —el 168 y 173— las características del modelo de coparticipación municipal que impera en la provincia.

En el primero, la Constitución Provincial estableció la obligación de sancionar un régimen de coparticipación municipal con claras directivas para el legislador: *“Los Municipios tienen autonomía institucional, política, administrativa, económica y financiera. La Legislatura Provincial sancionará un régimen de coparticipación municipal en el que la distribución entre la provincia y los municipios se efectúe en relación directa a las competencias, servicios y funciones de cada uno de ellos, contemplando criterios objetivos de reparto y sea equitativa, proporcional y solidaria, dando prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades. La autonomía que esta Constitución reconoce no podrá ser limitada por ley ni autoridad alguna.*

Deberán dictar su propia Carta Orgánica, con arreglo a lo que disponen los artículos 169 y 172, a cuyos fines convocarán a una Convención Municipal, la que estará integrada por un número igual al de los miembros del Concejo Deliberante y serán elegidos directamente por el pueblo del departamento.

Por su parte el artículo 173 se ocupó de la provisión de recursos municipales: *“cada Municipio provee a los gastos de su administración con los fondos del tesoro municipal formado por el producido de la actividad económica que realice y los servicios que preste; con la participación, y en la forma que los municipios convengan con la provincia, del producido de los impuestos que el gobierno provincial o federal recaude en su jurisdicción; por la venta o locación de bienes del dominio municipal; por los recursos provenientes de empréstitos y otras operaciones de crédito que realice; por los subsidios que le acuerda el gobierno provincial o federal y por los demás ingresos provenientes de otras fuentes de recursos”.*

11) Que sin embargo, estas normas han sido incumplidas por los poderes constituidos de la Provincia de la Rioja. Es incuestionable que la omisión del dictado de la ley que coparticipa fondos entre los municipios lesiona el diseño mismo establecido por el constituyente, y que por esa vía la *provincia traspone los límites de lo racional y razonable para la vigencia efectiva de la autonomía municipal* (arg. Fallos: 328:175).

12) Que si la omisión desarticula en parte la forma de estado federal que dispuso el constituyente nacional —al reconocer el principio de autonomía municipal— y provincial —al reglar el alcance y contenido de dicha autonomía—, esclarecer la cuestión implica forzosamente que los jueces interpreten la Constitución en el marco de una causa contenciosa. No se trata entonces de imponer un alcance determinado a la autonomía municipal, pues ello es una atribución ya ejercida por el constituyente provincial, sino de asegurar que una vez ejercido ese poder, las autoridades constituidas respeten el grado de autonomía asignado a los diferentes niveles de gobierno, y provean los recursos de acuerdo a los parámetros preestablecidos para efectivizarla.

13) Que en este entendimiento no resulta posible sostener que el dictado de la ley —es decir, el acatamiento de la Constitución— queda condicionado a la concreción de acuerdos políticos entre provincia y municipios que en 16 años no han sido logrados. Al subordinar la realización del proyecto constitucional a la posibilidad o no de obtener esos acuerdos sin considerar la irrazonable demora en alcanzarlos, el argumento invierte una regla elemental del orden constitucional argentino, según el cual la Constitución materializa el consenso más perfecto de la soberanía popular; frente a sus definiciones, los poderes constituidos deben realizar todos los esfuerzos necesarios para asegurar el desarrollo del proyecto de organización institucional que traza su texto.

Es así que por voluntad popular ya consensuada en su Constitución, La Rioja debe sancionar una ley de coparticipación municipal. La gravedad que ostenta esta omisión provincial puede calibrarse en base al remedio que se señaló en la Convención Constituyente Nacional ante la hipótesis de su ocurrencia: *“la garantía federal del artículo 6° y la posibilidad de intervención en caso de incumplimiento de los requisitos del artículo 5° corresponde si las provincias no aseguran, ya no el régimen, sino el régimen cualificado de la autonomía municipal en las provincias”* (Convención Constituyente Nacional, sesión del 10 de agosto de 1994, intervención del Convencional Rosatti, entre otros).

14) Que la respuesta meramente dogmática de la máxima instancia jurisdiccional provincial carece de todo desarrollo argumentativo racional respecto de las cuestiones constitucionales reseñadas, y por ello no satisface la garantía constitucional de fundamentación de las sentencias judiciales. En efecto, el Superior Tribunal de Justicia no podía clausurar definitivamente el debate sobre la naturaleza no justiciable de las cuestiones de trascendencia institucional que se plantean rechazando *in limine* el amparo, pues el respeto al régimen federal de gobierno y al ejercicio en plenitud de la zona de reserva jurisdiccional de las provincias exige reconocer a sus magistrados el carácter de irrenunciables custodios de garantías de la Constitución Nacional (arg. Fallos: 324:2177).

15) Que en las condiciones expresadas, la garantía constitucional que se invoca como vulnerada guarda relación directa e inmediata con lo resuelto (artículo 15, ley 48), por lo que corresponde privar de validez al fallo recurrido a fin de que el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de La Rioja sustancie la causa.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario interpuesto con el alcance indicado y se deja sin efecto la sentencia apelada. Con costas. Vuelvan los autos al tribunal de origen a sus efectos. Agréguese la queja al principal. Notifíquese.

RICARDO LUIS LORENZETTI – ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO – CARLOS S. FAYT – JUAN CARLOS MAQUEDA.



AUTONOMÍA MUNICIPAL

“TELEFÓNICA ARGENTINA S.A.” (FALLOS: 342:1061)

La Corte declaró la inconstitucionalidad de una ordenanza municipal que disponía el traslado de antenas de telefonía celular por interferir en la competencia regulatoria federal.

Consideró el Tribunal que el municipio se entrometía de este modo en aspectos vinculados al funcionamiento y organización de un servicio interjurisdiccional que, de acuerdo a la Constitución Nacional, son de competencia federal.

La decisión fue adoptada con los votos propios de los jueces ROSENKRANTZ, HIGHTON DE NOLASCO y LORENZETTI por la mayoría y la disidencia conjunta de los jueces MAQUEDA y ROSATTI.

Enlaces destacados

» Ver más

- › Reseña
- › Citas del fallo
- › Otra información
- › Versión Word

» Dictamen

» Doctrina del fallo

Principales ejes temáticos del fallo

» Ni la reforma constitucional de 1994 ni el reconocimiento constitucional del estatus autónomo de los municipios en el artículo 123 de la Constitución ha modificado la distribución constitucional de competencias en materia de telecomunicaciones, por lo cual se reafirma la doctrina según la cual la regulación de las telecomunicaciones es competencia de las autoridades nacionales (Voto del juez Rosenkrantz).

» El texto del actual artículo 75, inciso 30, (anterior artículo 67, inciso 27) ha sido incorporado a la Constitución por la reforma de 1994, por lo que no puede dudarse de que dicha reforma no quiso alterar ni alteró en modo alguno el reparto de competencias entre el gobierno nacional y las demás jurisdicciones en lo que se refiere a la regulación de los servicios nacionales (Voto del juez Rosenkrantz).

» A los efectos de articular los principios referidos al alcance de las atribuciones de la autoridad federal en materia de regulación de servicios de competencia nacional con el poder de policía local (provincial o municipal)– aún después de la reforma constitucional de 1994 que reconoció de manera explícita en el art. 123 de la Constitución Nacional la autonomía de los municipios– corresponde utilizar el criterio de no interferencia u obstaculización a la hora de resolver casos en los que se cuestionan normas locales con fundamento en que se inmiscuyen en aspectos de competencia federal (Voto de la jueza Highton de Nolasco).

» En el marco del federalismo y el reconocimiento de la competencia local, las atribuciones nacionales y locales no se excluyen, sino que son concurrentes, en tanto estas no desvirtúen los objetivos federales o impidan el comercio interjurisdiccional; las provincias y, por lo tanto los municipios, han delegado la regulación de presupuestos mínimos tanto en materia de telecomunicaciones como en la legislación ambiental (Voto del juez Lorenzetti).

» En la regulación de la materia ambiental nuestro federalismo impone una sinergia entre la labor de la autoridad federal y la provincial y, dentro de este esquema, los municipios son quienes –al interior de las provincias– ejercen primariamente la regulación y control de las cuestiones ambientales (arts. 5°, 41, 123, Constitución Nacional) (Disidencia de los jueces Maqueda y Rosatti).

» Tanto la Nación como las provincias y aun los municipios –de acuerdo, en este último caso, al régimen provincial respectivo– están llamados a proteger la salud de forma concurrente (arts. 75, incs. 18 y 19, 123, 125 de la Constitución Nacional) y en tal escenario cada escala de decisión tiene competencia para regular y controlar el tema o actividad concernido en paridad jerárquica, estableciéndose mecanismos de homogeneización y/o compatibilización para evitar duplicaciones y/o contradicciones (Disidencia de los jueces Maqueda y Rosatti).

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 2 de julio de 2019.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Telefónica Móviles Argentina S.A. – Telefónica Argentina S.A. c/ Municipalidad de Gral. Güemes s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando que:

1°) A fs. 262/285, Telefónica Móviles Argentina S.A. y Telefónica de Argentina S.A. (en adelante, las “actoras”) iniciaron una acción declarativa de inconstitucionalidad en los términos del artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación contra la Municipalidad de General Güemes de la Provincia de Salta (en adelante, la “Municipalidad”). En dicha acción solicitaron que se declarara la inconstitucionalidad de la ordenanza municipal 299/2010 (en adelante, la “Ordenanza”) que dispone, entre otras medidas, la erradicación en un plazo de 60 días de estructuras y antenas de la zona urbana, cuyo emplazamiento incumpla la distancia mínima de 500 metros respecto de esa zona o que se encuentren en las proximidades de lugares donde se desarrollen actividades educativas, deportivas, sociales o de cualquier tipo que signifique la posibilidad de exposición continua de personas a las emisiones de dichas antenas (cfr. artículos 6° y 17).

Las actoras sostuvieron que la Municipalidad se arrogó lisa y llanamente potestades ambientales vinculadas con materias interjurisdiccionales de competencia federal que se encuentran bajo la órbita de la Comisión Nacional de Comunicaciones (en adelante, la “CNC”, actualmente el Ente Nacional de Comunicaciones o “ENACOM”) y de la Secretaría de Comunicaciones de la Nación (en adelante, la “SC”). Alegaron que la normativa impugnada violaba los principios constitucionales de supremacía nacional, solidaridad, comercio interprovincial, igualdad, derecho de ejercer una industria lícita y razonabilidad.

En relación con el principio de supremacía nacional, las actoras indicaron que, al sancionar la Ordenanza, la Municipalidad afectó notoriamente la prestación del servicio esencial de telefonía móvil, contraviniendo lo establecido en los artículos 3°, 4° y 6° de la Ley Nacional de Telecomunicaciones, 19.798 (en adelante, la “LT”) y la regulación del espectro radioeléctrico reservado a la CNC y a la SC en calidad de autoridades de aplicación

mediante decretos 764/00 y 1185/90, comprometiendo los niveles de calidad y eficacia exigidos por las resoluciones 903/87, 60/97 y 575/93, como así también por la resolución 490/97, entre otras. Todas ellas son, según sostuvieron las actoras, normas jerárquicamente superiores a la Ordenanza.

En lo que respecta a la razonabilidad, afirmaron que, desde el momento en que quedó demostrado que las antenas de telefonía móvil no tenían efectos nocivos sobre la salud de las personas y que los absurdos límites fijados por ella al emplazamiento de las antenas no harían más que provocar el efecto contrario al que se quería evitar, la Ordenanza se volvía irrazonable pues dejaba de estar motivada en las circunstancias y hechos que supuestamente la impulsaron y sobre la base de los cuales se la pretendía justificar. Las actoras agregaron que, en ningún momento, la Municipalidad intentó justificar con datos técnicos y con regulación vigente el dictado de la norma cuestionada. Las actoras plantearon, además, la afectación de derechos adquiridos, ya que ellas –afirmaron– cuentan con autorizaciones, permisos y licencias otorgadas por las autoridades nacionales para prestar el servicio e instalar la red pertinente en la jurisdicción de la Municipalidad, como también con la debida habilitación municipal para instalar la antena ubicada en la calle Gorriti 114.

2º) A fs. 1255/1259, la Cámara Federal de Apelaciones de Salta confirmó la sentencia de primera instancia que había desestimado la acción declarativa de inconstitucionalidad deducida por las actoras. No obstante ello, encomendó a ambas partes que coordinasen acciones a fin de que el reemplazamiento de las antenas que no respetasen la distancia mínima estipulada en la Ordenanza se efectuase en un predio apto para la prestación eficiente del servicio.

Para así resolver, el tribunal *a quo* remitió a sus sentencias en los autos “Telecom Argentina S.A. – Telecom Personal S.A. c/ Municipalidad de General Güemes s/ acción meramente declarativa de derecho”, expte. FSA 11000499/2010/CA1, del 31 de marzo de 2015 y “AMX Argentina S.A. c/ Municipalidad de General Güemes s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad – ordinario”, expte. FSA 11000130/2011/CA1, del 7 de abril de 2015 en las que, ante un cuestionamiento similar realizado por otras prestatarias del servicio de telecomunicaciones, concluyó que la Ordenanza era constitucional.

Añadió que el sentido de la decisión en el presente caso no cambiaba por el informe pericial agregado a fs. 1031/1105. Reconoció que la antena sita en la calle Gorriti no superaba el límite de exposición a las emisiones no ionizantes más restrictivo y que cumplía por ello con la resolución 202/95 del Ministerio de Salud Pública y Acción Social de la Nación. Sin embargo, afirmó que “ello no significa negar de manera terminante la posibilidad de que eventualmente exista una relación entre la antena de telefonía móvil y sus emisiones y los graves padecimientos en la salud de algunos de los pobladores de las zonas aledañas”, por lo que concluyó que se evidenciaba “un estado de incerteza que convalida la aplicación del principio precautorio ante la posibilidad de que se irroge un daño grave e irreversible a la población de la ciudad de General Güemes, permanentemente expuesta a las radiaciones no ionizantes de las antenas instaladas en el ejido urbano”.

En las sentencias a las cuales remitió, la Cámara Federal de Apelaciones de Salta sostuvo que así como la CNC tiene competencia para regular lo atinente al servicio de comunicaciones por imperio de los artículos 6º, 39 y concordantes de la LT, la Municipalidad se encuentra habilitada para el dictado de normas concernientes a estructuras de soporte de

antenas, de acuerdo con las atribuciones previstas en el artículo 176 de la Constitución provincial, propias del poder de policía en materia de “urbanismo, higiene, salubridad y moralidad, como así también a la protección y promoción del medio ambiente, paisaje, equilibrio ecológico y polución ambiental, tendiendo al desarrollo sostenible”. Recordó que, según el reparto de competencias que emerge del artículo 41 de la Constitución Nacional, el Congreso tiene a su cargo el dictado de leyes de presupuestos mínimos de protección del medioambiente; mientras que las provincias pueden reglamentar o complementar los presupuestos mínimos sin alterar “el piso” de la ley nacional, pudiendo establecer criterios más estrictos. En dichos pronunciamientos afirmó que no era válido sostener que el desmantelamiento de las antenas de telefonía móvil dispuesto por la Ordenanza importaba una intromisión en la competencia de la ex CNC, pues la Municipalidad se encuentra constitucionalmente investida de potestades para efectuar este tipo de regulaciones tendientes al ordenamiento del territorio. Luego sostuvo que aun cuando no fueran categóricas las conclusiones respecto de los efectos de las radiaciones no ionizantes sobre la salud, y más allá de la procedencia del principio precautorio, la posibilidad de que ellas tuvieran lugar generaba una honda preocupación en los habitantes de la localidad, lo que constituía un caso de “afectación concreta y actual”.

En relación con el principio precautorio, en las sentencias a las cuales remitió la Cámara Federal, el tribunal *a quo* sostuvo que no había evidencia científica inequívoca respecto de que las radiaciones de telefonía celular dañasen la salud humana, pero tampoco de que fueran inocuas. Por ello, según el referido tribunal, el principio precautorio resultaba aplicable. En cuanto a la evaluación de los costos, la cámara indicó que no había elementos de prueba acompañados por las actoras que permitieran aseverar que el gasto del traslado fuese imposible o difícil de afrontar o generara la pérdida de puestos de trabajo o alguna conmoción social. Tampoco, afirmó la cámara, podía predicarse irrazonabilidad alguna respecto de la distancia que la Ordenanza impone resguardar, pues se trata de 500 metros que, por otra parte, era la medida estándar adoptada por similares ordenanzas de Venado Tuerto, Paraná y Unquillo, entre otras. Por último, la cámara indicó que las actoras no tenían un derecho adquirido a la ubicación definitiva de la antena en el lugar donde se encontraba emplazada por cuanto su instalación fue autorizada con carácter precario y por un plazo determinado (diez años).

3°) Contra tal pronunciamiento, a fs. 1265/1283, las actoras interpusieron recurso extraordinario federal que, denegado, dio lugar a la queja bajo examen.

4°) Las recurrentes sostienen que dar prevalencia a la Ordenanza viola el principio de supremacía nacional establecido en el artículo 31 de la Constitución Nacional. Reconocen el poder de policía de las municipalidades para legislar sobre los asuntos que enumera el tribunal *a quo* en su sentencia, pero únicamente en los casos en que ello no interfiera en las materias y finalidades desarrolladas a nivel federal, condición que –aseveran– no se cumple en el caso. En esta inteligencia, expresan que la Municipalidad se arroga potestades regulatorias vinculadas con materias interjurisdiccionales que, como las referentes a las telecomunicaciones, son de competencia federal y se encuentran reservadas a la ex CNC y a la SC, en virtud de su especialidad técnica.

Las recurrentes indican, a su vez, que la antena en cuestión no solo cuenta con la habilitación pertinente y cumple con el estándar aprobado por la Organización Mun-

dial de la Salud (en adelante, la “OMS”) y receptado como límite nacional para las radiaciones no ionizantes sino que, además, no puede ser removida del lugar donde se encuentra por pertenecer a un sistema celular previamente estudiado para poder prestar un servicio eficiente a sus clientes, así como a los usuarios que eventualmente quieran comunicarse en la localidad.

Las recurrentes también se agravan por la aplicación del principio precautorio que realizó el tribunal *a quo* puesto que, según dicen, en el caso mediante el informe del perito especializado que trabajó en la antena de la calle Gorriti 114, se comprobó que “no hay riesgo en la salud por parte de la población del municipio de Gral. Güemes porque la antena (...) cumple acabadamente con los estándares internacionales de emisiones de Radiaciones No Ionizantes”.

Asimismo, sostienen que no es correcta la remisión a lo decidido en otras causas que, como justificación de su decisión, realiza la cámara federal en su sentencia, pues ello no toma debidamente en cuenta la prueba producida en autos. En tal sentido, afirman que en el presente caso se comprobó que no existe peligro de daño a la salud ni al medio ambiente. La prueba fundamental en autos, remarcan las recurrentes, es el informe del perito oficial donde se asegura que “el sitio cumple lo establecido en cuanto a exposición segura para la salud según resolución 202/95 del Ministerio de Salud de la Nación”.

Las recurrentes agregan que, por otro lado, conforme lo acreditado por dicho informe (fs. 1030/1105), si se ejecutara la Ordenanza y se trasladaran las antenas fuera de la zona urbana, se lograría el efecto inverso al perseguido, ya que se generaría la necesidad de aumentar el nivel de emisión de radiaciones a fin de abarcar un mayor radio de cobertura, sin que ello siquiera garantice que el servicio funcione. Por ello, según las recurrentes, la Ordenanza implica una medida irrazonable, de cumplimiento imposible y contraria a la normativa federal en materia de radiaciones no ionizantes.

Por último, alegan la violación de derechos adquiridos. Sobre este punto mencionan la habilitación otorgada oportunamente por la Municipalidad en el año 2009 para la localización de la estructura portante de las antenas que ahora se ordena remover e indican que el respeto de los derechos adquiridos se relaciona con la seguridad jurídica que debe ponderar el derecho administrativo en todas sus áreas, no correspondiendo revocar intempestivamente derechos otorgados a los administrados.

5°) A juicio de esta Corte el recurso extraordinario federal es admisible, toda vez que la validez de la Ordenanza dictada con fundamento en atribuciones provinciales fue controvertida bajo la pretensión de ser repugnante a los artículos 31 y 75, incisos 13 y 18, de la Constitución Nacional y a los artículos 3°, 4° y 6° de la LT y su complementaria, la ley 27.078, y la decisión del *a quo* fue en favor de la validez de la norma local (artículo 14, inciso 2°, ley 48).

6°) Antes de identificar el *thema decidendum* es necesario describir las principales disposiciones de la Ordenanza objeto de la presente acción declarativa de inconstitucionalidad.

La Ordenanza regula el “registro, localización, emplazamiento, factibilidad, habilitación, instalación, mantenimiento y desmantelamiento de antenas, soportes de antenas y equipos e instalaciones complementarios, destinados a la transmisión de datos, comunicaciones, telefonía celular y prestaciones de servicios por radiofrecuencias, en el Municipio de

General Güemes” (artículo 1º). Asimismo, crea el Registro Municipal de Antenas de Telefonía (en adelante, “REMUAN”) y dispone que se inscriban en él todos los titulares de las instalaciones o del servicio a prestar (artículo 4º). El artículo 5º de la Ordenanza establece que los titulares de instalaciones existentes o de servicios en prestación deberán inscribirse en el REMUAN y cumplimentar lo establecido en las disposiciones de la Ordenanza en el plazo máximo de 90 días hábiles, a partir de la creación de dicho registro y el artículo 6º dispone “restricciones o condicionantes en función de parámetros arquitectónicos, infraestructurales, tecnológicos, paisajísticos, patrimoniales, morfológicos, urbanísticos, y ambientales, a fin de minimizar efectos negativos, atenuar al máximo el impacto visual, y lograr una adecuada integración con el entorno”.

Las restricciones y condicionantes que el artículo 6º establece son las siguientes: a) las antenas no podrán ser instaladas a una distancia inferior a 500 metros de la zona urbana definida por la respectiva Ordenanza ni en las proximidades de lugares donde se desarrollen actividades educativas, deportivas, sociales o de cualquier tipo que signifique la posibilidad de exposición continua de personas a las emisiones de dichas antenas; b) la altura entre el nivel del suelo y el extremo de soporte de antenas no debe superar los 50 metros; y c) la altura del soporte de antenas no debe superar el 30% de la altura de la masa edificada, cuando dicha antena se encuentre localizada sobre edificaciones.

Según el artículo 17 “las antenas ya instaladas en las zonas restringidas deberán ser erradicadas por sus titulares en el plazo de sesenta (60) días a partir de la promulgación” de la Ordenanza.

En la motivación de la Ordenanza se consigna “el deber esencial” del Concejo Deliberante de “velar por el cuidado y bienestar de la población” y se indica que la OMS, en 2001, a través de la Agencia Internacional de Investigación sobre el cáncer, ha afirmado que las “radiaciones no ionizantes emitidas por las antenas de telefonía móvil son probablemente cancerígenas”. Asimismo, se indica que parece ser que el país se “encuentra en mora en cuanto a las exigencias que deben cumplir las empresas que utilizan las referidas antenas y sobre todo en la determinación precisa y eficaz de los niveles de radiación que resultan perjudicables (sic) para la salud de la población”. Por ello, se sostiene que la Municipalidad “hasta tanto los organismos nacionales modifiquen los parámetros” debe “dictar normas que protejan la salud de los ciudadanos (...) pues la existencia de diversas antenas en todo el radio urbano y los lamentables casos de cáncer en pobladores de General Güemes sin explicación alguna hacen presumir una causalidad entre las emisiones y las afectaciones a la salud”. Por último, el Concejo Deliberante afirma que —a su entender— la regulación que aprueba tiene un propósito múltiple pues “no se agota en la protección de la salud sino también en el negativo impacto visual o arquitectónico, por lo que estos fundamentos, no constituyen sino una porción del cúmulo de razones que aconsejan la aprobación del proyecto, el cual podrá ser enriquecido con el aporte intelectual de los vecinos, de especialistas, técnicos, Centros de Estudios, Organizaciones No Gubernamentales (ONG)” aunque reconoce que “el propósito principal [de la Ordenanza] es conjugar la prevención de enfermedades con la prestación de servicios, todo lo cual requiere el tratamiento y la oportuna aprobación del presente proyecto de Ordenanza”.

7º) Tal como se señaló en el considerando 4º, al relatar los agravios expresados en el recurso interpuesto, las recurrentes reconocen que la Municipalidad cuenta con el poder de

policía para regular cuestiones edilicias, ambientales y relativas a la salud pública (fs. 1274) que, por lo demás, encuentra fundamento en los artículos 176 de la Constitución de Salta y en los artículos 5° y 123 de la Constitución Nacional. No obstante ello, las recurrentes sostienen que la Ordenanza debe ser declarada inconstitucional en tanto interfiere con la prestación de un servicio sujeto a jurisdicción nacional y que, además, es irrazonable.

8°) Lo que esta Corte debe decidir es si la alegada interferencia de la Ordenanza se encuentra amparada constitucionalmente por ser consecuencia del legítimo ejercicio del poder de policía municipal o si, por el contrario, implica una intromisión en aspectos regulatorios que son propios de la competencia de las autoridades federales en la materia y, por lo tanto, debe ser declarada inconstitucional en virtud de lo dispuesto por el artículo 75, inciso 13, de la Constitución Nacional.

Al respecto, con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, este Tribunal ha afirmado que el vocablo “comercio” utilizado en el artículo 75, inciso 13, de la Constitución Nacional comprende “la transmisión por telégrafo, teléfono u otro medio de ideas, órdenes y convenios” (Fallos: 154:104). En virtud de ello esta Corte ha decidido que “las comunicaciones telefónicas interestatales están sujetas a la jurisdicción nacional, pues (...) tienden a promover la prosperidad, adelanto y bienestar general del país” (Fallos: 188:247; 213:467; 257:159; 299:149; 304:1186, entre muchos otros). Esta Corte también ha afirmado que no cabe “admitir una escisión que implique la subsistencia de una parte aislada del servicio local, de modo que la reglamentación del servicio debe ser general y emanar del Congreso” (Fallos: 257:159).

Ni la reforma constitucional de 1994 ni el reconocimiento constitucional del estatus autónomo de los municipios en el artículo 123 de la Constitución ha modificado la distribución constitucional de competencias en materia de telecomunicaciones. En efecto, en distintos precedentes posteriores al año 1994, esta Corte ha reafirmado la doctrina según la cual la regulación de las telecomunicaciones es competencia de las autoridades nacionales (“Telefónica de Argentina S.A. c/ Municipalidad de General Pico”, Fallos: 320:162; “Telefónica de Argentina c/ Municipalidad de Chascomús”, Fallos: 320:619; “Telefónica de Argentina S.A. s/ acción de inconstitucionalidad ley 2813”, Fallos: 321:1074; “Telefónica de Argentina S.A. c/ Provincia de Mendoza”, Fallos: 326:4718; “Telefónica de Argentina S.A. c/ Provincia de Mendoza”, Fallos: 327:5781 y “Telefónica de Argentina S.A. s/ acción de inconstitucionalidad”, Fallos: 330:3098).

Por otro lado, esta Corte ha afirmado, en Fallos: 321:1074, que el artículo 42 del nuevo texto constitucional ha ratificado que la legislación establecerá los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional. De tal modo, y tal como lo sostenía ya con anterioridad a la reforma constitucional, no puede haber duda de que “la reglamentación del servicio telefónico es facultad delegada por las provincias a la Nación, que a aquéllas les está vedado ejercer, ni siquiera so pretexto de una supuesta demora en el dictado de normas que pongan en ejercicio cláusulas programáticas de la Constitución, ya que la facultad transitoria de sancionar códigos no se extiende a otras materias de jurisdicción federal (art. 126)”.

9°) De los precedentes referidos en el considerando anterior se desprende que es un principio reconocido por este Tribunal que las provincias y los municipios deben ejercer sus competencias sin alterar las condiciones materiales, económicas, jurídicas o de cualquier

orden establecidas por la legislación nacional que posibilitan el cumplimiento de los fines del gobierno federal, lo cual incluye las actividades realizadas directamente por las autoridades nacionales y otras que son llevadas a cabo por actores privados designados mediante el otorgamiento de la correspondiente concesión o licencia. Este principio es de fundamental importancia en nuestra tradición pues es el que, desde los albores de la organización nacional, ha permitido el desenvolvimiento sostenido en el tiempo de los cometidos que la Constitución, en su artículo 75, pone a cargo del gobierno de la Nación para ser cumplidos en todo el territorio de la República.

Por lo tanto, las diversas leyes del Congreso que regulan los servicios nacionales son las únicas que pueden establecer qué aspectos se encontrarán fuera del alcance de las jurisdicciones locales y cuáles no y son dichas leyes las únicas que pueden darle un contenido preciso al principio de no interferencia de las autoridades provinciales y municipales en las atribuciones federales.

Es de destacar que la propia Constitución en el artículo 75, inciso 30, ha consagrado una aplicación del principio según el cual las provincias y los municipios deben ejercer sus competencias sin alterar las condiciones materiales, económicas, jurídicas o de cualquier orden establecidas por la legislación nacional cuando dispone que las autoridades provinciales y municipales conservarán los poderes de policía e imposición sobre los establecimientos de utilidad nacional pero solo en tanto no interfieran en el cumplimiento de sus fines nacionales. El texto del actual artículo 75, inciso 30, (anterior artículo 67, inciso 27) ha sido incorporado a la Constitución por la reforma de 1994, por lo que no puede dudarse de que dicha reforma no quiso alterar ni alteró en modo alguno el reparto de competencias entre el gobierno nacional y las demás jurisdicciones en lo que se refiere a la regulación de los servicios nacionales. El convencional Hernández fue quien lo puso de manifiesto con mayor claridad al hacer su intervención en la sesión del 9 de agosto de 1994 cuando dijo que “el inciso 27 del artículo 67 [actual 75, inciso 30] acusa para nosotros especial trascendencia (...) pero lo que importa resaltar es que se establece que las provincias y los municipios van a tener poderes de policía e imposición, en tanto no alteren las finalidades de la utilidad nacional, o sea que corregimos alguna legislación unitarizante y, sobre todo, alguna jurisprudencia de tal carácter que estableció la Corte Suprema de Justicia en el caso Marconetti. Tenemos que establecer, por el contrario, una tesis federal, como lo hizo la Corte Suprema en los casos Brizuela [Fallos, 296:432] y Vialco [Fallos, 301:1122].” (*Obra de la Convención Nacional Constituyente*. 1994. Tomo VI, p. 5596. cfr., asimismo, p. 5488, intervención del convencional Natale y p. 5641, intervención del convencional Guinle).

En virtud de lo dicho, la autonomía municipal ahora constitucionalizada no puede ser entendida como una franquicia para que los municipios interfieran en el desarrollo de los servicios nacionales sino que, en todo caso, debe ser concebida como el fundamento para que los municipios ejerzan aquellas competencias regulatorias que les resultan propias siempre que dicho ejercicio sea armónico con las atribuciones que la Constitución le ha concedido al gobierno federal.

Esta Corte ha establecido con claridad el límite de las atribuciones provinciales. Así, decidió en Fallos: 257:159 que “por importantes y respetables que sean las facultades conservadas por la Provincia, no alcanzan a sustentar la prescindencia de la solidaridad requerida por el destino común de los demás estados autónomos y de la Nación toda, ni

permiten el aislamiento y la segregación de ellos, en la empresa de su realización conjunta. La necesaria subsistencia y la debida preservación de la autonomía estatal y el carácter indestructible de las provincias no puede ser obstáculo a la unidad nacional, también indestructible, que requiere, en el intercambio y tránsito de bienes, personas e ideas, como esta Corte ha tenido ocasión de señalarlo ‘un solo país para un solo pueblo’ Fallos: 178:9 y otros”. Esta doctrina también se ha mantenido con posterioridad a la reforma constitucional de 1994 en las decisiones de esta Corte Suprema. En Fallos: 322:2862 esta Corte ha dicho que “la regla y no la excepción consiste en la existencia de jurisdicciones compartidas entre la Nación y las provincias, por lo que las normas constitucionales que rigen el caso deben ser interpretadas de modo tal que se desenvuelvan armoniosamente evitando interferencias o roces susceptibles de acrecentar los poderes del gobierno central en detrimento de las facultades provinciales y viceversa (Fallos: 271:186; 293:287; 296:432), pero sin perder de vista que las provincias, dada la posición que ocupan dentro del régimen constitucional, deben observar una conducta que no interfiera ni directa ni indirectamente con la satisfacción de servicios de interés público nacional. Las facultades provinciales, por importantes y respetables que sean, no justifican la prescindencia de la solidaridad requerida por el destino común de los demás estados autónomos y de la Nación toda (Fallos: 257:159; 263:437; 270:11, entre otros)”.

Las razones que subyacen a los elevados ideales que se desprenden de la doctrina según la cual cuando se encuentran involucrados servicios públicos nacionales, las provincias y los municipios deben ejercer sus competencias sin alterar las condiciones materiales, económicas, jurídicas o de cualquier orden establecidas por la legislación nacional, se justifican aun en mayor medida respecto de las competencias municipales. Los municipios no tienen un poder más extenso que las provincias pues son entidades políticas con atribuciones cuyo contenido y alcance depende de las constituciones provinciales (artículo 123 de la Constitución Nacional) y estas últimas no pueden conceder derechos ni atribuciones que las provincias no tienen. Por otra parte, si el constituyente ha entendido que la interferencia de un número relativamente limitado de provincias supone un riesgo para la ejecución de servicios en los que existe un interés nacional, mucho más elevado sería ese riesgo si se reconociera a la gran cantidad de municipios existentes atribuciones tan extensas que, en los hechos, tuvieran la consecuencia de impedir el desarrollo de las políticas de alcance nacional.

10) Sobre las bases mencionadas en los párrafos anteriores, esta Corte ha establecido que el Estado Nacional tiene las atribuciones necesarias para la reglamentación de los servicios que excedan el ámbito local incluyendo aquellos “aspectos de las actividades interiores” susceptibles de menoscabar u obstruir dichos servicios (Fallos: 320:162 y sus citas, entre otros).

Esta Corte, por otro lado, ha puntualizado que el poder de policía local no debe extenderse a “los aspectos regulatorios de competencia de la Nación” (Fallos: 326:4718; 330:3098, citados), tal como lo ha decidido en casos de colocación de medidores domiciliarios de pulsos, modalidad de prestación del servicio telefónico, regulación de la facturación de estos servicios y fijación de tarifas (ver Fallos: 257:159; 268:306; 299:149; 321:1074; 326:4718 y 330:3098).

De acuerdo con estos principios, por ejemplo, la competencia municipal relativa a la autorización de la obra civil que sirve de estructura de soporte de antenas encuentra límite

en el hecho de que dicha competencia no puede extenderse al punto de regular los aspectos técnicos del servicio de telefonía. La regulación de estos aspectos es de competencia propia de las autoridades federales y, por ello, se encuentra, de manera principal, en la LT. Entre ellos cabe destacar el diseño por parte de las autoridades nacionales de la red interjurisdiccional de telecomunicaciones que permite la prestación eficaz del servicio en cuestión.

11) Corresponde ahora tratar el *thema decidendum* y resolver si la Ordenanza, en tanto exige erradicar en un plazo de 60 días las estructuras y antenas de la zona urbana —con fundamento principal en la salud de la población— importa una intromisión por parte de la Municipalidad en una competencia exclusiva de las autoridades federales.

12) En lo que respecta a la organización y funcionamiento de las telecomunicaciones, las competencias nacionales están básicamente regidas por la Ley de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, 27.078 (en adelante, la “Ley de TIC”) y por la LT con el alcance determinado por el artículo 89 de la Ley de TIC.

La Ley de TIC contiene disposiciones que responden a la ya señalada necesidad de que las políticas nacionales en materia de telecomunicaciones sean uniformes en todo el territorio de la Nación a los efectos de posibilitar el acceso de la totalidad de los habitantes de la República Argentina a los servicios de la información y las comunicaciones en condiciones sociales y geográficas equitativas con los más altos parámetros de calidad (artículo 1°). En el artículo 7° se define a las tecnologías de la información y las comunicaciones (en adelante, “TIC”) como “el conjunto de recursos, herramientas, equipos, programas informáticos, aplicaciones, redes y medios que permitan la compilación, procesamiento, almacenamiento y transmisión de información, como por ejemplo, voz, datos, texto, video, imágenes, entre otros”.

Luego de declarar que la ley es de aplicación en todo el país (artículo 3°), la Ley de TIC dispone que las autoridades nacionales, provinciales, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y municipales, coordinarán las acciones necesarias para lograr el despliegue de las redes de telecomunicaciones utilizadas en los servicios de TIC (artículo 17). Asimismo, establece que, a los efectos de resguardar el servicio de TIC, “éste deberá ser brindado en todo el territorio nacional considerado a tales efectos como una única área de explotación y prestación” (artículo 55).

Por su parte, la LT contiene disposiciones específicas sobre la cuestión debatida en estas actuaciones que han mantenido vigencia en virtud de lo dispuesto en el artículo 89 de la Ley de TIC. Entre ellas cabe mencionar, en primer término, la jurisdicción nacional sobre los servicios de una provincia interconectados con otra jurisdicción o con un Estado extranjero (artículo 3°, inciso c) y la asignación de competencias al Poder Ejecutivo Nacional para fiscalizar toda actividad o servicio de telecomunicaciones (artículo 4°, inciso c).

Además, la LT establece que no se podrán instalar ni ampliar medios ni sistemas de telecomunicaciones sin la previa autorización nacional pertinente (artículo 6°) y dispone que, a fin de poder prestar el servicio de telecomunicaciones, las instalaciones deben ser habilitadas por la autoridad de aplicación nacional antes de entrar en funcionamiento (artículo 27).

La LT también dispone que los respectivos titulares de la jurisdicción territorial son competentes para autorizar la ubicación de las instalaciones y redes (artículo 39).

En lo que es particularmente importante para decidir la cuestión debatida, la LT asigna competencias específicas a las autoridades federales en relación con la modificación o traslado de las instalaciones en funcionamiento. La importancia radica en el hecho que este traslado es, justamente, lo que la Ordenanza pretende regular por sí. En especial, el artículo 27 de la LT dispone que las instalaciones no podrán ser modificadas sin previa autorización de la autoridad federal y el artículo 9, inciso “1”, faculta a la autoridad de aplicación federal para participar en el otorgamiento y cancelación de permisos, autorizaciones y licencias así como en la instalación, explotación, uso, ampliación, modificación y traslado de los distintos medios o sistemas de telecomunicaciones.

13) Tal como ha quedado acreditado en autos con el dictamen pericial de fs. 1031/1105, en el diseño de una red de telecomunicaciones, la ubicación de las antenas responde a criterios técnicos que contemplan las necesidades geográficas de cobertura, la factibilidad de prestar el servicio a un número determinado de usuarios así como la posibilidad de interconexión con otras estaciones. Por ello, toda orden de traslado de una antena ya instalada necesariamente afecta el diseño y la estructura del sistema de telecomunicaciones.

En el dictamen mencionado, el perito oficial explicó que “la telefonía celular se basa en la reutilización de frecuencias”, lo que requiere “dividir el área de cobertura en zonas a las que se les asignan distintos grupos de frecuencias cumpliendo con la condición de que zonas linderas nunca coincidan con el mismo grupo de frecuencias”. El perito oficial también afirmó que lo anterior determina “que la ubicación de las antenas en las zonas en las que fuera dividida el área de cobertura quede determinada con muy poco margen de reubicación” ya que “el número de zonas en que se divide el área a cubrir con el servicio de telefonía móvil, depende fundamentalmente de la cantidad de usuarios a los que se les debe prestar el servicio al mismo tiempo” (fs. 1099/1100).

Asimismo, el perito sostuvo que “en el caso de la antena de la calle Gorriti 114, la ubicación se debe fundamentalmente a 2 factores: 1. Asegurar la cobertura del servicio de telefonía celular a la zona centro de la ciudad de Gral. Güemes. 2. Servir de nodo a las estaciones: GAN50, que presta el servicio de telefonía móvil en la zona noroeste de la ciudad de Gral. Güemes y GAN002, ubicada en la localidad de Campo Santo, que brinda telefonía celular 2G y 3G a los habitantes de dicha localidad” (fs. 1099/1100).

En relación con el impacto del traslado de una antena ya instalada, el perito oficial sostuvo que “la remoción o relocalización de una antena implica en general una reestructuración de la arquitectura de la red. Esto hace que sea necesario efectuar cambios sobre el resto de las antenas que forman parte de la red a los efectos de que siga operativa y no afecte a los servicios que se prestan a través de ella”. Además, según el perito, “toda relocalización implica un período durante el cual los servicios en el área cubierta por la antena a reubicar, en este caso el servicio de telefonía móvil de Gral. Güemes y Campo Santo, se vean afectados sea por un servicio de mala calidad o directamente por la falta del mismo” (fs. 1101).

Como quedo dicho en el considerando 6°, la Ordenanza dispone de manera unilateral la reubicación de las antenas que se encuentran operando, entre ellas las de las actoras y, por ello, modifica la red de telefonía celular ya instalada, y en tanto lo hace, se arroga una atribución que la LT otorga a la autoridad federal de aplicación en sus artículos 9, inciso “1”, y 27.

14) Es muy importante destacar, por lo demás, que de acuerdo con el protocolo aprobado por la resolución CNC 3690/2004 (que, vale la pena mencionar, fue aplicado por el perito para efectuar las mediciones de radiación -fs. 1101-) las antenas de telefonía móvil cumplen con los estándares de seguridad en materia de radiaciones no ionizantes. Al respecto cabe también mencionar que el Ministerio de Salud, mediante la resolución 202/1995, aprobó el Estándar Nacional de Seguridad para la exposición a radiofrecuencias comprendidas entre 100 KHz y 300 GHz que fue luego adoptado por la SC en la resolución 530/2000 para todos los sistemas de telecomunicaciones. A su vez, la CNC dictó la resolución 3690/2004 que, tomando como punto de partida los valores máximos establecidos en la referida resolución 202/1995, unificó criterios en el orden nacional con especial énfasis en jurisdicciones municipales, a efectos de concretar un procedimiento uniforme para el control de las radiaciones no ionizantes.

15) Por los motivos antes expresados, cabe concluir que la Ordenanza, en cuanto ordena la remoción de antenas ya instaladas y altera por esa vía el diseño de la red de telefonía celular (artículos 6° y 17), se entromete en un aspecto regulatorio de competencia nacional exclusiva, como lo es, inequívocamente, el de ampliar, modificar y trasladar los distintos medios o sistemas de telecomunicaciones (artículos 9°, inciso “I” y 27 de la LT). La Municipalidad, al sancionar la Ordenanza, ha invadido indebidamente facultades que fueron delegadas por las provincias a la Nación (artículo 75, incisos 13 y 18 de la Constitución Nacional). Por ello, el artículo 17 de la Ordenanza en la medida en que ordena el traslado dentro del plazo de 60 días de las antenas de las actoras ya instaladas en zonas restringidas, es decir, a una distancia menor a los 500 metros del ejido urbano (conf. surge del artículo 6°) resulta inconstitucional.

16) Sin perjuicio de que lo dicho hasta aquí resulta suficiente para fundar el pronunciamiento al que se arriba, cabe agregar que la decisión de reubicar las antenas dispuesta en la Ordenanza es una medida que produciría el efecto exactamente contrario al fin buscado de manera principal, es decir, proteger la salud de la población.

Al respecto, el perito oficial interviniente en estas actuaciones sostuvo que las antenas de las recurrentes cumplen con las condiciones de exposición a radiación no ionizante de alta frecuencia para el público en general establecidas en la resolución 202/95 del Ministerio de Salud de la Nación (fs. 1102). También, informó, que una eventual relocalización de la antena “no reduce los niveles de exposición de quienes habitan o circulan por el área que cubría la antena removida”. Según el perito, ello “se debe a que se necesita un nivel determinado de campo electromagnético para la operatividad de la telefonía móvil y es este nivel el que normalmente genera la antena removida en su área de cobertura”. El perito aclaró que “quienes usen su celular en esta área, una vez removida la antena, se verían expuestos a un mayor nivel de radiación de su propio celular, ya que el mismo deberá incrementar su potencia para poder comunicarse con otra antena de la red que reemplaza a la removida y que se encuentra más distante” (fs. 1101).

Por lo tanto, el fundamento central de la Ordenanza -que a pesar de varias invocaciones no es sino el de proteger la salud de la población- no guarda ningún vínculo racional con el traslado de las antenas que ella dispone, lo que afecta su validez.

La conclusión anterior no se ve modificada en modo alguno por la referencia que hizo el tribunal *a quo* del principio precautorio pues dicho principio únicamente rige en la in-

interpretación y aplicación de la ley 25.675 que regula la Política Ambiental Nacional y de “toda otra norma a través de la cual se ejecute la política ambiental”, mas no cuando se trata de cuestiones de salud pública como son aquellas en las que la Ordenanza, tal como se dijo, se fundamentó primordialmente.

De ello se desprende que la Ordenanza aquí impugnada no cumple con la pauta establecida por esta Corte según la cual la reglamentación legislativa no debe ser infundada o arbitraria sino razonable, es decir, justificada por los hechos y las circunstancias que le han dado origen y por la necesidad de salvaguardar el interés público comprometido, y proporcionada a los fines que se procura alcanzar con ella (doctrina de Fallos: 199:483; 249:252; 250:418; 253:478; 290:245; 306:1560; 307:862 y 906).

Como se desprende de los precedentes citados en el párrafo anterior, todo acto gubernamental que se traduzca en una limitación de las libertades económicas establecidas como derechos en el artículo 14 de la Constitución ha de ser, por la sola circunstancia de constituir una limitación, un acto razonable. En otros términos, para mantenerse dentro de los límites trazados por el artículo 28 de la Constitución, una limitación a las libertades económicas, cuanto menos, tiene que contar con alguna probabilidad de generar el efecto que se dice buscar. Por otro lado, cuando las actividades económicas afectadas son un servicio público, o de interés público, de carácter nacional, el deber de cuidado que pesa sobre las autoridades municipales al evaluar las razones que justifican su actuación debe ser considerablemente más estricto. Al encontrarse en juego bienes o servicios que hacen al bienestar de toda la población de la República, no corresponde actuar con tolerancia hacia medidas escasamente ponderadas por las autoridades municipales y que se revelan, al menor análisis, irrelevantes o contradictorias para la consecución de las finalidades que declaran perseguir.

Por ello, habiendo dictaminado la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario interpuesto y se revoca la sentencia apelada, con el alcance indicado precedentemente. Con costas (artículo 68, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo resuelto. Agréguese la queja al principal. Reintégrese el depósito de fs. 2. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ – ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO (*según su voto*)– JUAN CARLOS MAQUEDA (*en disidencia*)– RICARDO LUIS LORENZETTI (*según su voto*)– HORACIO ROSATTI (*en disidencia*).

VOTO DE LA SEÑORA VICEPRESIDENTA DOCTORA DOÑA ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO

Considerando:

1º) Que los antecedentes de la causa y los agravios de las recurrentes se encuentran debidamente reseñados en los acápite I y II del dictamen de la señora Procuradora Fiscal a los que se remite por razón de brevedad.

2º) Que el recurso extraordinario federal es admisible, toda vez que la Ordenanza 299/2010 de la Municipalidad de General Güemes (Provincia de Salta), dictada con fun-

damento en atribuciones locales, fue controvertida bajo la pretensión de ser repugnante a los artículos 31 y 75, incisos 13 y 18 de la Constitución Nacional y 3°, 4° y 6° de la Ley Nacional de Telecomunicaciones 19.798 y su complementaria Ley de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones 27.078, y la decisión del *a quo* fue en favor de la validez de la norma local (artículo 14, inciso 2°, ley 48).

3°) Que tal como han quedado configurados los agravios de las recurrentes, en el presente caso esta Corte debe decidir si la Ordenanza 299/2010, que dispone la erradicación en un plazo de 60 días de estructuras y antenas de telefonía móvil de la zona urbana, implica una intromisión indebida del municipio en aspectos regulatorios de competencia de las autoridades federales en materia de telecomunicaciones, o si, por el contrario, se trata de una medida comprendida dentro del poder de policía municipal que surge de los artículos 5° y 123 de la Constitución Nacional y 176 de la Constitución de la Provincia de Salta.

Los artículos de la norma municipal que ordenan el traslado en cuestión disponen la reubicación de las estructuras y antenas cuando su emplazamiento incumpla la distancia mínima de 500 metros respecto de la zona urbana o se encuentren ubicadas en las proximidades de lugares donde se desarrollen actividades educativas, deportivas, sociales o de cualquier tipo (zonas restringidas) que implique la exposición continua de personas a sus emisiones (ver artículos 17 y 6°).

4°) Que esta cuestión ya se encuentra resuelta por doctrina desarrollada en varios precedentes de este Tribunal, la que se halla consolidada al haber sido reiterada en innumerables oportunidades.

En este sentido, resulta necesario recordar las sentencias en las que esta Corte decidió planteos similares al del *sub lite* en los que, por un lado, estaba en juego la competencia exclusiva que, por imperio de la “cláusula comercial”, tiene el Congreso de la Nación para regular los servicios de naturaleza interjurisdiccional —como lo es el servicio de telecomunicaciones— (artículo 75, inciso 13 de la Constitución Nacional) y, por el otro, el alcance del poder de policía local y la forma cómo este último poder debe articularse con el federal.

En una extensa línea de fallos anteriores a la reforma constitucional de 1994, este Tribunal interpretó la extensión de la expresión “reglar el comercio” contenida en el citado artículo 75, inciso 13 y afirmó dos conclusiones que resultan relevantes para la solución de la presente contienda:

a) que el término “comercio” comprende las comunicaciones telefónicas interjurisdiccionales y que, por esta razón, tales comunicaciones están sujetas a la jurisdicción del Congreso de la Nación (conf. doctrina de Fallos: 154:104; 192:234; 198:438; 213:467; 257:159, ver, además, “Obras Completas de Joaquín V. González. Edición ordenada por el Congreso de la Nación Argentina”, volumen V, pág. 36, último párrafo, Universidad Nacional de La Plata, 1935);

b) que la expresión “reglar” contenida en el artículo 75, inciso 13, de la Constitución Nacional debe ser interpretada de un modo amplio y reconoce en el Congreso la **facultad de disponer todo lo relativo a la iniciación, funcionamiento y organización de una actividad** (Fallos: 154:104; 188:247; 307:360, 374; 321:1074, voto de los jueces Petracchi y López, entre otros).

También la Corte Suprema de los Estados Unidos ha interpretado de forma extensa el alcance de la palabra “regular”, en términos de la “commerce clause” prevista en el Art. I, Sección 8a. de la constitución de ese país. Así, por ejemplo, resulta ilustrativa la opinión del juez Marshall en la sentencia “Gibbons v. Ogden” (1824): “[...] El poder de regular, es el poder de establecer las normas a las que debe ajustarse el comercio [interjurisdiccional]. Este poder [...] es completo; puede ser ejercido con gran amplitud; y no existe ningún otro límite, excepto aquellos establecidos en la constitución” (22 U.S. 1, párrafo 244).

Estos principios han sido confirmados luego de la reforma constitucional de 1994, por cuanto el artículo 42 del nuevo texto, en la parte pertinente de su tercer párrafo, dispone —en consonancia con todo lo expuesto— que la legislación establecerá los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional.

Como ha expresado esta Corte, la legislación a la cual se refiere dicha disposición “no puede ser otra que la emanada del Congreso de la Nación en ejercicio de los poderes implícitos conferidos por el art. 75, inc. 32, de la Carta Magna. De tal modo, la reglamentación del servicio telefónico es facultad delegada por las provincias a la Nación, que a aquéllas les está vedado ejercer, ni siquiera so pretexto de una supuesta demora en el dictado de normas que pongan en ejercicio cláusulas programáticas de la Constitución, ya que la facultad transitoria de sancionar códigos no se extiende a otras materias de jurisdicción federal (art. 126)” (Fallos: 321:1074; 326:4718; 330:3098).

5°) Que a los efectos de articular estos principios referidos al alcance de las atribuciones de la autoridad federal en materia de regulación de servicios de competencia nacional con el poder de policía local (provincial o municipal) —aún después de la reforma constitucional de 1994 que reconoció de manera explícita en el artículo 123 de la Constitución Nacional la autonomía de los municipios— este Tribunal ha utilizado el criterio de **no interferencia u obstaculización** a la hora de resolver casos en los que se cuestionaban normas locales con fundamento en que se inmiscuían en aspectos de competencia federal (Fallos: 192:350; 198:438; 332:66; 335:1739, entre otros).

Resulta importante señalar que este criterio ha sido reconocido expresamente por el constituyente de 1994 en el artículo 75, inciso 30, como una forma de armonizar las facultades federales y las locales en los establecimientos de utilidad nacional. Dicha disposición establece que “las autoridades provinciales y municipios conservarán los poderes de policía e imposición sobre estos establecimientos, **en tanto no interfieran**” en el cumplimiento de sus fines específicos (énfasis agregado). Es decir, ha sido el propio constituyente de 1994 el que consideró que esta forma de armonizar las atribuciones federales y las locales —que, como se puntualizó, ya se venía utilizando en la jurisprudencia de esta Corte— es compatible con el régimen de autonomía municipal que el mismo consagró, a su vez, en el artículo 123.

Cabe recordar, que a fin de fijar este criterio de armonización este Tribunal tomó como punto de partida las características del diseño de nuestro sistema federal, que reconoce la preexistencia de las provincias y la reserva de todos los poderes que estas no hubiesen expresamente delegado en el gobierno central, a la vez que exige aplicar estrictamente la preeminencia de los poderes federales en las áreas en que la Ley Fundamental así lo estableció. En el marco de estos principios esta Corte, al examinar el modo en que se realizan ambos plexos de potestades, ha sostenido que los poderes de las provincias son originarios

e indefinidos y los delegados a la Nación son definidos y expresos, pero precisó que dichas potestades provinciales no pueden enervar el ejercicio razonable de los poderes delegados al gobierno federal, so pena de convertir en ilusorios los propósitos y objetivos de las citadas facultades que fincan en la necesidad de procurar eficazmente el bien común de la Nación toda, en el que necesariamente se encuentran engarzadas y del cual participan todas las provincias (Fallos: 304:1186; 312:1437; 332:66, entre otros).

Desde esta perspectiva, la teoría de la no interferencia procura evitar que las actividades económicas interjurisdiccionales —como es la de prestar el servicio de telecomunicaciones— puedan ser entorpecidas, complicadas o impedidas por el ejercicio del poder de policía local, lo cual conspiraría contra la unidad del sistema federal y su regular funcionamiento según ha sido concebido por el constituyente (Fallos: 321:658; 332:66).

Es por esta razón que cuando se trata de interpretar el alcance de las atribuciones locales en el área abarcada por la llamada “cláusula comercial” debe acudir a esa noción integradora de la actividad económica en el territorio nacional, que fue el fundamento no solo de la exclusividad de los poderes del Congreso en la regulación del comercio interprovincial (artículo 75, inciso 13, de la Constitución Nacional), sino también de los que le competen en forma exclusiva en el dictado de la legislación común a ser aplicada dentro de los territorios provinciales por las autoridades locales, de conformidad con lo previsto en el artículo 75, inciso 12, de nuestra Ley Fundamental (conf. Fallos: 304:1186; 312:1437; 324:3048).

Sobre estas bases, se ha afirmado la existencia de las necesarias atribuciones nacionales para la reglamentación de los servicios que excedan el ámbito local (Fallos: 257:159) e, incluso, de aquellos “aspectos de las actividades interiores” de las autoridades locales susceptibles de menoscabar u obstruir dichos servicios (Fallos: 213:467; 257:159; 299:149; 320:162; 326:4718; 331:1243, entre otros).

En lo que a este caso interesa, y con especial referencia al servicio de telecomunicaciones, este Tribunal ha establecido que **el poder de policía local no puede extenderse a los aspectos regulatorios de competencia de la Nación** (Fallos: 326:4718; 330:3098), como lo son, por ejemplo, cuestiones vinculadas a las guías telefónicas, a la colocación de medidores domiciliarios de pulsos, a la adopción de medidas técnicas y administrativas tendientes a la emisión de facturas con discriminación de llamadas, al ofrecimiento de facturación detallada de los consumos efectuados por el usuario (ver, respectivamente, Fallos: 192:350; 321:1074; 326:4718 y 330:3098) y a la fijación del régimen tarifario (Fallos: 257:159; 268: 306; 299:149; entre otros).

6°) Que delineados entonces los principios y el criterio bajo los cuales corresponde analizar casos como el presente, se debe determinar, como ya se adelantó en el considerando 3°, si la medida dispuesta por el artículo 17 de la Ordenanza de erradicación de las antenas instaladas en un plazo de 60 días cuando se encuentren a una distancia menor a los 500 metros del ejido urbano (conf. artículo 6°) —con fundamento principal en la salud de la población y en razones arquitectónicas, infraestructurales, tecnológicas, paisajísticas, patrimoniales, morfológicas, urbanísticas y ambientales—, se entromete en aspectos regulatorios de competencia de la Nación.

La respuesta afirmativa es indudable.

En efecto, el servicio federal de telecomunicaciones se encuentra regulado por la ley de “Tecnologías de la Información y las Comunicaciones” 27.078 (TIC) y por la “Ley Nacional de Telecomunicaciones” 19.798, cuyas disposiciones mantienen vigencia siempre que no se opongan a las previsiones de la primera (artículo 89 de la ley 27.078).

Ambas normas consagran la jurisdicción nacional sobre los servicios de comunicaciones (artículos 3°, inciso c, y 4°, inciso c, de la ley 19.798, y artículos 1° y 3° de la ley 27.078). La ley 27.078, a su vez, establece el claro objetivo de posibilitar el acceso de la totalidad de los habitantes de la República Argentina a los servicios de la información y las comunicaciones en condiciones sociales y geográficas equitativas, con los más altos parámetros de calidad (artículo 1°). El artículo 55 de esta ley describe al servicio de TIC como comprensivo de la confluencia de las redes tanto fijas como móviles que, mediante diversas funcionalidades, proporciona a los usuarios la capacidad de recibir y transmitir información de voz, audio, imágenes fijas o en movimiento y datos en general; y en su segunda parte indica que a los efectos de resguardar la funcionalidad del servicio, “éste deberá ser brindado en todo el territorio nacional considerado a tales efectos como **una única área de explotación y prestación**” (énfasis agregado).

En lo que se refiere a los requisitos para la instalación de antenas, la ley 19.798 establece que ello no se podrá llevar a cabo sin la previa autorización pertinente (artículo 6°). En cuanto a las autorizaciones en cuestión, dispone que las instalaciones deben ser habilitadas por la autoridad nacional de aplicación antes de entrar en funcionamiento y que la autoridad nacional, provincial o municipal deberá dar la respectiva autorización para el uso del suelo, subsuelo y espacio aéreo del dominio público (artículo 39).

A su vez, la ley 19.798 establece que los medios y sistema de comunicación no podrán ser modificados sin previa autorización de la autoridad nacional de aplicación (artículo 27), la que tiene competencia para participar en el otorgamiento y cancelación de permisos, autorizaciones y licencias para la instalación, explotación, uso, ampliación, modificación y traslado de los distintos medios o sistemas de telecomunicaciones (artículo 9°, inciso l).

Queda claro entonces que, tal como está diseñado y estructurado el sistema de telecomunicaciones en nuestro país, una antena no puede ser trasladada sin la autorización de la autoridad nacional de aplicación. Esta conclusión, además de desprenderse claramente del texto de la normativa que regula el servicio, se impone dadas las características físicas requeridas para el funcionamiento del sistema, pues la ubicación de las antenas resulta determinante a fin de constituir la red interjurisdiccional necesaria para la adecuada prestación del servicio de telefonía móvil.

Al respecto, el perito oficial designado en estas actuaciones explicó que “la telefonía celular se basa en la reutilización de frecuencias, lo que significa dividir el área de cobertura en zonas a las que se les asignan distintos grupos de frecuencias cumpliendo con la condición de que zonas linderas nunca coincidan con el mismo grupo de frecuencias. Esto hace que **la ubicación de las antenas en las zonas en las que fuera dividida el área de cobertura quede determinada con muy poco margen de reubicación**. El número de zonas en que se divide el área a cubrir con el servicio de telefonía móvil, depende fundamentalmente de la cantidad de usuarios a los que se les debe prestar el servicio al mismo tiempo” (fs. 1099/1100, énfasis agregado).

Si se reconociera a los municipios la facultad de regular lo atinente a la relocalización de las antenas ya instaladas y debidamente autorizadas, la prestación del servicio resultaría imposible o muy dificultosa, pues toda decisión relativa a la reubicación de una antena afecta el diseño y la estructura de todo el sistema de telecomunicaciones. Ello es así porque, como lo señaló el perito oficial, la remoción o relocalización de una antena implica en general una reestructuración de la arquitectura de la red, de modo que torna necesario efectuar cambios sobre el resto de las antenas, a los efectos de que la red siga operativa y no afecte a los servicios que se prestan a través de ella (fs. 1101).

En síntesis, el carácter interjurisdiccional del servicio justifica y determina la competencia regulatoria federal y, por tanto, la imposibilidad de los municipios de adoptar medidas que interfieran u obstaculicen dicha competencia. Se trata de un sistema interconectado en el que cada antena ayuda a conformar una celda que determina un área de cobertura, de modo que el traslado de una antena podría obligar a la relocalización de otras a los efectos de no impactar en la estructura de la red. No resulta difícil imaginar las consecuencias que se podrían generar para el funcionamiento del servicio si se permitiese a cada municipio del país tomar unilateralmente decisiones relacionadas con la reubicación de las antenas ya instaladas. En la medida en que –como lo señaló el perito experto– las antenas integran un sistema interconectado, la modificación en la ubicación de una de ellas impactará en las demás y, como consecuencia, en la debida prestación del servicio. En consonancia con estas esenciales características del servicio, la nueva ley 27.078 subraya que “éste deberá ser brindado en todo el territorio nacional considerado a tales efectos como una única área de explotación y prestación” (artículo 55, ya citado).

7°) Que, por las razones expuestas, cabe concluir que el artículo 17 de la norma municipal en cuanto ordena el traslado dentro del plazo de 60 días de las antenas de las actoras ya instaladas en zonas restringidas, es decir, a una distancia menor a los 500 metros del ejido urbano (conf. surge del artículo 6°) resulta inconstitucional, por cuanto invade un aspecto regulatorio que hace al funcionamiento y organización del servicio, competencias que, según surge de la Constitución Nacional, son propias de la autoridad federal, en tanto han sido delegadas por las provincias a la Nación (artículos 75, inciso 13 y 121 de la Constitución Nacional).

Finalmente, cabe señalar que la decisión que aquí se adopta resulta coherente con otros pronunciamientos de este Tribunal que trataron cuestiones similares a las debatidas en el *sub lite*. En efecto, si, como se señaló, esta Corte invalidó normas locales como las examinadas en los casos “Laboratorios Suarry S.A.” (Fallos: 192:350); “Telefónica de Argentina” (Fallos: 321:1074); “Telefónica de Argentina c/ Provincia de Mendoza” (Fallos: 326:4718) y “Telefónica de Argentina s/ acción de inconstitucionalidad” (Fallos: 330:3098), que se referían a aspectos vinculados a las guías telefónicas, a la colocación de medidores domiciliarios de pulsos, a la adopción de medidas técnicas y administrativas tendientes a la emisión de facturas con discriminación de llamadas y a la regulación de la facturación de estos servicios, con más razón debe también invalidar la ordenanza atacada en autos que se entromete con mayor evidencia en un aspecto directamente relacionado con el funcionamiento y organización del servicio de telecomunicaciones: el traslado de las antenas que configuran la red interjurisdiccional necesaria para su debida prestación en todo el territorio nacional. En otras palabras, la norma impugnada en esta causa es claramente más intrusiva en un aspecto regulatorio esencial del servicio que las invalidadas por este Tribunal en los pronunciamientos enunciados precedentemente.

Dada la forma como se resuelve resulta innecesario que este Tribunal se pronuncie sobre los agravios de las recurrentes referidos a la irrazonabilidad de la ordenanza, con fundamento en que las medidas que instrumenta no resultan razonables con el fin primordial de protección de la salud, sino que, además de cumplir las antenas instaladas con las condiciones de exposición a radiación no ionizante establecidas por la resolución 202/1995 del Ministerio de Salud de la Nación, su alejamiento —según dicen y, también, afirma el perito oficial—, generará el efecto contrario, por cuanto requerirá un aumento del nivel de radiación para permitir el funcionamiento de comunicaciones móviles.

Por las razones expuestas, habiendo dictaminado la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario interpuesto y se revoca la sentencia apelada, con el alcance indicado precedentemente. Con costas (artículo 68, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo resuelto. Agréguese la queja al principal. Reintégrese el depósito de fs. 2. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO.

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON RICARDO LUIS LORENZETTI

Considerando:

1º) Que Telefónica Móviles Argentina S.A. y Telefónica Argentina S.A. interpusieron una acción declarativa de inconstitucionalidad contra la ordenanza 299/10 de la Municipalidad de General Güemes de la Provincia de Salta porque, a su entender, interfiere en el servicio de telecomunicaciones cuya regulación corresponde a la órbita de competencia exclusiva del Estado Federal. La Cámara Federal de Apelaciones de Salta confirmó la sentencia de primera instancia que rechazó la demanda. Contra esta decisión, las recurrentes interpusieron un recurso extraordinario que, denegado, suscitó la presente queja invocando la arbitrariedad de la decisión y la existencia de cuestión federal.

2º) Que los planteos respecto de la arbitrariedad de la sentencia apelada resultan inadmisibles, toda vez que dicha doctrina no tiene por objeto convertir a la Corte Suprema en un tribunal de tercera instancia ordinaria.

Por el contrario, debe probarse un supuesto excepcional en el que graves deficiencias de fundamentación impidan considerar el pronunciamiento de los jueces de la causa como una sentencia fundada en ley, con directa lesión a la garantía del debido proceso (“Estrada, Eugenio”, Fallos: 247:713 y “Othaz”, Fallos: 324:3494, entre otros). En este caso, la sentencia impugnada no efectuó una interpretación irrazonable de los hechos y del derecho sometido a su consideración, lo que impide su descalificación por esta vía.

3º) Que la queja es admisible en cuanto a la cuestión federal articulada en el recurso extraordinario, toda vez que la validez de una ordenanza municipal dictada con fundamento en atribuciones provinciales fue controvertida bajo la pretensión de ser repugnante a la Constitución Nacional y a la ley federal 19.798, y la decisión del *a quo* fue en favor de la validez de la norma local (artículo 14, inciso 2º, de la ley 48).

4°) Que el primer paso para adoptar una decisión, consiste en delimitar el conflicto de normas.

La ordenanza 299/10 impugnada regula, entre otros aspectos, la localización y habilitación de las antenas de telecomunicaciones a través de radiaciones electromagnéticas no ionizantes (artículos 1° y 2°). El acto normativo invoca las atribuciones de la carta orgánica de la Municipalidad de General Güemes y busca minimizar los efectos negativos de las antenas según diferentes parámetros como los urbanísticos, patrimoniales y ambientales. En concreto, el Concejo Deliberante dispuso que... “a) las antenas descriptas (...) no podrán ser instaladas en una distancia inferior a 500 metros de la zona urbana definida por la respectiva ordenanza o en las proximidades de lugares donde se desarrollen actividades educativas, deportivas, sociales o de cualquier tipo que signifique la posibilidad de exposición continua de personas a las emisiones de dichas antenas; b) en todos los casos las alturas entre el nivel del suelo y el extremo de soporte de antenas, no superará los 50 metros; c) en los casos de localización sobre edificaciones, las alturas de los soportes de antenas no superarán el 30% de la altura de la masa edificada (art. 6). A su vez, ordenó que aquellas antenas ya instaladas con anterioridad a su sanción debían ser erradicadas en el plazo de 60 días desde su publicación (art. 17)...”.

Después de dictada la ordenanza aquí objetada, la cuestión continuó debatiéndose en la comunidad de la Municipalidad de General Güemes. Así, el 11 de noviembre de 2016 se realizó una audiencia pública y el 27 de septiembre de 2017 se dispuso que ciertos prestarios de servicios de antenas y sus soportes debían presentar alternativas de relocalización (artículos 1° y 2° de la ordenanza 540/2017).

Por otra parte, la Ley Nacional de Telecomunicaciones 19.798, dispone que “no se podrán instalar ni ampliar medios ni sistemas de telecomunicaciones sin la previa autorización pertinente” y que “las provincias o municipalidades no podrán expropiar las instalaciones de telecomunicaciones, ni suspender, obstaculizar o paralizar las obras o los servicios de jurisdicción nacional” (artículo 6°).

5°) Que, de conformidad con lo expuesto, la decisión consiste en determinar si la ordenanza 299/10 dictada por la Municipalidad de la ciudad de General Güemes, invocando el ejercicio del poder de policía ambiental, interfirió en la adecuada prestación del servicio interjurisdiccional de telefonía móvil regulado por la ley 19.798 y, por ende, invadió atribuciones del Estado Nacional.

Esta decisión exige la ponderación de dos principios constitucionales.

Por un lado, la competencia del municipio para dictar normas sobre la protección ambiental y del poder de policía en la materia, bajo el amparo de los artículos 41, 123 y 75, inciso 30, de la Constitución Nacional, que invoca la demandada.

Por el otro, la potestad de la Nación de regular las telecomunicaciones (artículo 75, inciso 14, Constitución Nacional) y el comercio interprovincial conforme con la denominada “cláusula de comercio” (artículo 75, inciso 13, de la Constitución Nacional), que fueron invocadas por la compañía telefónica.

6°) Que esta ponderación de principios debe efectuarse examinando la pluralidad de fuentes de derecho, toda vez que debe interpretarse la Constitución Nacional, la Constitución de la Provincia de Salta (en especial, los artículos 170 y 176), la Ley Nacional de

Telecomunicaciones 19.798, los marcos regulatorios del servicio público telefónico y la Ley General del Ambiente.

Asimismo, se trata de un caso de relevancia institucional, toda vez que los efectos de la decisión que se adopte en este caso, pueden tener consecuencias importantes en el desarrollo del servicio de telecomunicaciones en general y en el comercio interprovincial, así como en la salud del pueblo de la Nación.

7°) Que, cuando se plantea un caso de conflicto de normas constitucionales y de pluralidad de fuentes, debe aplicarse la regla de la interpretación coherente y armónica (Fallos: 186:170; 296:432).

La determinación del referido estándar exige: a) delimitar con precisión el conflicto de normas y fuentes a fin de reducirlo al mínimo posible, para buscar una coherencia que el intérprete debe presumir en el ordenamiento normativo; b) proceder a una armonización ponderando los principios jurídicos aplicables; c) considerar las consecuencias de la decisión en los valores constitucionalmente protegidos (Fallos: 330:3098, disidencia de los jueces Lorenzetti y Zaffaroni).

8°) Que, en primer lugar, y para reducir el conflicto, es necesario decidir si hay competencias exclusivas y, por lo tanto, excluyentes, en esta materia.

Al respecto, la Constitución de la Provincia de Salta reconoce la existencia del municipio como una comunidad natural fundada en las relaciones de vecindad y arraigo, asegura el régimen municipal basado en su autonomía política, administrativa, económica, financiera e institucional y declara su independencia de todo otro poder (artículo 170 de la Constitución provincial). Más específicamente, la Provincia de Salta establece entre las competencias municipales lo relativo a urbanismo y promoción del medio ambiente, paisaje, equilibrio ecológico y polución ambiental, tendiendo al desarrollo sostenible como también la cooperación con la Provincia o la Nación en la preservación del medio ambiente y recursos naturales (artículo 176 de la Constitución provincial).

En este sentido, es principio consolidado en la jurisprudencia del Tribunal que, según el artículo 121 de la Constitución Nacional, las provincias conservan su soberanía absoluta en todo lo relativo a los poderes no delegados a la Nación, principio del cual se deduce que “a ellas corresponde exclusivamente darse leyes de...policía [...], y en general, todas las que juzguen conducentes a su bienestar y prosperidad sin más limitaciones que las enumeradas en el art. 108 (actual art. 126) de la Constitución Nacional” (Fallos: 7:373; 9:277; 150:419 y 320:619, considerando 7°, entre otros) y la razonabilidad, que es requisito de todo acto legítimo (Fallos: 288:240). Esta orientación fue promovida por el artículo 31 de la ley 24.309, que convocó a la reforma constitucional de 1994 con el fin de “fortalecer el federalismo” y se plasmó en los artículos 5° y 123 de la Constitución Nacional.

Estas normas permiten identificar un principio general de descentralización institucional, inspirado en el objetivo de lograr una sociedad más abierta y participativa.

Como todo principio, constituye un mandato para lograr su máxima satisfacción de un modo compatible con otros que resulten aplicables al caso mediante un juicio de ponderación judicial.

9º) Que la Constitución Nacional también confiere competencias específicas al gobierno federal en estas materias.

La “cláusula de comercio” (artículo 75, inciso 13, de la Constitución Nacional) otorga al Congreso Nacional la facultad de “Reglar el comercio”, que resulta aplicable a los servicios telefónicos interprovinciales (Fallos: 330:3098, disidencia citada). La doctrina de los precedentes de esta Corte ha respaldado dicha regla, en el entendimiento de que la expresión “comercio” comprende las comunicaciones telefónicas interprovinciales. Por esta razón, tales comunicaciones telefónicas se encuentran sujetas a la jurisdicción del Congreso Nacional (casos: “The United River Plate Telephone”, Fallos: 154:104, pág. 112, primer párrafo, año 1929; “Laboratorios Suarry S.A.”, Fallos: 192:234, pág. 238, cuarto párrafo, año 1942; “Balbi”, Fallos: 198:438, pág. 445, segundo párrafo, año 1944; “Provincia de Buenos Aires v. Cía. Unión Telefónica”, Fallos: 213:467, pág. 486, último párrafo, año 1949; “S.A. Compañía Argentina de Teléfonos v. Provincia de Mendoza”, Fallos: 257:159, pág. 170, primer párrafo, año 1963; ver, además, “Obras Completas de Joaquín V. González, Edición ordenada por el Congreso de la Nación Argentina”, volumen V, pág. 36, último párrafo, Universidad Nacional de La Plata, 1935).

Los referidos precedentes establecieron que la regulación del servicio telefónico interprovincial es una competencia del gobierno federal y que son inconstitucionales las normas provinciales que violan “la cláusula de comercio” porque afectan la necesaria uniformidad de la legislación, lo que se verifica cuando dicho comercio es obstruido a raíz de restricciones locales, en materias relativas a la fijación de tarifas (Fallos: 257:159; 268:306; 299:149) y tributos (Fallos: 189:272). Esta regla alcanza a las disposiciones que constituyen una afectación indirecta, como ocurre cuando se ordena la instalación de contadores de pulsos domiciliarios, que producen un incremento de costos que luego influirá en las tarifas (Fallos: 330:3098, cit.).

10) Que, de conformidad con lo expuesto, no cabe duda de que la interpretación de ambas competencias debe ser armónica y que es necesario determinar qué criterios deben ser definitorios de los límites de cada una de ellas.

Cabe recordar que, según jurisprudencia del Tribunal, el correcto ejercicio de las competencias de las distintas jurisdicciones debe basarse en la coordinación, con un fin de ayuda y no de destrucción y que, ante la alegación de un conflicto entre ellas, deberá evaluarse si se enervan mutuamente o si interfieren de forma tal que se obstaculicen. Se ha dicho en tal sentido que la regulación local debe encontrar como límite la imposibilidad de desvirtuar el objetivo que tiene la legislación federal o la obstaculización del comercio, el servicio o la comunicación interjurisdiccional (Fallos: 329:3459).

De ello se deduce que, en el marco del federalismo y el reconocimiento de la competencia local, las atribuciones nacionales y locales no se excluyen, sino que son concurrentes, en tanto estas no desvirtúen los objetivos federales o impidan el comercio interjurisdiccional.

11) Que estas competencias concurrentes se armonizan de distinto modo en diferentes aspectos legislativos.

Como regla general, los poderes de las provincias son originarios e indefinidos (artículo 121), en tanto que los delegados a la Nación son definidos y expresos (artículo 75) (Fallos: 304:1186, entre muchos otros). Dentro de ese contexto, cabe entender que las prerrogati-

vas de los municipios derivan de las correspondientes a las provincias a las que pertenecen (artículos 5º y 123).

12) Que las provincias, y por lo tanto, los municipios, han delegado la regulación de presupuestos mínimos tanto en materia de telecomunicaciones como en la legislación ambiental.

En materia de telecomunicaciones rige la citada ley 19.798. Con doctrina de esta Corte, las comunicaciones interestatales están sujetas a la jurisdicción nacional, pues ellas constituyen el ejercicio del comercio, forman parte del sistema de correos y tienden a promover la prosperidad, adelanto y bienestar general del país, en tanto conforman un esencial “instrumento de progreso y de vida para toda la Nación” (Fallos: 188:247; 213:467; 257:159 y sus citas; 299:149 y sus citas; 304:1186, sus citas, entre otros).

En el campo ambiental, la ley 25.675, General del Ambiente, dispone que “se entiende por presupuesto mínimo, establecido en el artículo 41 de la Constitución Nacional, a toda norma que concede una tutela ambiental uniforme o común para todo el territorio nacional, y tiene por objeto imponer condiciones necesarias para asegurar la protección ambiental” (artículo 6º).

Estos mínimos limitan la competencia de los municipios.

En el área de telecomunicaciones permiten que ejerzan su facultad regulatoria en tanto no impidan el comercio interprovincial. La regulación municipal es legítima si no interfiere, como lo ha señalado esta Corte, en el caso de servicios administrativos vinculados con el empleo de un inmueble (Fallos: 320:619).

En el campo ambiental, si se reconociera una competencia excluyente a los municipios, habría que admitir que también pueden dictar regulaciones lesivas del ambiente, violando el principio de no regresión o los presupuestos mínimos establecidos en la legislación federal. Pero no lo pueden hacer porque sus disposiciones deben ser armonizadas con la Ley General del Ambiente.

Por lo tanto, hay competencias ambientales concurrentes que la Constitución Nacional consagra en los artículos 41, 42, 75, incisos 17, 18, 19 y 30 y 125, entre otros, y ello importa “la interrelación, cooperación y funcionalidad en una materia común de incumbencia compartida, como es el caso de la protección del medioambiente, sin perjuicio del poder de policía que, en primer término, está en cabeza de las provincias” (Fallos: 338:1183).

13) Que las obligaciones que incumben a la Nación en la tutela ambiental no son exclusivas ni excluyentes de las que competen a sus unidades políticas en sus esferas de actuación sino que, en estados de estructura federal, pesan sobre ellas responsabilidades semejantes, que también se proyectan sobre realidades públicas y privadas que se desenvuelven en este ámbito, ya que de lo contrario, las leyes sancionadas en la materia no dejarían de ser sino enfáticas enumeraciones programáticas vacías de operatividad (Fallos: 338:1183).

Los estados provinciales y el Estado Nacional están facultados por la Constitución Nacional para legislar en materia ambiental; y el ejercicio de ambos poderes de policía, en tanto potestad reguladora de los derechos y del cumplimiento de los deberes constitucionales del individuo, para asumir validez constitucional debe reconocer el principio de

razonabilidad, que relacione los medios legales con los propósitos perseguidos y de acuerdo a los principios especiales que rigen la materia ambiental (Fallos: 338:1183).

En materia ambiental, existe un claro reconocimiento del federalismo, de la propiedad de las provincias sobre los recursos naturales, pero es necesario el reconocimiento de presupuestos mínimos. Si no existiera este límite, podría ocurrir, como se dice en considerandos anteriores, que un municipio decidiera legislar contra la protección ambiental, lo que no sería admisible (confr. doctrina de Fallos: 335:1213).

De la misma manera, los municipios tienen una competencia limitada, que, en la mayoría de los casos no coincide con la extensión de los problemas ambientales y es por esa razón que esta Corte ha establecido criterios ampliados en materia de competencias (Fallos: 340:1695, “La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/ uso de aguas”; Fallos: 329:2316; 331:1622, “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza – Riachuelo)”); y sentencias en las causas CSJ 116/2011 (47-A)/CS1 “ACUMAR s/ ordenamiento territorial”; CSJ 356/2011 (47-M)/CS1 “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios derivados de la contaminación ambiental”, ambas del 27 de diciembre de 2012; y CSJ 841/2012 (48-A)/CS1 “Acumar s/ expansión de red de agua potable y saneamiento cloacal en la cuenca alta y partido de Merlo”, del 2 de julio de 2013).

14) Que, en lo que al caso interesa, sin perjuicio de que se reconozca la autonomía municipal y la consecuente facultad para ejercer el poder de policía ambiental, la cuestión del emplazamiento de antenas de celulares no puede quedar sujeta a una excesiva descentralización si ello constituye una interferencia incompatible con las facultades del Estado Nacional y no se ha acreditado la afectación en materia ambiental.

En el *sub lite* se advierte que la normativa nacional vigente establece estándares de protección de la salud y el ambiente; la necesidad de demostrar que las radiaciones que emiten los equipos no generan daños a la salud de la población; la incorporación de estándares internacionales y protocolos de medición; la necesidad de continuar con las investigaciones con relación a los efectos de las radiaciones no ionizantes para las personas y el ambiente; admiten la falta de certidumbre científica con relación a los posibles efectos adversos de las radiaciones no ionizantes; reconocen la necesidad de aplicación del principio precautorio; y recomiendan la comunicación e información a la población de las características y posibles efectos de las radiaciones no ionizantes. Que estos aspectos están contemplados en las resoluciones 202/1995 del Ministerio de Salud y Acción Social; 530/2000 y 11/2014 de la Secretaría de Comunicaciones; 269/2002; 117/2003 y 3690/2004 de la Comisión Nacional de Comunicaciones; en la resolución 674/2009, del Ministerio de Salud, que conforma la Comisión Intersectorial para el Estudio de las Radiaciones no Ionizantes (CIPERNI); y en la resolución 1994/2015, del Ministerio de Salud, que fija límites para las emisiones de campos electromagnéticos.

En ese marco, no debe perderse de vista que la autoridad nacional aprobó la instalación de las antenas y no puede presumirse que ello haya sido en contravención con la normativa apuntada.

15) Que la interferencia es clara si se examinan las consecuencias de una regulación municipal excesiva.

El servicio de telefonía es ampliamente utilizado por la población, incluidos los habitantes del municipio demandado. Para que ello sea posible es necesaria la instalación de antenas. Para que la instalación de antenas sea viable es imprescindible una economía de escala, es decir, invertir en regiones amplias. Que la posibilidad de que, en una región, la empresa tenga que negociar municipio por municipio las condiciones de instalación, no solo incrementaría los costos de transacción, sino que sería imposible la prestación de un servicio regional con diferentes regulaciones locales. Esta regla examinada en sus consecuencias perjudicaría a los consumidores, que no tendrían acceso a la telefonía o pagarían servicios más caros.

Este criterio es generalizado en todos los servicios que requieren economías de escala y grandes inversiones y es lo que sucede en el derecho comparado.

Esta doctrina judicial ha sido aplicada por esta Corte con cita de Joaquín V. González que criticaba que una línea ferroviaria que sale de Buenos Aires y recorre cinco provincias, fuese gobernada, inspeccionada, gravada y regida por cada uno de los gobiernos por cuyos territorios atraviesa (Fallos: 324:3048).

Esta Corte ha señalado que entre los poderes delegados por las provincias al gobierno federal se encuentra la denominada “cláusula comercial”, y que el derecho de la Nación o del Congreso para reglamentar las comunicaciones entre las provincias asegura la existencia de un mercado único de bienes y servicios en todo el territorio nacional (arg. de Fallos: 332:66, considerandos 7º, 8º y 11).

16) Que el principio de no interferencia se aplica en tanto no exista una afectación del ambiente o de los habitantes, lo que también está previsto en la legislación federal.

La aplicación del principio precautorio, aun existiendo una incertidumbre científica respecto al riesgo, requiere un mínimo de demostración de la posible concreción del daño, circunstancia que no se verifica en autos. Es decir, debe existir un umbral de acceso al principio precautorio ya que de lo contrario siempre se podrá argumentar que cualquier actividad podrá causar daños. El problema que ello acarrea es que se puede desnaturalizar la utilización del principio, prestándose a usos que sean negligentes u obedezcan en realidad a otras intenciones.

Por otra parte, debe tenerse presente que la aplicación del principio es casuística y obliga a realizar un juicio de ponderación entre principios competitivos. Ello significa que deben identificarse los riesgos para los cuales se adoptan medidas y estas deben ser proporcionadas, debiendo considerarse los costos económicos y sociales, así como quien se beneficia y quien pierde.

17) Que, como conclusión, la regulación municipal que se cuestiona en el caso establece normas restrictivas en materia de instalación de antenas de celulares que conspiran contra el normal desarrollo de la telefonía móvil desde que impone condiciones que se apartan de las establecidas por la autoridad nacional sin que se hayan identificado siquiera mínimamente los riesgos que lo justificarían, impidiendo así la existencia de un régimen de uniformidad. De admitirse su validez, podría configurarse el absurdo de que en cada ciudad exista una regulación distinta sobre el tópico en cuestión, imposibilitando no solo el referido normal desarrollo de la telefonía móvil sino también la integración y modernización de la Nación y afectando el comercio interprovincial y regional.

Que, por las razones expuestas, cabe concluir que el artículo 17 de la norma municipal en cuanto ordena el traslado dentro del plazo de 60 días de las antenas de las actoras ya instaladas en zonas restringidas, es decir, a una distancia menor a los 500 metros del ejido urbano (conf. surge del artículo 6°) resulta inconstitucional, por cuanto invade un aspecto regulatorio que hace al funcionamiento y organización del servicio, competencias que, según surge de la Constitución Nacional, son propias de la autoridad federal, en tanto han sido delegadas por las provincias a la Nación (artículos 75, inciso 13 y 121 de la Constitución Nacional).

Por todo ello, y habiendo dictaminado la señora Procuradora Fiscal, se declaran formalmente admisibles la queja y el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Con costas. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo fallo. Agréguese la queja al principal. Reintégrese el depósito de fs. 2; notifíquese y, oportunamente, remítase.

RICARDO LUIS LORENZETTI.

DISIDENCIA DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES DON JUAN CARLOS MAQUEDA
Y DON HORACIO ROSATTI

Considerando:

1°) Que el Concejo Deliberante del Municipio de General Güemes, Provincia de Salta, invocando atribuciones de regulación ambiental, de planeamiento territorial y de salud pública, sancionó en el año de 2010 la ordenanza 299, por medio de la cual se reglamenta el emplazamiento, instalación y habilitación de antenas destinadas a la transmisión de datos, comunicaciones, telefonía celular y prestaciones de servicio de radiofrecuencia (artículo 1°).

En síntesis, la norma local fija las siguientes reglas:

i) Se instrumenta un Registro Municipal de Antenas de Telefonía en el cual se deben inscribir los titulares de las instalaciones, estableciendo un plazo para que las estructuras preexistentes se ajusten a las nuevas condiciones (arts. 4° y 5°). A fin de obtener la habilitación correspondiente, la ordenanza requiere el cumplimiento de la normativa nacional y provincial, como así también la previa realización de un Estudio de Impacto Ambiental (artículos 7°, 8°, y Anexos II y IV); y en línea con los aspectos ambientales y de planeamiento territorial, se privilegian las estructuras de menor tamaño y complejidad, que minimicen los efectos medioambientales, reduzcan el impacto visual, y disminuyan la densidad de potencia de las antenas (artículo 10).

ii) Por motivos “*arquitectónicos, infraestructurales, tecnológicos, paisajísticos, patrimoniales, morfológicos, urbanísticos, y ambientales, a fin de minimizar [...] al máximo el impacto visual, y lograr una adecuada integración con el entorno*” se establece que: a) las antenas deben instalarse a una distancia superior a 500 metros de la zona urbana y fuera de las proximidades de lugares donde se desarrollen actividades educativas, deportivas, sociales o de cualquier tipo que signifique la posibilidad de exposición continua de personas a las emisiones de dichas antenas; b) en todos los casos las alturas entre el nivel del suelo y el extremo de soporte de antenas no debe superar los 50 metros; c) si la locali-

zación de la antena es sobre edificaciones, la altura de los soportes no pueden superar el 30% de la altura de la masa edificada (artículo 6°).

iii) El municipio se reserva la competencia para solicitar a las empresas las mediciones de campo que hubiesen presentado ante la Comisión Nacional de Comunicaciones, y a requerir nuevos controles y estudios técnicos sobre las radiaciones no ionizantes (artículo 14). Establece, asimismo, el desmantelamiento de las antenas que no se ajusten a las condiciones fijadas en un plazo de sesenta (60) días (artículo 17).

2°) Que Telefónica Móviles Argentina S.A. y Telefónica de Argentina S.A. promovieron acción declarativa contra la Municipalidad de General Güemes en la que plantearon la inconstitucionalidad de la ordenanza reseñada (fs. 262/285 de las actuaciones principales a las que se hace referencia en lo sucesivo).

Argumentaron que la norma municipal interfiere con la instalación y permanencia de las antenas existentes en dicha jurisdicción y afecta los servicios de telecomunicaciones a su cargo, sujetos a la regulación del Gobierno Nacional.

Señalaron que el dispositivo instalado -y que dio origen al conflicto- cumple con la totalidad de los requisitos exigidos por las autoridades federales y que, en consecuencia, se encuentra legalmente habilitado. Específicamente, destacaron que la antena se ajusta a los estándares de emisión de radiaciones no ionizantes previstos en la resolución 202/95 del Ministerio de Salud de la Nación y por ello no se encuentra en juego la salud pública.

3°) Que el juzgado federal de primera instancia rechazó la acción promovida y esa decisión fue confirmada por la Cámara Federal de Apelaciones de Salta, quien además encomendó a las partes que coordinen acciones “...a fin de que el reemplazamiento de la antena [...] que no respeten la distancia mínima estipulada se efectúe en un [...] predio apto para la prestación eficiente del servicio” (fs. 1133/1144 vta. y 1255/1259).

Para así decidir, el tribunal consideró que el Municipio de General Güemes cuenta con competencia para regular la materia urbanística y ambiental, y que la prueba producida en la causa no desvirtuaba el estado de incerteza existente acerca de la relación causal entre las emisiones de radiaciones no ionizantes y el daño a la salud de los pobladores. En esas condiciones, entendió que no se acreditó una afectación concreta al servicio que invalide la norma local.

4°) Que a fs. 1264/1283, las actoras dedujeron recurso extraordinario federal cuya denegación motivó la articulación del recurso de queja en consideración.

Tras calificar al fallo de arbitrario, las recurrentes se agravian por cuanto la sentencia de la Cámara dio prevalencia a la normativa local, apartándose de la superioridad jerárquica del derecho federal (artículo 31 de la Constitución Nacional). Argumentan que la materia medioambiental se encuentra reservada al legislador nacional y que los gobiernos locales únicamente cuentan con atribuciones complementarias.

Postulan que el poder de policía municipal no habilita a interferir en las materias “...desarrolladas a nivel federal” y expresan que el Municipio debe actuar con observancia del principio de solidaridad, dando cumplimiento, por ejemplo, a los acuerdos firmados por las empresas telefónicas con la Federación Argentina de Municipios (fs. 1273 vta./1274 vta.).

Cuestionan las conclusiones del fallo con relación a la aplicación del principio precautorio. Entienden que la prueba demuestra la inexistencia de riesgos para la salud de la población, toda vez que la antena instalada cumple con los estándares fijados por la autoridad nacional sobre emisiones de radiaciones no ionizantes. Señalan que el traslado de la antena fuera del ejido urbano del municipio no reducirá las emisiones de este tipo.

5°) Que el recurso extraordinario es formalmente admisible, toda vez que la sentencia del superior tribunal de la causa se ha pronunciado por la validez de una ordenanza municipal que se reputa contraria, en forma directa, con preceptos de la Constitución Nacional (artículo 75, incisos 12, 14 y 18) y las leyes federales 19.798 y 27.078 (artículo 14, inciso 2° de la ley 48).

En cuanto a los agravios relativos a la arbitrariedad de sentencia resultan inadmisibles (artículo 280, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), en la medida en que el recurrente no demostró que constituya una “*inconcebible [decisión] dentro de una racional administración de justicia*” de acuerdo al estándar que este Tribunal ha establecido sobre el punto (Fallos: 341:1869, entre muchos otros).

6°) Que, en concreto, la cuestión que se trae a conocimiento consiste en determinar si el Municipio de General Güemes cuenta con atribuciones para regular el emplazamiento de antenas de telecomunicaciones por razones ambientales, de salud pública y planeamiento territorial. A lo largo del proceso, las actoras objetaron la ordenanza municipal al entender que importa una indebida interferencia en un servicio que se encuentra sujeto a regulación exclusiva de las autoridades federales (artículo 75, incisos 13, 14 y cctes. de la Constitución Nacional y el artículo 6° de la ley 19.798). El municipio, por su parte, argumentó que se limitó a reglamentar aspectos propios de su poder de policía (artículos 5°, 75, inc. 30, 123 de la Constitución Nacional).

7°) Que la Constitución Nacional utiliza para la asignación de competencias entre el Estado Nacional y los Estados locales el criterio de regla y excepción: la “regla” es la competencia provincial o local, la “excepción” es la competencia federal, de tal modo que todo aquello que no está expresamente cedido por las provincias al gobierno federal, queda retenido en aquellas (artículo 121 de la Constitución Nacional).

Sin perjuicio de lo anterior, y con mayor nivel de detalle, la Norma Fundamental especifica las competencias *exclusivas* de la Nación (vgr. artículos 75, 99, 116, entre otros), las *exclusivas* de los Estados miembros (vgr. artículo 122, entre otros), como consecuencia de lo anterior, las competencias *prohibidas* para ambos órdenes (vgr. artículos 126, 127 y cc. y 122 y cc., entre otros, respectivamente) y las *concurrentes o convergentes*, es decir aquellas en las que –de una u otra forma– pueden (o deben) intervenir tanto el Estado Nacional como los Estados miembros.

Estos últimos casos de convergencia remiten a diferentes hipótesis que responden a los siguientes criterios:

Una primera modalidad de convergencia de competencias es la que se verifica cuando cada escala de decisión (Estado Nacional o Estados miembros), cuenta con atribuciones para regular y controlar el *tema o actividad concernido en paridad* jerárquica, estableciéndose mecanismos de homogeneización y/o compatibilización para evitar duplicaciones y/o contradicciones. Este tipo de colaboración es el propio de las históricamente llamadas *facultades con-*

currentes (artículo 75, incisos 18 y 19 de la Constitución Nacional, rotuladas como cláusulas del progreso y del desarrollo) y también de aquellas que requieren la participación obligatoria de todos los estamentos (artículo 75 inciso 2 sobre coparticipación federal de impuestos).

Una segunda variante es la que se asienta sobre la diferenciación entre normas de fondo y normas procesales. Procura la coordinación en base al procedimiento delimitado por el constituyente en el artículo 75 inc. 12 de la Constitución Nacional, conforme el Estado Nacional dicta la legislación de fondo y las provincias la regulación procesal.

Por último, una tercera alternativa se manifiesta cuando cada nivel de decisión tiene competencia para regular y controlar un sector o tramo específico del tema o actividad en cuestión. Tal es la instrumentada en materia ambiental por el artículo 41 de la Constitución Nacional, en virtud del cual el Estado Nacional regula los “niveles mínimos de protección” y los Estados miembros los “niveles complementarios”.

8°) Que la reforma de 1994 introduce el concepto de autonomía municipal en el artículo 123; de este modo aparece el municipio en el diseño federal argentino como el orden de gobierno de mayor proximidad con la ciudadanía.

Para fundar la pertinencia de la incorporación de los municipios como actores necesarios del federalismo, se señaló en la Convención constituyente reformadora que por su intermedio se intentaría fortalecer el federalismo, acentuar la expresión democrática de la ciudadanía, reconocer la tradición histórica de las instituciones más próximas a los vecinos y potenciar la aptitud de los municipios para lograr -en razón de esa cercanía- una mayor eficiencia en el ejercicio de la administración pública.

Se dijo entonces que para evitar que “*la interpretación futura pueda burlar el espíritu*” de la autonomía resultaba necesario afirmar su alcance y contenido. De ahí derivaron los constituyentes la referencia al orden institucional, político, administrativo, económico y financiero como elementos distintivos que darían cuerpo a la autonomía municipal en el artículo 123 de la Constitución Nacional (confr. 24ª Reunión, 3ª Sesión Ordinaria del 4 de agosto de 1994, páginas 3190 y 3207, y 26ª Reunión, 3ª Sesión Ordinaria del 8 de agosto de 1994, página 3435).

9°) Que en materia de distribución de competencias entre el Estado Nacional, las provincias y los municipios, las provisiones constitucionales -aun las más exactas- suelen verse desafiadas por la creciente complejidad de cuestiones originariamente previstas pero insuficientemente reguladas y/o por la generación de cuestiones imprevistas en el origen del texto. En tales ocasiones, la confluencia de competencias debe ser asumida buscando la armonización, evitando interferencias o roces susceptibles de acrecentar los poderes del gobierno central en desmedro de las facultades provinciales y viceversa. En efecto, la Constitución recepta el proyecto federal que reconoce que el Estado Nacional, las provincias y los municipios coordinan sus facultades “*para ayudarse y nunca para destruirse*” (Fallos: 342:509 “Bazán”, entre muchos otros).

El sistema federal constitucional argentino se funda en el principio de “lealtad federal” o “buena fe federal”, conforme al cual en el juego armónico y dual de competencias debe evitarse que los estados “abusen en el ejercicio de esas competencias, tanto si son propias como si son compartidas o concurrentes” (Fallos: 340:1695 “La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de”).

10) Que este Tribunal ha tenido ocasión de hacer mérito de las nuevas disposiciones que incorporan el municipio autónomo al orden federal argentino como sujeto político de existencia “necesaria” (Fallos: 342:509 cit.).

Para precisar las reglas de adecuación entre el orden nacional, provincial y el local ha dicho que el poder de autodeterminación municipal se inscribe en el de las provincias, que conservan su soberanía absoluta en todo lo relativo a los poderes no delegados a la Nación. A ellas sigue correspondiendo exclusivamente darse leyes de policía y en general todas las que juzguen conducentes a su bienestar y prosperidad sin más limitaciones que las enumeradas en el artículo 126 de la Constitución Nacional.

Agregó que las provincias deben coordinar el ejercicio de los poderes que conservan de forma tal que se garantice “el mayor grado posible de atribuciones municipales” en los ámbitos de lo institucional, político, administrativo, económico y financiero (Fallos: 327:4103 “Cadegua”).

También sostuvo que el aspecto institucional de la autonomía municipal se ve seriamente afectado cuando una provincia asume atribuciones que fueron asignadas exclusivamente a las municipalidades, como es, por ejemplo, la de convocar a la renovación de sus autoridades (Fallos: 328:175 “Ponce”). Respecto del aspecto financiero, señaló que el principio de autonomía queda condicionado a la capacidad financiera de los municipios para ejercerla. Por ello, las provincias están obligadas a cumplir con las normas de coparticipación municipal que ellas mismas dictan (Fallos: 337:1263 “Intendente Municipal”, criterio ratificado en Fallos: 341:939 “Municipalidad de la Ciudad de La Banda”).

11) Que la jurisprudencia reseñada debe inscribirse en la comprensión de las reglas más amplias que definen al federalismo a partir de la reforma de 1994.

En ese sentido esta Corte Suprema ya ha advertido sobre la importancia de hacer cumplir los “*mandatos de hacer*” establecidos en normas constitucionales estructurantes del federalismo, referidas no solo a las que gobiernan la autonomía municipal, sino también a aquellas que hacen a la necesidad de avanzar en un nuevo sistema de coparticipación federal de impuestos a las provincias (Fallos: 338:1356 “Santa Fe”, “San Luis” y “Córdoba”) y al cumplimiento de la norma que establece la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires (Fallos: 342:509 cit. y 342:533 “Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/ Córdoba, Provincia de”).

12) Que en el conjunto de casos citados -si bien desde distintas perspectivas- se manifiesta la decisión de la jurisdicción constitucional de dar sentido al contenido de los acuerdos políticos constitucionales que emergen de la reforma de 1994. Se trata en suma de asegurar que esas reglas sean desarrolladas para fortalecer la vida federal de la Argentina. Aunque resulte evidente que estos procesos deben perfeccionarse, lo cierto es que todos ellos han sido debatidos en la arena política, e interpretados siempre partiendo de la premisa constitucional de su validez ante los jueces.

13) Que precisados los principios que rigen el reparto de competencias constitucionales, corresponde delimitar los ámbitos de regulación concretos a los que refiere esta causa, a fin de determinar si la norma municipal impugnada constituye un legítimo ejercicio de potestades constitucionales, o si -por el contrario- contradice el criterio de reparto interpretado en base al principio de buena fe federal.

Con esa finalidad, cabe destacar que en la instalación de estaciones radioeléctricas, antenas de telefonía y soportes de infraestructura de las redes de telecomunicaciones, inciden un conjunto de factores que necesariamente exceden el análisis jurídico. Estas estructuras, según su porte y características, responden a necesidades técnicas vinculadas con la prestación de un servicio signado por el desarrollo tecnológico y, al mismo tiempo, inciden sobre la calidad de vida cotidiana de los vecinos.

Por esa razón, el régimen jurídico de las antenas y la ordenanza que dio origen a este caso, conjuga por lo menos tres ámbitos de regulación diferentes: *i*) lo relativo a una adecuada y eficiente prestación del servicio, de competencia federal; *ii*) lo atinente al medio ambiente y la salud pública, atribución de carácter concurrente entre la federación, las provincias y los municipios; y *iii*) lo referido al planeamiento territorial, de incumbencia principalmente local.

14) Que el servicio de telecomunicaciones interprovincial se encuentra comprendido en el vocablo “comercio” utilizado por nuestra Constitución Nacional, pues el mismo abarca, además del tráfico mercantil y la circulación de efectos visibles y tangibles para todo el territorio de la Nación, la transmisión por teléfono u otro medio, de ideas, órdenes, convenios, etcétera. Por esa razón, esta Corte ha justificado la jurisdicción federal en el artículo 75, incisos 13, 14 y 18 de la Constitución Nacional (arg. doct. Fallos: 257:159; 320:162; 333:296).

15) Que la regulación federal, en lo que al caso interesa, contempla las condiciones y calidad del servicio de telecomunicaciones y tecnologías de la información (decretos 764/00, 681/13 y resolución del Ministerio de Modernización 580/18, entre otros) y los estándares de seguridad ambiental y de salud pública vinculados con las radiaciones electromagnéticas (resoluciones 202/95 y 1994/15 del Ministerio de Salud, 530/00 de la Secretaría de Comunicaciones y 3690/04 de la Comisión Nacional de Comunicaciones, que se examinarán más adelante).

Específicamente, para integrar el ordenamiento federal con las competencias locales, se establece que “[l]as provincias o municipalidades no podrán expropiar las instalaciones de telecomunicaciones, ni suspender, obstaculizar o paralizar las obras o los servicios de jurisdicción nacional” (artículo 6° de la ley 19.798 invocado por la recurrente, según artículo 89 de la ley 27.078). Esta norma se complementa con el actual artículo 17 de la citada ley 27.078, en cuanto ordena que “[l]as autoridades nacionales, provinciales, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y municipales, coordinarán las acciones necesarias para lograr el despliegue de las redes de telecomunicaciones utilizadas en los Servicios de TIC. La Autoridad de Aplicación invitará a las provincias, a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y a los municipios a suscribir los respectivos convenios de cooperación” (subrayado agregado).

Definida la competencia federal en las telecomunicaciones, corresponde verificar las atribuciones municipales en materia ambiental, de salud pública y planeamiento territorial.

16) Que la Constitución Nacional consagra en su artículo 41 el derecho a gozar de “un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras”, imponiendo asimismo “el deber de preservarlo”.

La citada cláusula incorpora el concepto de “desarrollo humano sostenible o sustentable”, conforme el cual no solo las actividades productivas tienen el deber de preservar el ambiente, sino que el derecho al desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de las generaciones presentes sin descuidar a las futuras. En base al principio señalado, la Constitución reclama un adecuado balance, en miras a armonizar la tutela del ambiente y el desarrollo mediante un juicio de ponderación razonable, no debiendo buscarse oposición entre ambos, sino complementariedad, ya que su tutela no significa detener el progreso sino hacerlo más perdurable en el tiempo de manera que puedan disfrutarlo las generaciones futuras (arg. doct. Fallos: 332:663).

A partir de esta concepción, la Constitución ordena a las autoridades proveer “...a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales”.

17) Que en la regulación de la materia ambiental nuestro federalismo impone una sinergia entre la labor de la autoridad federal y la provincial.

En cuanto a la distribución de competencias en esta materia, la Constitución Nacional asigna a la Nación la de “... dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales” (artículo 41, tercer párrafo).

Esta norma diseña un tipo de complementación que -conforme a la tipología descripta en el considerando 7°- en función de la cual corresponde al Estado Nacional la regulación del “nivel básico”, es decir, la reglamentación de los contenidos fundamentales en la materia, respecto de los cuales tiene una competencia insustituible. Por su lado, la regulación del nivel complementario se encuentra a cargo de las autoridades locales, a quienes corresponde reconocer la facultad de aplicar los criterios de protección ambiental que consideren conducentes para el bienestar de la comunidad para la que gobiernan, como asimismo valorar y juzgar si los actos que llevan a cabo sus autoridades, en ejercicio de poderes propios, afectan el bienestar perseguido (Fallos: 318:992; 329:2212 y 330:549).

18) Que este esquema incluye a los municipios, quienes -al interior de las provincias- ejercen primariamente la regulación y control de las cuestiones ambientales (artículos 5°, 41, 123, Constitución Nacional, arg. doct. Fallos: 318:992).

Ahora bien, el ejercicio de esa competencia municipal -que surge de su reconocimiento como institución fundamental dentro del concierto federal de la República- reconoce límites precisos, a saber:

i) La vigencia “directa” de las leyes del Congreso Nacional que establezcan los presupuestos mínimos de protección; específicamente los previstos en la ley 25.675;

ii) Lo dispuesto por la Constitución y las leyes provinciales en lo referente a cuestiones ambientales de escala supramunicipal o a aquellas que -aunque “locales” en el sentido de comprendidas en la jurisdicción municipal- se consideren estratégicas;

iii) Los límites que surgen de la capacidad técnica y económica para asumir y resolver problemas ambientales complejos o de resolución sofisticada o costosa.

Con tal comprensión, el municipio es una escala constitucionalmente adecuada para regular y controlar los problemas ambientales locales, es decir, aquellos que puedan circunscribirse dentro del ámbito geográfico municipal. Y en similar sentido, los problemas ambientales inter-jurisdiccionales susceptibles de ser abordados eficazmente por medio de la colaboración intermunicipal.

19) Que corresponde también recordar sus atribuciones en lo atinente a la tutela de la salud pública dentro de las previsiones del régimen provincial respectivo.

Desde el precedente “*Saladeristas Podestá*”, este Tribunal reconoció que las jurisdicciones locales cuentan con competencia en esta materia. Efectivamente, en ese caso, en el que se cuestionaba la constitucionalidad de una ley de la Provincia de Buenos Aires que reglamentaba la actividad de los saladeros por razones de salubridad, se consideró que no puede invocarse un permiso o autorización gubernamental para sostener -en cualquier circunstancia- derechos en el tiempo, por cuanto tales autorizaciones se conceden “...*bajo la condición implícita de no ser nocivos a los intereses generales de la comunidad [...] porque ninguno puede tener un derecho adquirido de comprometer la salud pública, y esparcir en la vecindad la muerte y el duelo con el uso que haga de su propiedad, y especialmente con el ejercicio de una profesión o de una industria*” (Fallos: 31:273).

En las condiciones concretas de autos, tanto la Nación como las provincias y aun los municipios -de acuerdo, en este último caso, al régimen provincial respectivo- están llamados a proteger la salud de forma concurrente (cf. artículos 75 incisos 18 y 19, 123, 125 de la Constitución Nacional). Y en tal escenario, como se ha visto, cada escala de decisión (Estado Nacional o Estados miembros) tiene competencia para regular y controlar *el tema o actividad concernido en paridad jerárquica*, estableciéndose mecanismos de homogeneización y/o compatibilización para evitar duplicaciones y/o contradicciones. Desde luego que ni las provincias ni los municipios pueden reglamentar la actividad sometida, en forma exclusiva, a regulación federal, pero ello no quita las competencias locales en el ejercicio de su poder de policía dentro de los límites trazados por la Constitución Nacional.

20) Que el planeamiento constituye el proceso que permite reducir racionalmente el número de alternativas de acción a aquellas más congruentes con las necesidades a satisfacer y los medios disponibles.

En su proyección espacial (planeamiento territorial) la planificación se expresa en actividades tales como la clasificación del territorio (urbano-suburbano-rural), su zonificación según usos, el régimen de edificación con la determinación del factor de ocupación, los planes de expansión, el régimen de loteos y urbanizaciones, la programación vial, etc.

En este ámbito de regulación se procura dar satisfacción, con el menor costo económico y social posible, a los requerimientos de la comunidad en materia de vivienda, industria, comercio, recreación, infraestructura, equipamiento y servicios especiales, teniendo en cuenta los medios de vida, el clima y los recursos técnicos apropiados a la realidad local y regional incidida. También se comprende la preservación y mejoramiento del ambiente, la tutela de la estética urbana y del paisaje, entre otras variantes.

Al ser la instancia de decisión local la que mejor conoce las modalidades de la convivencia vecinal, como así también las fortalezas, carencias y potencialidades de su territorio, es lógico que tenga una competencia primaria para diseñar la política pública sobre la

materia, debidamente coordinada con las autoridades provinciales. De igual modo, la jurisprudencia de esta Corte ha reconocido a lo largo de los años que, por regla, los gobiernos locales cuentan con atribuciones para dictar normas de policía que reglamenten de modo razonable el desarrollo urbano y planeamiento, de manera de satisfacer el interés general (arg. doct. Fallos: 277:313; 305:321; 308:2626; 320:222).

21) Que en ese sentido la Constitución de Salta, al reglamentar las competencias municipales, señala en su artículo 176 que “[c]ompete a los Municipios sin perjuicio de las facultades provinciales, con arreglo a las Cartas Orgánicas y Leyes de Municipalidades: Darse su propia organización normativa, económica, administrativa y financiera [...] La preservación del patrimonio histórico y arquitectónico local. Lo relativo a urbanismo, higiene, salubridad y moralidad; como así también a la protección y promoción del medio ambiente, paisaje, equilibrio ecológico y polución ambiental, tendiendo al desarrollo sostenible...”. Y añade “[l]a cooperación con la Provincia o la Nación en asistencia social, salud pública, preservación del medio ambiente y recursos naturales” (el subrayado no es del original).

A su vez, el legislador provincial -a través de la ley 7070, de protección del medio ambiente- reconoce a los municipios atribuciones concretas en dicha materia, como así también la relevancia de la actuación coordinada con la provincia (arts. 6°, 18, 20 inc. f, 32 inc. 5, 39, 105 y 110, ver asimismo fs. 809).

En sintonía con ello, el artículo 7° de la Carta Orgánica municipal establece entre las atribuciones locales la de “[c]ooperar con la Provincia o la Nación en la asistencia social, la salud pública, la preservación del medio ambiente y de los recursos naturales” (inc. c, y en el mismo sentido, el artículo 90 referido al urbanismo, medio ambiente y recursos naturales).

22) Que de lo dicho se extrae que todos los niveles de jerarquía normativa aplicables al caso (Constitución Nacional, leyes federales, Constitución de Salta, leyes provinciales y Carta Orgánica municipal) reconocen a la Municipalidad de General Güemes competencia para regular sobre materias ambientales, de salud pública y de planeamiento territorial.

Frente a ellos, las empresas recurrentes no acreditaron debidamente que la normativa municipal se aparte o contradiga la legislación nacional en cuestión. Al respecto, corresponde tener en cuenta que:

i) En materia de salud pública la autoridad federal, recogiendo una preocupación global sobre “los efectos biológicos de las radiaciones no ionizantes, radiofrecuencias y microondas con frecuencias entre los 100 KHz y los 300 GHz”, dictó la resolución 202/1995 (Ministerio de Salud de la Nación), que aprueba el “Estándar Nacional de Seguridad para la exposición a radiofrecuencias comprendidas entre 100 KHz y 300 GHz [...] de radiación electromagnética ambiental no ionizante” (artículo 1°).

El estándar se impuso de forma obligatoria a todos los sistemas de telecomunicaciones que irradian en esas frecuencias en el territorio nacional por la resolución 530/00 de la Secretaría de Comunicaciones. Entre la motivación que se extrae de esta norma, se destacó que “las autoridades de distintos municipios han hecho presentaciones ante la CNC solicitando conocer los antecedentes regulatorios sobre instalación de estaciones radioeléctricas con sus correspondientes antenas y valores máximos de irradiación permisibles a fin de no afectar la salud de la población”. Y en ejercicio de esas competencias, en el año 2004 la Comisión Nacional de Comunicaciones, por resolución 3690/04, basándose en protocolos internacionales en

la materia, ha dispuesto que “[l]os titulares de autorizaciones de estaciones radioeléctricas de radiocomunicaciones y los licenciarios de estaciones de radiodifusión, deberán demostrar que las radiaciones generadas por las antenas de sus estaciones no afectan la población en el espacio circundante a las mismas” (artículo 1°).

Específicamente sobre este punto, la ordenanza 299/10 no entra en conflicto con la regulación federal: en primer lugar, porque no tiene por objeto regular aspectos técnicos que se vinculen con el núcleo del servicio de telecomunicaciones; en segundo término, porque dicho precepto hace expreso mérito de la resolución federal 202/95; y por lo demás, sujeta la habilitación municipal de las antenas al cumplimiento de la normativa nacional y provincial (artículos 8°, 10 y 14).

En materia estrictamente ambiental, y de modo coincidente con el anterior, los recurrentes tampoco logran comprobar que la normativa local desvirtúe la ley 25.675 -u otras disposiciones federales-, o la norma provincial de protección ambiental.

ii) Finalmente, en lo atinente a los aspectos urbanísticos y de planificación territorial, la apelación federal de las actoras no expone ninguna crítica concreta para objetar las atribuciones del Municipio de General Güemes. Al respecto, corresponde tener en cuenta que el traslado de las antenas, principal aspecto cuestionado de la ordenanza, se adoptó respondiendo a motivos arquitectónicos, paisajísticos, morfológicos y urbanísticos “...a fin de minimizar al máximo el impacto visual, y lograr una adecuada integración con el entorno”. Este objetivo no fue eficazmente objetado y se encuentra fuera de discusión la razonabilidad en su ejercicio.

Más aún, en este aspecto, corresponde recordar que esta Corte, en el caso registrado en Fallos: 329:976 (“Cablevisión c/ Municipalidad de Pilar”), reconoció la validez de la normativa municipal que reglamentaba el tendido de cables del sistema de prestación de ese servicio. Para ello clasificó la regulación según recayera sobre el servicio técnico en sí mismo o sobre otro punto de vista respecto de ese mismo objeto, como podría ser el aspecto ambiental o urbanístico. Sostuvo entonces que la regulación municipal sobre el tendido de cables de sistemas de comunicación, telefonía, televisión por cable, iluminación y energía eléctrica, entre otras, fundada en razones de seguridad pública y de paisaje y estética urbana correspondía a una materia propia del gobierno municipal y no resultaba lesiva de la competencia federal sobre las comunicaciones.

De este modo, no existen razones para contraponer la solución normativa dispuesta por la autoridad municipal con la normativa federal cuando cada una de ellas -en función de las circunstancias aquí debatidas- encuentra sustento en competencias propias o concurrentes que, lejos de excluirse, apuntan a resguardar principios, reglas y valores constitucionales que deben tener similar vigencia para concretar, en forma armónica, el orden social diseñado por los constituyentes (artículos 5°, 41, 75 incisos 13, 14, 18 y 30, 123 de la Constitución Nacional). En efecto, si la población de General Güemes -para generar el ordenamiento territorial de corte paisajístico, urbanístico y ambiental- ha dispuesto establecer un área urbana con ciertas características especiales en cuanto a la ubicación de antenas telefónicas -sin perjuicio del límite de la interferencia que se refiere en los próximos considerandos- no resulta admisible la tacha que cuestiona la oportunidad o la conveniencia de tal decisión.

23) Que descartados los agravios que discutían la competencia del municipio, resta analizar si su ejercicio interfiere la actividad sujeta a regulación federal.

Para ello, debe recordarse que este Tribunal ha establecido la existencia de las necesarias atribuciones nacionales para la reglamentación de los servicios que excedan el ámbito local (Fallos: 257:159, ya citado) incluso de aquellos “*aspectos de las actividades interiores*” de las provincias en la medida en que sean susceptibles de menoscabar u obstruir el servicio (Fallos: 326:4718 entre otros). La regulación local debe encontrar como límite la imposibilidad de desvirtuar el objetivo que tienen la legislación federal en la materia o la obstaculización del comercio, el servicio o la comunicación interjurisdiccional (Fallos: 329:3459).

Como se ha visto, una percepción cooperativa del federalismo procura superar decisiones disyuntivas, maximizar las órbitas de competencias y resolver los conflictos por la vía del consenso. Sin embargo, en última instancia, en cualquiera de los niveles de regulación señalados, el municipio conservará sus atribuciones primarias en la medida que no interfiera en los objetivos de la legislación nacional.

Ello no supone desconocer las competencias federales que la cláusula del comercio (artículo 75, inciso 13 de la Constitución Nacional), la fijación de los correos generales (artículo 75, inc. 14) o la cláusula del progreso (artículo 75, inciso 18) atribuyen al Congreso de la Nación, sino interpretar tales delegaciones efectuadas por las provincias en línea con la directriz trazada por el artículo 75, inciso 30 luego de la reforma de 1994 que ha reconocido -incluso dentro de los establecimientos de utilidad nacional- el ejercicio de los poderes de policía locales en tanto no interfieran con el cumplimiento de los fines nacionales.

Se trata de una potestad que los entes locales deben ejercitar con razonabilidad y prudencia para no constituir *un obstáculo real y efectivo* que interfiera en la prestación del servicio habilitado por la autoridad nacional, menoscabando o impidiendo los fines propios por los que debe velar el Estado Nacional.

Dado que el ejercicio de una atribución local en los enclaves de jurisdicción federal siempre incide en ellos, el criterio para dirimir la existencia de una interferencia en ámbitos sometidos a la jurisdicción federal por interés nacional es la compatibilidad con lo inherente a esa utilidad nacional y no la mera incidencia. La regulación local no se transforma en un obstáculo real y efectivo a la actividad de jurisdicción nacional en tanto sea periférica o extrínseca respecto a la utilidad pública del establecimiento nacional y no menoscabe o impida las operaciones de jurisdicción federal.

Lo dicho supone, como principio, que **no constituyen por sí mismos obstáculos reales y efectivos para el logro de los fines de utilidad nacional invalidantes de las normas locales: i) la mera incidencia económica, ponderada de forma aislada, que acarrear las normas locales sobre los operadores nacionales; ii) las regulaciones que resulten periféricas y extrínsecas al núcleo o la sustancia de la regulación federal en cuestión; iii) las disposiciones que no impliquen una interrupción *sine die* o conlleven la degradación de la actividad de jurisdicción nacional**, esto es -en lo que respecta al presente conflicto- la prestación del servicio de telecomunicaciones.

24) Que, a la luz de lo expuesto se colige que la parte actora no ha podido probar que la modificación de la ubicación de sus antenas vaya en desmedro de la prestación del servicio. En efecto, al explicar “la envergadura de las consecuencias” que implicaría el cumplimiento

de dicha ordenanza, la empresa –más allá de considerar su dictado “irrazonable” y la postura del tribunal *a quo* “ambientalmente incorrecta”- se limita a sostener que “el traslado de las antenas fuera del ejido urbano municipal **solo** implicaría el funcionamiento forzado del sistema al cual pertenecen para poder brindar la misma calidad en el servicio” (fs. 1279 vta., énfasis propio). Es significativo también recordar que el *a quo* consideró que no se había acreditado que la ordenanza conllevara la obstaculización de las comunicaciones. Sin embargo, los recurrentes se han limitado a sostener que “*en vista al inmediato cumplimiento de la ordenanza (...) va a verse imposibilitado de cumplir eficientemente su prestación para con los usuarios*” (fs. 1272) sin generar precisión sobre las razones que explicarían la imposibilidad de una prestación eficiente.

La pericia de fs. 1099/1105, al referirse a las consecuencias del traslado de la antena, se ha limitado a señalar que “[t]oda relocalización implica **un período** durante el cual los servicios en el área cubierta por la antena a reubicar [...] se vean afectados sea por un servicio de mala calidad o directamente por falta del mismo” (fs. 1101, énfasis y subrayado es propio). De esta conclusión se advierte que la afectación del servicio sería meramente transitoria, esto es, mientras se realizan las tareas de relocalización; mas ello no resulta prueba concluyente de una afectación permanente o que perdure luego de reestructurada o rediseñada la arquitectura de la red, que es precisamente el punto dirimente para configurar una interferencia de carácter funcional.

Ante esta evidencia, la mera invocación de una interferencia no alcanza para acreditarla, pues quien alega un hecho tiene la carga de probarlo (artículo 377 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

En consecuencia, el único gravamen subyacente en el recurso extraordinario quedó configurado por los trastornos económicos y/u operativos que podría acarrear la reubicación de los soportes. Esta afectación no ha sido cuantificada por las prestadoras del servicio y -como se expuso- resulta, por sí, insuficiente para tener por acreditada una interferencia funcional en el establecimiento de utilidad nacional, toda vez que la cláusula de artículo 75, inc. 30 apunta a resguardar el adecuado funcionamiento del servicio de jurisdicción nacional, de un modo compatible con las atribuciones locales.

En efecto, aun cuando resulte evidente que la reglamentación municipal genera la necesidad de realizar nuevos ajustes a la actividad de las empresas recurrentes, de los principios federales señalados anteriormente se deriva que las alegaciones genéricas respecto de que una ordenanza afectaría un servicio regulado por el Estado Nacional no bastan para neutralizar el ejercicio de atribuciones constitucionales reconocidas a las municipalidades.

En resumidas cuentas, es propio del federalismo que ciertas cuestiones estén reguladas al mismo tiempo por normas provenientes de diferentes niveles de autoridad, cada una con sus correspondientes preocupaciones. Pero la yuxtaposición normativa no significa necesariamente una invasión de competencias.

25) Que para finalizar, y tal como se lo ha señalado con anterioridad, ningún sistema de distribución de competencias puede funcionar al margen de la buena fe y la concertación. Va de suyo que, en un país federal, las regulaciones locales sobre aspectos vinculados a una actividad sujeta a jurisdicción federal centralizada pueden demandar mayores esfuerzos a las prestadoras de los servicios. Sin embargo, **descartada la violación del derecho federal**

(artículo 31 de la Constitución Nacional) y la existencia de una interferencia (artículo 75, inciso 30), la única vía para evitar conflictos derivados del ejercicio del poder de policía local es que este se concrete de forma prudente, moderada y respetuosa de las garantías consagradas en la Constitución. Algunas de las circunstancias posteriores a la sentencia aquí analizada, como el dictado de nuevas ordenanzas municipales (vgr. ordenanzas 540/17 y 560/17), la intervención del Juzgado de Faltas local y el reconocimiento de la competencia municipal en la materia, bajo ciertas condiciones, por parte de normas nacionales, son evidencia clara de ello (cfr. artículos 10 y 17 del decreto 798/2016).

En ese orden, los recurrentes han presentado propuestas de ubicación de las antenas y solicitado la aplicación del “Acuerdo de colaboración entre la Federación Argentina de Municipios (FAM) y los operadores de servicios de comunicaciones móviles”, firmado el 3 de noviembre de 2008 bajo el auspicio del Estado Nacional en cuyo nombre firmó el Secretario de Comunicaciones de la Nación. La importancia de ese acuerdo ha sido resaltada ante esta Corte, incluso afirmando que su cumplimiento efectivo es exigible (fs. 1269 vta.). El acuerdo originó a su vez el “Código de buenas prácticas para el Despliegue de Redes de Comunicaciones Móviles” -que los recurrentes acompañaron en estos autos-, en el cual se aconseja a las empresas prestadoras convenir en conjunto con los municipios los emplazamientos adecuados para la instalación de comunicaciones móviles. Asimismo, el texto insiste en diversos criterios para la elección del lugar de las antenas, sin limitarlos a los meramente “técnicos” que la empresa ha invocado al demandar la inconstitucionalidad de la ordenanza (fs. 273).

Desde esa óptica, la decisión de la Cámara, en cuanto encomendó a las partes que coordinen acciones a fin de que el cumplimiento de la Ordenanza respete la prestación eficiente del servicio, no luce arbitraria ni resulta incongruente con la declaración de validez de la norma municipal en cuestión y, asimismo, es consistente con el principio constitucional de desarrollo humano sustentable.

Lo dicho, aun cuando supone confirmar la validez de la Ordenanza en este momento y bajo las circunstancias descriptas, no implica conceder a la Municipalidad de General Güemes, ni a otros municipios que se encuentren en idéntica situación, una autorización genérica o sine die para el ejercicio irrazonable o abusivo de sus competencias constitucionales primarias.

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal, se resuelve: I. Declarar admisible la queja, formalmente procedente el recurso extraordinario y confirmar, por los motivos expuestos, la sentencia cuestionada. II. Exhortar a las partes para que actúen en lo sucesivo de conformidad con los términos del considerando 25 precedente. III. Costas por su orden por no mediar contestación de traslado del recurso extraordinario. Reintégrese el depósito. Notifíquese, agréguese la queja al expediente principal y, oportunamente, devuélvase.

JUAN CARLOS MAQUEDA – HORACIO ROSATTI.



ESTATUS JURÍDICO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

“BAZÁN” (FALLOS: 342:509)

La Corte resolvió que ya no intervendrá en la resolución de los conflictos de competencia entre los jueces nacionales y los jueces de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y que es el Tribunal Superior de la ciudad quien deberá hacerlo, como máxima instancia judicial de la Ciudad.

Subrayó el Tribunal que la Constitución Nacional reformada en 1994 reconoció a la Ciudad “un régimen de gobierno autónomo” con facultades propias en el orden ejecutivo, legislativo y judicial y que dar cumplimiento a esta norma constitucional implicaba establecer diversos acuerdos para transferir la justicia nacional al ámbito de la Ciudad.

El caso fue decidido por el voto conjunto de los jueces MAQUEDA, LORENZETTI y ROSATTI por la mayoría y las respectivas disidencias de los jueces ROSENKRANTZ y HIGHTON DE NOLASCO.

Principales ejes temáticos del fallo

» A cuatro años de la exhortación realizada en el precedente “Corrales” (Fallos: 338:1517), a veintitrés de la sanción de la constitución porteña y a veinticinco de la reforma de la Constitución Nacional, el panorama actual muestra que el Gobierno Nacional y el Gobierno de la Ciudad han avanzado mínimamente en las gestiones tendientes a concretar de manera íntegra y definitiva la transferencia de la justicia nacional ordinaria al ámbito que constitucionalmente le corresponde y la Ciudad permanece por esa razón con sus instituciones inconclusas, detenta un poder ejecutivo y una legislatura propios en pleno funcionamiento, pero no tiene aún en marcha un poder judicial completo.

» El principio de “lealtad federal” como rector del federalismo argentino es desconocido de manera palmaria en lo que respecta a la transferencia de la justicia nacional ordinaria al Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sin que ningún argumento referido a su condición de “Capital de la República” alcance a explicarlo; en un marco básico de buena fe federal que busca evitar el abuso de las competencias de un Estado en detrimento de los otros, no se explica el cuasi nulo avance de la señalada transferencia.

» Si el principal argumento para justificar la demora de la transferencia de la justicia nacional ordinaria a la Ciudad de Buenos Aires es aquel basado en que el traspaso paulatino sirve mejor a una eficiente administración de justicia, su invocación pierde toda consistencia a la luz del claro contexto actual que pone en evidencia que el traspaso lejos de presentarse –siquiera– como un proyecto que avanza a paso lento, aparece virtualmente paralizado por exclusiva voluntad de las autoridades políticas y, de esta manera, paradó-

Enlaces destacados

» Ver más

- › Reseña
- › Citas del fallo
- › Otra información
- › Versión Word

» Dictamen

» Doctrina del fallo

ticamente, el medio utilizado termina socavando la propia eficiente administración de justicia que pretende tutelar.

» Tras un cuarto de siglo de “inmovilismo” en la concreción de un mandato constitucional y desoída la exhortación efectuada en la causa “Corrales”, la Corte Suprema ejercerá una de las atribuciones que le confiere el decreto-ley 1285/58 a la luz del claro mandato constituyente de conformar una Ciudad de Buenos Aires con autonomía jurisdiccional plena y establece que, de ahora en más, será el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el órgano encargado de conocer en los conflictos de competencia que se susciten entre dos órganos jurisdiccionales con competencia no federal con asiento en esa ciudad.

» La continuidad del carácter nacional de los magistrados de la justicia nacional con competencia ordinaria con asiento en la Ciudad de Buenos Aires se encuentra supeditada a la celebración de los correspondientes convenios de transferencias de competencias del Estado Nacional a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, proceso político que se encuentra en marcha, tal como lo evidencia la celebración de diversos convenios por los cuales se han ido transfiriendo competencias parciales de la justicia nacional ordinaria a la justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Disidencia del juez Rosenkrantz).

» Teniendo en cuenta que la transferencia de la justicia nacional ordinaria al Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires debe ser el resultado de una decisión política consensuada, el Poder Judicial no debe adoptar medidas que puedan impactar en la forma y oportunidad en que los poderes que tienen la atribución y responsabilidad para ello decidan organizar el traspaso de competencias ya que la adopción de decisiones judiciales en este ámbito –reservado legalmente a los poderes políticos– podría comprometer valores fundamentales como el acceso a la justicia y la seguridad jurídica (Disidencia de la jueza Highton de Nolasco).

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 4 de abril de 2019.

Autos y Vistos; Considerando:

1º) Que tanto el Juzgado en lo Penal, Contravencional y de Faltas n° 10 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires como el Juzgado Nacional de Menores n° 5 se declararon incompetentes para entender en la presente causa sobre lesiones y daños, suscitándose un conflicto negativo de competencia (art. 24, inc. 7º, del decreto-ley 1285/58).

2º) Que la presente contienda se produce entre magistrados con competencia penal no federal que ejercen su jurisdicción en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Por esa razón, debe ser resuelta en el marco de la doctrina que estableció esta Corte Suprema en el precedente “Nisman” (Fallos: 339:1342, y sus citas), con apoyo en lo decidido en la causa “Corrales” (Fallos: 338:1517, voto de los jueces Lorenzetti y Maqueda), en punto a que, reconocida la autonomía porteña por la reforma de la Constitución Nacional en el año 1994, las competencias que actualmente ejerce la justicia nacional ordinaria deben ser transferidas al Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

3°) Que, en ese sentido, cabe recordar que el artículo 129 de la Constitución Nacional establece que *“la ciudad de Buenos Aires tendrá un régimen de gobierno autónomo, con facultades propias de legislación y jurisdicción (...)”*. El texto citado fue incorporado en la reforma constitucional del año 1994, reconociendo a la Ciudad de Buenos Aires el *status* de *“ciudad constitucional federada”*.

Es *ciudad*, por sus características demográficas. Es *ciudad constitucional*, porque es la única designada expresamente por su nombre y con atributos específicos de derecho público en la Constitución Nacional, a diferencia de las otras ciudades que son aludidas genéricamente al tratar los municipios de provincia. Y es *ciudad constitucional federada*, porque integra de modo directo el sistema federal argentino conjuntamente con los restantes sujetos políticos que lo componen, tanto los de “existencia necesaria” o “inexorables”, cuya identificación y regulación -o la previsión de su regulación- obra en la propia Ley Fundamental (el Estado Nacional, las provincias, los municipios de provincia y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires), como los de “existencia posible” o “eventuales”, aquellos cuya existencia depende de la voluntad de los sujetos inexorables (tal el caso de las regiones).

4°) Que en cumplimiento de la norma constitucional referida se sancionó en el año 1996 la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con el objetivo declarado en su Preámbulo de “afirmar su autonomía” y “organizar sus instituciones”. Respecto de su Poder Judicial, el artículo 106 de su texto previó que le corresponde *“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”* (...). Específicamente en relación al traspaso de los jueces nacionales, la cláusula transitoria decimotercera facultó al Gobierno de la Ciudad *“para que convenga con el Gobierno Federal que los jueces nacionales de los fueros ordinarios de la Ciudad, de cualquier instancia, sean transferidos al Poder Judicial de la Ciudad, conservando su inamovilidad y jerarquía, cuando se disponga que la justicia ordinaria del territorio de la Ciudad sea ejercida por sus propios jueces. (...) Esta facultad no impide que las autoridades constituidas puedan llegar a un acuerdo en términos diferentes, para lograr una transferencia racional de la función judicial. En todos los casos el acuerdo comprenderá, necesariamente, la transferencia de las partidas presupuestarias o la reasignación de recursos conforme al artículo 75, inciso 2°, de la Constitución Nacional”*.

5°) Que el Congreso Nacional y la Legislatura local establecieron en el año 1995 que la transferencia de los fueros ordinarios, su competencia y partidas presupuestarias a cargo de la justicia nacional ordinaria con asiento en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires al Poder Judicial de la Ciudad se produciría por un acuerdo entre los gobiernos ratificado por los poderes legislativos de ambos estados (Ley 24.588, art. 6°; Ley Orgánica del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires -Ley 7- Título IV, y disposiciones complementarias y transitorias).

6°) Que no obstante lo dicho, la actividad desplegada en más de dos décadas por quienes asumieron el férreo compromiso en procura de lograr esa transferencia se ha visto limitada solo al traspaso de la competencia penal reducida a determinados delitos (véase Convenio celebrado el 7 de diciembre del año 2000, aprobado por ley nacional 25.752 y por ley 597 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; Convenio 14/2004, aprobado por ley nacional 26.357 y por ley 2257 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; transferencia de delitos complementarios a aquellos ya transferidos, especificados

en el anexo de la ley nacional 26.702, ratificado por la ley 5935 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y Convenio 3/17, ratificado por la resolución 26/17 de la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Este último convenio, pendiente de ratificación por el Congreso Nacional, previó transferir -además de la competencia penal sobre otros delitos- la estructura organizativa judicial vigente en el ámbito de la justicia nacional ordinaria para entender en dicha competencia).

7°) Que en ese marco de actuación y frente al escaso -casi nulo- acatamiento del texto constitucional en punto al reconocimiento jurisdiccional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en el año 2015 este Tribunal advirtió que “*transcurridos ya más de veinte años de la reforma constitucional de 1994, resulta imperioso exhortar a las autoridades competentes para que adopten las medidas necesarias a los efectos de garantizarle a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el pleno ejercicio de las competencias ordinarias en materia jurisdiccional*” (Fallos: 338:1517 “Corrales”, voto de los jueces Lorenzetti y Maqueda, considerando 9°).

8°) Que a cuatro años de la mencionada exhortación, a veintitrés de la sanción de la constitución porteña y a veinticinco de la reforma de la Constitución Nacional, el panorama actual muestra que el Gobierno Nacional y el Gobierno de la Ciudad han avanzado mínimamente en las gestiones tendientes a concretar de manera íntegra y definitiva la transferencia de la justicia nacional ordinaria al ámbito que constitucionalmente le corresponde. La Ciudad permanece por esa razón con sus instituciones inconclusas; detenta un poder ejecutivo y una legislatura propios en pleno funcionamiento, pero no tiene aún en marcha un poder judicial completo.

9°) Que una función primordial de esta Corte consiste en interpretar las reglas del federalismo de modo que el ejercicio de las funciones realizado por las autoridades evite fricciones susceptibles de acrecentar los poderes del gobierno central en detrimento de las facultades locales, entre las que debe contarse aquellas reconocidas a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires por la reforma constitucional del año 1994. El sistema federal constitucional argentino se funda en el principio de “lealtad federal” o “buena fe federal”, conforme al cual en el juego armónico y dual de competencias debe evitarse que los estados “*abusen en el ejercicio de esas competencias, tanto si son propias como si son compartidas o concurrentes*” (Fallos: 340:1695, considerando 6°); en esa inteligencia, los órdenes de gobierno deben encontrarse solo para ayudarse, nunca para destruirse (arg. Fallos: 307:360).

10) Que esta Corte Suprema ha advertido sobre los graves desajustes institucionales que emergen de la demora excesiva e injustificada por parte de los poderes constituidos federales o provinciales en cumplir con *mandatos de hacer* establecidos en normas constitucionales estructurantes del federalismo. En el año 2014, sostuvo que constituía una demora irrazonable que la Provincia de La Rioja no hubiese dictado en dieciséis años una ley de coparticipación municipal, a pesar de que la Constitución provincial del año 1998 así lo establecía. Alertó que la omisión legislativa impactaba en las reglas básicas del federalismo argentino, en la medida en que el constituyente reformador federal estableció en el artículo 123 que cada provincia debe asegurar “la autonomía municipal” y reglar “su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero” (Fallos: 337:1263 “Intendente Municipal Capital s/ amparo”, criterio reiterado en la causa “Municipalidad de la ciudad de La Banda”, Fallos: 341:939).

En el año 2015, al resolver los tres casos referidos a la detracción de fondos de la coparticipación federal a las provincias (“Santa Fe c/ Estado Nacional”, Fallos: 338:1356; CSJ 191/2009 (45-S)/CS1 “San Luis, Provincia de c/ Estado Nacional” y CSJ 786/2013/CS1 “Córdoba, Provincia de c/ Estado Nacional y otro s/ medida cautelar”, sentencias del 24 de noviembre de dicho año) sostuvo que “conspiraba contra el federalismo” el lapso de diecinueve años que había pasado desde la fecha fijada en la disposición transitoria 6° de la Constitución Nacional para establecer un régimen de coparticipación conforme lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 75 de la Ley Fundamental (Fallos: 338:1356, “Santa Fe c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, considerando 39).

11) Que en esas sentencias el Tribunal descartó *in inicio*, como argumento válido para justificar el incumplimiento, aquel que se sustenta en la dificultad de lograr acuerdos políticos.

En la citada causa “Intendente Municipal Capital s/ amparo” dijo que “*no resulta posible sostener que el dictado de la ley -es decir, el acatamiento de la Constitución- queda condicionado a la concreción de acuerdos políticos entre provincia y municipios que en 16 años no han sido logrados. Al subordinar la realización del proyecto constitucional a la posibilidad o no de obtener esos acuerdos sin considerar la irrazonable demora en alcanzarlos, el argumento invierte una regla elemental del orden constitucional argentino, según la cual la Constitución materializa el consenso más perfecto de la soberanía popular; frente a sus definiciones, los poderes constituidos deben realizar todos los esfuerzos necesarios para asegurar el desarrollo del proyecto de organización institucional que traza su texto*” (confr. Fallos: 337:1263, considerando 13).

En esa misma línea, en los casos de coparticipación federal agregó que “[*si bien esta Corte no desconoce la complejidad que presenta la cuestión atento a la pluralidad de jurisdicciones comprometidas en su definición así como los múltiples aspectos económicos, políticos y culturales que involucra -que necesariamente demandan de un amplio y profundo ámbito de negociación, debate y consensos-, estas circunstancias no pueden resultar un justificativo para un inmovilismo que ya supera ampliamente los tres lustros y que conspira claramente contra el objetivo de fortalecer el federalismo fiscal perseguido por los constituyentes de 1994. En razón de ello, este incumplimiento exige de esta Corte el ejercicio del control encomendado a la justicia sobre las actividades de los otros poderes del Estado y, en ese marco, debe poner de manifiesto la imperiosa necesidad de la sanción de la ley-convenio en los términos del citado artículo 75, inciso 2°*” (conf. arg. Fallos: 338:1356 y, con posterioridad, en la causa CSJ 933/2007 (43-L)/CS1 “La Pampa, Provincia de c/ Estado Nacional”, sentencia del 6 de noviembre de 2018).

12) Que en los términos de la jurisprudencia señalada, la situación que se advierte en la cuestión bajo examen revela un supuesto de “inmovilismo” en llevar a cabo la transferencia de la justicia nacional ordinaria al Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que también debe ser considerado como un *desajuste institucional grave* de uno de los mecanismos estructurales de funcionamiento del federalismo, sin que la demora en la concreción del mandato constitucional aparezca de manera alguna razonablemente justificada.

Esta omisión no solamente constituye un incumplimiento literal de la Constitución Nacional con el consiguiente debilitamiento de la fuerza normativa de su texto. Impacta, además, en la distribución de los recursos públicos en la medida en que -como consecuencia de dicha omisión- las veintitrés provincias argentinas se hacen cargo de financiar los gastos que demanda el servicio de administración de justicia del restante distrito.

En efecto, en el plano de la interpretación constitucional, esta situación resulta difícilmente compatible con las directivas de equidad, solidaridad e igualdad de oportunidades que gobiernan la interacción de los Estados para lograr un proceso de desarrollo equilibrado de escala federal (art. 75, inc. 2, de la Constitución Nacional). Tampoco el presente estado de cosas parece conformarse con el mandato constitucional de “*promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de las provincias y regiones*” (art. 75, inc. 19, de la Ley Fundamental).

13) Que las consecuencias perjudiciales que la omisión mencionada provoca al sistema federal radican, asimismo y con un grado de intensidad que no debe menospreciarse, en el desconocimiento de las facultades de autogobierno de un Estado local. A causa del insuficiente avance del proceso de transferencia en cuestión, los habitantes de la ciudad no pueden estructurar como deseen la justicia local a pesar de que una de las primeras leyes que organizó la forma de gobierno que la regirá –la Ley 7- diagramó un poder judicial porteño que comprende los fueros en lo civil, laboral, comercial y penal. A diferencia de lo que ocurre en el resto del país, los habitantes de la ciudad de Buenos Aires no son juzgados ni someten sus pleitos a una justicia propia que –en la medida de su competencia- resuelva las controversias de acuerdo a los procedimientos que su legislación ya prevé y se encuentre sujeta al control político de su legislatura. Se ha advertido que la sustracción al conocimiento del poder judicial porteño de estas cuestiones configura así un supuesto que “*roza el derecho de igualdad de todos los justiciables ante la jurisdicción judicial*” (Germán Bidart Campos, Tratado Elementos de Derecho Constitucional, Ediar, Tomo III, p. 356).

14) Que en el contexto referido, el principio de “lealtad federal” como rector del federalismo argentino es desconocido de manera palmaria en lo que respecta a la transferencia de la justicia nacional ordinaria al Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sin que ningún argumento referido a su condición de “Capital de la República” alcance a explicarlo. En un marco básico de buena fe federal que busca evitar el abuso de las competencias de un Estado en detrimento de los otros, no se explica el cuasi nulo avance de la señalada transferencia.

15) Que si se parte de la presunción de que ambos Estados, el nacional y el local, persiguen de buena fe el objetivo de concretar la autonomía de la ciudad de Buenos Aires, resulta claro que los gobiernos pueden acordar la transferencia de la justicia nacional ordinaria de acuerdo a las modalidades que prefieran y convengan, siempre que el modo elegido cumpla de manera apropiada con el *mandato de hacer* establecido en la Constitución Nacional. Desde esta perspectiva, aun cuando no fueron fijados plazos para avanzar –y concluir- en tal proceso, ni la acepción más laxa y deferente de la expresión “transferencia ordenada y progresiva” utilizada en los convenios mencionados en el considerando 6°, permite comprender y admitir el “inmovilismo” seguido en esta cuestión.

Si el principal argumento para justificar la demora de la transferencia es aquel basado en que el traspaso paulatino sirve mejor a una eficiente administración de justicia, su invocación pierde toda consistencia a la luz del claro contexto actual que pone en evidencia que el traspaso lejos de presentarse –siquiera- como un proyecto que avanza a paso lento, aparece virtualmente paralizado por exclusiva voluntad de las autoridades políticas. De esta manera, paradójicamente, el medio utilizado termina socavando la propia eficiente administración de justicia que pretende tutelar.

16) Que en este escenario y a cuatro años de la desatendida exhortación efectuada en el precedente “Corrales” –en los términos ya citados-, este Tribunal debe continuar adecuando su actuación a aquella que le impone el texto de la Constitución Nacional, más allá de que el Estado Federal y el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires perpetúen la situación descripta.

17) Que, como ya se reseñó, el presente conflicto de competencia se produce entre dos órganos con competencia no federal que ejercen su jurisdicción en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Corresponde entonces, frente a lo dispuesto por el art. 24, inciso 7°, del decreto-ley 1285/58, la intervención de esta Corte Suprema en la medida en que debe conocer de las cuestiones de competencia y los conflictos que en juicio se planteen entre jueces y tribunales del país que no tengan un órgano superior jerárquico común que deba resolverlos. El alcance del imperativo legal definido en el citado decreto-ley para “conocer” en estas cuestiones puede, razonablemente, entenderse abarcativo de una doble atribución: a) *dirimir* directamente el conflicto de competencia entre dos órganos jurisdiccionales que carecen de un superior jerárquico común, o b) *definir* quién deberá conocer en el conflicto de competencia.

Por ello, tras un cuarto de siglo de “inmovilismo” en la concreción de un mandato constitucional y desoída la exhortación efectuada en los términos citados en la causa “Corrales”, esta Corte Suprema ejercerá una de las atribuciones que le confiere el decreto-ley 1285/58 a la luz del claro mandato constituyente de conformar una Ciudad de Buenos Aires con autonomía jurisdiccional plena. En consecuencia, se establece que, de ahora en más, será el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el órgano encargado de conocer en los conflictos de competencia que se susciten –como en el caso- entre dos órganos jurisdiccionales con competencia no federal con asiento en esa ciudad.

Por ello, oído el señor Procurador Fiscal, remítanse las actuaciones al Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a sus efectos. Hágase saber al Juzgado en lo Penal, Contravencional y de Faltas n° 10 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y al Juzgado Nacional de Menores n° 5.

CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ (*en disidencia*)– ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO (*en disidencia*)– JUAN CARLOS MAQUEDA – RICARDO LUIS LORENZETTI – HORACIO ROSATTI.

DISIDENCIA DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON CARLOS FERNANDO
ROSENKRANTZ

Considerando que:

1º) En los presentes autos se suscitó un conflicto negativo de competencia entre el Juzgado en lo Penal, Contravencional y de Faltas n° 10 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el Juzgado Nacional de Menores n° 5. Los detalles del conflicto que genera la intervención de este Tribunal se encuentran adecuadamente narrados en el dictamen de la Procuración General de la Nación, al que cabe remitir en el punto por razones de brevedad.

2º) El conflicto involucra, entonces, a un tribunal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y a un tribunal de la justicia nacional con competencia ordinaria con asiento en la misma ciudad. Estos tribunales carecen de un “órgano superior jerárquico común” que deba resolver el conflicto, razón por la cual según lo dispuesto por el artículo 24 inc. 7 del decreto-ley 1285/58 corresponde la intervención de esta Corte Suprema.

3º) La conclusión anterior no se ve afectada por lo resuelto en la causa “Nisman” (Fallos: 339:1342). En efecto, si bien en el citado precedente una mayoría de esta Corte admitió que el carácter nacional de los magistrados ordinarios de la justicia nacional de la Capital Federal es meramente transitorio, ello no implicó —ni implica— negarle a dichos magistrados el referido carácter nacional ni, en consecuencia, existe razón alguna basada en dicho precedente para modificar la interpretación del art. 24 inc. 7 del decreto-ley 1285/58 (“José Marmol 824 (ocupantes de la finca)”, Fallos: 341:611, disidencia del juez Rosenkrantz).

La continuidad del carácter nacional de los magistrados de la justicia nacional con competencia ordinaria con asiento en la Ciudad de Buenos Aires se encuentra supeditada, como esta Corte ha señalado en diversas ocasiones, a la celebración de los correspondientes convenios de transferencias de competencias del Estado Nacional a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Fallos: 325:1520; 329:5438; 333:589; 339:1342; entre otros). Este proceso político se encuentra en marcha, tal como lo evidencia la celebración de diversos convenios por los cuales se han ido transfiriendo competencias parciales de la justicia nacional ordinaria a la justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Convenio de “Transferencia Progresiva de Competencias Penales de la Justicia Nacional al Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, suscripto el día 7 de diciembre de 2000, ratificado por ley local 597 y por ley nacional 25.752; Convenio 14/04, “Convenio de Transferencia Progresiva de Competencias Penales de la Justicia Nacional al Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, ratificado por ley local 2257 y por ley nacional 26.357; ley nacional 26.702, de transferencia de competencias penales y contravencionales de la justicia nacional ordinaria a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, transferencia que fuera aceptada por ley local 5935; Convenio 1/2017, “Convenio Interjurisdiccional de Transferencia de la Justicia en las Relaciones de Consumo entre el Estado Nacional y el Gobierno de la C.A.B.A.” y Convenio 3/17, “Convenio Interjurisdiccional de Transferencia Progresiva de la Justicia Ordinaria Penal entre el Estado Nacional y el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, ambos de fecha 19 de enero de 2017, aprobados por resoluciones 24/2017 y 26/2017 de la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, respectivamente).

4º) En lo que al conflicto negativo de competencia propiamente dicho se refiere, corresponde remitir al dictamen de la Procuración General, cuyos fundamentos y conclusiones se comparten.

Por ello, de conformidad en lo pertinente con lo dictaminado por la Procuración General de la Nación, se declara que corresponde conocer en esta causa al Juzgado Nacional de Menores n° 5, al que deberán remitirse los autos. Hágase saber al Juzgado en lo Penal, Contravencional y de Faltas n° 10 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ.

DISIDENCIA DE LA SEÑORA VICEPRESIDENTA DOCTORA DOÑA ELENA I. HIGHTON
DE NOLASCO

Considerando:

1º) Que tanto el Juzgado en lo Penal, Contravencional y de Faltas n° 10 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires como el Juzgado Nacional de Menores n° 5 se declararon incompetentes para entender en la presente causa, suscitándose un conflicto negativo de competencia.

La contienda se ha trabado entre un magistrado nacional con competencia penal ordinaria y otro con competencia en lo penal, contravencional y de faltas de la Ciudad de Buenos Aires. En consecuencia, al no tener ambos tribunales un superior jerárquico común, corresponde que esta Corte dirima el conflicto, según lo prescripto en el art. 24 inc. 7º del decreto-ley 1285/58 (Fallos: 294:25; 301:631; 316:795; entre muchos otros).

Ello es así, pues hasta tanto se transfieran las competencias que actualmente ejerce la justicia nacional ordinaria al Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires, la primera integra el Poder Judicial de la Nación y, por lo tanto, el supuesto contemplado en el citado artículo 24 inc. 7º del decreto-ley 1285/58 resulta plenamente aplicable.

2º) Que esta Corte ha hecho referencia a que la aludida transferencia de competencias debe concretarse de manera gradual y ordenada a través de la celebración de convenios entre la Nación y la Ciudad de Buenos Aires (conf. Fallos: 320:875; 325:1520; 333:589; entre otros) y señaló que la ley 24.588 procuró conjurar una situación “excepcional y transitoria, dando una solución acorde a las exigencias del proceso de transición iniciado con la reforma de 1994” (Fallos: 320:875).

En cumplimiento de dicho objetivo, el 7 de diciembre de 2000 y el 1º de junio de 2004, el Poder Ejecutivo Nacional y el Poder Ejecutivo de la Ciudad firmaron dos convenios de transferencias progresivas de competencias penales que fueron ratificados por el Congreso de la Nación mediante las leyes 25.752 y 26.357 y por la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires mediante las leyes 597/01 y 2257/06, respectivamente.

Por otra parte, el 7 de septiembre de 2011, con carácter complementario de las leyes 25.752 y 26.357, el Congreso de la Nación sancionó la ley 26.702, mediante la cual aprobó una nueva transferencia de competencias al Ministerio Público y a los jueces de la Ciudad de Buenos Aires para investigar y juzgar delitos y contravenciones cometidos en el territorio de esa ciudad. Esta transferencia fue ratificada por la ley 5935/17 de la Ciudad.

Cabe mencionar también el Convenio 1/2017 (“Convenio Interjurisdiccional de Transferencia de la Justicia en las Relaciones de Consumo entre el Estado Nacional y el Gobierno de la C.A.B.A.”) y el Convenio 3/17 (“Convenio Interjurisdiccional de Transferencia Progresiva de la Justicia Nacional Ordinaria Penal”) celebrados el 19 de enero de 2017. En este último se prevé transferir —además de la competencia penal sobre algunos delitos— la estructura organizativa judicial vigente en el ámbito de la justicia ordinaria para entender en dicha competencia. Dichos convenios fueron ratificados, respectivamente, por las resoluciones 24/2017 y 26/2017 de la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires. Ambos se encuentran pendientes de ratificación por el Congreso de la Nación.

Queda claro entonces que la ley 24.588 ha definido un mandato explícito que exige un diálogo institucional entre la Nación y la Ciudad de Buenos Aires tendiente a obtener los consensos necesarios para avanzar en el proceso de transferencia (art. 6). Se trata de un proceso complejo que requiere acuerdos políticos en distintos ámbitos: además de competencias, la transferencia conlleva el traspaso de órganos (juzgados, tribunales, fiscalías, defensorías) y personal (empleados, funcionarios y magistrados), así como de los recursos y de los bienes correspondientes a la labor de los órganos transferidos.

Los acuerdos entre las partes constituyen entonces el modo que la ley establece para garantizar una transferencia ordenada, previsible y razonable, y para que cada jurisdicción pueda realizar las modificaciones y adecuaciones operativas, administrativas, normativas y presupuestarias que resulten imprescindibles para su ejecución, evitando las dificultades o complicaciones que puedan afectar la correcta administración de justicia.

De acuerdo con el principio de separación de poderes, no es competencia de los jueces determinar el modo de realización de los fines de una determinada institución jurídica, ya que esta atribución es propia de los poderes políticos. La misión de los jueces debe estar orientada a controlar que el ejercicio de las potestades de los restantes poderes del Estado se mantenga dentro de los límites de la garantía de razonabilidad y no avance sobre prohibiciones específicas contenidas en la Constitución o, en su caso, en las leyes. Ello es así en razón de que no compete a los magistrados juzgar el alcance ni la oportunidad de la forma arbitrada por los otros poderes, en el ámbito propio de sus atribuciones, para lograr el fin propuesto (conf. doctrina de Fallos: 317:126; 324:3345; 325:645; entre otros).

En este marco, y teniendo en cuenta que la transferencia debe ser el resultado de una decisión política consensuada, el Poder Judicial no debe adoptar medidas que puedan impactar en la forma y oportunidad en que los poderes que tienen la atribución y responsabilidad para ello decidan organizar el traspaso de competencias. La adopción de decisiones judiciales en este ámbito —reservado legalmente a los poderes políticos— podría comprometer valores fundamentales como el acceso a la justicia y la seguridad jurídica.

Esta Corte enfatizó siempre que la misión más delicada de los jueces es saber mantenerse dentro de su órbita, sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes del Estado, toda vez que es el judicial el llamado por la ley para sostener la observancia de la Constitución Nacional, de ahí que un avance de este poder menoscabando las facultades de los demás revestiría la mayor gravedad para la armonía constitucional y el orden público (conf. doctrina de Fallos: 155:248; 282:392; 316:2940; entre muchos otros).

3°) Que para resolver el conflicto de competencia suscitado corresponde remitir a los fundamentos y conclusiones del dictamen del señor Procurador Fiscal.

Por ello, se declara que resulta competente para continuar entendiendo en la causa el Juzgado Nacional de Menores n° 5. Hágase saber al Juzgado en lo Penal, Contravencional y de Faltas n° 10 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO.



ESTATUS JURÍDICO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

“GCBA” (FALLOS: 342:533)

La Corte resolvió que le corresponde a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el derecho de litigar ante su competencia originaria.

Destacó que la reforma constitucional de 1994 transformó la naturaleza política y jurídica de la Ciudad y la reconoció como participante del diálogo federal conjuntamente con las provincias, los municipios y el Estado Nacional, por lo cual en ese marco se imponía que la Corte se desligara de 25 años de instituciones porteñas inconclusas y le reconociese el derecho de poder litigar en su instancia originaria.

Así lo resolvió la Corte con el voto conjunto de los jueces MAQUEDA, LORENZETTI y ROSATTI, el voto del juez ROSENKRANTZ y con la disidencia de la jueza HIGHTON DE NOLASCO.

Principales ejes temáticos del fallo

- » Corresponde que la Corte se desligue de 25 años de instituciones porteñas inconclusas y, en el ámbito de la competencia originaria, le reconozca a la ciudad el derecho a no ser sometida ante tribunales ajenos a la plena jurisdicción que le garantiza la Constitución Nacional, ya que la Ciudad Autónoma, tal como sucede con las provincias, se ve afectada en su autonomía cuando es forzada a litigar ante tribunales de extraña jurisdicción.
- » El carácter estricto con el que la Corte interpreta el art. 117 de la Constitución Nacional no debe ya postularse como un obstáculo para conceder a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el privilegio federal de litigar en instancia originaria.
- » La Ciudad Autónoma de Buenos Aires tiene el mismo puesto que las provincias en el sistema normativo que rige la jurisdicción de los tribunales federales y, por lo tanto, el mismo derecho a la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (arts. 116, 117 y 129 de la Constitución Nacional y art. 1º, inc. 1º de la ley 48 y art. 24, inciso 1º del decreto-ley 1285/58, ratificado por ley 14.467).
- » La calificación de la Ciudad Autónoma como un estado que merece el mismo trato que una provincia a los fines de la jurisdicción federal es un juicio congruente no solamente con la reforma constitucional de 1994 sino con uno de los antecedentes legislativos más relevantes para esta cuestión: la sanción de la ley 1467 y el debate legislativo que tuvo lugar en el Congreso (Voto del juez Rosenkrantz).
- » Los constituyentes no concibieron a la Ciudad como una provincia ni a su autonomía con el mismo alcance que la de aquellas, conclusión que se ve ratificada por las exposi-

Enlaces destacados

» Ver más

- › Reseña
- › Citas del fallo
- › Otra información
- › Versión Word

» Dictamen

» Doctrina del fallo

ciones que tuvieron lugar en las sesiones de la Convención Nacional Constituyente de 1994, donde se expresaron interpretaciones concordantes acerca de la limitación de la autonomía porteña por parte de representantes de diferentes sectores políticos (Disidencia de la jueza Highton de Nolasco).

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 4 de abril de 2019.

Autos y Vistos; Considerando:

1º) Que a fojas 5/8 se presenta ante el Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires n° 24 la apoderada del Gobierno de dicha ciudad e inicia juicio ejecutivo contra la Provincia de Córdoba (Ministerio de Salud) para el cobro de \$ 205.535,01 más intereses, costos y costas. Manifiesta que el título ejecutivo que pretende ejecutar consiste en el certificado de deuda n° 730 emitido de acuerdo con la ley local 2808 (art. 5º) por la Dirección Legal y Técnica del Ministerio de Salud local. La deuda documentada en el certificado mencionado se originó por la prestación de servicios médicos en nosocomios del Gobierno de la Ciudad a beneficiarios derivados por la Provincia de Córdoba.

A fs. 16 el juez interviniente intima a la Provincia de Córdoba al pago de la suma demandada, más el 30% estimado provisionalmente en concepto de intereses y costas, o a oponer excepciones en el mismo plazo, bajo apercibimiento de llevar adelante la ejecución.

A fs. 26 se presenta el Procurador del Tesoro de la Provincia de Córdoba y opone, en primer término, excepción de incompetencia. Alega que, como estado autónomo, la provincia no puede ser sometida a los tribunales locales de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Además, niega la existencia y legitimidad de la deuda reclamada y opone las excepciones de inhabilidad de título y falta de legitimación pasiva.

En cuanto al tribunal competente, sostiene que el caso corresponde o bien a la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, o bien a los jueces locales de la Provincia de Córdoba, pero en ningún caso a la jurisdicción de los tribunales de la Ciudad Autónoma. De todas maneras, expresa que la posición de la provincia demandada es que, sin desconocer la existencia del precedente “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Tierra del Fuego, Provincia de” (Fallos: 330:5279), la Ciudad Autónoma de Buenos Aires reviste la condición de aforada a la competencia originaria reglada por los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional.

La actora, a fs. 36/38, se opone a la procedencia de la excepción de incompetencia. Expresa que el objeto del presente proceso es una cuestión de derecho público local que en modo alguno puede válidamente someterse a otra jurisdicción que no sea la de la Ciudad de Buenos Aires, pues si se lo hiciese se violaría lo dispuesto por el artículo 129 de la Constitución Nacional.

A fs. 75, la jueza del Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires n° 24 declara su incompetencia para entender en las presentes actuaciones y ordena su remisión a esta Corte Suprema de Justicia de la Nación. Como fundamento de su decisión, entre otras consideraciones,

expresa que el tratamiento por esta Corte Suprema de la presente causa es la única manera de armonizar las prerrogativas jurisdiccionales de las que gozan tanto las provincias como la Ciudad de Buenos Aires.

2°) Que en atención a los términos en que la jueza de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires remitió la causa, y a que cada uno de los estados que son parte actora y demandada han reclamado que el caso corresponde a su propia jurisdicción local o, en todo caso, de acuerdo con el planteo de la Provincia de Córdoba, a la competencia originaria de esta Corte, corresponde decidir la cuestión.

3°) Que a partir de la reforma del año 1994, la Ciudad de Buenos Aires adquirió un nuevo estatus constitucional que se expresó en el art. 129 de la Constitución Nacional reformada en cuanto establece que “[l]a 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.

En el marco de lo dispuesto en este artículo, el Congreso de la Nación convocará a los habitantes de la ciudad de Buenos Aires para que, mediante los representantes que elijan a ese efecto, dicten el estatuto organizativo de sus instituciones” (el subrayado es añadido).

4°) Que, en 2007, esta Corte resolvió que la Ciudad Autónoma no tiene el mismo derecho que las provincias a la competencia originaria de la Corte Suprema en la causa “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Tierra del Fuego, Provincia de” (Fallos: 330:5279).

Los fundamentos centrales para llegar a esta conclusión fueron dos: un argumento según el cual –conforme a la letra de la Constitución Nacional- la Ciudad Autónoma “no es una provincia argentina y que, por ende, no le corresponden las prerrogativas que la Ley Suprema reconoce únicamente a dichos estados locales de litigar [...] en la instancia originaria de esta sede”. Desde esta perspectiva, se sostuvo que admitir la competencia originaria por el hecho de que sea parte la Ciudad Autónoma implicaría una equiparación entre dicho estado y las provincias, y por esta vía, una ampliación de la competencia originaria de la Corte (considerando 7°, segundo párrafo). El segundo fundamento empleado en el citado caso, fallado en 2007, fue que el régimen de gobierno autónomo con facultades propias de jurisdicción garantizado por el art. 129 de la Constitución Nacional a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no constituía un impedimento para que dicho estado no pudiera ser sometido a la jurisdicción de los tribunales locales de alguna provincia, en el caso, los tribunales de la Provincia de Tierra del Fuego (considerando 7°, primer párrafo).

5°) Que sin perjuicio de lo resuelto, la Corte sostuvo que no correspondía “*en esta oportunidad*” abrir juicio sobre la extensión del reconocimiento a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de facultades propias de jurisdicción (considerando 7°, primer párrafo).

6°) Que este Tribunal tiene dicho que no obstante que sus decisiones se circunscriben a los procesos concretos que son sometidos a su conocimiento, la autoridad institucional de sus precedentes, fundada en la condición de intérprete supremo de la Constitución Nacional, da lugar a que en oportunidad de fallar casos sustancialmente análogos sus conclusiones sean debidamente consideradas y consecuentemente seguidas tanto por esta mis-

ma Corte como por los tribunales inferiores; y cuando de las modalidades del supuesto a fallarse no resulta de manera clara el error y la inconveniencia de las decisiones ya recaídas sobre la cuestión legal objeto del pleito, la solución del mismo debe buscarse en la doctrina de los referidos precedentes (Fallos: 339:1077; 341:570 y sus citas).

En esta oportunidad se presenta uno de los supuestos excepcionales que exige que esta Corte modifique la doctrina de un precedente. En efecto, a la luz del caso “Nisman” (Fallos: 339:1342), se operó un cambio tal en los principios que informaron los fundamentos del precedente “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Tierra del Fuego, Provincia de” (Fallos: 330:5279) que se impone la revisión de este último.

7°) Que en “Nisman” (Fallos: 339:1342) este Tribunal decidió que los jueces nacionales con asiento en la CABA no son equiparables a los jueces federales a los efectos de declarar la admisibilidad del recurso extraordinario cuando media denegación del fuero federal. Al hacerlo puso de manifiesto que “en atención a que la Constitución federal le reconoce a la Ciudad de Buenos Aires su autonomía no puede sino concluirse que el carácter nacional de los Tribunales ordinarios de la Capital Federal es meramente transitorio” (“Nisman”, Fallos: 339:1342, cfr. considerando 5°).

En virtud de esta crucial determinación, reconoció que las limitaciones jurisdiccionales de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires son producto de una situación de hecho -la inexistencia de un poder judicial local que pudiera juzgar todas las causas regidas por los códigos nacionales del art. 75, inciso 12 de la Constitución Nacional-, que no debe perdurar en el tiempo. Por implicación, esta Corte reconoció en “Nisman” que la Ciudad de Buenos Aires tiene una aptitud semejante a la de las provincias argentinas para ejercer plenamente la jurisdicción y, con ello, para realizar la autonomía que le fuera concedida por el art. 129 de la Constitución.

8°) Que en la misma orientación, en el caso “José Marmol” (Fallos: 341:611), sostuvo que, dadas las competencias federal y ordinaria de los tribunales involucrados, los conflictos de competencia suscitados entre los magistrados nacionales ordinarios y los magistrados federales con asiento en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires debían ser resueltos por este Tribunal (considerandos 4° y 5°).

9°) Que lo sostenido en el precedente “Nisman” exige reexaminar el modo de coordinar la plena autonomía jurisdiccional porteña con la prerrogativa de las provincias como aforadas a la competencia originaria de esta Corte Suprema.

10) Que en este punto cabe resaltar que los criterios interpretativos usuales referidos a la apertura de la jurisdicción originaria en los términos del art. 117 de la Constitución Nacional fueron creados por esta Corte en un tiempo anterior a 1994 y a la adopción del precedente “Nisman”. Es decir, cuando la única autonomía de gobierno que debía resguardarse era la reservada para las provincias en el art. 121 de la Constitución.

Esos cánones respondían entonces a garantizar un orden institucional que excluía a la ciudad de Buenos Aires como participante del diálogo federal. El diseño de la Constitución de 1853 –con las modificaciones introducidas en 1860–, establecía la naturaleza federal de la capital de la nación (art. 3°) y la consecuente facultad del Congreso Nacional para dictar la “legislación exclusiva en todo el territorio de la Capital de la Nación” (art. 67, inc. 27). Sin régimen de autogobierno previsto para la Ciudad capital, el Congreso Nacional oficia-

ría en su ámbito de legislador local, el Presidente designaría al intendente municipal, y el Poder Judicial quedaría igualmente dentro de la órbita de gestión nacional.

11) Que el diseño alcanzado por la Constitución histórica intenta en esos términos ordenar uno de los conflictos más arduos que enfrentó la organización del Estado argentino, referido al rol de Buenos Aires en la conformación de un estado integrado. La *cuestión capital* explica en grandísima medida los enfrentamientos que por décadas sucedieron tras la declaración de la independencia e incluso el diseño federal de la Constitución Nacional de 1853/60.

Ya en 1826, Bernardino Rivadavia como presidente de las Provincias Unidas del Río de la Plata plantea resolverla mediante la llamada *Ley de Capital*. Por su intermedio el Congreso General Constituyente establece la drástica solución de sujetar a la ciudad y un área circundante a la jurisdicción del Presidente y del Congreso Nacional y ordenaba en el resto del territorio perteneciente a la Provincia de Buenos Aires la organización “por ley especial [de] una provincia” (ley del 4 de marzo de 1826, arts. 1, 6 y 7). Ello deriva en la renuncia del gobernador Gregorio de Las Heras y en la disolución de la Sala de Representantes de la provincia. El convulsionado mapa político nacional culmina en el fracaso del proceso ratificatorio por las provincias de la Constitución unitaria de 1826, pone un término al gobierno de Rivadavia y con él a su radical proyecto de federalización de Buenos Aires. Se desdibuja entonces la posibilidad de unificación nacional; el Congreso y el Gobierno Nacional quedan disueltos en 1827 y la renacida provincia de Buenos Aires queda a cargo de todo lo concerniente a la Guerra Nacional y Relaciones Exteriores de las restantes provincias.

Tras la caída del gobierno de Juan Manuel de Rosas, las provincias firman el Acuerdo de San Nicolás de los Arroyos en 1852 destinado a “sancionar la constitución política que regularice las relaciones que deben existir entre todos los pueblos argentinos”. Aunque el gobernador Vicente López y Planes lo hace en nombre de la Provincia de Buenos Aires, el triunfo de la revolución del 11 de septiembre en la ciudad implica la prevalencia de la corriente aislacionista de Bartolomé Mitre, Dalmasio Vélez Sarsfield y Valentín Alsina. Bajo su influjo, la Sala de Representantes porteña no avala el acuerdo, ni admite el envío de representantes a la Convención Constituyente de Santa Fe.

Las restantes provincias reunidas en la asamblea constituyente establecen de todos modos a la ciudad de Buenos Aires como “capital de la Confederación” y al Presidente de la Nación como “jefe inmediato y local de la Capital de la Confederación” en los arts. 3° y 83, inc. 3° de la Constitución de 1853. Decisión inadmisibles para la dirigencia porteña, Buenos Aires concreta la secesión y se excluye por más de un lustro del proceso de unificación nacional. La constitución bonaerense de 1854 cristaliza un país dividido en dos estados soberanos.

En 1859 el Pacto de San José de Flores por el cual “Buenos Aires se declara parte integrante de la Confederación Argentina” establece el marco jurídico-político de la reunificación (art. 1°). La convención nacional constituyente de 1860 resuelve eliminar la mención de Buenos Aires en el art. 3°, y deriva la *cuestión capital* a una ley del congreso.

Es decir, aun cuando la unidad nacional toma forma, el estatus de la ciudad de Buenos Aires en el marco de la organización federal permanece abierta en el centro del debate político, sin solución a la luz del nuevo orden constitucional. En procura de una salida

transitoria, la *Ley de Compromiso* establece en 1862 –por el plazo de 5 años ofrecido por la legislatura de la provincia- la residencia de las autoridades nacionales en la ciudad hasta que el Congreso establezca la capital permanente de la Nación (art. 1°).

Al término de ese plazo el estatus jurídico de la ciudad queda nuevamente en suspenso. Por tres veces –en 1868, en 1869 y en 1873- el Congreso Nacional declara a Rosario capital de la república; en 1871 elige a la ciudad de Villa María, en la Provincia de Córdoba. Todas esas leyes serán vetadas por el Poder Ejecutivo Nacional. Mitre rechaza la primera y Sarmiento las restantes. Al fundar su veto de la ley de 1869 expresa este último gravemente que “la cuestión sobre Capital es la que mayores dificultades presenta todavía en la organización constitucional de la República Argentina, como que de su solución depende todo un sistema político de unión y engrandecimiento nacional”.

Recién en 1880, tras cruentos enfrentamientos armados que culminan con la derrota de las tropas porteñas del gobernador Tejedor a manos del ejército nacional, se dicta la *Ley de Federalización* que declara al municipio de la ciudad de Buenos Aires “capital de la república” (art. 1°, ley 1029). En atención a dicha ley, la legislatura de la Provincia de Buenos Aires cedió el territorio del municipio de la Ciudad de Buenos Aires (ley 1355 y sus ampliaciones). A partir de entonces, se dio inicio a una nueva etapa en la que la ciudad de Buenos Aires se erigió en una municipalidad *sui generis* con un intendente que sería elegido por el Presidente de la Nación con acuerdo del Senado, un concejo deliberante con delimitadas facultades legislativas, y con la ya constitucionalmente garantizada representación en la Cámara de Diputados y de Senadores del Congreso de la Nación (confr. arts. 32, 33 y 42 de la Constitución de 1853 y arts. 37 y 46 de la Constitución de 1853/60, y leyes nacionales 1260 de 1882 sobre la Organización de la Municipalidad de la Capital, 5098 de 1905, y 19.987 de 1972). En estos términos se fue conformando la construcción política que supuso formular una adecuación institucional para mantener la unidad nacional. Como se advierte, este equilibrio reposó justamente en la ausencia de la ciudad como participante del diálogo federal.

12) Que en el contexto descripto la reforma de 1994 no solamente introduce a la ciudad como un actor autónomo del sistema federal sino que al hacerlo modifica radicalmente la histórica premisa según la cual la unión nacional requería suspender la participación de la ciudad como sujeto autónomo.

En efecto, el artículo 129 citado fue incorporado en la reforma constitucional del año 1994, reconociendo a la Ciudad de Buenos Aires el *status* de “ciudad constitucional federada”.

Es ciudad, por sus características demográficas. Es ciudad constitucional, porque es la única designada expresamente por su nombre y con atributos específicos de derecho público en la Constitución Nacional, a diferencia de las otras ciudades que son aludidas genéricamente al tratar los municipios de provincia. Y es ciudad constitucional federada, porque integra de modo directo el sistema federal argentino conjuntamente con los restantes sujetos políticos que lo componen, tanto los de “existencia necesaria” o “inexorables”, cuya identificación y regulación -o la previsión de su regulación- obra en la propia Ley Fundamental (el Estado Nacional, las provincias, los municipios de provincia y la ciudad autónoma de Buenos Aires), como los de “existencia posible” o “eventuales”, aquellos cuya existencia depende de la voluntad de los sujetos inexorables (tal el caso de las regiones).

Así, la reforma constitucional de 1994 dota a la ciudad de autonomía “de legislación y jurisdicción”, y por esta vía la incluye en el diálogo federal. La Constitución modificada, por ejemplo, prevé la distribución de recursos de la coparticipación impositiva con la ciudad (art. 75, inc. 2 de la Constitución Nacional) o la posibilidad de la intervención federal en su territorio para garantizar la forma republicana de gobierno (art. 75, inc. 31). Esa reforma le reconoce la fundamental atribución de dictarse un “estatuto organizativo de sus instituciones” (art. 129 de la Constitución Nacional) que cumple la función de una Constitución, tal como sería posteriormente denominada por la Convención Constituyente de la ciudad. De esa manera, la Constitución Nacional de 1994 transforma radicalmente la naturaleza política y jurídica de la ciudad de Buenos Aires que pasa a gobernarse por una Legislatura y un Jefe de Gobierno elegido directamente por el propio pueblo de la ciudad.

A partir de esa trascendente decisión comienza el proceso de institucionalización de sus mandatos constitucionales. En 1996 se sanciona la “Constitución de la Ciudad de Buenos Aires”; en el año 2000 la Ciudad y la Nación inician el proceso de traspaso de la justicia ordinaria a la local (Convenio celebrado el 7 de diciembre del año 2000, aprobado por ley nacional 25.752 y por ley 597 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; Convenio 14/2004, aprobado por ley nacional 26.357 y por ley 2257 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; transferencia de delitos complementarios a aquellos transferidos en los dos convenios anteriores especificados en el anexo de la ley nacional 26.702, ratificado por la ley 5935 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; Convenio 3/17, ratificado por la resolución N° 26/17 de la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Este último convenio, pendiente de ratificación por el Congreso Nacional, previó transferir -además de delitos- juzgados, vocalías de Tribunales Orales en lo Criminal y Correccional, vocalías de Tribunales Orales de Menores, defensorías y fiscalías).

13) Que en este nuevo marco constitucional, así como esta Corte sostuvo en “Nisman” que las limitaciones jurisdiccionales a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires son el producto de una situación de hecho transitoria, también se impone que esta Corte se desligue de 25 años de instituciones porteñas inconclusas y, en el ámbito de la competencia originaria, le reconozca a la ciudad el derecho a no ser sometida ante tribunales ajenos a la plena jurisdicción que le garantiza la Constitución Nacional. La Ciudad Autónoma, tal como sucede con las provincias, se ve afectada en su autonomía cuando es forzada a litigar ante tribunales de extraña jurisdicción.

Para no afectar la continuidad de su proceso de institucionalización, la ciudad debe generar un autogobierno entendido como el derecho de sancionar y aplicar sus leyes sin someterse a ninguna otra autoridad, pero también debe contar con la misma posibilidad que tienen las provincias de contar con un tribunal imparcial para dirimir las controversias que pudiera tener con ellas.

14) Que a la luz de las premisas de “Nisman”, tiene sentido entonces despejar desigualdades o asimetrías de la ciudad respecto de las provincias, estados con quién interactúa con el objeto de lograr “hacer un solo país para un solo pueblo” (Fallos: 178:9). Se trata de un presupuesto esencial para la “armonía y respeto recíproco” entre los estados (Fallos: 310:2478), hoy extensivo a un nuevo participante del federalismo argentino cuyas instituciones incompletas no perdurarán en el tiempo.

15) Que en este entendimiento, el carácter estricto con el que esta Corte interpreta el art. 117 de la Constitución Nacional no debe ya postularse como un obstáculo para conceder a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el privilegio federal de litigar en instancia originaria. Por cierto que a lo largo de la historia ha rechazado la inclusión en esa competencia de supuestos distintos a los taxativamente mencionados en el art. 116, los cuales precisa el art. 117 de la Constitución Nacional. Sin embargo, ese rigor no debe llegar al punto de afectar la vigencia de otras normas constitucionales, como sería en este caso el art. 129, en tanto el fallo “Nisman” implica que la ciudad de Buenos Aires tiene aptitud para ejercer plenamente como actor del federalismo argentino.

16) Que, así como corresponde por el presente revisar la doctrina que negó en su momento el acceso a la instancia originaria a la Ciudad de Buenos Aires, vale apuntar que en otros supuestos este Tribunal ya ha abierto su competencia originaria a determinados supuestos no incluidos literalmente en el texto de la Constitución Nacional, en el entendimiento de que al hacerlo mejoraba el funcionamiento del federalismo pues abría un mecanismo de solución de conflictos de las provincias con el estado federal. En efecto, entre los asuntos que tienen como parte a una provincia, el art. 116 no incluye a las causas que se plantean entre una provincia y el Estado nacional. Si predominase el derecho del Estado nacional al fuero federal, el caso debería corresponder a los jueces federales de primera instancia. Pero, si se decidiera de esta manera, las provincias verían comprometido su derecho a no verse sometidas a los tribunales federales (salvo a la jurisdicción de esta Corte Suprema de Justicia de la Nación). El problema ha sido resuelto admitiendo que esta Corte tiene competencia originaria para resolver casos como el mencionado en la convicción de que ello es la única forma de conciliar ambas prerrogativas constitucionales, esto es, el derecho del estado nacional al fuero federal y el de las provincias a no verse sometidas a tribunales federales diferentes a esta Corte (cfr. Fallos: 114:315 y 339; 128:106 y, más recientemente, Fallos: 307:2365; 308:2054; 312:1875; 313:825; 335:1521, entre muchísimos otros) y ello así a pesar de que, como se dijo, el artículo 116 no incluye entre aquellas que tramitarán por la jurisdicción originaria de esta Corte a las causas en las que las provincias y el Estado Nacional son parte.

17) Que lo dicho cuenta con mérito suficiente para reconocer que la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tiene el mismo puesto que las provincias en el sistema normativo que rige la jurisdicción de los tribunales federales y, por lo tanto, el mismo derecho a la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (arts. 116, 117 y 129 de la Constitución Nacional y art. 1º, inc. 1º de la ley 48 y art. 24, inciso 1º del decreto-ley 1285/58, ratificado por ley 14.467).

Por ello, habiendo dictaminado la señora Procuradora Fiscal, se declara que la presente causa corresponde a la competencia originaria de esta Corte, prevista en el artículo 117 de la Constitución Nacional. Notifíquese, hágase saber al juzgado de origen.

CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ (*según su voto*)– ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO (*en disidencia*)– JUAN CARLOS MAQUEDA – RICARDO LUIS LORENZETTI – HORACIO ROSATTI.

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ

Considerando que:

1º) A fojas 5/8 se presenta ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires la apoderada de su Gobierno e inicia juicio ejecutivo contra la Provincia de Córdoba (Ministerio de Salud) para el cobro de \$ 205.535,01, más intereses y costos y costas. Manifiesta que el título ejecutivo consiste en el certificado de deuda n° 730 emitido de acuerdo con la ley local 2808 (artículo 5º) por la Dirección Legal y Técnica del Ministerio de Salud local. La deuda corresponde a servicios médicos prestados en nosocomios del Gobierno de la Ciudad a beneficiarios derivados por la Provincia de Córdoba.

A fs. 16 la jueza del Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires intimó a la Provincia de Córdoba al pago de la suma demandada, más el 30% estimado provisionalmente en concepto de intereses y costas, o a oponer excepciones en el mismo plazo, bajo apercibimiento de llevar adelante la ejecución.

A fs. 26 se presenta el Procurador del Tesoro de la Provincia de Córdoba y opone, en primer término, excepción de incompetencia. Alega que, como estado autónomo la provincia no puede ser sometido a los tribunales locales de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Además, negó la existencia y legitimidad de la deuda reclamada y opuso excepciones de inhabilidad de título y falta de legitimación pasiva.

En cuanto al tribunal competente, sostiene que el caso corresponde o bien a la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación o bien a los jueces locales de la Provincia de Córdoba, pero en ningún caso a la jurisdicción de los tribunales de la Ciudad Autónoma. De todas maneras, expresa que la posición de la provincia es que, sin desconocer la existencia del precedente de Fallos: 330:5279, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires reviste la condición de aforada a la competencia originaria reglada por los artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional, siendo por lo tanto la Corte Suprema el tribunal competente para dilucidar la cuestión debatida en autos.

La parte actora, a fs. 36/38, se opuso a la procedencia de la excepción de incompetencia. Expresó que el objeto del presente proceso es una cuestión de derecho público local que en modo alguno puede válidamente someterse a otra jurisdicción, pues de esa manera se violaría lo dispuesto por el artículo 129 de la Constitución.

A fs. 75, la jueza del Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires declaró su incompetencia para entender en las presentes actuaciones y ordenó su remisión a esta Corte Suprema de Justicia. Como fundamento, entre otras consideraciones, expresó que la tramitación de la presente causa por ante los estrados de este Tribunal es la única manera de armonizar las prerrogativas jurisdiccionales de las que gozan tanto las provincias como la Ciudad de Buenos Aires.

La señora Procuradora Fiscal en su dictamen opina que el proceso resulta ajeno a la competencia originaria de esta Corte, por remisión al precedente de Fallos: 330:5279.

2º) En atención a que cada uno de los estados que son parte actora y demandada han reclamado que el caso corresponde a su propia jurisdicción o, en todo caso, de acuerdo con

el planteo de la Provincia de Córdoba, a la competencia originaria de esta Corte, corresponde examinar el punto con especial consideración.

A tales fines es imprescindible recordar, preliminarmente, el marco constitucional y legislativo que rige la jurisdicción de los tribunales nacionales.

El artículo 116 de la Constitución determina las distintas categorías de causas que debe resolver la Corte Suprema de Justicia y los demás tribunales nacionales de acuerdo con dos criterios: En primer lugar, la materia (o jurisdicción federal *ratione materiae*), según el cual la causa corresponde a la jurisdicción federal si: (a) es regida por la Constitución o por el derecho nacional o (b) trata sobre cuestiones de almirantazgo y jurisdicción marítima. En segundo lugar, las personas (o jurisdicción federal *ratione personae*) que asigna una causa a la jurisdicción federal si: (a) la Nación es parte; (b) son parte embajadores, ministros o cónsules extranjeros; (c) una provincia es parte y litiga contra otra provincia o contra un vecino de otra provincia o contra un Estado extranjero o contra un ciudadano extranjero o (d) un vecino de una provincia es parte y litiga contra un vecino de otra provincia o contra un Estado extranjero o contra un ciudadano extranjero.

El artículo 117 de la Constitución, a su vez, asignó a la competencia apelada de esta Corte todas estas causas, salvo aquellas que tienen por parte a una provincia o a embajadores, ministros o cónsules extranjeros, que reservó a su competencia originaria.

A su vez, el artículo 1° de la ley 48, reglamentaria de la Constitución Nacional, distinguió las causas mencionadas en el artículo 117 de la Constitución Nacional agrupando, por un lado, las causas que se suscitan entre provincias o entre una provincia y un Estado extranjero y, por el otro, todas las demás causas en que una de las partes fuera una provincia y asignó las primeras siempre a la competencia originaria de la Corte Suprema, mientras que las segundas solamente cuando se tratara de *causas civiles*. El artículo 2°, en lo que aquí interesa, asignó a los jueces nacionales de primera instancia todas las causas civiles entre vecinos de diferentes provincias o entre un ciudadano argentino y uno extranjero.

Por último, el decreto-ley 1285/58 (ratificado por ley 14.467), artículo 24, inciso 1°, letra “b” establece que, a los fines de la competencia originaria de la Corte Suprema, serán consideradas “vecinos”, las personas jurídicas de derecho público del país.

3°) Al momento en que se sancionó la reforma constitucional de 1994 el descrito en el considerando precedente era el marco normativo relacionado con la jurisdicción federal. La reforma introdujo una modificación de máxima relevancia institucional pues le reconoció a la ciudad de Buenos Aires un nuevo estatus constitucional, de acuerdo con los términos utilizados en el artículo 2°, inciso F “d” de la ley 24.309, que declaró la necesidad de reformar la Constitución. Este propósito se plasmó en el artículo 129 de la Constitución reformada, cuyo texto es el siguiente:

“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.

“En el marco de lo dispuesto en este artículo, el Congreso de la Nación convocará a los habitantes de la ciudad de Buenos Aires para que, mediante los representantes que elijan a ese efecto, dicten el estatuto organizativo de sus instituciones” (el subrayado es añadido).

A partir de 1994, entonces, al ser dotada por la Constitución Nacional de autonomía política, la Ciudad de Buenos Aires se convirtió en un sujeto activo del federalismo argentino y, como tal, no puede en modo alguno ser considerada como una entidad política subordinada ni al Estado Nacional ni a ninguna de las provincias.

En Fallos: 323:3991 esta Corte negó que la ciudad de Buenos Aires formase parte del Estado Nacional y que en esa condición pudiera reclamar el derecho a la jurisdicción federal que el artículo 116 confiere al Estado Nacional abandonando así el criterio anterior sentado en Fallos: 314:240. Según sostuvo el Tribunal “después de la reforma efectuada a la Constitución Nacional en el año 1994, no puede afirmarse que la ciudad de Buenos Aires integre el Estado Nacional en los términos y con los alcances con que se lo hizo en el precedente de Fallos: 314:240”.

Por lo tanto, descartada la pertenencia de la Ciudad de Buenos Aires al Estado Nacional con base en el nuevo estatus conferido por el artículo 129 de la Constitución, ha resurgido la necesidad de determinar si, en lo concerniente a la jurisdicción federal *ratione personae*, corresponde [i] mantener el criterio según el cual la Ciudad Autónoma es equiparada a un vecino de provincia (cfr. Fallos: 330:5279); o [ii] si, a este fin, debe recibir el mismo trato que una provincia. Estas son las únicas dos posibilidades que merecen ser consideradas, puesto que la Ciudad de Buenos Aires no puede emparentarse en modo alguno con las otras categorías de sujetos mencionadas por los artículos 116 y 117 de la Constitución (embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros, estado extranjero y ciudadano extranjero).

4º) Uno de los razonamientos para dar solución a la cuestión precedente es la de inclinarse por equiparar la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a un vecino de provincia y, por lo tanto, negarle el derecho propio a la competencia originaria de la Corte Suprema. El principal fundamento que puede invocarse en favor de esta postura es que no puede afirmarse que la Ciudad de Buenos Aires sea una provincia en sentido propio. De todos modos, más allá de su atractivo inicial, este razonamiento debe descartarse por las razones que se exponen a continuación.

Aun cuando no cabe a esta Corte hacer afirmaciones definitivas acerca de la interpretación de normas jurídicas que no están controvertidas en la causa, sí puede señalarse como observación general que el vocablo “provincia” (o “provincias”) es utilizado en algunas cláusulas de la Constitución en el entendimiento de que lo prescripto en relación con ellas resulta de aplicación también a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Así, por ejemplo, el artículo 5º de la Constitución. Este artículo impone a las provincias ciertos derechos y deberes, tales como el de organizarse bajo el sistema representativo y republicano. Ahora bien, no obstante que solo se refiere a las provincias el artículo 5º de la Constitución fue aplicado en Fallos: 328:1825, voto de los jueces Highton de Nolasco, Lorenzetti y Argibay, también a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Otro ejemplo de que la Ciudad de Buenos Aires está regulada por cláusulas constitucionales que solo se refieren a las provincias está dado por el conjunto de normas que

organizan el sistema económico de la federación, más precisamente, los artículos 7 a 12 de la Constitución. Estas disposiciones introducen una serie de obligaciones y prohibiciones a cada una de las provincias, tales como el deber de otorgar reconocimiento a los actos públicos y procedimientos judiciales de otra provincia (art. 7°), la prohibición de establecer aduanas interiores o cualquier derecho de circulación sobre el tránsito sobre efectos de producción nacional o de mercancías despachadas por las aduanas exteriores (arts. 9° y 10), la prohibición de establecer derechos de tránsito de artículos que pasen por el territorio de una provincia a otra (art. 11) y la prohibición de establecer restricciones de diverso tipo a la libre navegación (art. 12).

Esta Corte consideró que los artículos de la Constitución mencionados precedentemente eran también aplicables a la Ciudad de Buenos Aires, inclusive durante los tiempos anteriores a la reforma constitucional de 1994, cuando la Ciudad de Buenos Aires se encontraba organizada bajo un régimen que presentaba diferencias más profundas con el de una provincia. En Fallos: 305:1672 y más tarde en Fallos: 315:660 se admitió que, sin perjuicio de la diferente naturaleza que define a las provincias y a la Capital Federal cabe reconocer a ambas las mismas atribuciones para establecer tributos sobre su riqueza con las mismas limitaciones que la Constitución, particularmente en el artículo 126 (anteriormente, artículo 108) a pesar de que el artículo 126 textualmente solo se refiere a las provincias. De acuerdo con estos precedentes se admite que la Ciudad de Buenos Aires, que en la época ni siquiera se encontraba organizada bajo un régimen de gobierno autónomo, se hallaba alcanzada por normas de la Constitución cuya formulación literal no se refiere a ella sino a las provincias. Los precedentes mencionados son de importancia para decidir esta causa pues muestran que aun cuando se asuma que existe una diferencia esencial entre las provincias y la Ciudad de Buenos Aires dicha diferencia no necesariamente implica que la Ciudad de Buenos Aires no se encuentra alcanzada por las cláusulas constitucionales que regulan los poderes y responsabilidades previstos en la Constitución para las provincias.

Otros casos se han resuelto asumiendo que allí donde el texto constitucional solamente alude a “provincias” también regula a la Ciudad de Buenos Aires. En este sentido, al decidir el caso de Fallos: 338:1455 este Tribunal se fundó en el artículo 7° de la Constitución para admitir el derecho de los escribanos de la Ciudad de Buenos Aires a ver reconocidos sus actos notariales en la Provincia de Buenos Aires sin que los interesados deban pagar una alícuota más alta en concepto de impuesto de sellos. El artículo 7° de la Constitución no se refiere explícitamente a los actos públicos y procedimientos judiciales de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sino a los que se dictan en cada provincia. No obstante ello, esta Corte consideró que la citada cláusula constitucional era igualmente aplicable a la Ciudad de Buenos Aires.

En Fallos: 333:538, el Tribunal hizo directa referencia al artículo 75, inciso 13 de la Constitución para reconocer en el gobierno nacional el poder de reglamentar el transporte entre la Ciudad de Buenos Aires y la Provincia de Buenos Aires. Sobre esa base, concluyó que el intento de la Provincia de Buenos Aires de establecer un impuesto sobre tarifas fijadas por la autoridad nacional configuraba una intromisión en el ejercicio de facultades exclusivas del Congreso (vid. especialmente considerandos 19 a 27). Ello fue así, no obstante que el artículo 75, inciso 13 de la Constitución solo se refiere al comercio de las provincias entre sí, sin mencionar en su texto a la Ciudad de Buenos Aires. La decisión de esta Corte presupuso que la Ciudad de Buenos Aires estaba también regulada por dicho artículo.

Estos y otros ejemplos revelan que la Constitución contiene normas que incluyen tanto a las provincias como a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, pese a que los textos correspondientes solo hacen mención de las primeras. Por otro lado, de ningún modo surge que la aplicación de las cláusulas constitucionales mencionadas a la Ciudad Autónoma, requiera en modo alguno una equiparación absoluta de la Ciudad Autónoma con las provincias. Así, por más que sea acertada la proposición según la cual no corresponde equiparar la Ciudad Autónoma a una provincia, de ella no se sigue que la Ciudad Autónoma no se encuentre regulada por *algunas* de las disposiciones de la Constitución que se refieren a las provincias. Será necesario considerar, entonces, si el artículo 117 de la Constitución es una de estas cláusulas.

5°) Para negar a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el carácter de aforada a la jurisdicción originaria de esta Corte podría también sostenerse que la equiparación de la Ciudad de Buenos Aires a un vecino no afecta ninguna de las atribuciones que le son garantizadas en el artículo 129 de la Constitución como elementos centrales de su autonomía política. Por lo tanto, no debería hacerse excepción al criterio restrictivo con el que esta Corte históricamente ha interpretado el artículo 117 de la Constitución.

Tal ha sido el razonamiento seguido por esta Corte en “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Tierra del Fuego, Provincia de” (Fallos: 330:5279), decisión en la que se negó a la Ciudad Autónoma el derecho que tienen las provincias a la competencia originaria de la Corte Suprema. En las palabras del fallo, se dijo que debía adoptarse el criterio de los precedentes que habían “negado a la Ciudad Autónoma la condición de aforada a la competencia originaria reglada por los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional, por lo que los procesos en que sean parte una provincia y dicha ciudad no corresponden por la única condición de las personas al conocimiento del Tribunal” (vid. considerando 6°). Por oposición al razonamiento seguido en el dictamen de la Procuración General, que postuló el carácter de aforada de la Ciudad de Buenos Aires, esta Corte negó que el régimen de gobierno autónomo con facultades propias de jurisdicción garantizado por el artículo 129 de la Constitución sea un impedimento para que la Ciudad de Buenos Aires se someta a la jurisdicción de los tribunales provinciales (considerando 7°, primer párrafo).

Este pronunciamiento del Tribunal contó con la disidencia de la jueza Argibay, a la que adhirió el juez Zaffaroni, en la cual se defendió la idea contraria. Allí se sostuvo que admitir la posibilidad de que un estado autónomo se vea sometido a los tribunales de otro sí afecta su autonomía política. Entre otras consideraciones, se dijo que “no hay ninguna de sus cláusulas [de la Constitución Nacional] que introduzca, explícita o implícitamente, este tipo de limitación a la autonomía institucional de la Ciudad”. Se agregó que “interpretar que la ausencia de previsión constitucional específica obliga a ese Estado a resignar sus facultades propias de jurisdicción en favor de los tribunales de cualquier otra provincia con la que mantenga un litigio judicial, anula uno de los aspectos centrales de la autonomía política que tienen todos los estados que forman parte de la federación, a saber: la de no estar obligado a someterse al poder de otros estados miembros” (cfr. considerando 4°).

6°) De manera constante, esta Corte ha intentado armonizar el régimen de la jurisdicción federal con las jurisdicciones locales fijando cómo ha de funcionar la primera para no avasallar las segundas. En este sentido, el respeto a las autonomías provinciales, ha dicho esta Corte con firmeza, requiere que se reserve a sus jueces el conocimiento y

decisión de las causas que, en lo sustancial, versan sobre aspectos propios del derecho provincial (Fallos: 255:256; 259:343; 258:116; 264:72; 283:429; 292:625; 291:232; 308:2564; 310:2841; 311:489; 313:548, entre muchos otros; más recientemente, Fallos: 330:4055, 330:4234, 340:1078, entre muchos otros), prerrogativa que ha sido calificada por esta Corte como un específico privilegio federal (Fallos: 310:295). Ello no implica desconocer la supremacía de la Constitución, las leyes nacionales y los tratados, que se hace efectiva por medio del recurso extraordinario creado por el artículo 14 de la ley 48 (cfr. Fallos: 180:87; 291:232; 316:1740, entre muchos otros). La regla que exige reservar a los jueces de provincia el conocimiento y decisión de las causas que versan sobre aspectos propios del derecho provincial solo admite excepción cuando se trata de una controversia con otra provincia, en cuyo caso corresponde siempre la competencia originaria de la Corte. Ello es así, pues como ha dicho esta Corte, no es concebible que alguna de las provincias en litigio pueda erigirse en juez de su propia causa (Fallos: 323:1877). Por otro lado, para hacer posible el pleno ejercicio de las facultades locales de legislación y jurisdicción en materia de derecho administrativo, es que la competencia originaria de esta Corte, en supuestos de distinta vecindad y extranjería, debe limitarse a las *causas civiles*, es decir, aquellas regidas solamente por el derecho privado o común (cfr. Fallos: 7:373; 146:393; 178:49, entre otros y, más recientemente 310:1074. El alcance del concepto de causa civil fue limitado en mayor medida en favor del derecho provincial a partir de la decisión de Fallos: 329:759, cuyos considerandos 13 a 16 son particularmente relevantes).

7°) De la doctrina que sintéticamente se acaba de recordar nacen dos observaciones decisivas para revisar el criterio seguido en Fallos: 330:5279. En primer lugar, se trata de la relación entre jurisdicción local y autonomía. La regla que vincula ambos conceptos es que la decisión de aquellas causas regidas por las leyes de una provincia es competencia de los jueces de la misma provincia, de modo que se vulnerarían las prerrogativas propias del gobierno autónomo si se obliga a dicha provincia a litigar estos casos en extraña jurisdicción. Así, el criterio seguido en Fallos: 330:5279 supone correctamente que una provincia vería afectada su autonomía si fuera llevada a los tribunales de la Ciudad de Buenos Aires, pero, también se asume, incorrectamente, que esta última no sufre restricción a su autonomía de gobierno si es obligada a litigar ante los tribunales de otra provincia. Se trata de un doble estándar que afecta la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires y que una recta interpretación del artículo 117 de la Constitución en modo alguno obliga a utilizar.

La otra observación se relaciona con el efecto que naturalmente debería seguirse de restringir la jurisdicción federal por distinta vecindad a las causas civiles (artículo 1°, inc. 1° de la ley 48). Se ha recordado antes que esa restricción busca asegurar que las causas regidas por las leyes provinciales sean resueltas por los jueces de la misma provincia (Fallos: 7:373 y los demás ya citados). Sin embargo, en Fallos: 330:5279 se hizo el razonamiento diametralmente opuesto: se declaró, por un lado, que la causa versaba sobre el derecho público de la Ciudad Autónoma (considerando 9°) pero —y a pesar de ello— que dicha causa no podía tramitar por ante sus propios tribunales sino que debía hacerlo en los de la Provincia de Tierra del Fuego (considerando 8°). Es decir que se usó el requisito de *causa civil* no para limitar la competencia originaria y permitir a la Ciudad de Buenos Aires litigar ante sus jueces sino para sujetar a la Ciudad de Buenos Aires a una jurisdicción más extraña todavía, a saber, la de los tribunales de la provincia demandada.

8º) Las señaladas consecuencias de la decisión adoptada en el caso “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Tierra del Fuego, Provincia de” y su impacto en el funcionamiento del régimen federal establecido por la Constitución tienen su origen en la calificación de las causas en que es parte la Ciudad Autónoma de Buenos Aires como causas en las cuales es parte un *vecino* de provincia, en los términos del art. 24, inc. 1º, apartado b, del decreto-ley 1285/58 (cfr. considerando 8º).

La caracterización de la Ciudad de Buenos Aires a los efectos de la jurisdicción originaria como un “vecino” de provincia resulta completamente inapta para preservar las facultades propias de legislación y jurisdicción de la Ciudad Autónoma, incorporadas a la Constitución en 1994. No hay ningún sujeto que pueda ser clasificado como “vecino” y que, al mismo tiempo, tenga garantizados por la Constitución, tal como los tiene la Ciudad Autónoma, poderes propios de un gobierno que es autónomo, es decir, que no está subordinado a la Nación y tampoco a una provincia.

Esta particularidad que proviene del artículo 129 de la Constitución —la de no estar sometida ni a la Nación ni a una provincia—, determina que la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ya no puede ser considerada como una de las “personas de derecho público del país” que el artículo 24 del decreto-ley 1285/58 incluye en la categoría de “vecino” y que, por consiguiente, carece del aforo para litigar en jurisdicción originaria por ante esta Corte Suprema. Por el contrario, ha de ser tratada como un *estado*, en el mismo sentido en que las provincias son estados.

9º) La calificación de la Ciudad Autónoma como un estado que merece el mismo trato que una provincia a los fines de la jurisdicción federal es un juicio congruente no solamente con la reforma constitucional de 1994 sino con uno de los antecedentes legislativos más relevantes para esta cuestión: la sanción de la ley 1467 y el debate legislativo que tuvo lugar en el Congreso.

Es oportuno mencionar, brevemente, el contexto en que operó la sanción de la ley 1467. Ante el hecho de que la Ciudad de Buenos Aires había dejado de formar parte de la Provincia de Buenos Aires, los primeros fallos del juez federal de la Capital posteriores a la federalización de la ciudad de Buenos Aires, declararon su incompetencia para entender en las causas entre vecinos de la Capital y vecinos de provincia, remitiendo el caso al fuero común creado por la ley 1114. Este criterio fue avalado por esta Corte (cfr. la sentencia del juez federal de la Capital Virgilio Tedín del año 1882 y el dictamen del Procurador General Eduardo Costa, a los que remitió la Corte, publicados en Fallos: 24:282).

En respuesta a la decisión de esta Corte, el Congreso de la Nación sancionó en el año 1884 la ley 1467. La descripción de los problemas prácticos y la desigualdad que generaba para los habitantes de la Ciudad de Buenos Aires la exclusión de la jurisdicción federal por distinta vecindad fue expuesta en detalle por el diputado Ortiz, miembro informante de la Comisión de Legislación de la Cámara de Diputados de la Nación (Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados. Año 1884. Tomo Primero, p. 550 y siguientes). Su único artículo dispositivo dice:

“El fuero federal comprende a los vecinos de la Capital de la República, en los casos determinados por el inciso 1º del art. 1º y el inciso 2º del art. 2º de la ley de 14 de setiembre de 1863, sobre jurisdicción y competencia de los Tribunales Nacionales”.

Así fue que, a los fines de la jurisdicción federal, los habitantes de la Capital fueron equiparados a los vecinos de provincia, pero la Capital no fue equiparada a una provincia.

La situación encontraba explicación en el debate sobre la naturaleza misma de la Capital. No estaba claro si participaba del derecho que tenía la Nación al fuero federal por el artículo 100 de la Constitución (actual 116), o si era una entidad completamente diferenciada a esos efectos (cfr. la intervención del diputado Onésimo Leguizamón, Diario de Sesiones cit., p. 620).

Si la Capital de la Nación era propiamente un estado fue un punto intensamente debatido en aquellas sesiones de la Cámara de Diputados que tuvieron lugar en 1884, es decir, mucho antes de que en 1994 la Constitución dispusiese que la Ciudad contaba con un régimen de gobierno autónomo con facultades propias de legislación y jurisdicción. Quienes defendían el proyecto afirmaban que la Capital estaba comprendida en los artículos 100 y 101 (actuales 116 y 117) de la Constitución, puesto que era propiamente un *estado* (cfr. Diario de Sesiones cit., intervenciones del diputado Ortiz, informante del proyecto, en pp. 552-553, 576). El fundamento central de esta opinión radicaba en que la Capital tenía representación en ambas cámaras del Congreso y participaba en la elección del Presidente (diputado Ortiz, p. 553, diputado Calvo, p. 603). Por el contrario, los diputados que se oponían a la sanción de la ley reconocían este punto pero echaban en falta “el gobierno propio, su legislación peculiar, dentro de las prescripciones constitucionales, sus poderes ejecutivo y legislativo” (diputado Zevallos, loc. cit. p. 600).

Aun cuando en 1884 algunos legisladores pudieron tener motivos para dudar razonablemente sobre la caracterización adecuada de la Capital de la República, en la situación posterior a la reforma constitucional de 1994 y ya instituido el régimen de gobierno autónomo, aquellos motivos han dejado de existir. La Ciudad Autónoma tiene atributos de un estado miembro de la federación que no son captados por el concepto de “vecino” ni, consecuentemente, por las reglas que rigen el acceso de los vecinos de la jurisdicción federal.

10) Todo lo dicho hasta aquí muestra que es constitucionalmente inadmisibles equiparar la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a un vecino de provincia y, por consiguiente, no queda otra posibilidad que la de reconocerle el mismo lugar que los artículos 116 y 117 de la Constitución prevén para las provincias.

No es un obstáculo insalvable a tal fin el criterio interpretativo usual sobre la jurisdicción originaria y su carácter restrictivo. Si bien resulta en general acertado, no puede soslayarse el hecho de que ha sido concebido por esta Corte en un tiempo anterior a 1994 cuando la única autonomía de gobierno que debía resguardarse era la reservada por las provincias en el artículo 121 de la Constitución.

Al respecto, debe decirse que, si bien normalmente el Tribunal rechaza la posibilidad de incluir en su competencia originaria supuestos distintos de los taxativamente mencionados en el artículo 116 de la Constitución, ello no constituye una regla férrea, pues ha procurado asimismo que ese rigor no llegase al extremo de afectar la vigencia de otras normas constitucionales. Un ejemplo de esto último ha sido la admisión en la competencia originaria por razón de las personas de los pleitos entre una provincia y el Estado nacional. Entre los asuntos que tienen como parte a una provincia, el artículo 116 de la Constitución no incluye este tipo de causas. Por lo tanto, si predominase el derecho del Estado Nacional

al fuero federal, el caso debería corresponder a los jueces federales de primera instancia. Pero, si se decidiera de esta manera, las provincias verían comprometido su derecho a no verse sometidas a los tribunales federales con la única excepción de la Corte Suprema de Justicia. El problema ha sido resuelto por esta Corte admitiendo el caso en la competencia originaria como única forma de conciliar ambas prerrogativas constitucionales (cfr. Fallos: 114:315 y 339; 128:106 y, más recientemente, 307:2365; 308:2054; 312:1875; 313:825; 335:1521, entre muchísimos otros).

11) Lo dicho hasta aquí cuenta con mérito suficiente para reconocer que la Ciudad Autónoma, desde la reforma constitucional de 1994, tiene el mismo lugar que las provincias en el sistema normativo que rige la jurisdicción de los tribunales federales y, por lo tanto, el mismo derecho a la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (arts. 116, 117 y 129 de la Constitución y art. 1º, inc. 1º de la ley 48 y artículo 24, inciso 1 del decreto-ley 1285/58, ratificado por ley 14.467).

Por ello, habiendo dictaminado la señora Procuradora Fiscal, se declara que la presente causa corresponde a la competencia originaria de esta Corte, prevista en el artículo 117 de la Constitución Nacional. Notifíquese, hágase saber al juzgado de origen.

CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ.

DISIDENCIA DE LA SEÑORA VICEPRESIDENTA DOCTORA DOÑA ELENA I. HIGHTON
DE NOLASCO

Considerando:

1º) Que a fojas 5/8 se presenta ante el Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires n° 24 la apoderada del Gobierno de dicha ciudad e inicia un juicio ejecutivo contra la Provincia de Córdoba (Ministerio de Salud) para el cobro de \$ 205.535,01 más intereses, costos y costas. Manifiesta que el título que pretende ejecutar consiste en el certificado de deuda n° 730 emitido de acuerdo a la ley local 2808 (art. 5º) por la Dirección Legal y Técnica del Ministerio de Salud de la ciudad. La deuda documentada en el certificado mencionado se originó por la prestación de servicios médicos en nosocomios del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires a beneficiarios derivados por la Provincia de Córdoba.

A fs. 16 el juez interviniente intima a la Provincia de Córdoba al pago de la suma demandada, más el 30% estimado provisionalmente en concepto de intereses y costas, o a oponer excepciones en el mismo plazo, bajo apercibimiento de llevar adelante la ejecución.

A fs. 26 se presenta el Procurador del Tesoro de la provincia demandada y opone excepción de incompetencia. Alega que, como estado autónomo, la provincia no puede ser sometida a los tribunales locales de la Ciudad de Buenos Aires. Además, niega la existencia y legitimidad de la deuda reclamada y opone las excepciones de inhabilidad de título y falta de legitimación pasiva.

En cuanto al tribunal competente, sostiene que el caso corresponde o bien a la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, o bien a los jueces locales de la Provincia de Córdoba, pero en ningún caso a la jurisdicción de los tribunales de la Ciu-

dad de Buenos Aires. De todas maneras, expresa que la posición de la provincia demandada es que, sin desconocer la existencia del precedente “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Tierra del Fuego, Provincia de” (Fallos: 330:5279), la Ciudad de Buenos Aires reviste la condición de aforada a la competencia originaria reglada por los artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional.

La actora, a fs. 36/38 vta., se opone a la procedencia de la excepción de incompetencia. Expresa que el objeto del presente proceso es una cuestión de derecho público local que en modo alguno puede válidamente someterse a otra jurisdicción que no sea la de la Ciudad de Buenos Aires, pues de aceptarse el planteo de la Provincia de Córdoba se violaría lo dispuesto por el artículo 129 de la Constitución Nacional.

A fs. 75/76 vta., la jueza del Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires n° 24 declara su incompetencia para entender en las presentes actuaciones y ordena su remisión a esta Corte Suprema de Justicia. Como fundamento de su decisión, entre otras circunstancias, expresa que el tratamiento por este Tribunal de la presente causa es la única manera de armonizar las prerrogativas jurisdiccionales de las que gozan tanto las provincias como la Ciudad de Buenos Aires.

2°) Que en atención a los términos en que la jueza de la Ciudad de Buenos Aires remitió el expediente y a que la provincia demandada ha reclamado que la causa litigue en sus propios tribunales o, en todo caso, se radique en la jurisdicción originaria de esta Corte, se debe resolver si la presente causa corresponde a la competencia que surge de los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional.

A tal fin, es menester señalar que la norma en la cual se apoya la pretensión del Gobierno de la Ciudad es de su derecho administrativo local. En consecuencia, en razón de no tratarse de un “asunto civil”, se debe decidir si la causa debe ser tratada de manera análoga a los pleitos entre provincias, o a los pleitos en que es parte una provincia y un vecino de otra. Si se concluye que se está en presencia del primer supuesto el caso será de la competencia originaria de esta Corte (art. 24.1, primera parte, del decreto-ley 1285/58, ratificado por la ley 14.467); si, por el contrario, se entiende que es un caso análogo al de los litigios suscitados entre una provincia y un vecino de otra, tendrán que entender los tribunales locales de la provincia demandada.

3°) Que esta cuestión ya ha sido decidida hace tiempo por este Tribunal en la causa “Cincunegui” (Fallos: 322:2856), pronunciamiento que, como se explicará más adelante en el considerando 8°, se encuentra consolidado al haber sido reiterado en innumerables oportunidades.

Allí se estableció claramente que la Ciudad de Buenos Aires no resulta aforada a la competencia originaria contemplada en los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional.

4°) Que el referido pronunciamiento “Cincunegui” forma parte de un conjunto de decisiones que este Tribunal dictó con el fin de esclarecer el marco normativo creado por la reforma de 1994 respecto de la Ciudad de Buenos Aires y, con ello, definir el estatus de ese nuevo sujeto constitucional dentro de nuestro esquema federal.

Desde el dictado del precedente “Gauna” en el año 1997 (Fallos: 320:875), esta Corte manifestó que el constituyente otorgó a la Ciudad de Buenos Aires “un perfil distintivo y diferenciado de la Capital Federal, de las provincias y de los municipios” y estableció que

tiene un estatus constitucional especial siguiendo, de este modo, la descripción que, al respecto, surge de la ley 24.309 declarativa de la necesidad de reforma de la Constitución (art. 2º, inciso d, Núcleo de Coincidencias Básicas, Punto F, b).

Este criterio fue reafirmado, por ejemplo, en los precedentes “Rodríguez, Héctor y otros”, al referirse al diverso “status jurídico” que la Constitución Nacional le reconoce a los estados provinciales y al “régimen de gobierno autónomo” de la Ciudad (Fallos: 323:3991); “Alicia Oliveira – Defensora del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires”, cuando expresa, al remitir al dictamen, que “en el caso la Ciudad de Buenos Aires, que aunque no reviste dicho carácter [el de las provincias], tiene un status constitucional especial”, (Fallos: 326:3669); “Rizzo, Jorge Gabriel y otros”, al consagrar, por remisión al dictamen, que la Ciudad “no es una provincia argentina según lo dispuesto por el art. 129 y la Cláusula Transitoria Séptima de la Constitución Nacional”, (Fallos: 329:1385); “Gallardo, Roberto Andrés – titular Juzgado n° 2 en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, cuando diferencia a la Ciudad de las provincias y la caracteriza con un “status constitucional especial”, (Fallos: 330:1587, entre muchos otros).

5º) Que la conclusión expuesta en relación al estatus de la Ciudad de Buenos Aires encuentra apoyo en el propio texto de la Ley Fundamental que a lo largo de varias de sus disposiciones la distingue de las provincias, tratando a ambos sujetos jurídicos en una cantidad importante de oportunidades de manera desigual.

Así, por un lado el constituyente menciona a la Ciudad a la par de las provincias en los artículos que regulan la intervención federal (arts. 75, inc. 31 y 99, inc. 20), la distribución en materia de coparticipación impositiva (art. 75, inc. 2º, tercer párrafo), la representación parlamentaria (arts. 44, 45 y 54) y su inclusión en la “cláusula del progreso” (art. 125, segundo párrafo).

Sin embargo, por el otro lado, en ningún lugar de la Constitución se menciona a la Ciudad como provincia; el art. 129 se refiere a su norma fundamental como “Estatuto Organizativo” y no como “Constitución” y al titular del Poder Ejecutivo lo llama “Jefe de Gobierno” y no “Gobernador”.

Al significado y a la connotación de estas diferencias terminológicas se suma el hecho de que el texto constitucional omite a la Ciudad en un número importante de artículos referidos a las provincias.

El art. 75, inc. 2º excluye a la Ciudad de Buenos Aires de la posibilidad de imponer contribuciones indirectas, por cuanto describe a esta facultad del Congreso como de ejercicio concurrente con las provincias (primer párrafo). En dicha disposición se agrega que la ley convenio no podrá ser modificada unilateralmente ni reglamentada y será aprobada solo por las provincias (cuarto párrafo).

El art. 121 al referirse al poder de las provincias no delegado al Gobierno Federal marca una diferencia fundamental con la Ciudad en el deslinde de competencias. Mientras que las provincias conservan todo el poder no delegado a la Nación, el art. 2º de la ley 24.588 (dictada por mandato de la Constitución para garantizar los intereses del Estado Nacional mientras que la Ciudad sea la Capital de la Nación) invirtió este principio al afirmar que el gobierno nacional conserva todo el poder no delegado a la Ciudad por la Constitución y por la ley misma.

También se omite a la Ciudad en el art. 124, que reconoce el dominio originario de las provincias sobre los recursos naturales en su territorio; en el art. 125, que contempla la posibilidad solo de las provincias de celebrar tratados parciales para fines de administración de justicia, de intereses económicos y trabajos de utilidad común (primer párrafo); en el art. 128, que consagra a los gobernadores de provincia como agentes naturales del Gobierno Federal para hacer cumplir la Constitución.

De estas menciones y omisiones no puede sino concluirse que el constituyente marcó una diferenciación entre el estatus jurídico de las provincias y el de la Ciudad de Buenos Aires. Esta diferenciación refleja sus disímiles antecedentes históricos y características geográficas e implica como derivación lógica que la autonomía de las primeras no pueda equipararse a la de esta última.

6°) Que para concluir en este sentido, resulta clave, además de las diferencias que surgen de las disposiciones referidas, la definición acerca del contenido del art. 129 de la Constitución Nacional, la cual debe ser fruto de una lectura integral que armonice el alcance de sus términos con el de las demás cláusulas constitucionales con las que guarda relación.

El art. 129 de la Ley Fundamental, incorporado por la reforma de 1994, establece que: “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.

En el marco de lo dispuesto en este artículo, el Congreso de la Nación convocará a los habitantes de la ciudad de Buenos Aires para que, mediante los representantes que elijan a ese efecto, dicten el Estatuto Organizativo de sus instituciones”.

Bajo estas directrices, en el año 1994 la Constitución Nacional otorga, pues, a la Ciudad de Buenos Aires “un régimen de gobierno autónomo con facultades propias de legislación y jurisdicción”. Se hace de esta forma mención expresa de la noción de autonomía, vocablo que hasta ese momento se encontraba ausente del texto de la Ley Fundamental y cuyo concepto solo se predicaba respecto de las provincias.

En efecto, a partir de dicha reforma, la Constitución Nacional califica como autónomas a distintas entidades, con un significado y alcance evidentemente dispar. Así, además del citado art. 129, el art. 123 dispone que: “Cada provincia dicta su propia constitución, conforme a lo dispuesto por el artículo 5° asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero”. Por su parte, el art. 75, inc. 19 en su penúltimo párrafo encarga al Congreso sancionar leyes que garanticen “la autonomía y autarquía de las universidades nacionales”; y los arts. 85 y 86 incorporan a la Auditoría General de la Nación y al Defensor del Pueblo de la Nación –respectivamente– al diseño institucional previsto en la Constitución dotando a ambos organismos de “autonomía funcional”.

De ello se sigue que los constituyentes no utilizaron el término *autonomía* como un concepto unívoco, que tuviera en todos los supuestos el mismo significado y extensión; sino que, por el contrario, en nuestro ordenamiento constitucional la noción de autonomía, su contenido y alcance, difieren en cada caso, según cuál sea el ente del que se

predique el carácter de autónomo: las provincias, la Ciudad de Buenos Aires, los municipios, las universidades nacionales, la Auditoría General de la Nación o el Defensor del Pueblo de la Nación.

Vale recordar que la palabra autonomía tiene su raíz etimológica en el griego como “cualidad de darse la propia ley” y que, en su primera acepción, la Real Academia Española la define como “Potestad que dentro de un Estado tienen municipios, provincias, regiones u otras entidades, para regirse mediante normas y órganos de gobierno propios”. Este concepto, de prevalente carácter político, admite matices y ciertos condicionamientos, su contenido concreto, su alcance e implicancias no son uniformes.

Asimismo, el propio texto del citado art. 129 establece una fuerte limitación a la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires, al encomendar al Congreso garantizar por ley los intereses del Estado Nacional, mientras la capital de la Nación mantenga allí su asiento.

7º) Que de lo expuesto se desprende que los constituyentes no concibieron a la Ciudad como una provincia ni a su autonomía con el mismo alcance que la de aquellas, conclusión que se ve ratificada por las exposiciones que tuvieron lugar en las sesiones de la Convención Nacional Constituyente de 1994. Allí se expresaron interpretaciones concordantes acerca de la limitación de la autonomía porteña por parte de representantes de diferentes sectores políticos.

En este sentido, el convencional García Lema, miembro informante del dictamen de mayoría, expresó: “Al proponer el dictamen de la mayoría una redacción para el artículo 110 bis, en el que se prescribe que la Ciudad de Buenos Aires tendrá un régimen de gobierno autónomo con facultades propias de legislación y jurisdicción, ha concretado la previsión de la ley declarativa en el sentido de que la mencionada ciudad debía ser dotada de un status constitucional especial. Ese status especial significa que la Ciudad de Buenos Aires no quedará regida por una constitución local, como lo establece para las provincias el art. 5º de la Constitución Nacional, sino por un estatuto organizativo de sus instituciones. La elección de los términos marca las diferencias” (Diario de sesiones de la Convención Nacional Constituyente, 18º reunión, 27 de julio de 1994, pág. 2221, el subrayado no pertenece al original).

Por su parte, el convencional Bravo dijo que a la Ciudad de Buenos Aires “no le hemos dado siquiera una carta autonómica, sino apenas un estatuto organizativo” (pág. 2283). Así también, Márquez señaló que “[s]e han escuchado en la Comisión diferentes alternativas de solución para la Ciudad de Buenos Aires. Hubo quienes propusieron no cambiar nada o conceder solamente la elección directa del intendente, hasta quienes sugirieron que el status futuro de la ciudad fuera el equivalente a una provincia, incluso con un régimen municipal interno similar al que tienen los diversos estados provinciales. Entre estos dos extremos, entre quienes no proponen ninguna modificación y quienes están sugiriendo una modificación extrema de convertir a la Ciudad de Buenos Aires en una nueva provincia, el dictamen en discusión brinda un equilibrio” (página 2523, el subrayado no pertenece al original).

De ello se sigue que una interpretación que equipare sin más el “régimen de Gobierno autónomo con facultades propias de legislación y jurisdicción” que, en los términos del art. 129 de la Constitución Nacional, los constituyentes establecieron para la Ciudad

de Buenos Aires a la autonomía propia de las provincias, implicaría desconocer la voluntad del constituyente, excediendo la letra de la norma y poniéndola en franca discordancia con las demás cláusulas constitucionales referentes a los poderes provinciales y de la Ciudad de Buenos Aires.

8°) Que en este marco y en un todo coherente con los lineamientos que se venían desarrollando a lo largo de su jurisprudencia, esta Corte dictó el 18 de noviembre de 1999 el referido precedente “Cincunegui”. Esta fue la primera oportunidad luego de la reforma constitucional de 1994 en que, en el contexto de un planteo realizado en su competencia originaria, se refirió al estatus de la Ciudad de Buenos Aires con el objeto de esclarecer si era aforada a la competencia que reglan los artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional.

En dicho precedente se afirmó, como ya se expresó, que aquella entidad no es una provincia argentina y que, por ende, no le corresponde, conforme a los citados arts. 116 y 117, la instancia originaria de la Corte (conf. art. 129 y cláusula transitoria 7° de la Ley Fundamental).

Este criterio fue reiterado en gran cantidad de pronunciamientos en los que se rechazó la posibilidad de que la Ciudad litigue en la competencia originaria de este Tribunal.

Así, a título de ejemplo, se pueden citar las causas “Mendoza”, (Fallos: 329:2316); CSJ 827/2007 (43-A)/CS1 “Asociación Civil para la Defensa Ciudadana c/ Estado Nacional y otro (Ciudad Autónoma de Buenos Aires) s/ acción de amparo”, sentencia del 27 de noviembre de 2007; CSJ 1387/2012 (48-C)/CS1 “Colace, Catalina Noemí c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otro s/ daños y perjuicios”, sentencia del 14 de mayo de 2013; CSJ 885/2013 (49-G)/CS1 “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Instituto Obra Social del Ejército s/ cobro de pesos”, sentencia del 6 de marzo de 2014; CSJ 965/2014/CS1 “M., M. Y. c/ GCBA s/ amparo”, sentencia del 19 de febrero de 2015; CSJ 3028/2014 “Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/ Dirección de Obra Social de la Universidad de Buenos Aires (DOSUBA) s/ ejecución fiscal”, sentencia del 17 de marzo de 2015; CSJ 4211/2014 “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Ministerio de Relaciones Exteriores Comercio Internacional y Culto s/ ejecución fiscal”, sentencia del 30 de junio de 2015, entre muchos otros.

Entre dichos precedentes cabe resaltar lo resuelto en la causa “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Tierra del Fuego, Provincia de” (Fallos: 330:5279), en cuanto a que el reconocimiento a la Ciudad de Buenos Aires de facultades propias de jurisdicción solo tiene el preciso alcance de atribuir a las autoridades locales poderes para resolver ciertas causas o controversias judiciales, pero esas facultades no son incompatibles ni configuran un impedimento para que la Ciudad sea sometida a otras jurisdicciones, como son los tribunales locales de las provincias.

En este pronunciamiento se explicó también que una interpretación contraria supone una equiparación entre la Ciudad de Buenos Aires y las provincias que es desconocida por diversas y concordantes cláusulas constitucionales, e implica una construcción artificial que, por medio de una hermenéutica inapropiada de una disposición concerniente a las facultades de una entidad local *sui generis* (art. 129 de la Constitución Nacional), tiene como inaceptable efecto extender atribuciones que, con carácter de conjunto cerrado

y taxativo con respecto a las provincias, se reconocen a esta Corte por las disposiciones que reglan su competencia originaria.

9º) Que en esa premisa diferenciadora el Tribunal también fundó sus reiteradas decisiones de someter a la Ciudad de Buenos Aires a los tribunales inferiores del Poder Judicial de la Nación -como no lo ha resuelto respecto de los estados provinciales- en aquellos procesos en que la contraparte era el Estado Nacional, con el único y declarado fin de preservar la prerrogativa al fuero federal que en favor de este le reconocen el art. 116 de la Constitución Nacional y los arts. 2º, inc. 6º y 12 de la ley 48, (Fallos: 323:1199; 327:2357, 2536, 2857, 5254 y 6063, entre muchos otros). De modo concorde, cuando la Ciudad demandó a una obra social que estaba sometida por mandato de una norma infraconstitucional a la jurisdicción federal, esta Corte resolvió -también con sustento en la condición de la persona- que debían tomar intervención los tribunales inferiores de la Nación (Fallos: 327:2865).

En un similar orden de ideas y frente a un caso en que eran partes codemandadas una provincia y la Ciudad de Buenos Aires, esta Corte atribuyó el conocimiento del asunto a un juez de la provincia emplazada. Fundó su decisión en la diversidad de estatus jurídico entre ambos entes estatales. Se refirió, por un lado, a la preexistencia de las provincias a la Nación, a la jerarquía de ellas y a la conservación de todos los poderes que no han delegado al gobierno federal (arts. 121 y concordantes de la Constitución Nacional) y, por el otro, al particular sistema de autonomía decidido por los constituyentes para la Ciudad de Buenos Aires (Fallos: 323:3991). También se reconoció la procedencia del sometimiento de la Ciudad a la jurisdicción de una provincia, por remisión al dictamen, en Fallos: 340:853, entre otros.

10) Que para negar a la Ciudad de Buenos Aires el carácter de aforada, este Tribunal ha considerado -como ya se señaló- que no se afecta su autonomía si se admite que ella deba someterse a los jueces de las provincias con las que debe litigar.

No hay norma alguna de la Constitución que impida esta consecuencia, por cuanto, como se dijo, no hay norma que describa a la autonomía de la Ciudad de ese modo y no existen razones para imprimirle a su autonomía el mismo contenido y extensión que a la provincial. Máxime cuando la Ciudad no participa de la regla fundamental de reparto de competencias establecida en el art. 121 de la Constitución Nacional, por la que las provincias conservan todo el poder no delegado al Gobierno Federal. Este principio basal del federalismo argentino impone que la autonomía inherente a la condición de estado provincial sea interpretada a partir de esa premisa, con toda la amplitud que de ella se desprende. Por el contrario, el alcance de la autonomía otorgada a la Ciudad de Buenos Aires por los constituyentes del año 1994 encuentra sus límites en las expresas concesiones establecidas en el texto constitucional que, tal como se indicó, incluso delegó en una ley del Congreso la misión de garantizar los intereses del Estado Nacional mientras ella sea la capital de la República.

La Ciudad, entonces, no es una provincia ni es asimilable a una provincia a los fines de la competencia originaria.

11) Que el criterio que niega a la Ciudad el carácter de aforada sigue el principio sentado y mantenido por este Tribunal desde los albores de su jurisprudencia, a partir del año 1887 cuando se dictó el caso “Sojo” (Fallos: 32:120), de que la competencia

originaria de esta Corte Suprema es de naturaleza excepcional y de interpretación restrictiva (Fallos: 286:237; 303:1606; 306:1113; 310:1074; 311:1200; 312:640; 313:575; 316:965, entre muchos otros).

Asimilar la Ciudad de Buenos Aires a una provincia a los efectos de la competencia originaria implicaría agregar a la Constitución Nacional un sujeto no previsto en sus artículos 116 y 117. Ello conllevaría la extensión de dicha competencia, por ejemplo, a las causas que se suscitaren entre la Ciudad y sus vecinos cuando la materia fuere predominantemente federal y a aquellas en las que litigue con otros vecinos y estuviere en juego un “asunto civil”.

Esta conclusión también iría en contra de la tendencia restrictiva que, al respecto, viene siguiendo este Tribunal en decisiones más recientes.

Así, cabe mencionar el caso “Mendoza, Beatriz” (Fallos: 329:2316) en el que, luego de recordar que la Ciudad no es una provincia argentina y que, en consecuencia, no le corresponde la instancia originaria, esta Corte desconoció la acumulación subjetiva de pretensiones, abandonando el supuesto de competencia reconocido a partir del caso “Centurión de Vedoya, Celina” (Fallos: 305:441).

En esta oportunidad, este Tribunal manifestó que debe utilizarse un “riguroso criterio hermenéutico de los supuestos que dan lugar a su competencia originaria” con el “[objeto] de llevar a cabo una profundización de su firme y enfática decisión destinada a preservar sus limitados recursos humanos y materiales para el fiel ejercicio de su jurisdicción constitucional más eminente y, desde esta premisa estructural, dejar de lado todos aquellos supuestos en que al amparo de una regla interpretativa diversa de la enunciada o de entronizar a principios infraconstitucionales por sobre el inequívoco carácter de excepción y restringido que impone el art. 117 de la Constitución Nacional, se asumió una intervención que corresponde que sea declinada” (Fallos: 329:2316, el subrayado no pertenece al original).

Esta doctrina restrictiva de la jurisdicción originaria ha sido aplicada en gran cantidad de casos posteriores (Fallos: 329:3190, 5670 y 6009, entre muchos otros) y se ha extendido también a las causas donde la acumulación subjetiva no se daba respecto de una provincia y el Estado Nacional, como sucedía en “Mendoza”, sino con relación a dos provincias (causa CSJ 216/2002 (38-A)/CS1 “Agrar S.A. c/ Santa Fe, Provincia de y otra s/ daños y perjuicios”, sentencia del 5 de junio de 2007; también Fallos: 331:1199; causas CSJ 329:2002 (38-C)/CS1 “Chanchi-Hue S.A. c/ Santa Fe, Provincia de y otra s/ daños y perjuicios”, sentencia del 13 de noviembre de 2007; CSJ 994/2004 (40-D)/CS1 “Dorado, Leonardo Favio y otro c/ Tucumán, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios”, sentencia del 12 de febrero de 2008, entre otros).

Este mismo criterio restrictivo fue el que llevó a la Corte a definir un nuevo contorno de “causa civil” en el precedente “Barreto” (Fallos: 329:759) y a flexibilizar las pautas en materia de prórroga de la competencia originaria en la causa “Agropecuaria Mar” (Fallos: 336:2231). En esta última se permitió que las provincias prorroguen la competencia originaria a favor de la justicia federal de primera instancia en supuestos en que la materia es federal y no se advierte la “conurrencia de un interés federal o de razones institucionales de tal magnitud” que hagan impostergable la intervención de esta Corte.

12) Que, en conclusión, no cabe duda alguna de que las diferencias entre la Ciudad y las provincias que surgen de las disposiciones constitucionales, las consideraciones respecto del estatus de la Ciudad y de su autonomía en los Debates de la Convención Constituyente de 1994, el contenido del art. 129 interpretado en un todo armónico con el resto del ordenamiento constitucional y el principio de interpretación restrictiva del art. 117 de la Constitución Nacional, han sido tenidos en cuenta por esta Corte desde los primeros pronunciamientos en los que debió examinar el estatus de la Ciudad y fueron y son determinantes a la hora de negarle a la Ciudad de Buenos Aires el carácter de sujeto aforado a la jurisdicción originaria de este Tribunal.

13) Que no se advierte en la actualidad ningún cambio en nuestra realidad constitucional que justifique el apartamiento de esta doctrina firmemente sostenida y consolidada desde hace varios años en los precedentes dictados por esta Corte.

Por las razones expuestas, este proceso no corresponde a la competencia originaria pues, más allá de que la entidad demandante -como persona de derecho público- queda alcanzada por la categoría de vecino extraño que prevé el art. 116 de la Constitución Nacional (art. 24, inc. 1º, ap. b, del decreto-ley 1285/58; art. 111, inc. 2º, ley 1893), no se presenta un asunto susceptible de ser calificado como causa civil en la medida en que la relación jurídica en que se funda la pretensión es de naturaleza administrativa, al tratarse de la ejecución del certificado de deuda 730 emitido de acuerdo a la ley local 2808 (art. 5º) por la Dirección Legal y Técnica del Ministerio de Salud de la Ciudad (conf. doctrina de Fallos: 329:2085, entre otros).

Por ello, y de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se resuelve: Declarar que la presente causa es ajena a la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Notifíquese y comuníquese a la Procuración General de la Nación.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO.



CONSEJO DE LA MAGISTRATURA Y JURADO DE ENJUICIAMIENTO

“RIZZO” (FALLOS: 336:760)

El Tribunal declaró inconstitucionales los cambios en el Consejo de la Magistratura que habían sido introducidos a través de la ley 26.855 y el decreto 577/13.

Para así decidir, consideró que la norma rompía el equilibrio al disponer que la totalidad de los miembros del Consejo resultaban directa o indirectamente emergente del sistema político-partidario, desconocía el principio de representación de los estamentos técnicos al establecer la elección directa de jueces, abogados académicos y científicos, comprometía la independencia judicial al obligar a los jueces a intervenir en la lucha partidaria y vulneraba el ejercicio de los derechos de los ciudadanos al distorsionar el proceso electoral.

La causa fue decidida por el voto conjunto de los jueces LORENZETTI, HIGHTON DE NOLASCO, FAYT y MAQUEDA, el voto conjunto de los jueces PETRACCHI y ARGIBAY y con la disidencia del juez ZAFFARONI.

Principales ejes temáticos del fallo

» El mecanismo institucional de designación de magistrados de tribunales inferiores en grado a la Corte, contemplado en la reforma de 1994 –art. 114–, dejó de lado el sistema de naturaleza exclusivamente político-partidario y de absoluta discrecionalidad que estaba en cabeza del Poder Ejecutivo y del Senado de la Nación, opción que no puede sino entenderse como un modo de fortalecer el principio de independencia judicial, en tanto garantía prevista por la Constitución Federal.

» La previsión contenida en el artículo 4º de la ley 26.855 de participación de los jueces en procesos electorales como candidatos al Consejo nominados por los partidos políticos, conforme la cual, el magistrado que aspira a ser miembro del Consejo en representación de los jueces debe desarrollar actividades político-partidarias, llevar a cabo una campaña electoral nacional con el financiamiento que ello implica, proponer a la ciudadanía una determinada plataforma política y procurar una cantidad de votos que le asegure ingresar al Consejo de la Magistratura, debe ser declarada inconstitucional, pues desconoce las garantías que aseguran la independencia del Poder Judicial frente a los intereses del Poder Ejecutivo, del Congreso o de otros factores de poder, en la medida en que obliga al juez que aspira a ser consejero a optar por un partido político, afectando asimismo su imparcialidad frente a las partes del proceso y a la ciudadanía toda.

» Resulta irrazonable el requisito previsto en el artículo 18 de la ley 26.855 para adherir la boleta de consejeros a la de legisladores nacionales en cada distrito, en la medida

Enlaces destacados

» Ver más

- › Reseña
- › Citas del fallo
- › Otra información
- › Versión Word

» Dictamen

» Doctrina del fallo

que requiere que en al menos 18 de los 24 distritos la mencionada adhesión se realice exclusivamente con agrupaciones de idéntica denominación, pues lejos de proteger la integridad, transparencia y eficiencia del proceso electoral, establece una barrera para la adhesión de boletas que, por no responder a criterios objetivos y razonables, distorsiona las condiciones de la competencia política y tergiversa la expresión de la voluntad popular.

» Cabe declarar la inconstitucionalidad de los artículos 2º, 4º, 18 y 30 de la ley 26.855 y, por consiguiente, del decreto 577/13 en cuanto convoca a las elecciones primarias, abiertas, simultáneas y obligatorias para la elección de candidatos a consejeros para el Consejo de la Magistratura, y atento a lo establecido por el artículo 29 de la citada ley, no entrará en vigencia la modificación dispuesta en el artículo 6º, inciso 15, que requiere una mayoría absoluta del total de los miembros para decidir la apertura del procedimiento de remoción de jueces titulares, subrogantes y jubilados convocados de acuerdo al artículo 16 de la ley 24.018, formular la acusación ante el jurado de enjuiciamiento y ordenar la suspensión de magistrados, proyectándose Idénticas consecuencias sobre las demás modificaciones que la ley 26.855 introduce con relación al quórum previsto en el artículo 7º, al régimen de mayorías y a la composición de las comisiones del consejo de la Magistratura, de modo que en los puntos regidos por las normas declaradas inconstitucionales e inaplicables, mantendrá su vigencia el régimen anterior previsto en las leyes 24.937 y sus modificatorias 24.939 y 26.080.

» El cumplimiento de la finalidad prevista en la ley 26.855 –en cuanto modifica la integración del Consejo de la Magistratura y establece la elección directa por sufragio universal de los representantes de los jueces, abogados, académicos y científicos–, de ampliar la base democrática de la elección de los miembros del cuerpo respecto de aquéllos que no surgen directamente del sufragio universal, se contrapone frontalmente con la voluntad popular expresada en la Convención Constituyente de dejar atrás un esquema semejante, que había regido hasta 1994, en el que los órganos políticos (legislativo y ejecutivo) monopolizaban las decisiones que actualmente son competencia del Consejo de la Magistratura, lo que implicaría vaciar de contenido la decisión plasmada en el art. 114 de la CN (Voto de los jueces Petracchi y Argibay).

» El art. 114 de la Constitución Nacional delegó la tarea de finalizar la estructuración del Consejo de la Magistratura en una ley especial sancionada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, sin definir su integración, limitándose su texto a indicar los estamentos que deben estar representados, sin señalar número ni proporciones, solo imponiendo que se procure el equilibrio, el cual no es sinónimo de igualdad y ni siquiera procurar es lo mismo que deber, por lo que cabe hacer lugar al recurso extraordinario por salto de instancia presentado por el Estado Nacional y revocar la sentencia que había declarado la inconstitucionalidad de los arts. 2º, 4º, 18 y 30 de la ley 26.855 –reforma judicial– y del decreto del PE n° 577/2013 –modificaciones en la integración del Consejo de la Magistratura y elección directa por sufragio universal de los representantes de los jueces, abogados, académicos y científicos– (Disidencia del juez Zaffaroni).

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 18 de junio de 2013.

Vistos los autos: “Rizzo, Jorge Gabriel (apoderado Lista 3 Gente de Derecho) s/ acción de amparo c/ Poder Ejecutivo Nacional, ley 26.855, medida cautelar (Expte. N° 3034/13)”.

Considerando:

1º) Que contra la sentencia del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional Federal que declaró la inconstitucionalidad de los artículos 2º, 4º, 18 y 30 de la ley 26.855 y del decreto del Poder Ejecutivo n° 577/2013 y dejó sin efecto jurídico la convocatoria electoral prevista para la elección de miembros del Consejo de la Magistratura, el Estado Nacional dedujo recurso extraordinario por salto de instancia —en los términos del artículo 257 bis del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación— que fue declarado admisible por este Tribunal.

2º) Que el recurrente considera infundada y arbitraria la admisión de la acción de amparo por no advertirse la presencia de caso; entiende que el actor carece de legitimación por no haber acreditado un perjuicio concreto y actual y se agravia de la interpretación que la jueza efectuó respecto de conceptos vinculados con la composición y el modo de selección de los miembros del Consejo de la Magistratura, tales como representación, equilibrio, elección popular y partidaria, e independencia judicial.

3º) Que el amparo es un proceso excepcional, utilizable en las delicadas y extremas situaciones en las que por carencia de otras vías legales aptas pelagra la salvaguarda de derechos fundamentales. En el sub examine se encuentran reunidos los recaudos que determinan su admisibilidad porque, ante la inminencia del vencimiento de los plazos establecidos en el calendario electoral, las vías procesales ordinarias resultan ineficaces para remediar en forma oportuna la afectación de los derechos invocados por el actor.

En consecuencia, corresponde desestimar el agravio referido a la improcedencia del remedio procesal elegido por el actor.

4º) Que tampoco corresponde hacer lugar a los agravios vinculados con la falta de legitimación activa. En efecto, esta Corte ha sostenido que el Poder Judicial de la Nación solo interviene en el conocimiento y decisión de “causas” (artículo 116 de la Constitución Nacional) y que la legitimación procesal constituye un presupuesto necesario para que exista causa o controversia (Fallos: 326:2998 y 3007, entre otros).

En este sentido, el actor invoca el carácter de apoderado de una agrupación integrada por abogados de la matrícula federal que participa en los procesos de elección de los representantes de ese estamento técnico en el Consejo de la Magistratura. Señala que las disposiciones de la ley 26.855, además de establecer un sistema de selección de representantes que no respeta lo establecido en el artículo 114 de la Constitución Nacional, impone requisitos para la participación en los comicios a celebrarse que proscriben a la agrupación.

De manera que se encuentra acreditada la existencia de un interés “concreto”, “directo” e “inmediato” de su parte en obtener la declaración de inconstitucionalidad de las disposiciones.

5º) Que habida cuenta de la naturaleza federal de las normas en cuestión y de la trascendencia del caso a resolver, esta Corte Suprema no se encuentra limitada en su decisión

por los argumentos de las partes o del a quo, sino que le incumbe realizar una declaración sobre los puntos disputados, lo que implicará examinar temas que se encuentran inescindiblemente vinculados a ellas (Fallos: 330:3836, 3471, 2180; 329:4206).

6º) Que en primer término es necesario recordar que de acuerdo a la forma republicana y representativa de gobierno que establece nuestra Constitución (artículos 1º y 22), el poder se divide en tres departamentos con diferentes funciones y formas de elección pero cuya legitimidad democrática es idéntica.

La actuación de los tres poderes del Estado Nacional encuentra como límite el respeto al proyecto de república democrática que establece la Constitución Federal (artículos 1º, 31 y 36). Los mandatos de su texto han sido establecidos por el poder constituyente del pueblo, y por esa razón condicionan la actividad de los poderes constituidos. El obrar del Estado debe entonces estar dirigido al más amplio acatamiento de los principios, declaraciones, derechos y garantías reconocidos en el pacto fundacional de los argentinos.

7º) Que asimismo cabe señalar que es principio de nuestro ordenamiento constitucional que ningún poder puede arrogarse mayores facultades que las que le hayan sido conferidas expresamente (Fallos: 137:47, entre otros). La regla según la cual es inválido privar a alguien de lo que la ley no prohíbe, ha sido consagrada en beneficio de los particulares (artículo 19 de la Constitución Nacional), no de los poderes públicos. Éstos, para actuar legítimamente, requieren de una norma de habilitación (Fallos: 32:120, entre otros).

8º) Que sobre esas bases, y con sustento en las previsiones constitucionales que establecen la supremacía de la Constitución Nacional y la función que le corresponde a los jueces (artículos 31, 116 y 117), desde 1888 hasta la actualidad se ha sostenido "...que es elemental en nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición con ella, constituyendo esta atribución moderadora, uno de los fines supremos y fundamentales del poder judicial nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la Constitución, contra los abusos posibles e involuntarios de los poderes públicos" (Fallos: 33:162).

9º) Que para defender esta supremacía, el Tribunal ha declarado a lo largo de su historia —y más allá de los votos individuales de sus miembros—, la inconstitucionalidad de normas que, aun cuando provenían del órgano legislativo que representa la voluntad popular, resultaban contrarias a la Constitución Nacional o tratados internacionales y afectaban derechos de las personas.

Solo a modo de ejemplo, puede mencionarse que la Corte Suprema estableció la inconstitucionalidad de: las leyes de Obediencia Debida y de Punto Final que impedían juzgar las graves violaciones a los derechos humanos cometidas durante la última dictadura militar ("Simón", Fallos: 328:2056); la ley de Matrimonio Civil que, al impedir a las personas divorciadas volver a casarse, limitaba la autonomía individual ("Sejean", Fallos: 308:2268); las normas del Código Procesal Penal de la Nación en cuanto desconocían las facultades acusatorias y la autonomía funcional del Ministerio Público Fiscal ("Quiroga", Fallos: 327:5863); la ley penal que, al castigar la tenencia de estupefacien-

tes para consumo personal, no respetaba la autonomía personal (“Bazterrica” y “Arriola”, Fallos: 308:1392 y 332: 1963); la ley que, al permitir sin fundamento suficiente la interceptación de comunicaciones personales y la acumulación de datos personales, avasallaba el derecho a la intimidad (“Halabi”, Fallos: 332:111); la Ley de Contrato de Trabajo que desconocía el derecho del trabajador a la protección integral en la medida que fijaba un tope a la indemnización por despido (“Vizzoti”, Fallos: 327:3677) y negaba naturaleza salarial a los vales alimentarios (“Pérez”, Fallos: 332:2043); la ley de Riesgos del Trabajo que impedía al trabajador que había sufrido un accidente laboral acceder a una plena reparación (“Aquino”, Fallos: 327:3753) en forma inmediata y no sujeta a un sistema de renta periódica (“Milone”, Fallos: 327:4607); la ley de Asociaciones Sindicales en cuanto confería tutela gremial solo a representantes o autoridades de sindicatos que contaran con personería gremial (“Rossi”, Fallos: 332:2715) y dispensaba privilegios a ciertos sindicatos en detrimento de los simplemente inscriptos (“Asociación de Trabajadores del Estado”, Fallos: 331:2499). También invalidó la ley previsional que frustraba el acceso a la justicia de los jubilados al prolongar innecesariamente el reconocimiento judicial de sus derechos de naturaleza alimentaria (“Itzcovich”, Fallos: 328:566) y desvirtuaba el mandato de movilidad jubilatoria del artículo 14 bis de la Constitución Nacional (“Badaro”, Fallos: 330:4866).

10) Que este reconocimiento de derechos ha sido posible porque nuestra Constitución busca equilibrar el poder para limitarlo.

La soberanía popular es un principio de raigambre constitucional que en el sistema democrático se integra con el reconocimiento del pueblo como último titular del poder político pero, al mismo tiempo, y para cumplir con tal objetivo, pone su acento en los procedimientos habilitados para hacer explícita aquella voluntad, origen del principio de representación. Por ello, el Estado de Derecho y el imperio de la ley son esenciales para el logro de una Nación con instituciones maduras (Fallos: 328:175), y no es posible que bajo la invocación de la defensa de la voluntad popular, pueda propugnarse el desconocimiento del orden jurídico, puesto que nada contraría más los intereses del pueblo que la propia transgresión constitucional.

La doctrina de la omnipotencia legislativa que se pretende fundar en una presunta voluntad de la mayoría del pueblo es insostenible dentro de un sistema de gobierno cuya esencia es la limitación de los poderes de los distintos órganos y la supremacía de la Constitución. Si el pueblo de la Nación quisiera dar al Congreso atribuciones más extensas de las que le ha otorgado o suprimir algunas de las limitaciones que le ha impuesto, lo haría en la única forma que él mismo ha establecido al sancionar el artículo 30 de la Constitución. Entretanto, ni el Legislativo ni ningún departamento del gobierno puede ejercer lícitamente otras facultades que las que le han sido acordadas expresamente o que deben considerarse conferidas por necesaria implicancia de aquéllas (Fallos: 137:47).

Es por ello que a ninguna autoridad republicana le es dado invocar origen o destino excepcionales para justificar el ejercicio de sus funciones más allá del poder que se le ha conferido, pues “toda disposición o reglamento emanado de cualquier departamento (...) que extralimite las facultades que le confiere la Constitución, o que esté en oposición con alguna de las disposiciones o reglas en ella establecidas, es completamente nulo” (Fallos: 155:290).

11) Que de lo hasta aquí expuesto se desprende que solo un punto de vista estrecho podría pasar por alto que el control de constitucionalidad procura la supremacía de la Constitución, no la del Poder Judicial o de la Corte Suprema (Fallos: 316:2940). Así lo entendió el constituyente de 1994 que en el artículo 43 del Texto Fundamental expresamente reconoció la facultad de los jueces de declarar la inconstitucionalidad de las leyes para hacer efectivos los derechos y garantías consagrados en la Constitución Nacional.

12) Que en este sentido el ejercicio del control de constitucionalidad por parte de los jueces que han recibido del pueblo argentino —a través de los constituyentes— el legítimo mandato democrático de defender la supremacía de la Constitución Federal (artículos 31, 116 y 117), no los coloca por sobre los restantes poderes del Estado.

El cumplimiento de esta función no supone en modo alguno la admisión de declaraciones en abstracto, es decir, fuera de un caso o contienda entre partes; tampoco permite que el Poder Judicial ingrese en el control de las razones de oportunidad, mérito o conveniencia tenidas en cuenta por los otros poderes del Estado al adoptar las decisiones que les son propias.

Por lo demás, este Tribunal también ha entendido, por aplicación del principio de división de poderes, que la interpretación de las leyes debe efectuarse sobre la base de que la declaración de inconstitucionalidad configura un acto de suma gravedad que debe ser considerado como *ultima ratio* del orden jurídico; solo cabe acudir a ella cuando no existe otro modo de salvaguardar algún derecho o garantía amparado por la Constitución Nacional (Fallos: 249:51; 288:325; 306:1597; 331:2068; 333:447).

13) Que establecidas las bases normativas de máxima jerarquía que facultan a los jueces a declarar la inconstitucionalidad de toda ley o norma que se oponga a las cláusulas constitucionales, corresponde formular una importante aclaración.

Las decisiones de los poderes públicos, incluidas las del Poder Judicial, se encuentran sometidas y abiertas al debate público y democrático. Es necesario y saludable que exista ese debate. Pero ello no puede llevar a desconocer ni las premisas normativas sobre las que se asienta el control judicial de constitucionalidad, ni que este sistema esté, en definitiva, destinado a funcionar como una instancia de protección de los derechos fundamentales de las personas y de la forma republicana de gobierno. En este marco los jueces deben actuar en todo momento en forma independiente e imparcial, como custodios de estos derechos y principios a fin de no dejar desprotegidos a todos los habitantes de la Nación frente a los abusos de los poderes públicos o fácticos.

14) Que corresponde entonces ingresar en el examen de la cuestión de fondo. El artículo 114 de la Constitución Nacional, segundo párrafo dispone que el Consejo de la Magistratura “*será integrado periódicamente de modo que se procure el equilibrio entre la representación de los órganos políticos resultantes de la elección popular, de los jueces de todas las instancias y de los abogados de la matrícula federal. Será integrado, asimismo, por otras personas del ámbito académico y científico, en el número y la forma que indique la ley*”.

15) Que con el fin de reglamentar este artículo el Congreso Nacional dictó la ley 26.855 según la cual el Consejo de la Magistratura quedará conformado por un (1) representante del Poder Ejecutivo Nacional, seis (6) legisladores, tres (3) jueces, tres (3) abogados y seis (6) representantes de los ámbitos académico y científico.

En lo que hace a la forma de selección de estos integrantes, la norma prevé: a) que los presidentes de la Cámara de Senadores y de la Cámara de Diputados, a propuesta de los bloques parlamentarios de los partidos políticos, designarán tres (3) legisladores por cada una de ellas, correspondiendo dos (2) a la mayoría y uno (1) a la primera minoría; b) que el Poder Ejecutivo Nacional designará un representante; c) que los jueces, los representantes de los abogados y de los académicos y científicos serán elegidos por el Pueblo de la Nación por medio del sufragio universal, correspondiendo, respectivamente, dos (2) jueces, dos (2) abogados y cuatro (4) académicos o científicos a la lista ganadora por simple mayoría, y un (1) juez, un (1) abogado y dos (2) académicos o científicos a la que obtuviera el segundo lugar (artículo 2 de la ley).

Por último, en los artículos 4º, 18 y 30 de la ley 26.855 se fija el procedimiento de elección de representantes de jueces, abogados, científicos y académicos.

16) Que en primer lugar resulta necesario establecer los alcances del artículo 114 de la Constitución, para luego analizar si la ley cuestionada —en cuanto modifica la integración del Consejo de la Magistratura y establece la elección directa por sufragio universal de los representantes de jueces, abogados, académicos y científicos— es compatible con su texto.

A tal fin corresponde examinar el sentido literal del artículo 114, los objetivos que persigue la Carta Fundamental al incorporar a nuestro sistema el Consejo de la Magistratura, las expresiones del constituyente al dar origen al texto, y por último, el sentido que lógicamente debe deducirse del contexto constitucional en el que está inserto.

Esta Corte ha sostenido que la primera fuente de interpretación de la ley es su letra (Fallos: 307:2153; 312:2078 y 314:458, entre muchos otros) pero a ello cabe agregar que su comprensión no se agota con la remisión a su texto, sino que debe indagarse, también, lo que ella dice jurídicamente, dando pleno efecto a la intención del legislador, y computando la totalidad de sus preceptos de manera que armonicen con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional (Fallos: 334:13).

17) Que el método gramatical por el cual comienza toda tarea interpretativa obliga al juez a atenerse a las palabras del texto escrito, en la comprensión de que ninguna disposición de la Constitución ha de ser considerada superflua, sin sentido o inoperante. El juez debe entender asimismo las palabras de la Constitución en el significado en el que son utilizadas popularmente y explicarlas en su sentido llano, obvio y común (confr. arg. Fallos: 262:60; 308:1745; 327:4241, entre otros).

18) Que de una lectura de la primera parte del segundo párrafo del artículo 114 de la Constitución resulta claro que al Consejo de la Magistratura lo integran representantes de los tres estamentos allí mencionados: órganos políticos resultantes de la elección popular (Poder Legislativo y Poder Ejecutivo), jueces de todas las instancias y abogados de la matrícula federal.

Así, las personas que integran el Consejo lo hacen en nombre y por mandato de cada uno de los estamentos indicados, lo que supone inexorablemente su elección por los integrantes de esos sectores. En consecuencia, el precepto no contempla la posibilidad de que los consejeros puedan ser elegidos por el voto popular ya que, si así ocurriera, dejarían de ser representantes del sector para convertirse en representantes del cuerpo electoral.

Por lo demás, la redacción es clara en cuanto relaciona con la elección popular a solo uno de los sectores que integra el Consejo, el de los representantes de los órganos políticos. Por su parte prevé que el órgano también se integra con los representantes del estamento de los jueces de todas las instancias y del estamento de los abogados de la matrícula federal, cuya participación en el cuerpo no aparece justificada en su origen electivo, sino en el carácter técnico de los sectores a los que representan.

A su vez, en el precepto no se dispone que esta composición deba ser igualitaria sino que se exige que mantenga un equilibrio, término al que corresponde dar el significado que usualmente se le atribuye de “contrapeso, contrarresto, armonía entre cosas diversas” (Real Academia Española, vigésima segunda edición, 2001).

19) Que corresponde ahora analizar la segunda parte del segundo párrafo del artículo 114 de la Constitución, que establece que el Consejo de la Magistratura estará integrado “asimismo, por otras personas del ámbito académico y científico, en el número y la forma que indique la ley”.

Más allá de la delegación que el Constituyente hace a favor del Congreso en cuanto al número y forma en que los académicos y científicos deben integrar el órgano, tal disposición debe interpretarse de modo de no contradecir la letra de la primera parte del mencionado párrafo segundo. A tal fin, cabe tener presente que si bien es cierto que la Constitución Nacional les ha dado a aquéllos una participación en el Consejo, no les ha asignado un rol central. El texto constitucional no ofrece dudas en cuanto a que este sector no está en el centro de la escena. Esta conclusión surge de la literalidad de la norma, donde académicos y científicos aparecen en una segunda parte del párrafo, a modo de complemento.

Por otra parte, en cuanto a la forma de elección, caben similares consideraciones que las realizadas respecto de jueces y abogados. Aunque la norma constitucional no hace referencia expresa a los representantes de los académicos y científicos, dicho texto, a la luz de lo previsto en la primera parte conduce razonablemente a sostener que la elección de estos integrantes tampoco puede realizarse a través del voto popular.

En este sentido, no debe perderse de vista la terminología utilizada. El adverbio “asimismo”, según el Diccionario de la Real Academia Española, significa “también”, como afirmación de igualdad, semejanza, conformidad o relación de una cosa con otra ya nombrada, lo cual da la idea de que debe mantenerse el equilibrio y el sistema de representación de la primera parte.

20) Que esta interpretación se encuentra avalada en los objetivos que persigue la Carta Fundamental. El segundo párrafo del artículo 114 debe interpretarse como parte de un sistema que tiende, en palabras del Preámbulo, a afianzar la justicia y asegurar los beneficios de la libertad. Para lograr esos fines nuestra Constitución Nacional garantiza la independencia de los jueces en tanto constituye uno de los pilares básicos del Estado Constitucional.

Por ello, el nuevo mecanismo institucional de designación de magistrados de tribunales inferiores en grado a esta Corte, contemplado en la reforma de 1994, dejó de lado el sistema de naturaleza exclusivamente político-partidario y de absoluta discrecionalidad que estaba en cabeza del Poder Ejecutivo y del Senado de la Nación. Tal opción no puede sino entenderse como un modo de fortalecer el principio de independencia judicial, en tanto garantía prevista por la Constitución Federal.

En este sentido, no ha dado lugar a controversias que la inserción del Consejo de la Magistratura como autoridad de la Nación ha tenido por finalidad principal despolitizar parcialmente el procedimiento vigente desde 1853 para la designación de los jueces, priorizando en el proceso de selección una ponderación con el mayor grado de objetividad de la idoneidad científica y profesional del candidato, por sobre la discrecionalidad absoluta (Fallos: 329:1723, voto disidente del juez Fayt, considerando 12).

Es evidente que con estos fines se ha pretendido abandonar el sistema de selección exclusivamente político-partidario. En palabras de Germán Bidart Campos, es inocultable la búsqueda del constituyente de “amortiguar la gravitación político-partidaria en el proceso de designación y enjuiciamiento de jueces” (“Tratado Elemental de Derecho Constitucional”, 1997, T. VI, pág. 499).

21) Que, asimismo, la voluntad originaria expresada en la Asamblea Constituyente compone otra pauta de interpretación esencial (confr. arg. Fallos: 100:337; 220:689; 333:633) que ratifica los criterios hasta aquí expuestos. El examen de los antecedentes deliberativos que concluyeron en el texto sancionado en la convención de Santa Fe, ratifica el genuino contenido de la cláusula constitucional en los términos interpretados con anterioridad en cuanto, a fin de afianzar la independencia de los jueces como garantía de los habitantes, despolitiza el procedimiento de selección de los miembros del Consejo, dispone su elección a través de sus respectivos estamentos y establece un equilibrio en su modo de integración.

22) Que en efecto, un grupo de convencionales presentó un proyecto de reforma de la Constitución Nacional cuyos fundamentos expresaban su intención de “vigorizar la independencia del Poder Judicial (...) en este sentido se proponen mecanismos de despolitización de los procedimientos de nombramiento y remoción de los magistrados, que garantizarán no sólo idoneidad, sino independencia de los jueces frente a las posibles presiones políticas. A este objetivo apuntan la creación del consejo de la magistratura y el establecimiento del jurado de enjuiciamiento de magistrados” (Ministerio de Justicia - Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, *Obra de la Convención Nacional Constituyente*, T. II, págs. 1922 a 1929).

23) Que es de sumo interés señalar que en el seno de la Comisión de Coincidencias Básicas, y a raíz de ciertos interrogantes planteados por los convencionales, el miembro informante por la mayoría expresó que: “...donde se dice ‘representantes de los jueces’ no parece fácil interpretar que sea otra cosa que la persona elegida por los propios jueces (...) me parece está implicada en el Consejo de representantes la elección de los jueces entre los jueces; y algo análogo respecto de los abogados, la elección de los abogados entre los abogados”.

Ante el requerimiento de que aclarase si la expresada era su opinión o la de los autores del núcleo a fin de servir como interpretación auténtica, el convencional informante señaló: “Ésta fue la interpretación con que fue insertado en el proyecto que ahora estamos considerando y si vamos más atrás, si vamos al Pacto que dio motivo a la ley, en ese texto también fue empleado con este espíritu...” (Ministerio de Justicia - Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, op. cit., T. IV, págs. 3256/3257).

24) Que también adquieren peso decisivo las expresiones utilizadas por el mismo convencional en oportunidad de fundar el proyecto ante el pleno de la convención.

Tras referirse a la necesidad de reformar el sistema judicial a fin de recuperar la “confianza pública en su sistema institucional”, dicho convencional sostuvo que “El órgano central de esta reforma es el Consejo de la Magistratura” y, en lo que aquí interesa manifestó: “En cuanto a la integración del Consejo de la Magistratura se ha procurado un modelo de equilibrio que garantice la transparencia en el cumplimiento de estas finalidades y el pluralismo en la integración del órgano, pero que simultáneamente no convierta al Poder Judicial de la Nación en un sistema autogestionario en el que los jueces —cuya misión es la de decidir casos concretos— puedan llegar a transformarse en la fuente de provisión de nuevos jueces. De tal manera, se ha buscado un modelo intermedio en que los poderes democráticos retengan una importante injerencia en el proceso de designación de los jueces, pero en el que simultáneamente —por participación de los propios jueces en el gobierno de la magistratura y por participación de estamentos vinculados con la actividad forense u otras personas— el sistema judicial esté gobernado con pluralismo aunque sin transferir a quienes no tienen la representación popular la totalidad de los poderes propios distintos de los que le son específicamente propios del sistema judicial, que son los de dictar sentencias, esto es, resolver casos contenciosos” (Ministerio de Justicia - Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, op. cit., T. V, pág. 4888).

Finalmente, corresponde destacar que la intención del constituyente al incorporar el artículo 114 fue elevar el umbral de garantía de independencia judicial. En efecto, en el discurso de cierre, el convencional Raúl Alfonsín leyó un texto en el que se hacía manifiesta la intención del bloque que presidía respecto de las reformas que seguidamente serían aprobadas y que expresaba: “*Toda norma que pueda implicar alguna limitación a la independencia del Poder Judicial, a la independencia e imparcialidad en la composición del Consejo de la Magistratura (...) aunque no contradiga el texto que sancionamos, debe considerarse que vulnera el espíritu de la Constitución y contradice la intención del constituyente*” (Ministerio de Justicia - Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, op. cit., T. V, págs. 5155/5156).

Tras un extenso debate ese proyecto contó con el respaldo de la mayoría de los integrantes de la Comisión de Coincidencias Básicas, y fue aprobado por la mayoría de los integrantes de la convención —177 convencionales— en la sesión del 1° de agosto de 1994. Cabe destacar que de la lectura de los debates del pleno de la convención surge que hubo acuerdo en que el Consejo de la Magistratura tuviera esta composición mixta y equilibrada por la que algunos integrantes provinieran de los órganos políticos resultantes de la voluntad popular y los otros de los estamentos técnicos (Ministerio de Justicia - Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, op. cit., T. IV, págs. 3905/3910 y ss., págs. 4262/4269 y T. V, págs. 4883/5176).

25) Que la concepción de los constituyentes que aprobaron el texto sancionado fue mantener en el Consejo un equilibrio entre sectores de distinto origen sin que exista predominio de uno sobre otros. Es decir que ningún sector cuente con una cantidad de representantes que le permita ejercer una acción hegemónica respecto del conjunto o controlar por sí mismo al cuerpo.

Además, la consideración integral y razonada de los antecedentes reseñados lleva consistentemente a concluir que para el constituyente la elección de los representantes de los estamentos técnicos estaba a cargo exclusivamente de quienes los integran.

26) Que corresponde seguidamente considerar el modo de elección de los integrantes del Consejo de la Magistratura en el contexto de la parte orgánica de nuestra Constitución, pues los poderes constituidos no podrían jamás, en ninguna circunstancia, desconocer la forma en que los constituyentes organizaron la división del poder estatal en la Argentina.

Cuando se trata de representaciones que surgen del sufragio universal, el texto constitucional determina en qué casos es admitido. En efecto, la elección popular directa fue explícitamente reservada por el constituyente a las autoridades nacionales de índole política. Ello resulta en forma indubitable cuando se prevé que “El Presidente y el vicepresidente de la Nación serán elegidos directamente por el Pueblo (...) A este fin, el territorio nacional conformará un distrito único” (artículo 94). Asimismo, y en cuanto a los integrantes del Poder Legislativo, el texto constitucional prevé que “La Cámara de Diputados se compondrá de representantes elegidos directamente por el pueblo de las provincias, de la ciudad de Buenos Aires, y de la Capital en caso de traslado...” (artículo 45) y que los senadores serán “...elegidos en forma directa y conjunta, correspondiendo dos bancas al partido político que obtenga el mayor número de votos, y la restante al partido político que le siga en números de votos...” (artículo 54).

La reforma constitucional de 1994 sustituyó la forma de elección indirecta por medio del Colegio Electoral para el Poder Ejecutivo, y la elección por vía de legislaturas provinciales para los Senadores Nacionales. En ambos casos, se eliminó la intermediación sujetando la elección directamente a la voluntad popular. Debe concluirse entonces que cuando el constituyente consideró necesario modificar el sistema de elección indirecta de las autoridades políticas, lo mencionó expresamente, de forma indubitable.

Esta conclusión encuentra fundamento en que, de no establecerse con la máxima rigidez los supuestos en los que se adoptará la forma de elección directa, la expresión de la voluntad democrática del pueblo quedaría sujeta a la decisión del Congreso de mantener o cancelar los cargos electivos según si el comportamiento de la mayoría del pueblo coincide o no con la mayoría en el Congreso. En el plano del ejercicio de los derechos políticos, esta situación llevaría además a una permanente incertidumbre de los ciudadanos respecto de cuáles son los funcionarios que pueden o no elegir en base al voto popular.

Por último no puede dejar de señalarse que a lo largo de la historia política de nuestro país, no se registran antecedentes en los que el Poder Legislativo haya creado un cargo de autoridades de la Nación adicional a los que se establecen en el texto constitucional, sometiéndolo al sufragio universal.

27) Que desde otra perspectiva, la Constitución tampoco autoriza al legislador a determinar la elección directa de los Consejeros de la Magistratura en tanto este cuerpo, en su condición de órgano con competencias especiales, se inserta dentro de la estructura del Poder Judicial (Sección Tercera, Capítulo Primero de la Constitución Nacional y conf. arg. Fallos: 330:2351, voto de la mayoría, considerando 11).

El Poder Judicial tiene la legitimidad democrática que le da la Constitución Nacional, que no se deriva de la elección directa. En la Asamblea Constituyente de 1853/60 expresamente se decidió que los jueces fueran elegidos por el pueblo pero en forma indirecta, al ser nombrados por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado.

Este esquema fue ratificado por la reforma de 1994. Se mantuvo el sistema de selección de los miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que son nombrados por el Poder Ejecutivo “con acuerdo del Senado por dos tercios de sus miembros presentes, en sesión pública, convocada al efecto”. Por su parte, los jueces de los tribunales federales inferiores son nombrados por el Poder Ejecutivo “en base a una propuesta vinculante en terna del Consejo de la Magistratura, con acuerdo del Senado, en sesión pública, en la que se tendrá en cuenta la idoneidad de los candidatos” (artículo 99, inc. 4).

En consecuencia, resulta consistente que los consejeros, como miembros de un órgano que integra el Poder Judicial de la Nación, sean elegidos en forma indirecta, de la misma manera que los jueces.

28) Que todos los caminos de interpretación transitados anteriormente llevan a concluir que la elección de los representantes de los jueces, abogados y académicos o científicos no puede realizarse por sufragio universal, sino que debe efectuarse en el ámbito de sus respectivos estamentos.

Se concluye también que con la conformación del Consejo de la Magistratura la Constitución persigue como principal objetivo fortalecer la independencia judicial. Para ello, se ha buscado reducir la gravitación político-partidaria en la designación de los jueces, previendo una integración equilibrada respecto al poder que ostentan, por un lado, el sector político y, por el otro, el estamento técnico. Esto es, que los representantes de los órganos políticos resultantes de la elección popular no puedan ejercer acciones hegemónicas o predominar por sobre los representantes de los jueces, de los abogados y de los académicos o científicos, ni viceversa.

29) Que corresponde examinar ahora si el legislador, al sancionar la ley 26.855, respetó lo previsto en el artículo 114 en lo que respecta a la composición y procedimiento de elección de los miembros del Consejo de la Magistratura.

Por las razones que a continuación se explicarán, la ley resulta inconstitucional en cuanto: a) rompe el equilibrio al disponer que la totalidad de los miembros del Consejo resulte directa o indirectamente emergente del sistema político-partidario, b) desconoce el principio de representación de los estamentos técnicos al establecer la elección directa de jueces, abogados, académicos y científicos, c) compromete la independencia judicial al obligar a los jueces a intervenir en la lucha partidaria, y d) vulnera el ejercicio de los derechos de los ciudadanos al distorsionar el proceso electoral.

30) Que del sistema de selección de los miembros del Consejo de la Magistratura adoptado por esta ley se sigue indefectiblemente que, con la modificación que ella introduce, doce (12) de los diecinueve (19) integrantes serán elegidos en forma directa por sufragio universal y los siete (7) restantes en forma indirecta por los órganos resultantes de la elección popular. De este modo, ya sea directa o indirectamente, la totalidad de los integrantes del Consejo tendría un origen político-partidario.

Es claro, entonces, que esta modificación importa un evidente apartamiento de lo dispuesto en el artículo 114 de la Constitución Nacional que, ya se ha dicho, buscó asegurar una composición equilibrada entre los integrantes del Consejo, de modo tal que no tuvieran primacía los representantes provenientes del sistema de naturaleza exclusi-

vamente político-partidario respecto de los representantes del Poder Judicial, del ámbito profesional y del académico.

31) Que, además, la convocatoria a elecciones nacionales para elegir a los abogados y jueces que integrarán el Consejo de la Magistratura desconoce las reglas de representación que establece el artículo 114 de la Constitución Nacional.

En efecto, en el texto constitucional no se dispone que el Consejo se integre con jueces y abogados sino con los representantes del estamento de los jueces de todas las instancias y del estamento de los abogados de la matrícula federal. Es decir que el constituyente decidió que quienes ocupen un lugar en este órgano lo hagan en representación de los integrantes de esos estamentos técnicos.

En consecuencia, no es la sola condición de juez o abogado lo que los hace representantes, sino su elección por los miembros de esos estamentos, pues para ejercer una representación sectorial se requiere necesariamente un mandato, que solo puede ser otorgado por los integrantes del sector.

De manera que la particular ingeniería diagramada por el constituyente se vería burlada en el caso de que los consejeros por los estamentos señalados emergieran de una elección general, pues dejarían de ser representantes del sector para transformarse en representantes del electorado.

32) Que con relación a los científicos y académicos, cabe reiterar que participan con los demás estamentos del mandato de representación equilibrada y que, aunque la Constitución Nacional les ha dado participación en estos términos en el Consejo, no les ha asignado un rol central. Es por ello que resulta incuestionable que la ley sobredimensiona la representación de este sector al elevar a seis el número de sus integrantes (el doble que el fijado para los representantes de los diputados, senadores, jueces y abogados) y al mismo tiempo la distorsiona al establecer su elección por medio del sufragio universal y no por los integrantes de dicho sector.

De tal modo, la norma reescribe indebidamente el artículo 114 de la Constitución, otorgándole una preeminencia a un estamento que tuvo en su origen constitucional un rol complementario o secundario y termina asumiendo un papel preponderante en el funcionamiento del cuerpo.

33) Que, por otra parte, esta ley en su artículo 4º prevé la participación de los jueces en procesos electorales como candidatos al Consejo nominados por los partidos políticos.

De acuerdo a sus términos, el magistrado que aspira a ser miembro del Consejo en representación de los jueces debe desarrollar actividades político-partidarias, llevar a cabo una campaña electoral nacional con el financiamiento que ello implica, proponer a la ciudadanía una determinada plataforma política y procurar una cantidad de votos que le asegure ingresar al Consejo de la Magistratura.

Esta previsión desconoce las garantías que aseguran la independencia del Poder Judicial frente a los intereses del Poder Ejecutivo, del Congreso o de otros factores de poder, en la medida en que obliga al juez que aspira a ser consejero a optar por un partido político.

En la práctica, la ley contraría la imparcialidad del juez frente a las partes del proceso y a la ciudadanía toda, pues le exige identificarse con un partido político mientras cumple la

función de administrar justicia. Desaparece así la idea de neutralidad judicial frente a los poderes políticos y fácticos.

34) Que el modelo adoptado no registra antecedentes que lo avalen en el derecho público provincial, ya que, en todos los casos de representaciones de estamentos de jueces y abogados, la elección es horizontal. Solo en dos provincias, Chubut y Santa Cruz, hay miembros que resultan directamente elegidos por el pueblo, pero en ambas esa disposición tiene jerarquía constitucional. En esos supuestos se mantiene la representación por estamentos. La regla única, sin fisuras, es la horizontalidad en la designación de los representantes de los estamentos de jueces y abogados, sea por elección o por sorteo.

El fundamento de esta regla es que una elección de los consejeros vinculada a las elecciones generales produciría grandes oscilaciones políticas en las composiciones. Es previsible que, luego de un tiempo de aplicación, los jueces vayan adoptando posiciones vinculadas a los partidos que los van a elegir, y luego promover o no en sus carreras, afectándose así su imparcialidad. De tal modo, quienes sostienen una solución de este tipo cuando están en situación de poderío, la criticarán cuando estén en posiciones de debilidad. Las reglas constitucionales deben ser lo suficientemente equilibradas para que sean aceptadas por todos, poderosos o débiles.

Tampoco hay antecedentes en el derecho comparado latinoamericano. En Bolivia, único país en que fue tomada la elección popular, esa decisión se tomó por vía de una reforma constitucional, modificando el régimen que había sido instituido apenas dos años antes en la Constitución Política del Estado de Bolivia.

35) Que por las razones hasta aquí explicadas, el artículo 2º la ley 26.855 es inconstitucional en cuanto prevé la elección mediante el sufragio universal de los representantes de los jueces, de los abogados, y de los científicos y académicos, sobredimensiona la participación de estos últimos y afecta la independencia de los jueces.

36) Que sin perjuicio de lo expuesto, esta Corte no puede dejar de señalar que el sistema electoral fijado en los artículos 4º y 18 de la ley 26.855 para elegir a los consejeros resulta de todos modos constitucionalmente inadmisibles al establecer, con el pretexto de ordenar el proceso electoral, mecanismos que distorsionan el principio de transparencia e igualdad en la oferta de candidatos (artículo 37 de la Constitución Nacional).

37) Que, en primer lugar, establece diversos obstáculos a la posibilidad de constituir agrupaciones políticas. En efecto, el artículo 4º dispone que “no podrán constituirse agrupaciones políticas al único efecto de postular candidaturas al Consejo de la Magistratura”. En este punto, el legislador ha establecido una barrera electoral irrazonable y discriminatoria, que cercena un derecho humano de importancia fundamental como lo es el de asociarse políticamente. La ley no fija una simple limitación al derecho a ser elegido para cubrir ciertos cargos públicos del que gozan todos los ciudadanos, sino que lisa y llanamente les veda a éstos la posibilidad de organizarse y formar un partido político que persiga como único objetivo aspirar a la categoría de consejero de la magistratura. Los ciudadanos pueden constituir partidos políticos y aspirar únicamente al cargo de Presidente de la Nación, o de Senador Nacional, o de Diputado Nacional, mas no pueden hacerlo si su única finalidad es competir por lugares en el Consejo de la Magistratura.

38) Que tampoco es razonable restringir la posibilidad de presentar candidatos al Consejo de la Magistratura solo a las agrupaciones políticas nacionales que postulen fórmulas de precandidatos presidenciales. Tal criterio restringe sin motivo la participación en la contienda electoral y reduce las opciones de los electores.

39) Que no se observa que existan razones de representatividad, de organización electoral, de preservación de ese proceso, de fortalecimiento del sistema democrático o de cualquier otra índole (vgr. las que motivaron la decisión de esta Corte en Fallos: 332:433) que puedan justificar la decisión de limitar a las agrupaciones políticas. Restricciones de este tipo no pueden fortalecer en forma alguna la democracia, ni contribuir al pluralismo político, ya que limitan sin justificación el régimen plural de partidos y la organización de agrupaciones políticas para una categoría determinada.

40) Que también resulta irrazonable el requisito previsto en el artículo 18 para adherir la boleta de consejeros a la de legisladores nacionales en cada distrito, en la medida que requiere que en al menos 18 de los 24 distritos la mencionada adhesión se realice exclusivamente con agrupaciones de idéntica denominación.

El Estado no puede implementar un sistema electoral que coloque en mejor condición a una o unas pocas agrupaciones políticas por sobre el resto. Dentro del proceso electoral, el rol del Estado es decisivo en la regulación de los medios instrumentales previstos para canalizar la oferta electoral. En consecuencia, es dable esperar que las normas que regulan el diseño de la boleta electoral fortalezcan la calidad y transparencia de tal proceso y eviten influenciar o confundir al votante generando interferencias en el ejercicio de su derecho de seleccionar a las autoridades.

La exigencia contenida en el artículo 18, lejos de proteger la integridad, transparencia y eficiencia del proceso electoral, establece una barrera para la adhesión de boletas que, por no responder a criterios objetivos y razonables, distorsiona las condiciones de la competencia política y tergiversa la expresión de la voluntad popular.

41) Que por todo lo expuesto, corresponde declarar la inconstitucionalidad de los artículos 2º, 4º, 18 y 30 de la ley 26.855 y, por consiguiente, del decreto 577/13 en cuanto convoca a las elecciones primarias, abiertas, simultáneas y obligatorias para la elección de candidatos a consejeros para el Consejo de la Magistratura.

Asimismo, atento a lo establecido por el artículo 29 de la citada ley y a la decisión que aquí se adopta, no entrará en vigencia la modificación dispuesta en el artículo 6º, inciso 15, que requiere una mayoría absoluta del total de los miembros para decidir la apertura del procedimiento de remoción de jueces titulares, subrogantes y jubilados convocados de acuerdo al artículo 16 de la ley 24.018, formular la acusación ante el jurado de enjuiciamiento y ordenar la suspensión de magistrados. Idénticas consecuencias se proyectan sobre las demás modificaciones que la ley 26.855 introduce con relación al quórum previsto en el artículo 7º, al régimen de mayorías y a la composición de las comisiones del Consejo de la Magistratura.

42) Que, finalmente, esta resolución no puede desatender las graves consecuencias que, de modo inmediato, derivarán de ella. Esta circunstancia exige que el Tribunal, en cumplimiento de su deber constitucional de adoptar las medidas apropiadas para evitar el caos institucional o la eventual paralización de la administración de justicia, determine

claramente los efectos de su pronunciamiento. En este sentido, corresponde aclarar que en los puntos regidos por las normas declaradas inconstitucionales e inaplicables en el considerando precedente, mantendrá su vigencia el régimen anterior previsto en las leyes 24.937 y sus modificatorias 24.939 y 26.080.

43) Que más allá de las cuestiones abordadas y decididas por esta Corte en los considerandos que anteceden con particular referencia a los planteos constitucionales formulados en esta causa, cabe subrayar que el proceso electoral había sido suspendido —en la categoría de candidatos a miembros del Consejo de la Magistratura— como consecuencia de otras resoluciones dictadas por jueces federales de distintas jurisdicciones territoriales que han sido puestas en conocimiento de las autoridades competentes.

Por ello, oída la señora Procuradora General de la Nación, se rechaza el recurso extraordinario por salto de instancia y se resuelve:

I. Declarar la inconstitucionalidad de los artículos 2º, 4º, 18 y 30 de la ley 26.855, y del decreto 577/13.

II. Declarar la inaplicabilidad de las modificaciones introducidas por la ley 26.855 con relación al quórum previsto en el artículo 7º, al régimen de mayorías y a la composición de las comisiones del Consejo de la Magistratura, de conformidad con lo previsto en el artículo 29 de dicha ley.

III. Disponer que en los puntos regidos por las normas declaradas inconstitucionales e inaplicables, mantendrá su vigencia el régimen anterior previsto en las leyes 24.937 y sus modificatorias 24.939 y 26.080.

IV. Dejar sin efecto la convocatoria a elecciones para los cargos de consejeros de la magistratura representantes de los jueces de todas las instancias, de los abogados de la matrícula federal y de otras personas del ámbito académico y científico establecida en los artículos 18 y 30 de la ley 26.855 y en los artículos 1º, 2º, 3º y concordantes del decreto 577/13.

V. Aclarar que lo resuelto no implica afectación alguna del proceso electoral para los cargos de diputados y senadores nacionales establecido en el decreto 501/13.

VI. Imponer las costas a la recurrente (artículo 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Notifíquese.

RICARDO LUIS LORENZETTI – ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO – CARLOS S. FAYT – ENRIQUE S. PETRACCHI (*según su voto*)– JUAN CARLOS MAQUEDA – E. RAÚL ZAFFARONI (*en disidencia*)– CARMEN M. ARGIBAY (*según su voto*).

VOTO DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI
Y DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

1º) Que Jorge Gabriel Rizzo interpuso acción de amparo en su carácter de apoderado de la Lista 3 “Gente de Derecho” [agrupación integrada por abogados de la matrícula federal que viene participando en los procesos de elección de los representantes de ese

estamento en el Consejo de la Magistratura] con el objeto de que se declarara la inconstitucionalidad de los artículos 2, 4, 18 y 30 de la ley 26.855, y del decreto del Poder Ejecutivo N° 577/2013. Sostuvo que las citadas normas vulneraban la representación que la Constitución Nacional garantiza a los abogados en el Consejo de la Magistratura, según lo dispuesto en su artículo 114.

El Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n° 1, Secretaría Electoral, hizo lugar a la demanda y, como consecuencia, dispuso dejar sin efecto la convocatoria electoral prevista para la elección de miembros del mencionado Consejo.

2°) Que, contra dicho pronunciamiento, el Estado Nacional interpuso recurso extraordinario por salto de instancia que, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 257 ter del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, esta Corte declaró admisible por resolución del pasado 13 de junio.

3°) Que la recurrente se agravia, fundamentalmente, porque considera, por un lado, que no existe causa o controversia y que la actora carece de legitimación activa; por el otro, que la ley 26.855 constituye una legítima y razonable reglamentación del artículo 114 de la Constitución Nacional.

4°) Que, con relación al primer planteo, los agravios del apelante resultan manifiestamente infundados pues se limitan a citar, dogmáticamente, precedentes de esta Corte en materia de legitimación, y a señalar que la ley 26.855 no produce al amparista un perjuicio actual y concreto, puesto que no le impide “acceder a una postulación en alguno de los partidos políticos nacionales que sea afín a sus ideas”.

Sin embargo, estas afirmaciones no se hacen cargo del núcleo del planteo del actor, según el cual la afectación de su derecho consiste en que: a) la ley 26.855 “so pretexto de una mayor representatividad ‘democrática’ establece que quien represente ‘a los abogados de la matrícula federal’ no sea electo por sus representados, los abogados, sino por todos los habilitados a emitir sufragio”; y b) “quien aspire a ‘representar’ al segmento de los abogados de la matrícula federal, deberá (...) ser afiliado, o al menos haber acordado con un partido político su precandidatura (...) para finalmente no ‘representar’ a los abogados [sino] (...) al Partido Político que le permitió llegar a ese lugar”.

En tales condiciones, resulta que el amparista tiene un interés jurídico propio y diferente y, por ello, suficiente en la resolución de la controversia o, como lo ha sostenido esta Corte, que las normas impugnadas lo afectan de forma “suficientemente directa” o “substantial” (Fallos: 306:1125; 308:2147 y 310:606, entre otros).

5°) Que, sentado lo expuesto, corresponde determinar si las disposiciones de la ley aquí objetada respetan el artículo 114 de la Constitución Nacional, en cuanto establece, en su segundo párrafo, que: “El Consejo será integrado periódicamente de modo que se procure el equilibrio entre la representación de los órganos políticos resultantes de la elección popular, de los jueces de todas las instancias y de los abogados de la matrícula. Será integrado, asimismo, por otras personas del ámbito académico y científico, en el número y la forma que indique la ley”.

6°) Que, en primer término, es necesario recordar que la actuación de los tres poderes del Estado Nacional encuentra como límite la supremacía de la Constitución Nacional (artículos 30 y 31). En otras palabras, los poderes públicos deben actuar conforme al orde-

namiento jurídico imperativo al que se encuentran sometidos; y si no lo hacen, sus actos deben ser invalidados para proteger la vigencia de las normas fundamentales impuestas por el pueblo soberano.

Con esta finalidad, la Constitución reconoce a cada uno de los órganos gubernamentales distintas facultades que le permiten, y lo obligan, a controlar el accionar de los otros. Y es en este balance, que el Poder Judicial adquiere una función fundamental: el control de constitucionalidad de las normas y actos estatales.

En tal sentido, esta Corte ha reconocido desde antiguo, con sustento en el artículo 116 de la Ley Fundamental, *“la atribución que tienen y el deber en que se hallan los Tribunales de Justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen á su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan ó no conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición con ella, constituyendo esta atribución moderadora, uno de los fines supremos y fundamentales del poder judicial nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la Constitución, contra los abusos posibles é involuntarios de los poderes públicos”* (caso “Elortondo”, Fallos: 33:162).

Es que, como lo ha dicho el Tribunal, el control judicial de constitucionalidad procura la supremacía de la Constitución, no la del Poder Judicial, o la de la Corte, aun cuando sea precisamente ésta, configurado un caso, el intérprete final de aquélla (Fallos: 316:2940).

7°) Que el propósito que guió la incorporación del artículo 114 a la Constitución Nacional fue reformular la relación de los poderes Ejecutivo y Legislativo —que responden básicamente a la dinámica del proceso político— con el Poder Judicial, en el sentido de fortalecer su independencia, al reducir, en cierta medida, la influencia de los actores políticos.

Para alcanzar ese objetivo, la referida cláusula constitucional dispone que cuestiones tales como la selección de postulantes para acceder a la judicatura, o el procedimiento de remoción de jueces, entre otras, estarán a cargo de un Consejo de la Magistratura compuesto por diversos estamentos (órganos políticos resultantes de la elección popular, jueces y abogados de la matrícula federal, y personas del ámbito académico y científico). Al mismo tiempo establece que entre ellos debe existir un equilibrio, entendiéndose por tal la situación en que ninguno de ellos tenga por sí solo un predominio sobre los restantes.

Cabe señalar que el equilibrio mencionado no se procura solamente respecto de los miembros del Consejo sino de los sectores representados, esto es, órganos políticos resultantes de la elección popular, jueces y abogados. Por ello, para lograr este objetivo constitucional es imprescindible que, junto a los consejeros elegidos por los órganos políticos que representan al pueblo de la Nación, el cuerpo se integre con otros consejeros elegidos horizontalmente por sus pares.

Por último, con relación a la categoría de los académicos y científicos que deben integrar el Consejo, si bien no se trata de una representación en los términos antes descriptos, la participación que les acuerde la ley debe, necesariamente, respetar el mandato constitucional de procurar el equilibrio.

8°) Que, además de desprenderse sin dificultad de su texto, el mencionado propósito de la reforma constitucional fue expresamente declarado por el convencional Enrique Paixao,

en ocasión de informar el proyecto al pleno de la Convención Reformadora de 1994. En el pasaje que interesa manifestó:

*“En cuanto a la integración del Consejo de la Magistratura se ha procurado un modelo de equilibrio que garantice la transparencia en el cumplimiento de estas finalidades y el pluralismo en la integración del órgano, pero que simultáneamente no convierta al Poder Judicial de la Nación en un sistema autogestionario en el que los jueces —cuya misión es la de decidir casos concretos— puedan llegar a transformarse en la fuente de provisión de nuevos jueces. De tal manera, **se ha buscado un intermedio** en que los poderes democráticos retengan una importante injerencia en el proceso de designación de los jueces, pero en el que simultáneamente —por participación de los propios jueces en el gobierno de la magistratura y por participación de estamentos vinculados con la actividad forense u otras personas— el sistema judicial esté gobernado con pluralismo aunque sin transferir a quienes no tienen la representación popular la totalidad de los poderes propios distintos de los que le son específicamente propios del sistema judicial, que son los de dictar sentencias, esto es, resolver casos contenciosos.”* (Ministerio de Justicia - Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, op. cit., T. V, pág. 4888). [El resaltado es añadido].

De acuerdo con esos fundamentos y tras la realización de unas correcciones formales (sustitución de un punto y coma, por una coma después de “elección popular” y supresión de una coma después de “integrado” (Ministerio de Justicia - Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, op. cit., T. V, pág. 5164), la mayoría de los integrantes de la Convención (177 convencionales), aprobó el proyecto en la sesión del 1° de agosto de 1994 (Ministerio de Justicia - Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, op. cit., T. V, pág. 5166).

Del debate que, previamente, tuvo lugar merecen ser recordados algunos pasajes de la intervención del convencional Zaffaroni. Al realizar una observación con relación al texto del proyecto que luego resultó aprobado, expresó:

“Creemos que son correctas las tres primeras categorías que se señalan para sus integrantes: Jueces, representantes del Poder Legislativo y abogados. Podríamos admitir la categoría de académicos, pero si vemos los modelos originarios del Consejo de la Magistratura, observamos que, básicamente, se integran con jueces designados directamente por todos los jueces y representantes del Poder Legislativo, en proporción a los partidos políticos con representación democrática representaciones que deben recaer en académicos o en abogados con larga trayectoria”

“Lo que se propone es una institución respecto de la cual la nueva norma a incorporar al texto constitucional determina sus funciones y las categorías de sus miembros, por ejemplo, pero sin decir nada sobre la proporción en que la integrarán ni cómo será la elección.”

[...]

“Cada vez que esto se ha hecho en la historia, apareció la lucha partidista disputándose la integración del consejo de la Magistratura, que termina siendo repartido entre los partidos políticos, tal como pasó cada vez que se cedió algún espacio en Italia y como todavía sucede en España” (Ministerio de Justicia - Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, op. cit., T. V, pág. 5112).

Finalmente, corresponde destacar que en el discurso de cierre, el convencional Raúl Alfonsín leyó un texto en el que se hacía manifiesta la intención del bloque que presidía respecto de las reformas que seguidamente serían aprobadas. Dicho documento expresaba:

“ Toda norma que pueda implicar alguna limitación a la independencia del Poder Judicial, a la independencia e imparcialidad en la composición del Consejo de la Magistratura... aunque no contradiga el texto que sancionamos, debe considerarse que vulnera el espíritu de la Constitución y contradice la intención del constituyente...” (Ministerio de Justicia - Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, op. cit., T. V, págs. 5155/5156).

9º) Que, la idea de los constituyentes fue, pues, que una representación no predomine sobre las otras, es decir que no ejerza una acción hegemónica del conjunto o que no controle por sí misma al cuerpo. Es éste el único modo de preservar el sistema organizado en el artículo 114 de la Constitución para evitar la fractura del balance que la Convención de 1994 juzgó apropiado para mantener el Poder Judicial a la distancia justa de los otros dos poderes que expresan más directamente la representación democrática.

10) Que, sentada la interpretación de la cláusula constitucional, corresponde llevar a cabo el examen de compatibilidad con las disposiciones legales cuya validez ha sido puesta en cuestión.

El texto de la ley 26.855, en lo pertinente, dispone:

“ARTICULO 2º — Sustitúyese el artículo 2º de la ley 24.937 (t.o. 1999) y sus modificatorias, por el siguiente:

Artículo 2º.- Composición. El Consejo estará integrado por diecinueve (19) miembros, de acuerdo con la siguiente composición:

1. Tres (3) jueces del Poder Judicial de la Nación, elegidos por el pueblo de la Nación por medio de sufragio universal. Corresponderán dos (2) representantes a la lista que resulte ganadora por simple mayoría y uno (1) a la que resulte en segundo lugar.

2. Tres (3) representantes de los abogados de la matrícula federal, elegidos por el pueblo de la Nación por medio de sufragio universal. Corresponderán dos (2) representantes a la lista que resulte ganadora por simple mayoría y uno (1) a la que resulte en segundo lugar.

3. Seis (6) representantes de los ámbitos académico o científico, de amplia y reconocida trayectoria en alguna de las disciplinas universitarias reconocidas oficialmente, elegidos por el pueblo de la Nación por medio de sufragio universal. Corresponderán cuatro (4) representantes a la lista que resulte ganadora por simple mayoría y dos (2) a la que resulte en segundo lugar.

4. Seis (6) legisladores. A tal efecto, los presidentes de la Cámara de Senadores y de la Cámara de Diputados, a propuesta de los bloques parlamentarios de los partidos políticos, designarán tres (3) legisladores por cada una de ellas, correspondiendo dos (2) a la mayoría y uno (1) a la primera minoría.

5. Un (1) representante del Poder Ejecutivo.

Los miembros del Consejo prestarán juramento en el acto de su incorporación de desempeñar debidamente el cargo por ante el presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Por cada miembro titular se elegirá un suplente, mediante igual procedimiento, para reemplazarlo en caso de renuncia, remoción o fallecimiento...

ARTICULO 4° — *Incorpórase como artículo 3° bis de la ley 24.937 (t.o. 1999) y sus modificatorias, el siguiente:*

Artículo 3° bis.- Procedimiento. Para elegir a los consejeros de la magistratura representantes del ámbito académico y científico, de los jueces y de los abogados de la matrícula federal, las elecciones se realizarán en forma conjunta y simultánea con las elecciones nacionales en las cuales se elija presidente. La elección será por una lista de precandidatos postulados por agrupaciones políticas nacionales que postulen fórmulas de precandidatos presidenciales, mediante elecciones primarias abiertas, simultáneas y obligatorias. No podrán constituirse agrupaciones políticas al único efecto de postular candidaturas al Consejo de la Magistratura. No podrán oficializarse candidaturas a más de un cargo y por más de una agrupación política.

Las precandidaturas y, en su caso, candidaturas, a consejeros de la magistratura integrarán una única lista con cuatro (4) representantes titulares y dos (2) suplentes de los académicos, dos (2) representantes titulares y un (1) suplente de los jueces y dos (2) representantes titulares y un (1) suplente de los abogados de la matrícula federal. La lista conformará un cuerpo de boleta que irá adherida a la derecha de las candidaturas legislativas de la agrupación por la que son postulados, que a este efecto manifestará la voluntad de adhesión a través de la autorización expresa del apoderado nacional ante el juzgado federal electoral de la Capital Federal. Tanto el registro de candidatos como el pedido de oficialización de listas de candidatos a consejeros del Consejo de la Magistratura se realizará ante esa misma sede judicial.

Se aplicarán para la elección de integrantes del Consejo de la Magistratura, del ámbito académico y científico, de los jueces y de los abogados de la matrícula federal, las normas del Código Electoral Nacional, las leyes 23.298, 26.215, 24.012 y 26.571, en todo aquello que no esté previsto en la presente ley y no se oponga a la misma...

ARTICULO 18. — *Sustitúyese el artículo 33 de la ley 24.937 (t.o. 1999) y sus modificatorias, por el siguiente:*

Artículo 33.- Elecciones. El acto eleccionario de los integrantes del Consejo de la Magistratura previsto en el artículo 3° bis de la presente, se celebrará de manera conjunta y simultánea con las elecciones nacionales para cargos legislativos, en la primera oportunidad de aplicación de esta ley. Los integrantes del Consejo de la Magistratura que resulten electos mediante este procedimiento durarán excepcionalmente dos (2) años en sus cargos y se incorporarán al cuerpo sin perjuicio de la permanencia de quienes ejerzan mandato vigente, en cuyo caso la cantidad total de miembros podrá excepcionalmente exceder el número de 19 consejeros.

La oficialización de listas de candidatos a consejeros del Consejo de la Magistratura para las elecciones primarias, abiertas, simultáneas y obligatorias, y para las elecciones generales, podrá hacerse en esta oportunidad, por cualquier partido, confederación o alianza de orden nacional. A los fines de la adhesión de los cuerpos de boleta de la categoría de consejeros del Consejo de la Magistratura con la de legisladores nacionales en cada distrito, se requiere la comprobación de la existencia de que en al menos 18 de los 24 distritos, la mencionada adhesión se realiza exclusivamente con agrupaciones de idéntica denominación. En el resto de los distritos, podrá adherirse mediando vínculo jurídico entre las categorías de las listas oficializadas. La adhesión de los cuerpos de boleta del resto de las categorías podrá realizarse mediando vínculo jurídico...

ARTICULO 29. — Las modificaciones al régimen de mayorías previsto en la presente ley, así como la nueva composición de las comisiones, entrarán en vigor una vez que se haga efectiva la modificación de la integración del cuerpo prevista en el artículo 2°, de acuerdo con el mecanismo electoral establecido en los artículos 3° bis y concordantes.

ARTICULO 30. — La promulgación de la presente ley importa la convocatoria a elecciones primarias, abiertas, simultáneas y obligatorias para la elección de candidatos a Consejero de la Magistratura por los estamentos previstos en el artículo 3° bis de la misma, debiéndose adaptar el cumplimiento de las etapas electorales esenciales al calendario en curso...”.

11) Que la nueva integración establecida en el texto de la ley 26.855 no se adecua al estándar constitucional. En efecto, el equilibrio que ordena procurar el artículo 114 queda derechamente suprimido cuando, en un cuerpo integrado por diecinueve (19) miembros doce (12) de ellos (representantes de jueces, abogados y académicos) son electos directamente por el pueblo, otros seis (6) son legisladores nacionales que también han sido elegidos en forma directa mediante sufragio popular (artículos 45 y 54 de la Constitución), y el restante es nombrado por el Poder Ejecutivo, cuyo titular tiene el mismo origen (artículo 94).

Cabe reiterar lo expresado en el sentido de que el carácter de abogado o de juez de un miembro del Consejo de la Magistratura no basta para conferirle la representación de sus pares. La real representación de un sector no reside necesariamente en las calidades —abogado o juez— que debe ostentar el representante, sino en el señorío de la voluntad del representado para designar a sus mandantes. Ello solo puede lograrse si los miembros del Consejo pertenecientes a tales estamentos son elegidos horizontalmente por sus pares.

12) Que, el sistema creado por la ley, en tanto otorga al cuerpo electoral —directa o indirectamente— la elección de todos los integrantes del Consejo de la Magistratura, hace imposible el equilibrio diseñado en el artículo 114 de la Constitución Nacional, puesto que elimina la diversidad de representaciones y deja subsistente tan solo una de ellas.

13) Que, no altera esta conclusión la circunstancia de que el régimen impugnado ponga en juego un procedimiento de elección popular, con el declarado objeto de profundizar el estado democrático.

Contrariamente a lo sugerido por la apelante, no afecta el principio de soberanía popular, que aquélla apoya en el artículo 22 de la Constitución Nacional, la circunstancia de que algunos de los integrantes del Consejo de la Magistratura no sean elegidos mediante el voto directo del pueblo de la Nación.

En efecto, la forma de gobierno representativa y republicana adoptada por la Constitución Nacional (artículo 1°) consiste en la coexistencia de autoridades elegidas directamente por el pueblo, y otras que son designadas a través de sus representantes, sin su participación directa (por ejemplo, el Defensor del Pueblo, artículo 86 CN, el Jefe de Gabinete de Ministros, artículo 99, inc. 7, CN, y la Auditoría General de la Nación, artículo 85 CN).

De todas las democracias posibles, la única que pueden profundizar los poderes constituidos es la organizada por la Constitución Nacional sobre la base de las autoridades por ella creadas y ninguna otra. Éste es el recto sentido de su artículo 22. Por lo tanto dicha cláusula no da pie para alterar la composición y el modo de elección de una de las autoridades del Gobierno Federal, como el Consejo de la Magistratura.

Lo anterior no implica afirmar que esté vedado al pueblo de la Nación reformar la Constitución Nacional; pero, para ello, debe sujetarse a los procedimientos previstos por el artículo 30 de la Constitución Nacional.

14) Que el declarado propósito de la ley 26.855 de ampliar la base democrática de la elección de los miembros del cuerpo respecto de aquellos que no surgen directamente del sufragio universal, se contrapone frontalmente con la voluntad popular expresada en la Convención Constituyente de dejar atrás un esquema semejante, que había regido hasta 1994, en el que los órganos políticos (Legislativo y Ejecutivo) monopolizaban las decisiones que actualmente son competencia del Consejo de la Magistratura.

En suma, el cumplimiento de la citada finalidad legal importaría vaciar de contenido la decisión plasmada en el artículo 114 de la Constitución Nacional.

15) Que, en razón de lo expuesto, corresponde declarar la inconstitucionalidad de los artículos 2, 4, 18 y 30 de la ley 26.855.

De tal modo, a fin de restablecer el derecho de la agrupación actora a que la representación del estamento de los abogados en el Consejo de la Magistratura se realice con arreglo a lo dispuesto en el citado artículo 114, corresponde dejar sin efecto la convocatoria a elecciones para los cargos de consejeros representantes de los jueces de todas las instancias, de los abogados de la matrícula federal y de otras personas del ámbito académico y científico establecida en los artículos 18 y 30 de la ley 26.855, y por los artículos 1, 2, 3 y concordantes del decreto 577/2013, sin que ello implique afectar el proceso electoral para los cargos de diputados y senadores nacionales establecido en el decreto 501/2013.

16) Que, asimismo, atento a lo establecido por el artículo 29 de la citada ley, cabe resolver que no entrarán en vigencia las modificaciones al régimen de mayorías ni la nueva composición de las Comisiones que ella dispone. Esta decisión se inscribe en la doctrina del Tribunal según la cual, la Corte ha de delimitar el alcance de la inconstitucionalidad que tenga el deber de declarar, sin sustituir la voluntad del legislador, y asegurar así, máximamente, la vigencia de todo el resto de la ley (doctrina de Fallos: 214:177).

Por ello, oída la señora Procuradora General de la Nación, se rechaza el recurso extraordinario por salto de instancia y se resuelve:

I. Declarar la inconstitucionalidad de los artículos 2º, 4º, 18 y 30 de la ley 26.855, y del decreto 577/13.

II. Declarar la inaplicabilidad de las modificaciones introducidas por la ley 26.855 con relación al quórum previsto en el artículo 7º, al régimen de mayorías y a la composición de las comisiones del Consejo de la Magistratura, de conformidad con lo previsto en el artículo 29 de dicha ley.

III. Disponer que en los puntos regidos por las normas declaradas inconstitucionales e inaplicables, mantendrá su vigencia el régimen anterior previsto en las leyes 24.937 y sus modificatorias 24.939 y 26.080.

IV. Dejar sin efecto la convocatoria a elecciones para los cargos de consejeros de la magistratura representantes de los jueces de todas las instancias, de los abogados de la matrícula federal y de otras personas del ámbito académico y científico establecida en los artículos 18 y 30 de la ley 26.855 y en los artículos 1º, 2º, 3º y concordantes del decreto 577/13.

V. Aclarar que lo resuelto no implica afectación alguna del proceso electoral para los cargos de diputados y senadores nacionales establecido en el decreto 501/13.

VI. Imponer las costas a la recurrente (artículo 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Notifíquese.

ENRIQUE S. PETRACCHI – CARMEN M. ARGIBAY.

DISIDENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON E. RAÚL ZAFFARONI

Considerando:

1°) Que en cuanto a los antecedentes del caso y a la naturaleza de las cuestiones constitucionales cuyo examen se promueve en el recurso extraordinario, corresponde dar por reproducida la descripción efectuada en el dictamen de la señora Procuradora General de la Nación (parágrafos I y II).

2°) Que con particular referencia al planteo concerniente a la ausencia de legitimación activa, el agravio del Estado Nacional es inadmisibles por los fundamentos desarrollados en el considerando 4° del voto mayoritario del Tribunal. Iguales razones de economía llevan a dar por reproducido lo dicho en el voto de la mayoría (cons. 3°) para rechazar el planteo del recurrente que hace pie en la inadmisibilidad de la vía del amparo.

3°) La cuestión constitucional planteada respecto de la ley 26.855, se centra en dos aspectos: la elección popular y el incremento de los escaños correspondientes a los académicos y científicos, que la sentencia que llega a la Corte considera violatorios de las disposiciones del artículo 114 de la Constitución Nacional. Se impone, pues, comenzar por esclarecer el contenido de esa disposición constitucional, introducida en la reforma de 1994.

4°) La citada reforma constitucional se caracterizó por perfilar instituciones sin acabar su estructura. En ocasiones se tiene la impresión de que simplemente marcó trazos gruesos, que se limitaron a esbozar órganos y competencias, muy lejos de la precisión necesaria para delinear una ingeniería institucional. Esta característica puede observarse con claridad, entre otros casos, con respecto a la regulación de los decretos de necesidad y urgencia, a la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires y también en lo que hace al Consejo de la Magistratura.

En alguna medida pareciera ser resultado del afán de hallar fórmulas de compromiso, práctica bastante común en el ámbito legislativo, aunque también ha pesado la premura con que se trabajaron los temas en la Asamblea, una vez obtenido el principal objetivo político de su momento histórico.

En todos los casos —y en el del Consejo de la Magistratura en particular— se argumentó que una mayor precisión constitucional padecería de un supuesto defecto de *reglamentarismo*, discurso en que se confundía lo que hubiese debido ser una cuidadosa estructuración constitucional con la reglamentación legal. De este modo, la reforma se apartó de la tradición constitucional argentina, puesta de manifiesto en la forma precisa, clara y meticulosa, con que el texto original de 1853 estructura las atribuciones y las Cámaras del Poder Legislativo.

Esta característica se tradujo —como se observó en su momento por alguna minoría— en una transferencia de poder constituyente al poder constituido, dado que el defecto de estructuración, en todos los casos citados y en otros más, debió salvarse mediante leyes del Congreso de la Nación, dificultosamente sancionadas e incluso alguna de casi imposible sanción.

En el propio seno de la Asamblea de Santa Fe se advirtió reiteradamente el riesgo que se corría con esta novedosa modalidad constitucional, puesto que es inevitable que la política coyuntural ocupe los huecos estructurales que deja abiertos el texto constitucional, con las soluciones que le dicte la circunstancia de poder de cada momento, no por corrupción y ni siquiera por razones contrarias a la ética, sino por la simple dinámica esencialmente competitiva de la actividad política, que irremisiblemente mueve a ocupar todos los espacios de poder que se le ofrecen en cada ocasión.

5°) En la reforma constitucional de 1994 se introdujo la institución del Consejo de la Magistratura, asignándole la función de *administración* del Poder Judicial. Se corrió el gravísimo riesgo de introducir una institución novedosa sin estructurarla. Se argumentó de modo exactamente contrario al indicado por el buen sentido, afirmando que precisamente la novedad aconsejaba dejarla a medio hacer, para que la ley infraconstitucional la fuese definiendo conforme a lo que indicase la experiencia, cuando en realidad era previsible que ésta la terminase de estructurar conforme a los espacios del juego de poder de cada coyuntura política, lo que hacía previsible un futuro incierto y complicado.

6°) De ese modo, el texto constitucional delegó la tarea de finalizar la estructuración del Consejo de la Magistratura en una *ley especial sancionada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara*. En esta línea, tampoco se definió su integración, pues el texto incorporado se limita a indicar los estamentos que deben estar representados, sin señalar número ni proporciones, dado que solo impone que *se procure el equilibrio*.

Es claro que *equilibrio* no es sinónimo de *igualdad* y ni siquiera *procurar* es lo mismo que *deber*. *Deber procurar* significa que se debe hacer un esfuerzo en pos del equilibrio, pero nada más. Si bien suponemos que por razones de supuesta elegancia se ahorró el gerundio, con esa fórmula solo se exige un esfuerzo por parte del legislador ordinario, lo que éste hará en mayor o en menor medida, según los intereses coyunturales en pugna, conforme a la experiencia generalizada de la ya mencionada dinámica competitiva de la política.

7°) En el seno de la asamblea reformadora se presentaron proyectos por las minorías que proponían fórmulas más acabadas y una estructuración razonable, conforme a los modelos del derecho constitucional comparado, en particular el de la Constitución de la República Italiana. No obstante, la mayoría optó por el texto vigente, con alguna modificación casi de detalle, pero sin admitir ninguna precisión.

Los defectos de estructuración se advirtieron en el propio seno de la asamblea reformadora, tanto en la discusión en comisión como en el pleno y, por desgracia, sus consecuencias se verificaron ampliamente con el correr de los años.

En efecto: una institución novedosa, tomada del derecho constitucional comparado, pero separándose de sus modelos originales en forma híbrida y con defectuosa estructuración, dio lugar a que en menos de veinte años fuese objeto de tres reformas regulatorias dispares y profundas.

A esto se suma que, en los últimos años, su deterioro funcional llegó hasta el límite de la paralización, como bien lo señala el dictamen de la señora Procuradora General, con las consecuentes dificultades de orden institucional, en particular la imposibilidad de designación de jueces para cubrir las numerosas vacantes que se han ido produciendo y que hacen que una buena parte de la magistratura federal se halle a cargo de jueces subrogantes.

8°) En la Asamblea Reformadora se insistió en forma especial en la necesidad de consagrar en el texto la forma de elección de los representantes de los diferentes estamentos.

Los convencionales constituyentes tuvieron en sus manos proyectos que precisaban la forma de elección, pero prefirieron omitir tales precisiones, afirmando que el texto era suficientemente claro. Incluso hubo legisladores del propio sector mayoritario de la Asamblea que propusieron en Comisión que se lo consagrara, pero en definitiva el texto no lo hizo, pese a que en el debate y también en alguna obra escrita sobre el tema en la época se recordaron los antecedentes extranjeros que habían distorsionado la institución.

Entre éstos sobresalía el caso español con la famosa *enmienda Bandrés* de 1985, que aprovechando la delegación legislativa del constituyente español (artículo 122 de la Constitución), asignó al Parlamento la nominación de los consejeros jueces, separándose del modelo de la Constitución de la República Italiana, que fue la principal fuente de inspiración en el derecho comparado —incluso española— a partir de la posguerra.

9°) El texto vigente prescribe la *representación de los órganos políticos resultantes de la elección popular, de los jueces de todas las instancias y de los abogados de la matrícula federal*. Con esta redacción dejó abierta la integración con representación del Poder Ejecutivo. También deja abierta la posibilidad de que la elección de los representantes de los jueces pueda tener lugar por instancias, o sea, respetando la estructura corporativa vertical, con menor representación de los más numerosos y jóvenes, que son los de primera instancia.

Pero más aún, sigue el propio texto estableciendo displicentemente que *será integrado, asimismo, por otras personas del ámbito académico y científico, en el número y forma que indique la ley*. Es decir, que la ley puede incorporar a otros miembros del Consejo, en forma y número discrecional, respecto de los cuales —y dado que lo dispone después de un punto— puede entenderse que ni siquiera rige la obligación de esforzarse por el *equilibrio* y, por supuesto, tampoco marca ningún criterio para su número y elección.

10) Como era de esperar y, tal como lo advirtió alguna minoría en el momento de la sanción en 1994, la tercera reforma que sufre legislativamente esta institución, ante el silencio de la Constitución acerca de la forma de elección de los representantes de jueces y abogados, siguiendo en parte el ejemplo de la *enmienda Bandrés* española, decide que éstos no sean electos por sus pares, aunque, a diferencia del mal ejemplo español, convoca a la ciudadanía para su elección popular directa.

La *enmienda Bandrés* fue criticada al tiempo de la reforma en algún libro que circuló entre los diputados y fue citada en la Asamblea Reformadora en varias ocasiones, como ejemplo entonces más reciente de un peligroso antecedente que era menester tomar en cuenta para estructurar la institución en la fórmula constitucional, pues tuvo como resultado que a partir de ella los dos grandes partidos españoles se repartiesen la nominación de los jueces consejeros.

La citada *enmienda Bandrés* —de la que el propio diputado Bandrés parece haberse arrepentido varios años después— tuvo el efecto de convertir parcialmente al Consejo español en una casi comisión del Congreso, en algunos casos incluso con dificultades para obtener los acuerdos que hicieran mayoría, obstaculizando su integración. La solución legislativa de la tercera reforma que sufre la integración del Consejo argentino, al menos, otorga esa atribución directamente a la ciudadanía.

11) Es claro que la ley sancionada por el Congreso Nacional no se filtra por los *resquicios del texto*, sino que penetra por las enormes brechas que éste dejó abiertas a la ley infraconstitucional.

Esto plantea un serio problema de conciencia y de autocontrol en el ejercicio de la jurisdicción constitucional. No es ahora el momento de remendar una oportunidad perdida, o sea, la de abrir juicio acerca de la mejor integración y regulación del Consejo de la Magistratura, sino la de determinar si las disposiciones de la ley son constitucionales.

Si bien en todos los casos el ejercicio del control de constitucionalidad de las leyes debe ser ejercido con la máxima prudencia —tal como lo ha señalado esta Corte en múltiples oportunidades—, en el presente caso debe extremarse el cuidado en razón de que es muy fácil el desplazamiento que lleve a confundir las propias convicciones con lo que prescribe la Constitución. En esta oportunidad, quizá más que en muchas otras, debe tenerse muy presente que la declaración de inconstitucionalidad solo procede cuando ésta sea manifiesta y no ante cualquier duda.

La ley en cuestión toca directamente a la estructura judicial, sobre la cual —como es natural—, cada magistrado tiene sus propias ideas, sin duda todas respetables pero seguramente muy dispares: es posible que haya casi tantos modelos de estructuración del Consejo de la Magistratura como magistrados.

En algunos casos esas opiniones han sido vertidas públicamente —e incluso en el seno de la propia Asamblea de Santa Fe— y son claramente dispares del criterio adoptado por la ley en cuestión.

Por consiguiente, el caso exige un extremo esfuerzo de prudencia para separar con meticuloso cuidado la opinión o convicción personal acerca de la composición y elección del Consejo de la Magistratura, de la pregunta acerca de la constitucionalidad de la ley en cuestión. De lo contrario, se excederían los límites del poder de control de constitucionalidad, para pasar a decidir en el campo que el texto dejó abierto a la decisión legislativa, solo por ser ésta contraria a las propias convicciones acerca de la integración y elección de los miembros del Consejo.

No se trata de una tarea sencilla, pues —como se dijo— existen íntimas y profundas convicciones al respecto en cada magistrado. Quizá sea uno de los casos más difíciles de decidir, justamente por esta razón, lo que demanda un esfuerzo extraordinario, no ya para evitar la tentación de hacer valer las propias convicciones —lo que ningún magistrado responsable haría— sino para lograr que estas convicciones no jueguen desde el inconsciente en la decisión que se adopte, por vía de un mecanismo de racionalización.

12) Por desgracia —y a veces por suerte—, como en alguna ocasión dijo Radbruch, la ley es como un navío que el legislador despide desde el muelle y al que ya no puede controlar, navega solo, con las virtudes y defectos del texto. Y el artículo 114 de la Constitución

Nacional navega solo, con sus enormes carencias estructurales, con su delegación de poder constituyente en el legislador ordinario y con su parquedad, sus oscuridades y su hibridez.

Nada importan en esta hora las advertencias de los constituyentes de la minoría a los que la mayoría no escuchó con la debida atención en su momento; como tampoco importa mucho lo que dijeron los de la mayoría, porque no lo escribieron en el texto sancionado.

Todos quedamos en el muelle, podemos recriminarnos y hasta llorar, pero a lo largo de dos décadas el texto y la institución fueron navegando con múltiples accidentes, chocando con escollos y arrecifes y casi naufragando, hasta el punto de la parálisis que obliga a una reestructuración urgente, pues de lo contrario se acrecentarán las dificultades institucionales que el marasmo en que ha caído la institución ya viene produciendo.

13) No es cuestión de invocar la *voluntad del constituyente*, como siempre que se apela a la famosa *voluntad del legislador*.

Si se trata de la voluntad del legislador histórico, real, en el caso se trató de una Asamblea que después de obtener su principal propósito político coyuntural trabajó con premura y displicencia para concluir su tarea, hasta el punto de perder un inciso en el momento de su culminación, sin que faltase tampoco la producción artificial de un escandaloso tumulto para interrumpirla durante el debate sobre la incorporación del inciso 22 del artículo 75.

Si, por el contrario, se apela a la imagen de un legislador imaginario, abstracto, nos acercamos demasiado a la invocación del *espíritu*, que no suele ser más que el cabo con que los del muelle intentan vanamente alcanzar a la nave.

Los datos históricos parlamentarios y de proyectistas pueden reforzar los argumentos acerca del sentido de un texto, pero ningún *espíritu* puede limitarlo más allá de su propia resistencia semántica. No vale invocar en vano a Montesquieu, olvidando que fue el primer gran sociólogo del derecho.

14) Interpretar la *representación* en el puro sentido del contrato de mandato del derecho privado es una tentativa de salvar lo que el texto no ha salvado. El argumento contrario corre con la ventaja de que la representación estamentaria en la Constitución Nacional es una excepción, en tanto que la regla republicana es la representación popular. Abunda a este respecto el dictamen de la señora Procuradora General y, por cierto, cualquiera sea la opinión personal acerca de la elección de los consejeros, cabe reconocer que el argumento es jurídicamente fuerte.

El juego entre una interpretación traída del derecho privado y que acota el espacio del legislador como representante del pueblo soberano, y el primer principio básico del derecho público en que éste se afirma, hace que, por lo menos, no se pueda sostener con éxito la existencia de una inconstitucionalidad manifiesta, como lo sería si la ley —al igual que la enmienda española de 1985— asignase la nominación al Congreso de la Nación.

Nada inhibe a cada magistrado de su incuestionable derecho democrático a disentir con el modelo de elección establecido por la ley y a postular otro diferente, pero ese debate necesario ante la parálisis de una institución indispensable para el funcionamiento del Poder Judicial de la Nación, no tiene nada que ver con una inconstitucionalidad manifiesta.

Es perfectamente posible que la elección por listas y por partidos políticos genere dificultades, pero también las ha generado la elección estamentaria, cuyas consecuencias están a la vista.

Puede ser que esta nueva estructura esté condenada al fracaso, pero más allá de las convicciones personales —que no son del caso expresar, aunque pueden rastrearse en los antecedentes de la propia Asamblea Reformadora y en publicaciones de la época—, considerando el texto tal como fue incluido en la Constitución, no se le puede negar al legislador el espacio para ensayar una estructura diferente ante una crisis, apelando para ello a una interpretación limitadora procedente del derecho privado. Es factible incluso que se trate de un nuevo error político, pero no todo error político es una inconstitucionalidad manifiesta.

15) En lo que hace a la medición del esfuerzo por lograr el *equilibrio* que prescribe la Constitución, lo cierto es que el aumento de número de los consejeros académicos y científicos tampoco es claro que lo destruye, pues aun imaginando que actuaran en forma de *bloque*, no dominarían el Consejo. La presunción de eventuales alianzas internas no pasa de ser una posibilidad, que de darse sería en el peor de los casos pareja a las coyunturas de la actual estructura, que prácticamente han paralizado sus principales actividades.

Al igual que respecto de la forma de elección y en previsión de hipotéticas alianzas de sectores, no puede afirmarse a este respecto que se ha violado el nebuloso mandato de *procurar el equilibrio*. Es posible que sea deseable un esfuerzo mayor, pero la medida de éste es un juicio de valor propio del campo de la política, cuya dinámica es siempre muy poco previsible.

16) En cuanto a la independencia de los consejeros y su reflejo sobre la independencia judicial, devenida de la necesidad de que los candidatos sean postulados por los partidos políticos, cabe observar que el concepto de *independencia* es doble: la hay externa, pero también interna, dependiendo la última de que el poder disciplinario, en materia de responsabilidad política y de presión interna del Poder Judicial, no sea ejercido por los órganos de mayor instancia, que es la esencia del concepto de *corporación o verticalización*. Esta independencia es la que en el derecho constitucional comparado trata de garantizarse mediante un órgano separado, que sería el Consejo de la Magistratura.

En cuanto a la independencia externa, o sea, de los partidos políticos y de los poderes fácticos, que es la que se cuestiona en la causa solo respecto de los partidos, no es posible obviar que es inevitable que cada persona tenga una cosmovisión que la acerque o la aleje de una u otra de las corrientes de pensamiento que en cada coyuntura disputan poder. No se concibe una persona sin ideología, sin una visión del mundo.

En realidad, cuando se piensa en el modelo original del derecho constitucional comparado, especialmente el italiano —que ha sido el más exitoso—, se espera que los jueces elegidos por ellos mismos configuren grupos —se ha hablado de *partidos de jueces*—, según su ideología, aunque al margen de las estructuras partidarias, pero, no obstante, sería inevitable la vinculación con éstas.

No hay forma de evitar esta identificación, como no sea pretender que existe lo que es inconcebible, o sea, personas sin ideología. Esto se ha puesto claramente de manifiesto en el curso de los años en que ha funcionado, con una u otra estructura, el Consejo de la Magistratura apenas delineado por el artículo 114 de la Constitución Nacional.

En definitiva, se trata de un problema humano insuperable: estamos lanzados al mundo con significados y dentro de ellos elegimos existencialmente.

La independencia externa del Poder Judicial nunca se ha sostenido que sea afectada porque los jueces sean nombrados y removidos por órganos de los otros poderes, integrados conforme a partidos políticos. El juez —y en este caso el consejero— una vez designado es independiente de todo partido y no está sujeto a sus órdenes ni mandatos. Si alguno se somete a esta condición, esto no será resultado de la elección, sino de su propia falla ética, al igual que sucede con los jueces, si acaso alguno se considera vinculado o sometido a la fuerza política que incidió en su nombramiento. Nada hay de vergonzante en que un juez exprese sus preferencias; más aún, esto evita que pueda oscilar sin sanción pública, siendo una condición de la exigencia de mínima coherencia y de prevención de conductas erráticas.

Dado que nadie existe sin ideología, cabe concluir que la única garantía de imparcialidad humanamente exigible es el pluralismo ideológico interno, donde cada uno sepa cómo piensa el otro y le exija coherencia en cada caso, para lo cual es menester que nadie oculte lo que piensa.

No cabe duda que todo funcionario, del poder que sea, pero más del Judicial, habrá de recibir sugerencias de cualquier índole y con mayor o menor intensidad. Esto es inevitable en cualquier estructura, pero es propio del profesionalismo de los magistrados poder decidir conforme a su conciencia y a su saber. En este sentido, puede considerarse que hasta el momento ha sido ejemplar la conducta de la amplia mayoría de la magistratura argentina, y no cabe pensar que esta conducta tradicional se altere en el futuro.

En cuanto a las contradicciones con otra legislación vigente, no cabe considerarla tal, pues se trata de leyes de igual jerarquía normativa y, por ende, una sana interpretación permite que se consideren derogadas o excepcionadas las disposiciones incompatibles.

17) Por último —y al margen del tema central tratado—, se hace necesario poner de manifiesto que con independencia de lo decidido por esta Corte en esta causa respecto de los presentes planteos de inconstitucionalidad, el proceso electoral en cuanto a la categoría de candidatos a miembros del Consejo de la Magistratura, se encuentra suspendido por efecto de otras decisiones judiciales federales de distinta competencia, que han sido puestas en conocimiento de las autoridades. Por consiguiente, el tribunal decide en esta causa por imperio de ley, pero cabe advertir que en virtud de disposiciones procesales y de la elección de las vías de impugnación y que a la fecha no han llegado a conocimiento de esta Corte, se produce una extraña circunstancia que lleva a resolver una cuestión que bien podría considerarse como materialmente abstracta.

Por ello, y de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora General en cuanto al fondo de la cuestión planteada, se hace lugar al recurso extraordinario por salto de instancia presentado por el Estado Nacional y se resuelve revocar la sentencia apelada.

E. RAÚL ZAFFARONI.



DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA

“CONSUMIDORES ARGENTINOS” (FALLOS: 333:633)

Se declaró la inconstitucionalidad del decreto 558/02 que modificó la ley de entidades de seguros la Corte sostuvo que los decretos de necesidad y urgencia fueron establecidos para atenuar el presidencialismo y que, por lo tanto, su uso por parte del Poder Ejecutivo debe ser limitado.

Consideraron los jueces que el texto de la Constitución Nacional no habilita a elegir discrecionalmente entre la sanción de una ley o la imposición más rápida de ciertos contenidos materiales por medio de un decreto.

La sentencia contó con un voto conjunto de los jueces LORENZETTI, FAYT y ZAFFARONI, más los votos individuales de los jueces HIGHTON DE NOLASCO, MAQUEDA, ARGIBAY y PETRACCHI.

Principales ejes temáticos del fallo

» Cabe confirmar la sentencia que hizo lugar a la acción de amparo promovida con el objeto de que se declare la inconstitucionalidad del decreto de necesidad y urgencia 558/02 -que introdujo modificaciones a la ley 20.091 de entidades de seguros y su control-, pues dichas reformas incorporadas por el Poder Ejecutivo no traducen una decisión de tipo coyuntural destinada a paliar una supuesta situación excepcional en el sector, sino que, por el contrario, revisten el carácter de normas permanentes modificatorias de leyes del Congreso Nacional (Voto de los jueces Lorenzetti, Fayt y Zaffaroni).

» Si la Corte, en ejercicio de la facultad de control ante el dictado por el Congreso de leyes de emergencia, ha verificado desde el precedente “Ercolano” (Fallos:136:161) la concurrencia de una genuina situación de emergencia que imponga al Estado el deber de amparar los intereses vitales de la comunidad -esto es, corroborar que la declaración del legislador encuentre debido sustento en la realidad-, con mayor razón debe ejercer idéntica evaluación respecto de la circunstancias de excepción cuando ellas son invocadas unilateralmente por el Presidente de la Nación para ejercer facultades legisferantes que por regla constitucional no le pertenecen (arts. 44 y 99, inciso 3º, párrafo 2º, de la Constitución Nacional) (Voto de los jueces Lorenzetti, Fayt y Zaffaroni).

» Cabe confirmar la sentencia que hizo lugar a la acción de amparo promovida con el objeto de que se declare la inconstitucionalidad del decreto de necesidad y urgencia 558/02 -que introdujo modificaciones a la ley 20.091 (de entidades de seguros y su control)-, pues no es posible concluir en que en el caso se tornaba necesaria la adopción de medidas inmediatas, al no haberse demostrado el riesgo existente en el sector, que no sólo afectase a las entidades aseguradoras sino que, en atención al interés general que la

Enlaces destacados

» Ver más

- › Reseña
- › Versión Word

» Doctrina del fallo

actividad involucra, pudiera repercutir en el universo de los asegurados y en el resto de la sociedad (Voto de la jueza Highton de Nolasco).

» En nuestro sistema constitucional el Congreso Nacional es el único órgano titular de la función legislativa, por lo cual los actos emanados del Poder Ejecutivo Nacional en ejercicio de las facultades conferidas en el artículo 99 inc. 3º de la Constitución Nacional sólo pueden identificarse con una ley a partir de su ratificación por aquél, pues desde ese momento, y no antes, existe la voluntad legislativa plasmada en una norma (Voto del juez Maqueda).

» Cualquier disposición de carácter legislativo emitida por el Poder Ejecutivo debe reputarse prima facie inconstitucional, presunción ésta que sólo puede ser abatida por quien demuestre que se han reunido las condiciones para aplicar la única excepción admitida en la Constitución a la prohibición contenida en el art. 99, inc. 3º de dicho texto (Voto de la jueza Argibay).

» El decreto 558/02 -que introdujo modificaciones a la ley Nº 20.091 de Entidades de Seguros y su control- está viciado de nulidad absoluta e insanable, pues fue dictado con anterioridad a la ley 26.122 que como ley especial exigía la Constitución Nacional, ya que la vía establecida en el art. 99, inc.3º de la Ley Suprema preveía que el Congreso sancionara una “ley especial” que hiciera operativo el articulado, sin que correspondiese discutir las bondades del criterio elegido, frente a lo cual el Tribunal sólo debía atender a su significado y a sus consecuencias, y hasta no sancionarse la ley reclamada no podía cumplirse con la “subetapa” legislativa prevista por aquélla, lo que determinaba la imposibilidad de recurrir a los medios de excepción que son los decretos de necesidad y urgencia (Voto del juez Petracchi).

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 19 de mayo de 2010

Vistos los autos: “Consumidores Argentinos c/ EN – PEN – Dto. 558/02-SS – ley 20.091 s/ amparo ley 16.986”.

Considerando:

1º) Que “Consumidores Argentinos, Asociación para la Defensa, Educación e Información del Consumidor”, promovió acción de amparo, en los términos del art. 43 de la Constitución Nacional y de la ley 16.986, contra el Poder Ejecutivo Nacional, con el objeto de que se declare la inconstitucionalidad del decreto de necesidad y urgencia 558/02, en cuanto modifica en forma sustancial la ley 20.091 de entidades de seguros y su control; y “lesiona, restringe, altera y amenaza con arbitrariedad e ilegitimidad manifiesta los derechos y garantías contemplados en la Constitución Nacional”, en concreto los previstos en sus arts. 17, 18, 42, 75, inciso 12, y 109. Puso de resalto, por un lado, que el art. 1º del decreto 558/02 incorporó, a continuación del último párrafo del art. 29 de la ley 20.091, la posibilidad de que las aseguradoras, ante una situación de iliquidez transitoria, realicen y constituyan deuda subordinada a los privilegios generales y especiales derivados de los contratos de seguro; y por otro lado, que el art. 2º del decreto im-

pugnado sustituyó el art. 31 de la ley por la disposición que establece cesiones de cartera sin la exigencia de la publicidad, la exclusión de activos de la aseguradora, la imposibilidad de iniciar actos de ejecución forzada sobre los activos excluidos y de trabarse medidas cautelares sobre dichos activos. En el plano sustancial, tales modificaciones, según su criterio, provocan, concretamente, las siguientes alteraciones: (i) privan de ejercer el derecho de oposición fundada en un caso de transferencia de cartera y, en consecuencia, atentan contra el art. 42 de la Constitución Nacional, (ii) permiten la exclusión de activos de la aseguradora sin dar ninguna noticia a los asegurados, en violación al derecho de propiedad (art. 17 de la Constitución Nacional), (iii) restringen el ejercicio del derecho a ejecutar al deudor en sus activos por deudas impagas con afectación del derecho de propiedad (art. 17 de la Constitución Nacional), (iv) limitan la traba de medidas cautelares sobre los bienes del deudor e imponen a los jueces la obligación de ordenar el levantamiento de las medidas trabadas sobre los bienes excluidos por voluntad de las empresas aseguradoras, en violación a los derechos de propiedad y de igualdad, al debido proceso y al principio de división de poderes (arts. 17, 18 y 109 de la Constitución Nacional), (v) eliminan la autorización judicial para solicitar la anulación de actos ineficaces y permitir la exclusión de los activos aun cuando exista un estado de insolvencia, atentando contra los derechos de propiedad y de igualdad, del debido proceso y del principio de división de poderes (arts. 17, 18 y 109 de la Constitución Nacional), (vi) limitan el derecho de los acreedores de la aseguradora respecto de los bienes excluidos de su patrimonio, lo cual es violatorio de los derechos de propiedad, de igualdad y de la garantía del debido proceso. Respecto de la índole de la disposición normativa utilizada por el Poder Ejecutivo Nacional para introducir las modificaciones controvertidas, sostuvo que no se hallaban configurados los recaudos que habilitan el ejercicio de la potestad para dictar decretos de necesidad y urgencia. Más que urgencia —dijo—, hubo “lisa y llanamente la intención del Poder Ejecutivo Nacional de brindar un ‘salvataje’ al sector empresario del seguro más comprometido en su situación patrimonial” (fs. 6 vta.).

2º) Que la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, al confirmar la sentencia del juez de primera instancia, hizo lugar a la demanda. En su decisión sostuvo que no basta que la situación sea de emergencia, sino que debe haber una circunstancia excepcional en grado tal de hacer imposible el trámite legislativo, y que en el caso, si bien se había dado lo primero, no se cumplía con lo segundo, toda vez que el Congreso Nacional se encontraba en sesiones. Asimismo, señaló que el decreto contiene normas de regulación permanente, modificatorias de leyes del Congreso Nacional, las que traducen un apartamiento de los derechos reconocidos por los arts. 14, 17, 18 y 42 de la Constitución Nacional.

3º) Que contra esa decisión, el demandado dedujo recurso extraordinario (fs. 211/225, replicado a fs. 228/ 229), que fue concedido (fs. 233). Los agravios han sido adecuadamente reseñados en el punto II del dictamen de la señora Procuradora Fiscal, al que cabe remitir para evitar repeticiones innecesarias.

4º) Que el remedio federal es admisible, toda vez que se halla en tela de juicio el alcance, la interpretación y la validez constitucional de un decreto del Poder Ejecutivo Nacional —de inequívoca naturaleza federal—, a la luz del art. 99, inciso 3º, de la Ley Fundamental (art. 14, incisos 1º y 3º, de la ley 48).

5º) Que en cuanto a la constitucionalidad de este tipo de decretos resulta de suma trascendencia fijar los requisitos que se deben cumplir a los efectos de considerarlos válidamente emitidos.

A tal fin es necesario recordar los propósitos que guiaron a los convencionales constituyentes de 1994 al resolver incorporar a la Constitución Nacional en forma expresa la facultad que se analiza.

El dato relevante para la decisión fue la sistemática extralimitación del ejercicio de tal facultad por parte de los titulares del Poder Ejecutivo. Si bien es cierto que la Constitución formal no receptaba norma alguna en tal sentido, la realidad institucional mostraba aquella tendencia y su consecuencia natural, que no era otra que el debilitamiento del sistema republicano democrático. Por tal razón, y con la convicción de que el ejercicio legítimo del poder y la plena vigencia de las instituciones requieren la optimización del accionar político mediante la incorporación de reglas de estructura y funcionamiento que garanticen la transparencia, la celeridad y la eficacia, los convencionales constituyentes consideraron conveniente reglar en forma explícita aquella facultad, sustentando tal decisión en la necesidad de introducir parámetros de interpretación restrictiva y que se adecuen a las normas, valores y principios del sistema constitucional argentino (Debate Parlamentario de la ley 24.309 de Declaración de la necesidad de la reforma —Diario de Sesiones, Cámara de Diputados de la Nación— diciembre 21 y 22 de 1993 —págs. 4093/4110—).

En tal sentido, la reforma constitucional enunció entre sus objetivos el de “atenuar el presidencialismo”, al mismo tiempo que consignó la necesidad de “modernizar y fortalecer el Congreso” y “fortalecer los mecanismos de control”, todo ello directamente relacionado con el fin de “perfeccionar el equilibrio de poderes”. La metodología a la que se acudió fue la de incorporar ciertas facultades excepcionales de los poderes constituidos, con el fundamento de que aquéllo significaba la institucionalización de los mecanismos de control a los que se los sometía.

En el debate constituyente, el convencional García Lema, en oportunidad de referirse a aspectos de la reforma constitucional, manifestó que “los contenidos del Núcleo de Coincidencias Básicas responden, al igual que la habilitación de los temas que están incluidos en el artículo 3º de la ley declarativa, a ciertas finalidades, a ciertas ideas fuerza, que constituyen los grandes objetivos de la presente reforma. La primera es sin duda la necesidad de obtener una consolidación y perfeccionamiento del sistema democrático (...) La segunda gran idea fuerza es generar un nuevo equilibrio en el funcionamiento de los tres órganos clásicos del poder del Estado —el Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial—; y a ella responden, a su vez, la atenuación del régimen presidencialista, el fortalecimiento del rol del Congreso, la mayor independencia del Poder Judicial” (Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente, Santa FeParaná, 1994, Secretaría Parlamentaria, Tomo II, págs. 2210/2211).

En línea con los conceptos de que da cuenta el párrafo anterior, el convencional Paixao señaló que “(...) dos realidades de nuestra historia institucional justifican por sí solas —en forma suficiente— la reforma de la Constitución Nacional (...) Se trata de dos realidades que encarnan dos formas distintas de concentración del poder en nuestra Constitución histórica y en la vida institucional de esa Constitución (...) Una de ellas está vinculada con la concentración de poder en el Poder Ejecutivo nacional (...)”. Por ello, continuó dicen-

do, el conjunto de reformas “(...) significa asumir como hecho que la actual etapa histórica de la Argentina no es la etapa del hiper presidencialismo al servicio de la organización nacional, sino la de una descentralización del poder que posibilite un avance armónico y por consenso de la mayor cantidad posible de integrantes de la sociedad política...” (“Diario de Sesiones...”, op. cit., Tomo II, págs. 2211/2212).

Por su parte, el convencional Alfonsín sostuvo que la intención del constituyente fue la de “(...) atenuar el presidencialismo y desconcentrar las facultades del Presidente”; y que al sancionar estas reformas buscó “(...) evitar la degradación de la democracia y de las instituciones que ponía en peligro nuestra República (...)”. Agregó, refiriéndose a la concentración de poder en el Ejecutivo, que “(...) Dicha concentración de poder distorsiona la representatividad y el sistema de separación de poderes, y debilita el control de la validez y legitimidad de las acciones del Ejecutivo por parte de los otros poderes del Estado...” (Convención Nacional Constituyente, 1994, Ministerio de Justicia de la Nación, Tomo V, págs. 5155/5156).

6º) Que la interpretación de la Constitución Nacional, en cuanto regula los decretos de necesidad y urgencia, debe ajustarse a los principios del estado constitucional.

Ello es así porque los constituyentes decidieron sujetarse a unos principios fundamentales para convivir en sociedad, pensados para que sean perdurables e inmunes a las tentaciones de cambiarlos frente a las previsibles mudanzas de opinión. Este común sentir se edifica sobre algunas bases que deben ser aceptables para quienes están distanciados por una controversia particular, que lo serán en los conflictos subsiguientes cuando cambien sus posiciones de poderío o debilidad y que serán aplicadas por las generaciones futuras porque se habrán transformado en una práctica constitucional consolidada.

7º) Que el principio que organiza el funcionamiento del estatuto del poder es la división de funciones y el control recíproco, esquema que no ha sido modificado por la reforma constitucional de 1994. Así, el Congreso Nacional tiene la función legislativa, el Poder Ejecutivo dispone del reglamento y el Poder Judicial dicta sentencias, con la eminente atribución de ejercer el control de constitucionalidad de las normas jurídicas. Desde esta perspectiva, no puede sostenerse, en modo alguno, que el Poder Ejecutivo puede sustituir libremente la actividad del Congreso o que no se halla sujeto al control judicial.

8º) Que todo lo aquí expuesto no permite albergar dudas en cuanto a que la Convención reformadora de 1994 pretendió atenuar el sistema presidencialista, fortaleciendo el rol del Congreso y la mayor independencia del Poder Judicial (confr. en igual sentido “Verrocchi”, Fallos: 322:1726, y sus citas). De manera que es ese el espíritu que deberá guiar a los tribunales de justicia tanto al determinar los alcances que corresponde asignar a las previsiones del art. 99, inciso 3º, de la Constitución Nacional, como al revisar su efectivo cumplimiento por parte del Poder Ejecutivo Nacional en ocasión de dictar un decreto de necesidad y urgencia.

9º) Que, en este orden de ideas, es menester señalar que en el referido art. 99, inciso 3º, se establece que el Poder Ejecutivo sólo podrá emitir disposiciones de carácter legislativo “...cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos”. Estos decretos “...

serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros”.

A continuación, en el último párrafo, la norma constitucional regula exigencias formales para la comunicación del decreto que se hubiera emitido a una Comisión Bicameral Permanente del Congreso, y para su tratamiento en ambas cámaras. Allí se establece que “...el Jefe de Gabinete de ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara. Esta comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras. Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso”.

En el mismo sentido el art. 100, inciso 13, dispone que corresponde al Jefe de Gabinete “Refrendar conjuntamente con los demás ministros los decretos de necesidad y urgencia (...)”; y establece que aquel funcionario “(...) someterá personalmente y dentro de los diez días de su sanción estos decretos a consideración de la Comisión Bicameral Permanente”.

10) Que el texto transcrito es elocuente y las palabras escogidas en su redacción no dejan lugar a dudas de que la admisión del ejercicio de facultades legislativas por parte del Poder Ejecutivo se hace bajo condiciones de rigurosa excepcionalidad y con sujeción a exigencias formales, que constituyen una limitación y no una ampliación de la práctica seguida en el país (“Verrocchi”). Así, para el ejercicio válido de esta facultad de excepción, el constituyente exige —además de la debida consideración por parte del Poder Legislativo— que la norma no regule materia penal, tributaria, electoral o del régimen de los partidos políticos, y que exista un estado de necesidad y urgencia.

11) Que en lo que respecta a la existencia de un estado de necesidad y urgencia, es atribución de este Tribunal evaluar, en este caso concreto, el presupuesto fáctico que justificaría la adopción de decretos que reúnan tan excepcionales presupuestos.

Si esta Corte, en ejercicio de esa facultad de control ante el dictado por el Congreso de leyes de emergencia, ha verificado desde el precedente de Fallos: 136:161 (“Ercolano”) la concurrencia de una genuina situación de emergencia que imponga al Estado el deber de amparar los intereses vitales de la comunidad —esto es, corroborar que la declaración del legislador encuentre “debido sustento en la realidad”— (Fallos: 172:21 —“Avico”—; 243:449 —“Nadur”—; 313:1638 —“Videla Cuello”—; 330:855 —“Rinaldi”—, entre muchos otros) con mayor razón debe ejercer idéntica evaluación respecto de las circunstancias de excepción cuando ellas son invocadas unilateralmente por el Presidente de la Nación para ejercer facultades legisferantes que por regla constitucional no le pertenecen (arts. 44 y 99, inciso 3º, párrafo 2º, de la Constitución Nacional).

En este aspecto, no puede dejar de advertirse que el constituyente de 1994 explicitó en el art. 99, inc. 3º, del texto constitucional estándares judicialmente verificables respecto de las situaciones que deben concurrir para habilitar el dictado de disposiciones legislativas por parte del Presidente de la Nación. El Poder Judicial deberá entonces evaluar si las circunstancias invocadas son excepcionales, o si aparecen como manifiestamente inexistentes o irrazonables; en estos casos, la facultad ejercida carecerá del sustento fáctico constitucional que lo legitima.

12) Que, por lo demás, corresponde aclarar que la previsión en el texto constitucional de pautas susceptibles de ser determinadas y precisadas en cada caso concreto autoriza al Poder Judicial a verificar la compatibilidad entre los decretos dictados por el Poder Ejecutivo y la Constitución Nacional, sin que ello signifique efectuar una valoración que reemplace a aquella que corresponde al órgano que es el competente en la materia o invada facultades propias de otras autoridades de la Nación.

En ese sentido, ha afirmado esta Corte desde siempre que es un principio fundamental de nuestro sistema político la división del gobierno en tres altos poderes políticos independientes y soberanos en su esfera, pero siempre respetando las atribuciones de cada uno de ellos (“Criminal c/ Ríos, Ramón y otro”; Fallos: 1:32); específicamente referido a las atribuciones del Poder Judicial, el senador Zapata, miembro informante en el Senado de la Nación del proyecto de ley de organización de la justicia federal, antecedente de la ley 27, sostenía en 1857 que el poder de los jueces federales “emana del derecho que tienen de fundar sus fallos en la Constitución con preferencia a las leyes o, en otros términos, de no aplicar las leyes que les parezcan inconstitucionales, y de juzgar también la constitucionalidad de los actos gubernativos (...) Este inmenso poder público que a primera vista y en tesis general podría parecer muy alarmante y peligroso, no lo es en realidad desde que se tenga en cuenta que los jueces federales se han de mover siempre dentro de la órbita en que está encerrado todo Poder Judicial” (Cámara de Diputados de la Nación, *El Poder Legislativo de la Nación Argentina* por Carlos Alberto Silva, Tomo VI, pág. 97).

13) Que una vez admitida la atribución de este Tribunal de evaluar el presupuesto fáctico que justificaría la adopción de decretos que reúnan tan excepcionales características, cabe descartar de plano, como inequívoca premisa, los criterios de mera conveniencia del Poder Ejecutivo que, por ser siempre ajenos a circunstancias extremas de necesidad, no justifican nunca la decisión de su titular de imponer un derecho excepcional a la Nación en circunstancias que no lo son. El texto de la Constitución Nacional no habilita a elegir discrecionalmente entre la sanción de una ley o la imposición más rápida de ciertos contenidos materiales por medio de un decreto.

En el precedente “Verrocchi”, esta Corte resolvió que para que el Presidente de la Nación pueda ejercer legítimamente las excepcionales facultades legislativas que, en principio, le son ajenas, es necesaria la concurrencia de alguna de estas dos circunstancias: 1) que sea imposible dictar la ley mediante el trámite ordinario previsto por la Constitución, vale decir, que las cámaras del Congreso no puedan reunirse por circunstancias de fuerza mayor que lo impidan, como ocurriría en el caso de acciones bélicas o desastres naturales que impidiesen su reunión o el traslado de los legisladores a la Capital Federal; o 2) que la situación que requiere solución legislativa sea de una urgencia tal que deba ser solucionada inmediatamente, en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de las leyes (considerando 9°).

14) Que este caso se refiere a un decreto dictado con anterioridad a la creación de la Comisión Bicameral Permanente a la que hace referencia el art. 99, inciso 3°, de la Ley Fundamental que, por la materia que aborda —de naturaleza comercial— no trata de una de las prohibidas por el texto constitucional.

Que a los efectos de evaluar en el sub examine la existencia de un estado de necesidad y urgencia, mediante el decreto 558/02 el Poder Ejecutivo —como ya se indicó— intro-

dujo diversas modificaciones a las previsiones de la ley 20.091. En concreto, incorporó un último párrafo al artículo 29 de esa ley, por el cual se faculta a la Superintendencia de Seguros de la Nación a eximir a las aseguradoras de la prohibición del inciso 'g' de ese mismo precepto legal ante situaciones de iliquidez transitoria (art. 1º); sustituyó los textos de los arts. 31 y 86, inciso 'a', de la ley (arts. 2º y 3º); e incorporó un último párrafo al art. 33 de aquélla (art. 4º).

En la motivación del decreto, el Poder Ejecutivo sostuvo que la ley 25.561 había modificado sustancialmente el "(...) escenario económico del país, que incluye al mercado del seguro, de gran implicancia en las economías individuales, de la producción, de las personas y de la seguridad social" (considerando 1º); y que las medidas derivadas de la referida ley habían afectado "(...) significativamente a la operatoria que desarrollan las entidades aseguradoras"; de modo que resultaba "(...) perentorio e impostergradable" dictar normas que permitieran a la Superintendencia de Seguros de la Nación, como organismo de control de la actividad, "(...) manejar distintas alternativas de regularización y saneamiento del mercado, en resguardo de los intereses de los asegurados" (considerando 2º). Al mismo tiempo, tras tener en cuenta "(...) el impacto de las últimas medidas económicas dictadas", consideró "(...) procedente habilitar a las compañías para que puedan recurrir al crédito en situaciones de iliquidez" y autorizarlas "(...) bajo determinadas condiciones a recurrir al crédito subordinado a los privilegios de los asegurados" (considerando 3º). Asimismo, señaló que resultaba necesario reforzar las facultades y atribuciones del mencionado organismo de control para "(...) posibilitar su eficaz y oportuna intervención en los procesos de reestructuración de entidades de seguros" (considerando 4º).

Empero, en cuanto aquí más interesa, el Poder Ejecutivo destacó que "(...) la crítica situación de emergencia económica y financiera por la que atraviesa el país, en la que se desenvuelve el mercado asegurador, configura una circunstancia excepcional que hace imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la CONSTITUCIÓN NACIONAL para la sanción de las leyes, resultando de toda urgencia y necesidad el dictado del presente decreto" (considerando 5º), a cuyo fin invocó "(...) las atribuciones conferidas por el art. 99, inciso 3º", del texto constitucional (considerando 7º).

Por lo demás, cabe señalar que las modificaciones introducidas por el Poder Ejecutivo a la ley 20.091 no traducen una decisión de tipo coyuntural destinada a paliar una supuesta situación excepcional en el sector, sino que, por el contrario, revisten el carácter de normas permanentes modificatorias de leyes del Congreso Nacional.

En estas condiciones, cabe concluir en la invalidez del decreto cuestionado en el sub lite, por cuanto no han existido las circunstancias fácticas que el art. 99, inciso 3º, de la Constitución Nacional describe con rigor de vocabulario (conf. "Verrocchi", considerando 10).

Por ello, y lo concordemente dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se declara admisible el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada. Con costas. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

RICARDO LUIS LORENZETTI – ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO (*según su voto*) – CARLOS S. FAYT – ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI (*según su voto*) – JUAN CARLOS MAQUEDA (*según su voto*) – E. RAÚL ZAFFARONI – CARMEN M. ARGIBAY (*según su voto*).

VOTO DE LA SEÑORA VICEPRESIDENTA DOCTORA DOÑA ELENA I. HIGHTON
DE NOLASCO

Considerando:

Que la infrascripta concuerda con los considerandos 1° a 13 del voto que encabeza este pronunciamiento, que se dan íntegramente por reproducidos.

14) Que en este caso el decreto cuestionado —de naturaleza comercial— no aborda una de las materias expresamente prohibidas por el texto constitucional.

Por otra parte, la norma cuestionada fue dictada con anterioridad a la creación de la Comisión Bicameral Permanente a la que hace referencia el art. 99, inciso 3°, de la Constitución Nacional. *Esta circunstancia, habilita a este Tribunal —ante la inexistencia del debido control legislativo exigido por la Ley Fundamental—, a evaluar el presupuesto fáctico —la configuración de un estado de necesidad y urgencia— que justificaría la adopción de decretos que reúnan tan excepcionales presupuestos.*

15) Que, en el marco de este análisis y a los efectos de evaluar en el sub examine la existencia de un estado de necesidad y urgencia, mediante el decreto 558/02 el Poder Ejecutivo —como ya se indicó— introdujo diversas modificaciones a las previsiones de la ley 20.091. En concreto, incorporó un último párrafo al art. 29 de esa ley, por el cual se faculta a la Superintendencia de Seguros de la Nación a eximir a las aseguradoras de la prohibición del inciso g de ese mismo precepto legal ante situaciones de iliquidez transitoria (art. 1); sustituyó los textos de los arts. 31 y 86 inciso a, de la ley (arts. 2 y 3); e incorporó un último párrafo al artículo 33 de aquella (art. 4). En la motivación del decreto, el Poder Ejecutivo sostuvo que la ley 25.561 había modificado sustancialmente el “(...) escenario económico del país”, que incluye al mercado del seguro, de gran implicancia en las economías individuales, de la producción, de las personas y de la seguridad social”; y que las medidas derivadas de la referida ley habían afectado “(...) significativamente” a la operatoria de las entidades aseguradoras de modo que resultaba “perentorio e impostergable” dictar normas que permitieran a la Superintendencia de Seguros de la Nación, como organismo de control de la actividad, “(...) manejar distintas alternativas de regularización y saneamiento del mercado, en resguardo de los intereses de los asegurados”. Al mismo tiempo, tras tener en cuenta “(...) el impacto de las últimas medidas económicas dictadas” consideró “(...) procedente habilitar a las compañías a que puedan recurrir al crédito en situaciones de iliquidez”; y autorizarlas “(...) bajo determinadas condiciones a recurrir al crédito subordinado a los privilegios de los asegurados”. Asimismo, señaló que resultaba necesario reforzar las facultades y atribuciones del mencionado organismo de control para “(...) posibilitar su eficacia y oportuna intervención en los procesos de reestructuración de entidades de seguros”.

16) Que el decreto 558/02 fue dictado en el contexto de acontecimientos políticos, sociales y económicos que dieron lugar a una de las crisis más agudas en la historia contemporánea de nuestro país, hecho público y notorio cuya gravedad fue reconocida por el Tribunal en reiterados pronunciamientos (Fallos: 328:690 “Galli”; 330:855 “Rinaldi”; y 330:5345 “Longobardi”, entre otros).

Sin embargo, las presentaciones efectuadas por el Estado Nacional en el curso del proceso no aportan ningún elemento que permita al Tribunal llegar a la convicción de que el

complejo contexto económico general en el que fue dictado el precepto impugnado haya afectado al sector asegurador de forma tal que exigiera, a los efectos de salvaguardar los intereses generales de la sociedad, un reordenamiento y regularización que no pudiera ser implementado por los cauces ordinarios que la Constitución prevé. Máxime si se repara en que el decreto examinado contiene disposiciones de regulación permanente sobre la actividad mencionada —materia propia del poder de policía que ejerce el legislador— cuya aplicación excedería a la situación de emergencia en la que se pretende justificar su dictado.

En este contexto, no es posible concluir en que en el caso se tornaba necesaria la adopción de medidas inmediatas, pues no se ha demostrado el riesgo existente en el sector, que no sólo afectase a las entidades aseguradoras sino que, en atención al interés general que la actividad involucra, pudiera repercutir en el universo de los asegurados y en el resto de la sociedad.

Por tales razones, no cabe tener por configurada en el sub examine —tal como lo postuló el decreto impugnado en sus considerandos— la existencia de las circunstancias fácticas que el art. 99, inciso 3°, de la Constitución Nacional describe con rigor de vocabulario (conf. doctrina de la causa “Verrocchi” antes citada, considerando 10), circunstancia que pone de manifiesto la invalidez constitucional del decreto impugnado.

Por ello, y concordemente con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se declara admisible el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada. Con costas. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO.

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON JUAN CARLOS MAQUEDA

Considerando:

Que el infrascripto concuerda con los considerandos 1° a 13 del voto que encabeza este pronunciamiento, que se dan íntegramente por reproducidos.

14) Que en este caso el decreto cuestionado fue dictado con anterioridad a la creación de la Comisión Bicameral Permanente a la que hace referencia el art. 99, inciso 3°, de la Constitución Nacional, sin que existan constancias o manifestaciones del recurrente, durante el curso del proceso, de que ese acto haya sido ratificado por el Poder Legislativo.

En nuestro sistema constitucional el Congreso Nacional es el único órgano titular de la función legislativa. Por lo tanto, no cabe sino concluir en que los actos emanados del Poder Ejecutivo Nacional en ejercicio de las facultades conferidas en la disposición aludida sólo pueden identificarse con una ley a partir de su ratificación por aquél, pues es desde ese momento, y no antes, que existe la voluntad legislativa plasmada en una norma (arg. Fallos: 331:1927 “Caligiuri”, disidencia del juez Maqueda).

En consecuencia, la ausencia en el sub examine de una intervención legislativa que permita inferir la voluntad del Congreso Nacional de ratificar o derogar el decreto 558/02, resulta suficiente para determinar su invalidez constitucional. Ello es así, pues no se encuentra cumplida una de las condiciones que resultan exigibles para admitir la legalidad del ejercicio de la excepcional atribución concedida al Poder Ejecutivo, para el caso de decretos

dictados con anterioridad a la creación de la Comisión Bicameral Permanente regulados en el art. 99, inciso 3°, de la Constitución Nacional (Fallos: 331:1927, cit.).

15) Que, sin perjuicio de ello, cabe advertir que el decreto aquí examinado tampoco supera un test de validez constitucional fundado en el examen de la concurrencia de razones de necesidad y urgencia. Al respecto, creo oportuno reiterar que fue intención de los convencionales constituyentes al sancionar la reforma constitucional fijar rigurosos límites al Poder Ejecutivo en materia de decretos de necesidad y urgencia, con el objeto de establecer frenos formales al voluntarismo presidencial imperante en la materia con anterioridad al año 1994.

En este sentido, resulta oportuno citar nuevamente la opinión del miembro informante por la mayoría, convencional García Lema, que con el objeto de justificar la decisión adoptada en la materia, sostuvo que “(...) Correspondió entonces discernir si era conveniente que los decretos de necesidad y urgencia se mantuviesen como una práctica paraconstitucional, reconocida por sectores importantes de la doctrina y de la jurisprudencia o si debían ser reglamentados en la propia Constitución. Se optó por esta segunda solución porque parece lógico que aun las cuestiones que ofrecen dificultades para su tratamiento constitucional, sean previstas en la ley fundamental pese a los conflictos que se generen...”.

Agregó dicho convencional que “(...) La ventaja principal de reglamentar los decretos de necesidad y urgencia en la Constitución es que permite delinearlos sujetos a determinados procedimientos que importarán profundas modificaciones respecto de las prácticas anteriores. Así la necesidad de que el presidente de la Nación deba dictarlos en acuerdo general de ministros; que el jefe de gabinete además de suscribir ese decreto deba exponerlo personalmente ante la Comisión Bicameral de control que se creará en esta materia; que luego la comisión tenga un tiempo también abreviado de diez días para expedirse y que la cuestión sea sometida a los plenarios de las Cámaras para que decidan expresamente sobre ella parecen mecanismos que innovan profundamente sobre las mencionadas prácticas anteriores...” (“Diario de Sesiones...”, op. cit., Tomo II págs. 2217/2218).

A su vez, el convencional Ortiz Pellegrini al analizar el texto propuesto para la reglamentación de los decretos de necesidad y urgencia, manifestó que “(...) En la etapa procedimental podemos distinguir dos subetapas: la ejecutiva y la legislativa (...). En esta etapa legislativa el diseño constitucional nos coloca en el marco del Poder Legislativo que... [con remisión expresa al artículo 82 de la Constitución Nacional] tiene obligación de expresarse. En todos los casos ha sido prohibida la sanción ficta o tácita. La primera es el silencio y, la otra, la expresión por otros medios. Esto reviste una enorme trascendencia para el derecho constitucional argentino. No podrá haber más decretos con el silencio del Congreso, que deberá hablar, decir y expresarse, según la Constitución, con lo cual derogamos para siempre la triste doctrina sentada en el caso Peralta, que le dio valor positivo al silencio como expresión del Congreso. No hay más silencio del Congreso que pueda interpretarse como consentimiento al Poder Ejecutivo... El caso Peralta ha fenecido, ha muerto. Y, en este sentido, no dudo de que prestamos un enorme servicio a la Argentina y al funcionamiento democrático de mi país. De modo que existe una etapa ejecutiva, en donde se decide el dictado del decreto de necesidad y urgencia y tiene ejecutoriedad. Existe una etapa legislativa porque el Congreso debe, necesariamente, aprobarlo o revocarlo. Si falta la segunda etapa que quede claro que el decreto será nulo de nulidad absoluta. Concluyo diciendo que la

Corte Suprema de Justicia de la Nación podrá ejercer el control jurisdiccional en los requisitos sustantivos que mencioné recién; en el procedimiento, valga la tautología, de la etapa procedimental para ver si se han cumplido todos los requisitos. Si falta alguno, la pena será la nulidad...” (“Diario de Sesiones...”, op. cit., Tomo II págs. 2451/2453).

16) Que es por ello evidente que el texto del art. 99, inciso 3º, de la Constitución Nacional ha establecido, como principio general, que el Presidente tiene prohibido dictar normas de sustancia legislativa. En consecuencia, la regla que gobierna todo lo relacionado con los decretos de necesidad y urgencia es que están prohibidos “bajo pena de nulidad absoluta e insanable”. Dicho principio sólo podrá ceder, según el propio texto constitucional, frente a una circunstancia excepcional que hiciera “imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución para la sanción de las leyes”.

En este punto, no es ocioso reiterar que el texto constitucional no habilita a concluir en que la necesidad y urgencia a la que hace referencia el inciso 3º del art. 99 sea la necesidad y urgencia del Poder Ejecutivo en imponer su agenda, habitualmente de origen político circunstancial, sustituyendo al Congreso de la Nación en el ejercicio de la actividad legislativa que le es propia.

Aún así, la realidad de la praxis constitucional muestra que el Poder Ejecutivo no se siente condicionado por la norma suprema, ni por principios tales como la división de poderes, la forma republicana de gobierno, la distribución de competencias y los controles inter órganos, entre otros (Fallos: 331:1927 cit.).

17) Que debe reiterarse que es al Poder Judicial a quien incumbe en cada caso concreto puesto a su consideración ponderar si existe verdaderamente un estado de necesidad y urgencia que habilite el ejercicio de las facultades legislativas extraordinarias atribuidas al Presidente de la Nación. Esta responsabilidad implica ejercer una facultad fiscalizadora de modo claro y rotundo respecto de la preexistencia de la situación invocada por el Poder Ejecutivo, cuya resistencia a reconocer tal atribución ha sido históricamente rechazada por la más calificada doctrina.

Así, la competencia para controlar jurídicamente las circunstancias que motivan este tipo de decreto ya había sido sostenida por Hans Kelsen, quien aseguraba que “el control de su constitucionalidad es bastante importante pues toda violación de la Constitución significa, a este respecto, una alteración a la línea que divide a las esferas del gobierno y del Parlamento, tan importante políticamente. Mientras más estrictas son las condiciones en que la Constitución los autoriza, más grande es el peligro de una aplicación inconstitucional de estas disposiciones, y tanto más necesario un control jurisdiccional de su regularidad. La experiencia enseña, en efecto, que donde quiera en que la Constitución autoriza tales reglamentos, su constitucionalidad es siempre, con o sin razón, apasionadamente discutida” (*La garantía jurisdiccional de la Constitución*, págs. 61/62, Edición de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2001).

En el mismo sentido autorizada doctrina constitucional argentina ha afirmado la posibilidad de efectuar una valoración judicial respecto de las razones de necesidad y urgencia que alega el Poder Ejecutivo al dictar un decreto invocando las facultades del art. 99, inciso 3º, de la Constitución Nacional. Germán Bidart Campos ha señalado que las excepciones contempladas en el artículo citado “...han de recibir una interpretación

sumamente estricta para no desvirtuar el principio general prohibitivo. Ello nos da pie, a la vez, para afianzar la necesidad de que los controles políticos y el control judicial de constitucionalidad no se inhiban sino que, al contrario, se ejerzan en plenitud e intensamente, a efecto de que las excepciones no se utilicen para burlar las prohibiciones...” (*Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Tomo IIB, pág. 213). Agrega que la justicia debe diagnosticar con objetividad y buena fe cuando se producen las circunstancias excepcionales que tornan imposible seguir el trámite ordinario de sanción de las leyes (*Manual de la Constitución reformada*, Tomo III, pág. 254). También Miguel Ángel Ekmekdjian, en su *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo V, pág. 97, advierte que la retracción del control del Poder Judicial respecto de los decretos de necesidad y urgencia habilita al Poder Ejecutivo a dictar por decreto el Código Civil, el Código de Comercio o las leyes laborales ante la probable pasividad del Congreso. Alberto Spota, por su parte, afirma que reconocer la atribución que la Constitución otorga a los tribunales federales para juzgar la validez de los decretos de necesidad y urgencia es una expresión del principio de supremacía constitucional (“*La Corte Suprema de Justicia de la Nación como parte del poder político del Estado*”, La Ley, 1990B, 979).

18) Que, a los efectos de evaluar en el sub examine la existencia de un estado de necesidad y urgencia, procede recordar que el decreto 558/02 fue dictado en el contexto de acontecimientos políticos, sociales y económicos que dieron lugar a una de las crisis más agudas en la historia contemporánea de nuestro país, hecho público y notorio cuya gravedad fue reconocida por el Tribunal en reiterados pronunciamientos (Fallos: 328:690 “Galli”; 330:855 “Rinaldi” y 330:5345 “Longobardi”, entre otros). Sin embargo, las presentaciones efectuadas por el Estado Nacional en el curso del proceso no aportan ningún elemento que permita al Tribunal llegar a la convicción de que el complejo contexto económico general en el que fue dictado el precepto impugnado haya afectado al sector asegurador de forma tal que exigiera, a los efectos de salvaguardar los intereses generales de la sociedad, un reordenamiento y regularización que no pudiera ser implementado por los cauces ordinarios que la Constitución prevé. Máxime si se repara en que el decreto examinado contiene disposiciones de regulación permanente sobre la actividad mencionada —materia propia del poder de policía que ejerce el legislador— cuya aplicación excedería a la situación de emergencia en la que se pretende justificar su dictado.

En este contexto, no es posible concluir en que en el caso fuera necesaria la adopción de medidas inmediatas pues más allá de la situación particular de cada empresa aseguradora, no se advierte cuál era el riesgo existente en el sector que pudiera comprometer el interés general y repercutiera en el universo de los asegurados y el resto de la sociedad.

Por tales razones, no cabe tener por configurada en el sub examine —tal como lo postuló el decreto impugnado— la existencia de las circunstancias fácticas que el art. 99, inciso 3°, de la Constitución Nacional describe con rigor de vocabulario (Fallos: 322:1726 cit.).

19) Que todo lo hasta aquí expuesto pone de manifiesto la invalidez constitucional del decreto 558/02 en tanto no constituye —por ausencia de ratificación del Congreso— un acto complejo en el que concurren la voluntad del Poder Ejecutivo con la del Poder Legislativo (confr. Fallos: 331:1927 cit.), circunstancia a la que cabe agregar la ausencia de la situación excepcional de necesidad y urgencia que prescribió el constituyente de 1994.

Por ello, y concordemente con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se declara admisible el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada. Con costas. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

JUAN CARLOS MAQUEDA.

VOTO DE LA SEÑORA MINISTRA DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

Que la infrascripta concuerda con los considerandos 1° a 10 del voto que encabeza este pronunciamiento, que se dan íntegramente por reproducidos.

11) Como ya lo he expresado al expedirme en el precedente “Massa” (Fallos: 329:5913), el art. 99, inciso 3°, segundo párrafo, de la Constitución Nacional, establece la siguiente prohibición general: “El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo”. El Presidente, por ser el funcionario que desempeña el Poder Ejecutivo (art. 87 Constitución Nacional) está especialmente alcanzado por esta prohibición.

Por lo tanto, cualquier disposición de carácter legislativo emitida por el Poder Ejecutivo debe reputarse *prima facie* inconstitucional, presunción ésta que sólo puede ser abatida por quien demuestre que se han reunido las condiciones para aplicar la única excepción admitida en la Constitución a la prohibición general antes sentada, a saber, la descripta en los párrafos tercero y cuarto del art. 99, inciso 3°, de la Constitución Nacional, ya transcriptos en el considerando 9° del presente fallo.

12) De acuerdo con los propios términos del decreto 558/2002, resulta inequívoco que se trata de una disposición de carácter legislativo, lo cual por otro lado es patente si se tiene en cuenta que introdujo modificaciones permanentes a las reglas establecidas por la ley n° 20.091, denominada “Ley de Entidades de Seguros y su Control”.

Ahora bien, en el presente caso y luego del dictado del decreto impugnado no tuvo lugar nada similar al procedimiento legislativo previsto en el tercer párrafo del art. 99.3 de la Constitución Nacional y, por lo tanto, no hubo pronunciamiento oportuno por parte de las Cámaras del Congreso.

Respecto a esto último, no se me escapa que por la época del decreto 558/02, el Congreso no había dictado ninguna disposición organizando el funcionamiento de la Comisión Bicameral mencionada en el art. 99.3 de la Constitución, situación que se mantuvo hasta que en el año 2006 entró en vigencia la ley 26.122. Tengo también presente la opinión según la cual esta demora del Congreso habría habilitado al Presidente para dictar decretos de necesidad y urgencia sin seguir el procedimiento constitucional, pues lo contrario implicaría acordar a uno de los poderes (el legislativo) la posibilidad de bloquear indefinidamente el ejercicio de una atribución que es propia de otro poder (el ejecutivo) (Fallos: 320:2851 “Rodríguez”, considerando 13 y Fallos: 322:1726, “Verrocchi”, disidencia de los jueces Nazareno, Moliné O’ Connor y López, especialmente considerandos 8° y 9°).

Dada la aceptación que ha ganado este argumento, diré brevemente por qué creo que no es plausible.

13) Ante la ausencia de la ley reglamentaria mencionada en el art. 99.3 de la Constitución, dos estándares distintos pueden adoptarse como base para juzgar sobre la validez de las disposiciones legislativas dictadas por el Presidente conocidas como “decretos de necesidad y urgencia”, a saber, o bien uno que parte de la presunción de constitucionalidad o, por el contrario, otro que presume su inconstitucionalidad. El primero se apoya en el supuesto cumplimiento de la norma excepcional permisiva (art. 99.3, párrafos tercero y cuarto), mientras que el segundo se apoya en el desconocimiento del principio general prohibitivo (art. 99.3, párrafo segundo). Ambas posiciones tienen sus implicancias: la primera, que el Congreso, mediante una demora indefinida en dictar la ley reglamentaria, tendría la posibilidad de transformar la excepción en regla y, de ese modo, acordar al Presidente una amplitud de atribuciones que la Constitución quiso negarle; la segunda, que, mediante esa misma demora, el Congreso logre la cancelación o restricción máxima de las atribuciones excepcionales acordadas al Presidente.

Como puede apreciarse, no hay opciones libres de implicancias y es en ese contexto que me inclino por tomar como punto de partida el sistema constitucional tal como fue creado: si el ejercicio de la función legislativa por el Presidente está condicionado al cumplimiento del procedimiento previsto en el art. 99.3, tercer y cuarto párrafo de la Constitución, y *no se ha probado en el caso que dicha condición se haya cumplido*, entonces las disposiciones legislativas dictadas por el Presidente no consiguen superar la pena establecida por la misma Constitución, esto es, su nulidad absoluta e insanable.

Esta es la decisión que entiendo más acorde con los propósitos que inspiraron la acción de la Convención Nacional Constituyente de 1994. Por otra parte, una demora legislativa no era del todo imprevisible para el constituyente, si se tiene en cuenta que no fijó plazo alguno para la sanción de la ley reglamentaria —como sí lo hizo en otros temas— y la sometió a una mayoría calificada que es, obviamente, más difícil de alcanzar. No puede decirse lo mismo de la interpretación con la cual discrepo, que desemboca en una continuidad sin mayores cambios del estado de cosas reinante hasta 1994, como si nunca hubiese habido una Convención Constituyente que sancionó normas constitucionales con el fin de atenuar el presidencialismo; *atenuación* que sólo puede ser entendida en relación con la situación anterior.

En consecuencia, no habiéndose cumplido con el mecanismo constitucional propio de la excepción, el decreto 558/02 debe reputarse dictado en transgresión al principio general establecido en el art. 99, inciso 3º, segundo párrafo, de la Constitución Nacional.

14) Por todo lo expuesto, corresponde declarar que el decreto 558/02 es absoluta e insanablemente nulo en los términos del art. 99.3, segundo párrafo, de la Constitución Nacional.

Por ello, y habiendo dictaminado la señora Procuradora Fiscal, se declara admisible el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada. Con Costas. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

CARMEN M. ARGIBAY.

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI

Considerando:

1º) Que la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal confirmó la sentencia de primera instancia que había declarado que el decreto “de necesidad y urgencia” 558/02 estaba viciado de nulidad absoluta e insanable (conf. fs. 137/139 vta. y 205/ 208 vta.).

Contra esa sentencia la parte demandada interpuso recurso extraordinario (fs. 211/225 vta.), que fue bien concedido por el a quo con fundamento en el art. 14, inciso 1º, de la ley 48 (fs. 233).

2º) Que resulta indiscutible que el P.E.N. dictó el decreto 558/02 como decreto de necesidad y urgencia (art. 99, inciso 3º, de la Constitución Nacional). En los considerandos del decreto se menciona que *“la crítica situación de emergencia económica y financiera por la que atraviesa el país [...] configura una circunstancia excepcional que hace imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución Nacional, para la sanción de las leyes, resultando de toda urgencia y necesidad el dictado del presente decreto”*. Después se indica *“(q)ue el presente se dicta en uso de las atribuciones conferidas por artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional”*.

3º) Que, a la luz de lo expresado en el voto del juez Petracchi en la causa “Verrocchi” (Fallos: 322:1726, 1738), que se da aquí por reproducido, corresponde concluir en la invalidez del decreto de necesidad y urgencia 558/02. En efecto, como se sostuvo en aquel voto, la vía establecida en el art. 99, inciso 3º de la Constitución Nacional, exigía que el Congreso sancionara la “ley especial” que hiciera operativo el articulado, sin que correspondiese discutir las bondades del criterio elegido, pues el Tribunal sólo debía atender a su significado y a sus consecuencias. Hasta que no fue sancionada la ley que reclamaba el art. 99, inciso 3º, de la Constitución Nacional, no podía cumplirse con la “subetapa” legislativa prevista por aquélla y ello determinaba la imposibilidad de recurrir a esos remedios de excepción que son los decretos de necesidad y urgencia.

Como se sabe, sólo en el año 2006 fue sancionada la ley especial que la Constitución exigía —que lleva el n° 26.122— razón por la cual el decreto de necesidad y urgencia 558/02 es insanablemente nulo.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se declara formalmente procedente el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada. Con costas. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI.



DELEGACIÓN LEGISLATIVA

“COLEGIO PÚBLICO DE ABOGADOS” (FALLOS: 33 I:2406)

Ante un planteo del Colegio Público de Abogados que veía afectada la percepción del “derecho fijo” y la potestad de controlar la matrícula de abogados que litigan en la Ciudad, la Corte declaró inconstitucionales los artículos de un decreto que eximían a los abogados de organismos estatales de matricularse en colegios públicos y pagar aranceles establecidos por ley.

Destacó el Tribunal que las normas cuestionadas, que habían sido dictadas en el marco de una delegación legislativa, excedían los términos de esta delegación ya que no afectaban ni regulaban de manera específica a la administración o sus entes descentralizados sino que lo hacían respecto de quienes ejercen la abogacía.

La cuestión fue resuelta por la mayoría conformada por los jueces LORENZETTI, FAYT, PETRACCHI, MAQUEDA, ZAFFARONI y ARGIBAY, con la disidencia de la jueza HIGHTON DE NOLASCO.

Principales ejes temáticos del fallo

» Cabe confirmar la sentencia que hizo lugar a la acción de amparo promovida por el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal y declaró que quienes ejercen la abogacía en favor del Estado Nacional en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires están obligados a cumplir con la ley 23.187 –que ordena la instalación y funciones del referido Colegio–, considerando inválidos los artículos 3º y 5º del decreto 1204/01 en la medida que pretenden relevar a los abogados del Estado de la obligación de inscribirse en la matrícula que la ley 23.187 pone a cargo de la entidad y de pagar el derecho fijo establecido por su artículo 51, pues dicho decreto constituye una disposición de carácter legislativo dictada por el Presidente de la Nación fuera de las bases de la delegación de facultades contenida en el artículo 1º, apartado I, inciso “f” de la ley 25.414– delegación de atribuciones legislativas y emergencia pública–, violando la prohibición establecida en el artículo 99, inciso 3º, segundo párrafo de la Constitución Nacional.

» El principio constitucional contrario al dictado de disposiciones legislativas por el Presidente tiene– en el plano de las controversias judiciales–, la consecuencia de que quien invoque tales disposiciones en su favor deberá al mismo tiempo justificar su validez, y demostrar que se hallan dentro de alguno de los supuestos excepcionales en que el Ejecutivo está constitucionalmente habilitado, y en materia de delegaciones legislativas, dicha carga se habrá cumplido si los decretos, además de llenar los diversos requisitos constitucionales referidos, son consistentes con las bases fijadas por el Congreso (conforme artículos 76 y 100, inciso 12 de la Constitución Nacional), y, por consiguiente, la defensa del decreto legislativo tendrá mayores probabilidades de

Enlaces destacados

» Ver más

- › Reseña
- › Versión Word

» Doctrina del fallo

éxito cuanto más claras sean las directrices de la ley delegatoria y menores, cuando ellas consistan sólo en pautas indeterminadas.

» No asiste razón al colegio actor cuando expresa que al dictar las disposiciones cuestionadas —artículos 3° y 5° del decreto 1204/01 en la medida que pretenden relevar a los abogados del Estado de la obligación de inscribirse en la matrícula que la ley 23.187 pone a cargo del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal y de pagar el derecho fijo establecido por su artículo 51—, el Poder Ejecutivo modificó la ley 23.187, en tanto esta normativa no fue dictada específicamente para regular a los abogados del Estado, sino que a través de esta ley el Estado Nacional creó tal entidad como una persona pública no estatal y le confió —por vía de delegación— el ejercicio de una función administrativa: la regulación de la profesión de los abogados que ejercen la profesión de manera privada, frente a lo cual no actúa por derecho propio, sino que ejerce una potestad cuya titularidad corresponde al Estado Nacional (Disidencia de la jueza Highton de Nolasco).

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 4 de noviembre de 2008

Vistos los autos: “Colegio Público de Abogados de Capital Federal c/ EN PEN ley 25.414 dto. 1204/01 s/ amparo”.

Considerando:

1°) Que el recurso extraordinario interpuesto por el Estado Nacional —parte demandada en la presente causa— se dirige contra la resolución dictada por la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal. El fallo confirmó la sentencia de primera instancia en cuanto había hecho lugar a la acción de amparo promovida por el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal y declarado que quienes ejercen la abogacía en favor del Estado Nacional en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires están obligados a cumplir con la ley 23.187 que ordena la instalación y funciones del referido Colegio. Para llegar a esa conclusión, el fallo consideró que eran inválidos los artículos 3° y 5° del decreto 1204/01¹ en la medida que pretenden relevar a los abogados del Estado de la obligación de inscribirse en la matrícula que la ley 23.187 pone a cargo del Colegio y de pagar el derecho fijo establecido por su artículo 51.

2°) Que el recurso de apelación federal debe ser examinado por esta Corte, puesto que, tal como lo ha señalado la señora Procuradora Fiscal en el apartado III de su dictamen, en esta causa se ha puesto en tela de juicio un acto emitido por el Presidente de la República,

1 Art. 3° Los abogados que ejerzan las funciones previstas en la Ley N° 12.954, y en los artículos 66 de la Ley N° 24.946 y 7° de la Ley N° 25.344, estarán exentos del pago de bonos, de derechos fijos, y de cualquier otro gravamen similar previsto en la legislación nacional, provincial o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que imponga a aquéllas un pago por su presentación en las actuaciones judiciales en las que intervengan en representación, patrocinio letrado o defensa del Estado Nacional o de los demás organismos mencionados por el artículo 6° de la Ley N° 25.344.

Art. 4° Créase el Registro de Abogados del Estado, en el ámbito de la PROCURACION DEL TESORO DE LA NACION, en el cual deberán inscribirse todos los letrados que ejerzan las funciones mencionadas en el artículo 3°.

Art. 5° La representación, patrocinio y defensa judicial del Estado Nacional y de los demás organismos o entes mencionados en el artículo 6° de la Ley N° 25.344 en cualquier fuero, instancia o jurisdicción, sólo podrá ser ejercida por aquellos profesionales inscriptos en ese Registro, sin que resulte necesaria ninguna otra matriculación profesional.

vale decir, una autoridad federal, y el pronunciamiento apelado ha sido contrario a su validez (artículo 14, inciso 1° de la ley 48).

3°) Que el primer agravio del recurrente enderezado a cuestionar la legitimación de la entidad actora debe ser rechazado en base a los argumentos expuestos en el último párrafo del apartado IV del dictamen de la señora Procuradora Fiscal, al que cabe remitirse por razones de brevedad.

4°) Que en cuanto al fondo del asunto, con carácter preliminar, debe puntualizarse que el argumento central de la decisión judicial radicó en que el Presidente no se encontraba habilitado por el Congreso para dictar disposiciones de carácter legislativo contrarias a la ley nacional 23.187. Rechazó la pretensión de que tal autorización pudiese hallarse en el artículo 1°f de la ley 25.414 —de delegación de atribuciones legislativas y emergencia pública—, puesto que no se ha demostrado en qué afecta la eficiencia de la administración que los profesionales pertenecientes al cuerpo de abogados del Estado cumplan con la obligación legal de matricularse en el distrito, como lo exige la ley 23.187. Por otro lado, consideró el tribunal que la exención a los abogados del Estado de pagar el derecho fijo por su actuación judicial no es transitoria, como deben serlo las medidas de emergencia, sino que es definitiva y, por ende, irrazonable.

Ante esta Corte, la parte demandada ha solicitado la revocación del fallo y defendido la validez del decreto 1204/01, apoyándose en dos líneas diferentes de argumentación. Por un lado, sostuvo que la ley 23.187 se refiere solamente a la abogacía privada, mientras que el decreto 1204/01 reglamenta el ejercicio de la abogacía pública, es decir, la que ejercen los abogados del Estado. Esta materia está comprendida, entonces, en la “zona de reserva de la administración”, vale decir, es competencia exclusiva del Poder Ejecutivo. La segunda argumentación sostiene que el decreto 1204/01 es válido pues el Presidente lo dictó en uso de las atribuciones legislativas que le había delegado el Congreso en el artículo 1° de la ley 25.414.

5°) Que, como puede apreciarse, se trata de argumentos encontrados en cuanto al carácter propio o delegado de la competencia ejercida por el Presidente al dictar el decreto 1204/01, inconsistencia que adquiere especial relevancia al tomarse en cuenta que el ejercicio de uno y otro tipo de atribución está sujeto por la Constitución Nacional a diferentes condiciones de validez.

6°) Que el examen de los puntos federales propuestos, de acuerdo al desarrollo que sigue, concluirá en la confirmación del fallo dictado por la cámara de apelaciones. Primero, porque es incorrecto afirmar que el Presidente, al dictar el decreto 1204/01, haya hecho uso de una competencia *exclusiva*; por el contrario, el régimen de los abogados del Estado —separada o conjuntamente con los demás abogados— es una materia que ha sido regulada por leyes del Congreso cuya validez no es materia de controversia. Segundo, porque los artículos 3° y 5° del decreto 1204/01 no encuentran convalidación en la delegación de facultades legislativas contenida en el artículo 1°, inciso I, apartado “f” de la ley 25.414.

7°) Que hay poderosas razones que refutan la tesis sostenida por la parte recurrente de que los artículos 3° y 5° del decreto 1204/01 se refieren a una materia cuya regulación es una facultad propia y exclusiva del Presidente de la Nación.

La primera de tales razones radica en que el ejercicio de la abogacía —sea a favor del Estado, sea de particulares— ha sido materia reglada por el Congreso desde los orí-

genes mismos de la organización nacional. Debe recordarse en tal sentido que, si bien el Presidente Urquiza estableció algunas condiciones para el ejercicio de la abogacía a falta de una ley nacional, lo hizo “con calidad de dar cuenta al Congreso Federal” (decreto del 15 de septiembre de 1854), órgano que dictó la ley número 23 aprobando expresamente el acto presidencial.

De ahí en más, merecen citarse: la ley 43, cuyos artículos 5° y 6° se refieren, respectivamente, a los abogados que serán admitidos por los tribunales federales y a los procuradores fiscales que puede designar el Poder Ejecutivo; la ley 3367, sobre la representación del Fisco Nacional; la ley 10.996 sobre el ejercicio de la procuración en la Capital y ante la justicia federal; la ley 12.954 de creación del cuerpo de abogados del Estado y los decretos leyes de facto 17.516 sobre la representación judicial del Estado; 19.649 de creación del Foro de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires y 22.192 que reemplazó a la anterior y fijó un nuevo régimen para el ejercicio de la abogacía y la procuración.

Por otra parte, las leyes que han establecido un marco para el desempeño de los abogados del Estado no han sido cuestionadas por invadir una esfera reservada al Ejecutivo, sino que, por el contrario, la ley sancionada por el Congreso bajo el número 12.954 fue invocada por la demandada en su favor. En realidad, tampoco se ha puesto en tela de juicio la constitucionalidad de la ley 23.187, incluso en aquellos pasajes de los escritos presentados por la demandada que reconocen su aplicación a los abogados del Estado (fojas 156/157 y 280).

Por último, la ley 23.187 no hace en su texto la distinción pretendida por la recurrente entre abogacía privada y pública, a lo cual debe sumarse que desde su sanción, en 1985, los abogados del Estado cumplieron con las obligaciones tanto de matricularse como de pagar el derecho fijo. Ambas circunstancias configuran una clara indicación de que, para usar las palabras de la misma parte demandada, “las normas referidas a la colegiación obligatoria en el ámbito de la Capital Federal, y al ejercicio del poder de policía profesional por parte de la entidad accionante (Ley N° 23.187) proyectaban sus efectos sobre los abogados integrantes del Cuerpo...” (fojas 280, cit.).

8°) Que la cuestión a tratar por esta Corte queda circunscripta entonces a la de si el decreto 1204/01 puede ser justificado como el ejercicio válido de las atribuciones legislativas delegadas al Presidente por el Congreso a través del artículo 1° f de la ley 25.414².

9°) Que con un lenguaje firme y explícito la Constitución Nacional prohíbe al Presidente de la República, como regla general, emitir “disposiciones de carácter legislativo”, sea a iniciativa propia (artículo 99.3, segundo párrafo), sea por virtud de la delegación que, en su favor, haga el Congreso (artículo 76, primera parte). Ambas cláusulas establecen también, luego de formular el principio, las condiciones o límites bajo los cuales ha de operar el caso excepcional en que el Presidente se encuentra habilitado para dictar decretos legis-

2 Art. 1° Facúltase al Poder Ejecutivo Nacional al ejercicio de las siguientes atribuciones hasta el 1° de marzo del año 2002.

I. Materias determinadas de su ámbito de administración:

[...]

f) Con el objeto exclusivo de dar eficiencia a la administración podrá derogar total o parcialmente aquellas normas específicas de rango legislativo que afecten o regulen el funcionamiento operativo de organismos o entes de la administración descentralizada, empresas estatales o mixtas, o entidades públicas no estatales, adecuando sus misiones y funciones; excepto en materia de control, penal o regulatoria de la tutela de intereses legítimos o derechos subjetivos de los administrados, y con respecto al Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados.

lativos que, según sea, se denominan “decretos de necesidad y urgencia” o “decretos que ejercen facultades delegadas” (artículo 100, incisos 13 y 12, respectivamente).

En lo que se refiere a los decretos dictados en uso de facultades delegadas (o “decretos delegados”), el artículo 76 de la Constitución Nacional establece tres requisitos básicos: 1) que se limiten a “materias determinadas de administración o emergencia pública”; 2) que se dicten dentro del plazo fijado para su ejercicio y 3) que se mantengan “dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca”. El artículo 100, inciso 12 añade un cuarto requisito, a saber, 4) que los decretos así dictados sean refrendados por el jefe de gabinete de ministros y sometidos al control de la Comisión Bicameral Permanente del Congreso de la Nación.

La letra del texto constitucional (artículos 99.3 y 76) refleja sin ambigüedades la decisión que tomó la Convención Constituyente de 1994 de, por una parte, mantener el principio general contrario al ejercicio de facultades legislativas por el Presidente como una práctica normal y, por la otra, de introducir mayores precisiones sobre las condiciones excepcionales en que ello sí puede tener lugar. La definición de la regla general y de los casos excepcionales en el mismo texto constitucional, así como el procedimiento que finalmente se adoptó para asegurar el adecuado funcionamiento de ambos, es el correlato de dos objetivos básicos que rigieron la deliberación constituyente: la atenuación del presidencialismo y la mayor eficacia en el funcionamiento del gobierno federal. De todo ello se desprende que dicho procedimiento debe ser puesto en práctica por los tres poderes del Estado, cada uno en el papel que le toca, con el cuidado de no introducir, por vía de deformaciones interpretativas, inconsistencias o desequilibrios entre las diversas finalidades buscadas con la reforma de la estructura del gobierno federal.

En tal sentido, es oportuno recordar cuáles fueron las directrices que gobernaron el trabajo de la Convención Constituyente que en 1994 introdujo en la Constitución Nacional las cláusulas relacionadas con la delegación legislativa, tal como ellas fueron expuestas por uno de los convencionales que tuvo a su cargo la presentación y explicación del proyecto:

“Los contenidos del Núcleo de Coincidencias Básicas responden, al igual que la habilitación de los temas que están incluidos en el artículo 3° de la ley declarativa, a ciertas ideasfuerza, que constituyen los grandes objetivos de la presente reforma.

“La primera es sin duda la necesidad de obtener una consolidación y perfeccionamiento del sistema democrático. [...]”

“La segunda gran ideafuerza es generar un nuevo equilibrio en el funcionamiento de los tres órganos clásicos del Poder del Estado —el Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial—; y a ella responden, a su vez, la atenuación del régimen presidencialista, el fortalecimiento del rol del Congreso, la mayor independencia del Poder Judicial.”

“Una tercera, emparentada con la anterior, es conseguir mayor eficiencia en el funcionamiento de las instituciones del Estado, característica común a las reformas perseguidas respecto de los tres poderes clásicos.” (*Obra de la Convención Constituyente*, Tomo V, página 4883, exposición del convencional Alberto García Lema).

Más adelante y, refiriéndose al régimen constitucional de la delegación legislativa, el mismo convencional remarcó que la delegación constituía “una excepción al principio general sentado en la primera parte del nuevo inciso 23 del artículo 86 [actual artículo

99, inciso 3º]” que no es otro que la ya señalada prohibición al Presidente de dictar disposiciones de carácter legislativo (op. cit., pág. 4887).

Ahora bien, ante la variedad de modelos que ofrecía el derecho constitucional comparado en materia de delegación legislativa, los redactores del nuevo artículo 76 de la Constitución Nacional se dejaron guiar por el que ofrece el derecho constitucional estadounidense. Al explicar el contexto del cual se habían extraído las ideas centrales del proyecto que se ponía a consideración de la Convención, el citado convencional García Lema expresó:

“Los principios y los límites de la delegación legislativa quedan ajustados a lo que son las prácticas de los Estados Unidos. El Congreso debe definir la materia de la delegación y suministrar un patrón o criterio claro para guiar al organismo administrativo al cual se transfieren facultades” (op. cit., pág. 4887).

10) Que, si bien la constitución estadounidense no contiene una cláusula como la de nuestro artículo 76, la Suprema Corte federal de ese país ha fijado, a lo largo de su historia jurisprudencial, el modo constitucionalmente aceptable en que debe tratarse la práctica de la delegación legislativa. Un factor central de la validez de la actividad llevada a cabo en ejercicio de facultades delegadas es, tal como lo advirtiera el discurso del convencional García Lema, la formulación por el Congreso de un patrón o directriz inteligible y clara a la cual debe sujetarse el Presidente. En un fallo de 1996 el referido tribunal ha hecho una síntesis de la doctrina que viene sosteniendo y desarrollando —al menos desde 1936—:

“El principio fundamental de la doctrina de delegación es que la función legislativa pertenece al Congreso...y no puede ser transferida a otra rama del gobierno u organismo. Este principio no significa, sin embargo, que solamente el Congreso puede dictar reglas de seguimiento obligatorio (*‘prospective force’*). Imponer al Congreso la carga de diseñar toda norma federal, implicaría distraerlo de temas más acuciantes y malograr el designio de los constituyentes de un Gobierno Nacional efectivo”.

Y, más adelante:

“Esta Corte ha establecido desde antiguo que el Congreso debe tener permitido delegar en otros al menos alguna autoridad que éstos puedan ejercer por sí mismos. La auténtica distinción...es entre la delegación del poder para hacer la ley, que necesariamente involucra discrecionalidad en cuanto a cómo ella debe ser, y conferir autoridad o discrecionalidad en cuanto a su ejecución, para ser ejercida bajo la ley y en función de ella. Lo primero no puede hacerse, lo último no merece ninguna objeción válida” (*Loving v. United States*, 517 U.S. 748, 758 [1996]).

Sin embargo, aclaró que “no es suficiente decir que el Congreso manifestó su voluntad de delegar una cierta atribución (*‘authority’*)”, pues, “como regla general, debe también establecer por acto legislativo un principio inteligible al cual la persona o cuerpo autorizado tiene que conformarse. La regla del principio inteligible busca hacer cumplir la idea de que el Congreso no puede delegar el poder de hacer leyes y, por ende, puede delegar no más que el poder de decidir los programas y medidas que pongan en práctica sus leyes” (517 U.S. 748, 771).

11) Que la exigencia del derecho constitucional norteamericano de que las leyes delegatorias contengan un principio claro e inteligible al cual debe ajustarse la autoridad delegada tiene su correlato en dos conceptos contenidos en el artículo 76 de la Constitución Nacio-

nal: el carácter *determinado* de las materias de administración y la exigencia de que la actividad delegada se mueva “*dentro de las bases* que el Congreso establezca” [énfasis añadido].

Pero, el riesgo que de todos modos enfrentan las constituciones al admitir la delegación legislativa es que ésta se lleve a cabo de manera extremadamente amplia e imprecisa. Los caminos que se abren a los tribunales que deben resolver impugnaciones fundadas en el uso excesivo de facultades delegadas de manera indeterminada son en general dos: o bien anular la ley delegatoria por no fijar un lineamiento inteligible, o bien interpretar muy restrictivamente la eficacia de la delegación y, por lo tanto, limitar las posibilidades de que el acto en cuestión pueda encontrar apoyo en la delegación excesivamente vaga. Este último es el que predominantemente ha seguido la Corte Suprema de los Estados Unidos (ver Tribe, Lawrence, *Constitutional Law*, 3ª edición, New York, 2000, pp. 988/989). Por ejemplo, en un caso del año 2001, dicho tribunal convalidó un artículo de la ley de aire limpio (*Clean Air Act*) que delegó en la agencia respectiva (*Environmental Protection Agency*) una competencia sumamente amplia para fijar estándares tolerables de polución, pero, al mismo tiempo, los jueces rechazaron que, a partir de esa generalidad, el ente regulador pudiera inferir una autorización para tomar en cuenta los costos de implementación de tales estándares (*Whitman v. American Trucking Associations*, 531 U.S. 457).

12) Que, a partir del sentido que se buscó asignar al texto constitucional argentino y de las características del modelo seguido, se desprende que: 1º) la delegación sin bases está prohibida y 2º) cuando las bases estén formuladas en un lenguaje demasiado genérico e indeterminado, la actividad delegada será convalidada por los tribunales si el interesado supera la carga de demostrar que la disposición dictada por el Presidente es una concreción de la específica política legislativa que tuvo en miras el Congreso al aprobar la cláusula delegatoria de que se trate.

Esta conclusión resulta insoslayable apenas se advierte que la delegación sin bases está prohibida precisamente porque bloquea la posibilidad de controlar la conexión entre la delegación del Congreso y la actividad desplegada por la autoridad administrativa.

Así, por ser amplia e imprecisa, la delegación no confiere atribuciones más extensas, sino, al revés, a mayor imprecisión, menor alcance tendrá la competencia legislativa que podrá el Ejecutivo ejercer válidamente.

En otros términos, el principio constitucional contrario al dictado de disposiciones legislativas por el Presidente tiene, en el plano de las controversias judiciales, una consecuencia insoslayable: quien invoque tales disposiciones en su favor deberá al mismo tiempo justificar su validez, o sea, demostrar que se hallan dentro de alguno de los supuestos excepcionales en que el Ejecutivo está constitucionalmente habilitado. En materia de delegaciones legislativas, dicha carga se habrá cumplido si los decretos, además de llenar los diversos requisitos constitucionales ya referidos, son consistentes con las bases fijadas por el Congreso (conforme artículos 76 y 100, inciso 12 de la Constitución Nacional). Por consiguiente, la defensa del decreto legislativo tendrá mayores probabilidades de éxito cuanto más claras sean las directrices de la ley delegatoria y menores, cuando ellas consistan sólo en pautas indeterminadas.

13) Que la parte demandada ha actuado con una lógica diametralmente contraria a la que, según el análisis hecho más arriba, subyace a las reglas constitucionales sobre la

delegación legislativa: en primer lugar, se apoyó en una lectura sumamente amplia e indeterminada de la ley 25.414 que, si es tomada estrictamente, habilitaría al Presidente para derogar prácticamente cualquier ley vigente y, en segundo término, en lugar de ofrecer una demostración de que, pese a ello, las disposiciones dictadas por el Ejecutivo formaban parte de la política que efectivamente adoptó el Congreso en el artículo 1.f. de la ley 25.414, se limitó a solicitar una aplicación mecánica del texto legal, en la versión vaga e inexpressiva por ella misma propuesta.

En efecto, a fin de demostrar que el Presidente se mantuvo dentro de las bases de la delegación, la parte demandada se limitó a argumentar que el decreto 1204/01 permitiría una reducción del gasto público y que, de esta manera, se cumplía con el fin —fijado por el artículo 1, inciso “f” de la ley 25.414— de aumentar la eficiencia de la administración. Pero, puesto que es difícil concebir una ley que no incida, directa o indirectamente, en la cuantía del gasto público, aceptar el argumento precedente implicaría admitir que en el citado artículo 1.f., el Congreso habilitó al Presidente para derogar cualquier norma legal con miras a lograr una reducción del gasto. Una interpretación como ésta introduce tal indeterminación en la ley 25.414, que deja a la delegación legislativa prácticamente sin bases en función de las cuales discernir qué tipo de ley puede ser derogada por el Presidente, o sea, delinear un subgrupo dentro del conjunto de las leyes vigentes sobre el que recaerá la atribución delegada.

Sin embargo, tal interpretación no es la que mejor cuadra con el texto completo del artículo 1.f. de la ley 25.414. Un examen más atento muestra que la mencionada ley autorizó al Presidente para *derogar leyes específicas*, en materias determinadas de su ámbito de administración, que afectasen o regulasen el *funcionamiento operativo* de organismos o entes descentralizados, palabras que admiten una lectura mucho más plausible si se las entiende como refiriéndose a leyes cuya derogación, por su especificidad, no altera o modifica de manera grave otros fines o políticas legislativas que las dirigidas explícitamente y puntualmente al funcionamiento de la administración pública.

Esta interpretación, más ajustada al texto, al tiempo que da fundamento a la validez de la cláusula delegatoria, pone de manifiesto que el decreto 1204/01, en cuanto ha sido materia de cuestionamiento, está fuera de la habilitación que el Congreso otorgó al Presidente.

14) Que los artículos 3° y 5° del decreto 1204/01 encuentran, en efecto, serias dificultades para amoldarse a la delegación legislativa de la ley 25.414, tal como ha sido entendida anteriormente.

Primero, porque ninguno de ellos dispone la derogación de una norma específica, sino la aprobación, para los abogados del Estado, de todo un régimen alternativo e incompatible con el establecido en la ley 23.187 que se encuentra vigente. Lo mismo no habría podido plasmarse mediante una mera derogación parcial de la ley 23.187 precisamente porque esta última se trata de una norma que no afecta, ni regula de manera *específica* a la administración o sus entes descentralizados, sino que lo hace respecto de quienes ejercen la abogacía en general; es decir, la imposibilidad de mantenerse dentro del permiso legislativo para *derogar* revela, en este caso, la falta de especificidad de las disposiciones contenidas en la ley 23.187 y alcanzadas en su eficacia por el decreto 1204/01.

Segundo, porque ambos artículos relevan a los referidos abogados del cumplimiento de sendos deberes hacia el colegio —aporte y matriculación— que son propios y sólo afectan a la administración pública de manera indirecta, como consecuencia de resoluciones tomadas por esta misma invocando razones de conveniencia.

El deber que tienen los abogados de contribuir económicamente al sostenimiento del colegio profesional —cuya constitucionalidad no está en discusión en este caso— es una obligación propia del abogado para con el Colegio Público. Ello es así con independencia de que, en el caso de los abogados del Estado, para evitarles un deterioro de su ingreso, la misma administración haya decidido soportar el costo derivado de su cumplimiento. En esta medida, el decreto 1204/01 viene a modificar la ley 23.187 en un aspecto que no afecta directamente a la administración ni se refiere específicamente a ella.

15) Que esta conclusión no se ve refutada por las razones en que se fundó el dictamen n° 126, del 3 de noviembre de 1987 de la Procuración del Tesoro de la Nación, citado por la recurrente en su favor. En efecto, allí el Procurador consideró dos puntos: primero, si los abogados del Estado deben pagar el bono establecido por la ley 23.187 en su artículo 51, inciso d) y, segundo, quién debe soportar el costo. Sobre la primera cuestión, el dictamen se limita a señalar que “la situación de los abogados del Estado no aparece contemplada dentro de las excepciones que prevé el referido inciso del artículo 51”. En el otro punto, el Procurador entendió que el gobierno debía compensar al abogado por el pago del bono, pues lo contrario supondría “una erogación a cargo del agente directamente derivada del cumplimiento de sus funciones que le irrogaría...una disminución inadmisibles de su remuneración”. Luego, el Procurador agregó consideraciones en cuanto a la diferente situación en que se ven los abogados del Estado que litigan en la Ciudad de Buenos Aires, respecto de quienes lo hacen en otras jurisdicciones. Por estas razones, concluyó que no correspondía al profesional afrontar personalmente el costo del bono en la medida que por sus tareas percibiese solamente un sueldo.

Como puede apreciarse, el dictamen hace una correcta y muy precisa distinción entre la sujeción de los abogados del Estado a la obligación prevista en el artículo 51 de la ley 23.187, por un lado, y la financiación de su cumplimiento, por el otro. La utilización de razones de equidad y de conveniencia descarta que la Procuración del Tesoro, en el dictamen 126, haya entendido que estaba ante una deuda del gobierno con el Colegio Público de Abogados, sino, en todo caso, de otra de carácter salarial para con sus propios abogados.

Si la obligación legal de aporte que tienen los abogados no involucra a la administración sino en virtud de sus propias decisiones sobre la forma y cantidad con que remunera a sus abogados, menos aún tiene parte en lo que respecta al deber de inscribirse en la matrícula establecido por el artículo 2.b de la ley 23.187, a punto tal, que ningún efecto sobre la eficiencia de algún organismo público se ha conseguido siquiera identificar por parte de la demandada. Por otro lado, el pago de la cuota correspondiente a cada abogado matriculado tampoco se traduce en una mayor eficiencia estatal, pues se trata también de una obligación propia del abogado y no de la administración.

16) Que la conclusión final a la que corresponde arribar es que la cámara de apelaciones ha fallado con acierto al concluir que el decreto 1204/01 constituye una disposición de carácter legislativo dictada por el Presidente de la Nación fuera de las bases de la delegación de facultades contenida en el artículo 1° , apartado I, inciso “f” de la ley 25.414 y, por

consiguiente, violatorio de la prohibición establecida en el artículo 99, inciso 3°, segundo párrafo de la Constitución Nacional.

17) Que en atención a lo expresado en los considerandos precedentes, corresponde desestimar la presentación directa C.767.XL.

Por ello, habiendo dictaminado la señora Procuradora Fiscal, se resuelve: I) Declarar bien concedido el recurso extraordinario interpuesto por el Estado Nacional y confirmar la sentencia apelada. Con costas. II) Desestimar el recurso de hecho C.767.XL. Intímase al Estado Nacional para que, en el ejercicio financiero que corresponda haga efectivo el depósito previsto en el artículo 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, cuyo pago se encuentra diferido de conformidad con lo prescripto en la acordada 47/91. Agréguese copia certificada de este pronunciamiento en el recurso de hecho C.767.XL. III) Notifíquese, tómese nota por Mesa de Entradas de la intimación cursada en el punto II, devuélvanse los autos principales y, oportunamente, archívese la queja.

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

DISIDENCIA DE LA SEÑORA VICEPRESIDENTA DOCTORA DOÑA ELENA I. HIGHTON
DE NOLASCO

Considerando:

1°) Que la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, al confirmar el pronunciamiento de primera instancia, hizo lugar a la acción de amparo promovida por el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal (en adelante C.P.A.C.F.) y, en consecuencia, declaró la inconstitucionalidad de los artículos 3° y 5° del decreto 1204/01.

2°) Que, para así decidir, el tribunal a quo estableció que: (a) el C.P.A.C.F. tiene legitimación para demandar, pues dentro de “las funciones que le han sido conferidas mediante la ley 23.187 se encuentra la de tutelar la inviolabilidad del ejercicio profesional en todos sus órdenes estando investido a esos efectos de legitimación procesal para ejercitar la acción pública...” (fs. 248 vta.); (b) “de la redacción del citado artículo [5° del decreto 1204/01] se advierte que la extralimitación de la delegación legislativa por parte del Poder Ejecutivo Nacional resulta manifiesta cuando expresa ‘sin que resulte necesaria ninguna otra matriculación profesional’, comprometiéndose, así, los fines públicos que el Estado, a través de la ley 23.187, confió al Colegio actor” (fs. 249); (c) “no puede extraerse (...) que la ley 25.414 autorice al Poder Ejecutivo a modificar la ley 23.187 en la forma pretendida al sancionar el Decreto 1204/01” (fs. 249).

Con respecto al artículo 3° cuestionado —por el que se exime a los abogados del Estado del pago de bonos, derechos fijos o de cualquier otro tipo de gravamen—, luego de caracterizar a la disposición como de necesidad y urgencia, la cámara manifestó que lo allí dispuesto “desvirtúa el principio de legalidad (arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional) pues vulnera el texto expreso del art. 51 inc. d) de la ley 23.187...” (fs. 249/249 vta.). Al respecto, agregó que “dicho articulado no establece un plazo determinado para la exención

de dicha obligación a los abogados que cumplen funciones en el Estado, por lo que su tiempo indeterminado resulta irrazonable” (fs. 249 vta.).

3°) Que, contra dicho pronunciamiento, el Estado Nacional interpuso recurso extraordinario a fs. 256/285 vta. que fue concedido en cuanto se encuentra en discusión la interpretación de normas de carácter federal (considerando III) y rechazado respecto a las causales de arbitrariedad y gravedad institucional (considerandos I y II), lo que motivó la deducción de la queja C.767.XL que corre sin acumular.

4°) Que el recurso extraordinario deducido resulta formalmente admisible, toda vez que en el *sub lite* se ha puesto en juego la validez de un acto de autoridad nacional (decreto 1204/01) y la decisión definitiva del tribunal superior de la causa ha sido contraria a su validez, así como la inteligencia de la ley 23.187 y la sentencia impugnada ha sido adversa a las pretensiones que el recurrente fundó en ellas (artículo 14, incisos 1° y 3° de la ley 48).

Por lo demás, los agravios deducidos con apoyo en la doctrina de la arbitrariedad de sentencias, al estar referidos a la cuestión federal indicada, quedan comprendidos en ella y, por ende, serán tratados de manera conjunta (doctrina de Fallos: 323:1625, entre otros).

5°) Que, en primer término, se debe estudiar el agravio del recurrente dirigido a cuestionar la legitimación de la entidad actora desde que, de prosperar, se estaría ante la inexistencia de un caso o controversia en los términos del artículo 116 de la Ley Fundamental. En este aspecto el tema en discusión encuentra adecuada respuesta en el acápite IV del dictamen de la señora Procuradora Fiscal a cuyos términos cabe remitir por motivos de brevedad.

6°) Que, en cuanto al tema de fondo controvertido en estos autos, corresponde que este Tribunal decida si el Presidente de la Nación al dictar el decreto 1204/01 ha excedido o no sus facultades constitucionales. Ello exige calificar la norma en juego para luego efectuar el control de constitucionalidad procedimental y sustantivo. Este último aspecto requiere, a su vez, examinar la naturaleza de la relación que une al Estado con sus abogados y el ámbito de aplicación de la ley 23.187.

7°) Que para el dictado del decreto 1204/01, el Poder Ejecutivo Nacional invoca los incisos 1° y 3° del artículo 99 y el artículo 76 de la Constitución Nacional. Estas disposiciones regulan supuestos diferentes: los reglamentos autónomos, los decretos de necesidad y urgencia y los reglamentos delegados. En el primer supuesto, se trata del ejercicio de facultades propias del Poder Ejecutivo, mientras que los otros dos institutos involucran el ejercicio de facultades legislativas por parte de dicho poder.

En el *sub lite*, se cuestionan concretamente los artículos 3° y 5° del decreto mencionado por los que se obliga a los abogados del Estado Nacional a inscribirse en el Registro de Abogados que se crea en el ámbito de la Procuración del Tesoro de la Nación y se los exime del pago de bonos, derechos fijos y cualquier otro gravamen que establezcan las leyes. Así, en dichas disposiciones se establece expresamente lo siguiente:

Artículo 3°: “Los abogados que ejerzan las funciones previstas en la ley 12.954 y en los artículos 66 de la ley 24.946 y 7° de la ley 25.344 estarán exentos del pago de bonos, derechos fijos, y de cualquier otro gravamen similar previsto en la legislación nacional, provincial o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que imponga a aquéllas un pago por su presentación en las actuaciones judiciales en las que intervenga en representación,

patrocinio letrado o defensa del Estado Nacional o de los demás organismos mencionados por el artículo 6° de la ley 25.344”.

Artículo 5°: “La representación, patrocinio y defensa judicial del Estado Nacional y de los demás organismos o entes mencionados en el artículo 6° de la ley 25.344 en cualquier fuero, instancia o jurisdicción, sólo podrá ser ejercida por aquellos profesionales inscriptos en ese registro [el Registro de Abogados del Estado creado en el ámbito de la Procuración del Tesoro de la Nación, según el artículo 4°], sin que resulte necesaria otra matriculación profesional”.

8°) Que, a diferencia de lo que ocurre con la abogacía privada (que se ejerce a través de distintos contratos previstos en el Código Civil —mandato, locación de servicios o locación de obra— o bajo relación de dependencia con una empresa no estatal conforme a las pautas de la Ley de Contrato de Trabajo), la relación entre el Estado y sus abogados se rige por normas de derecho público: el abogado del Estado ejerce una función pública prestando un servicio relativo a su profesión como agente público (no a su profesión de abogado o procurador).

Este Tribunal estableció que “en supuestos (...) en los que una repartición del Estado Nacional designa a uno de sus agentes para que lo represente en un proceso judicial, éste no ejerce su actividad en función de un contrato de derecho privado, como los de mandato o locación de servicios, sino en virtud de la relación de empleo público que lo une con el organismo administrativo...” (Fallos: 306:1283). Son normas administrativas y no civiles las que rigen la relación de empleo.

Es por ello que **todos los aspectos que hacen a la organización del Cuerpo de Abogados del Estado pertenecen a la zona de reserva de la Administración** en tanto se trata de una materia inherente y consustancial a las funciones que tiene adjudicadas el Poder Ejecutivo como “jefe supremo de la Nación, jefe del gobierno y responsable político de la administración general del país” (conf. artículo 99 inciso 1° de la Constitución Nacional). En este marco, el Presidente dictó los artículos 3° y 5° del decreto 1204/01. Se trata entonces de disposiciones de carácter autónomo y no delegadas y de necesidad y urgencia como se sostiene en la sentencia apelada.

9°) Que una vez calificadas jurídicamente las normas impugnadas, y tal como se expresó en el considerando 6°, corresponde ahora que este Tribunal efectúe su control procedimental y sustantivo. Con relación a este tema, conviene recordar que “la misión más delicada de la justicia de la Nación es la de saberse mantener dentro de la órbita de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes o jurisdicciones, toda vez que es el judicial el llamado por la ley para sostener la observancia de la Constitución Nacional, y de ahí que un avance de este poder menoscabando las facultades de los demás revestiría la mayor gravedad para la armonía constitucional y el orden público” (Fallos: 155:248, entre muchos otros).

10) Que para efectuar el control procedimental resulta necesario examinar si se han cumplido los recaudos previstos para este tipo de reglamentos. En tanto el inciso 1° del artículo 99 de la Constitución Nacional no establece recaudos específicos, cabe concluir que en este aspecto la norma resulta conforme a la Constitución Nacional.

11) Que, con relación al control sustantivo, cabe señalar que las medidas cuestionadas también resultan constitucionalmente válidas. En efecto, tal como se expresó precedente-

mente, todo lo referente a la organización del Cuerpo de Abogados de Estado pertenece a la **zona de reserva de la Administración**. Se trata del ejercicio de facultades discrecionales del Poder Ejecutivo, las que no resultan —en principio— justiciables, salvo que mediaren razones de grave y grosera irrazonabilidad, lo que no acontece en el caso de autos.

Al respecto, no asiste razón al colegio actor cuando expresa que al dictar las disposiciones cuestionadas, el Poder Ejecutivo modificó la ley 23.187, en tanto esta normativa no fue dictada específicamente para regular a los abogados del Estado. Por el contrario, a través de esta ley el Estado Nacional creó el C.P.A.C.F. como una persona pública no estatal y le confió —por vía de delegación— el ejercicio de una función administrativa: la regulación de la profesión de los abogados que ejercen la profesión de manera privada. El C.P.A.C.F. no actúa por derecho propio, sino que ejerce una potestad cuya titularidad corresponde al Estado Nacional (conf. Huber, *Administración autónoma de la economía*, ENAP, Madrid, pág. 66 y ss. y González Navarro, “Transferencia del Ejercicio de Competencias Administrativas”, en *Documentación Administrativa*, N° 135, pág. 35 y ss).

Este Tribunal ha manifestado que “...el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal funciona con el carácter, derechos y obligaciones de las personas de derecho público, cumpliendo un cometido administrativo para el que lo habilita su ley de creación, actuar que se rige por esa norma y supletoriamente por la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo, 19.549 (art. 17 de la ley 23.187)...”. Agregó que partiendo del marco legal de desenvolvimiento de dicha entidad “...el Colegio Público de Abogados no es una asociación (artículo 14 de la Constitución Nacional) que se integra con la adhesión libre y espontánea de cada componente, sino una entidad destinada a cumplir fines públicos que originariamente pertenecen al Estado y, que éste por delegación circunstanciada normativamente, transfiere a la institución que crea para el gobierno de la matrícula y el régimen disciplinario de todos los abogados de la Capital Federal, como auxiliares de la administración de justicia (v. sentencia del 26 de junio de 1986, F.446.XX “Ferrari, Alejandro Melitón c/ Estado Nacional (P.E.N.) s/ amparo”, (considerando décimo primero) (...) éste [el Colegio Público de Abogados] ejerce facultades que *prima facie* pueden ser encuadradas en el marco de las relaciones de derecho público, máxime teniendo en cuenta los objetivos de carácter público que cumple dicha entidad” (Fallos: 315:1830).

En igual sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado que: “El Colegio Público de Abogados de la Capital Federal (...) reúne los requisitos y características de una típica entidad de derecho público que por su naturaleza jurídica y las atribuciones que la ley le otorga, ejerce funciones delegadas del poder público para el control de la legalidad del ejercicio profesional de los abogados de la Capital Federal de la República Argentina. En otros términos: se trata de un poder de policía que forma parte de la organización política del Estado y del orden público, compatible con el Estado de Derecho y con la organización de una sociedad democrática (...) Se trata, pues, de la actividad propia de un ente público con carácter, derechos y obligaciones de las personas jurídicas de derecho público que actúa en nombre y representación del Estado” (Informe sobre los casos n° 9777 y 9718, del 30 de marzo de 1988).

12) Que si bien es cierto que mientras no se organizó un registro de abogados del Estado éstos cumplieron con las disposiciones de la ley 23.187, no existe óbice para que esta circunstancia cambie desde el momento en que el Estado decide crear su propio

registro, tal como oportunamente se previó en la ley 12.954 al requerir la confección de un cuadro general de abogados del Estado (conf. artículo 33 del decreto 34.952/47). Mal pudo el Poder Ejecutivo Nacional al dictar el decreto 1204/01 modificar una ley que no contemplaba expresamente el aspecto regulado por dicho decreto por pertenecer a la zona de reserva de la Administración.

13) Que, descartada la arbitrariedad o ilegitimidad, sólo queda aquello que hace a la oportunidad, mérito o conveniencia de la medida, cuya revisión no es posible por parte del Poder Judicial sin una paralela e irremediable afectación al principio de división de poderes del Estado, sobre el que se funda la organización institucional de la Nación, toda vez que ello importaría tanto como acceder a una indebida intromisión en esferas reservadas al poder administrador.

14) Que, por las razones expuestas, se hace lugar al recurso extraordinario interpuesto por el Estado Nacional con el alcance establecido precedentemente y se declara que los artículos 3° y 5° del decreto 1204/01 son constitucionalmente válidos.

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal, se declara procedente el recurso extraordinario de fs. 256/285 vta. y el recurso de hecho interpuesto por el Estado Nacional y se revoca la sentencia apelada con el alcance indicado. Con costas (artículo 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Exímese a la recurrente de efectuar el depósito previsto en el artículo 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, cuyo pago se encuentra diferido de conformidad con lo prescripto en la acordada 47/91. Agréguese la queja al principal. Notifíquese y, oportunamente, remítase.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO.



DERECHO AMBIENTAL

“MENDOZA” (FALLOS: 329:2316)

Ante un reclamo que perseguía los daños y perjuicios y la recomposición a raíz de la contaminación del Río Matanza- Riachuelo la Corte se declaró competente para conocer en su instancia originaria en cuanto a la pretensión relativa al bien de incidencia colectiva. Se decidió hacer uso de las facultades ordenatorias otorgadas por la Ley General del Ambiente y requerir a las empresas demandadas que informen lo que arrojan al Riachuelo y al Estado -en sus distintos niveles de gobierno- un plan para el ordenamiento ambiental del territorio.

Destacó que la mejora o degradación del ambiente beneficia o perjudica a toda la población –bien de incidencia colectiva– porque es un bien que pertenece a la esfera social y transindividual, por ello la particular energía con que los jueces deben actuar para hacer efectivos los mandatos constitucionales relativos a la materia (art. 41 de la Constitución Nacional).

El precedente fue adoptado por la mayoría conformada por los jueces PETRACCHI, HIGHTON DE NOLASCO, MAQUEDA, LORENZETTI y ARGIBAY y el voto del juez FAYT.

Principales ejes temáticos del fallo

- » El reconocimiento de status constitucional del derecho al goce de un ambiente sano, así como la obligación de recomponer el daño ambiental configuran la precisa y positiva decisión del constituyente de 1994 de enumerar y jerarquizar con rango supremo a un derecho preexistente, que frente a la supremacía constitucional y las competencias regladas en el art. 116 de la Ley Fundamental para la jurisdicción federal, sostienen la intervención de este fuero para los asuntos en que la afectación se extienda más allá de uno de los estados federados.
- » El art. 7° de la ley 25.675 prevé la competencia federal cuando se trata de la degradación o contaminación de recursos ambientales interjurisdiccionales, hipótesis que se verifica al estar involucradas más de una jurisdicción estatal, y cuando las pretensiones tienen en mira ese presupuesto atributivo de competencia –la degradación o contaminación de recursos ambientales– al perseguir la recomposición y el resarcimiento del daño de incidencia colectiva, que es el único reglado y alcanzado por este estatuto especial (art. 27, ley citada).
- » A los fines de la tutela del bien colectivo, tiene una prioridad absoluta la prevención del daño futuro, ya que se trata de actos continuados que seguirán produciendo contaminación, en segundo lugar, debe perseguirse la recomposición de la polución ambiental ya causada conforme a los mecanismos que la ley prevé y, para el supuesto de daños irreversibles, corresponde tratar el resarcimiento.

Enlaces destacados

» Ver más

- › Reseña
- › Versión Word

» Doctrina del fallo

» La tutela del ambiente importa el cumplimiento de los deberes de los ciudadanos, que son el correlato que tienen a disfrutar de un ambiente sano, para sí y para las generaciones futuras. La mejora o degradación del ambiente beneficia o perjudica a toda la población, porque es un bien que pertenece a la esfera social y transindividual, y de allí deriva la particular energía con que los jueces deben actuar para hacer efectivos estos mandatos constitucionales.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 20 de junio de 2006.

Autos y Vistos; Considerando:

1º) Que a fs. 14/108 se presentan las diecisiete personas que se individualizan en el punto 1 de ese escrito, ejerciendo derechos propios, y algunos de ellos también en representación de sus hijos menores, e inician demanda contra el Estado Nacional, la Provincia de Buenos Aires, el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y las cuarenta y cuatro empresas que allí se indican, por los daños y perjuicios que, según sostienen, se les han ocasionado, y acumulan a dicha acción la pretensión de que se condene a los demandados a fin de dar término y recomponer la situación que denuncian.

2º) Que los demandantes relatan que la cuenca del río Matanza – Riachuelo tiene una población de 3.000.000 de habitantes, y abarca parte de la Capital Federal y once partidos de la Provincia de Buenos Aires. Indican que desde el punto de vista ambiental las zonas más críticas de la cuenca son la portuaria del Riachuelo y aquella altamente industrializada a lo largo del río, desde su desembocadura hasta las cercanías de Villa Diamante y Fiorito. Detallan los distintos tramos en los que aquél puede ser dividido y señalan que el que individualizan —según diversos estudios realizados— como Tramo II, y que nace a partir de la desembocadura de los arroyos Cañuelas y Chacón, es receptor de importantes efluentes industriales con tratamiento inadecuado o inexistente. Indican que a partir de allí desciende bruscamente su calidad, llegando a transformarse a la altura del arroyo Santa Catalina en un curso de agua que, según denuncian, “se asemeja a un líquido cloacal en condiciones anaeróbicas”.

Señalan que entre las fuentes de contaminación del río se destacan las industrias, que en la mayoría de los casos vierten sin depuración al río y al suelo los líquidos que utilizan, conjuntamente con residuos sólidos tóxicos y peligrosos. Las empresas que desarrollan dichas actividades, según afirman, evidencian un estancamiento tecnológico y un estado ambiental deficiente.

Manifiestan que el río en su parte media está fuertemente contaminado, pero en su parte inferior y zona portuaria está altamente contaminado, ya que contiene un grado muy elevado de metales pesados y compuestos orgánicos, con fuerte presencia de hidrocarburos totales y pesticidas “organoclorados”.

A todo ello se agrega la inexistencia de sistemas cloacales y la consiguiente vertiente en el río de los desechos correspondientes, como así también de desperdicios de todo orden provenientes de basurales inadecuados.

Tal estado de cosas, según ponen de resalto en el escrito inicial, ha provocado también la existencia de un gran número de terrenos potencialmente contaminados, con impacto en las aguas subterráneas y superficiales, y en los suelos.

3º) Que en el escrito inicial, y a fin de especificar cuáles son los ítems y a cuánto asciende su reclamo por el resarcimiento de los daños ocasionados como consecuencia de la contaminación, los actores se dividen en dos grandes grupos. El primero de ellos, comprende a las personas que habitan en el asentamiento al que denominan “Villa Inflamable”, situada en Dock Sud, partido de Avellaneda, Provincia de Buenos Aires; y el segundo, a los que individualizan como los vecinos afectados que poseerían en común la característica de desempeñarse como profesionales, ya sean médicos, psicólogos, odontólogos, enfermeros, en el Hospital Interzonal de Agudos Pedro Fiorito de la ciudad de Avellaneda, y que se domicilian, según se denuncia en autos, en Wilde, Avellaneda, Villa Domingo, y Capital Federal en el barrio de “La Boca”.

El resarcimiento que se pretende busca reparar la incapacidad sobreviniente que se alega, los gastos por tratamientos médicos, gastos por nueva radicación en los supuestos que específicamente indican, daño moral, daño psíquico sufrido por madres y padres y sus hijos, el daño futuro —comprensivo de los gastos que habrá que realizar, según sostienen, para liberar a los niños de la contaminación que portan en su organismo—, y la pérdida del valor locativo de los inmuebles que habitan según los casos. El total del reclamo asciende a la fecha de interposición de la demanda a la suma de 5.161.500 pesos.

4º) Que otras de las pretensiones que se plasman en la demanda son el interés de que se resarza el daño infringido al medio ambiente y la recomposición de éste.

Al efecto se expone que, según su postura, el art. 27 de la ley 25.675 diferencia el daño ambiental *per se* del daño a los individuos a través del ambiente; y que, en consecuencia, el juez debe meritar los daños perpetrados y adoptar las medidas que también solicitan, teniendo en cuenta si el daño ambiental ocasionado es irreversible o no.

De esa distinción extraen diversas consecuencias, tales como que, en el caso de los bienes colectivos cuya situación pueda revertirse, se fije una indemnización destinada a crear un fondo común de recomposición, o patrimonio de afectación, para solventar los gastos que irrogue llevar adelante los mecanismos antrópicos de recomposición del ecosistema, el que debería contribuir a sustentar los costos de las acciones de restauración que lleven a minimizar el daño generado. Proponen a la consideración del Tribunal que ese “fondo público” persiga entre sus objetivos cuidar el ambiente, velar por su protección y su restauración a favor del beneficiario de la fiducia que es el público en general, y contribuya a sustentar los costos de las acciones de la restauración que puedan minimizar el daño generado. Requieren que aquél se integre con fondos públicos y privados, provenientes estos últimos de las tasas que se impongan a los agentes demandados, sin perjuicio del derecho de regreso que corresponda contra el sujeto agente contaminador en el caso en que pueda ser identificado.

En cuanto a los bienes dañados en forma irreversible, requieren que se fije una indemnización en concepto de daño moral colectivo para reparar la minoración en el goce que la comunidad obtenía del bien dañado, a través de una compensación que deberá establecer el Tribunal dada la laguna legislativa existente al respecto, y que no tendrá un beneficiario

en particular sino la comunidad vecinal toda. Los interesados piden a la Corte que, una vez constituido el fondo, su administración no quede a cargo de los estados demandados, ya que, según manifiestan, han sido ellos los que han omitido proteger el bien colectivo y de esa manera han contribuido a la afectación por la que reclaman.

5º) Que los actores le atribuyen al daño ambiental que denuncian particularidades especiales y, en su mérito, requieren que en el *sub lite* se flexibilicen las disposiciones procesales, en tanto no se conculque la garantía de la defensa en juicio y el debido proceso, requiriendo que el Tribunal tenga una participación activa, y que no se genere un expediente de largo trámite que, al decir de las posiciones doctrinales que citan, no sirve a la víctima, a la comunidad, ni a los que habrían ocasionado el daño que denuncian.

En ese marco, y sobre la base de considerar que la afectación al medio ambiente es intolerable y que puede ser irreversible, solicitan que se dicten distintas medidas cautelares, a cuyo efecto sostienen que resulta “una obviedad decir que la urgencia en evitar la actividad contaminante del medio ambiente y su incidencia directa sobre la salud de los actores y la población en general confluyen en el caso para dar motivación y fundamento suficiente a la medida innovativa y/o autosatisfactiva que se peticiona con base en esa alta probabilidad del derecho” (ver fs. 97); y agregan que al no haberse previsto en la actualidad acciones vinculadas con el saneamiento de la cuenca, existe la “elocuente posibilidad” de que si no se toman las medidas asegurativas que solicitan, se agrave la situación de los actores y del medio ambiente, y se corra el riesgo de que quienes en definitiva resulten individualizados como agentes contaminantes alteren su patrimonio o soliciten su concurso (ver fs. 98).

El requerimiento efectuado en ese sentido puede ser sintetizado en: a) la creación de un fondo público, que tenga por fin en su momento reparar el daño ocasionado a las víctimas, y que durante la sustanciación del proceso permita llevar adelante acciones que busquen modificar la situación denunciada; b) el pedido al Poder Ejecutivo Nacional de que reanude y continúe hasta su finalización el Plan de Gestión Ambiental de Manejo de la Cuenca Hídrica Matanza – Riachuelo; c) la implementación de medidas en orden a la inmediata atención de la salud de la población ribereña de la cuenca; d) la anotación de litis en la Inspección General de Justicia, en el Registro Público de Comercio y en los Libros de Accionistas de cada una de las empresas codemandadas.

6º) Que en este estado de la causa corresponde al Tribunal delimitar las pretensiones con precisión a fin de ordenar el proceso, debiendo, a tales fines, distinguirse dos grupos.

La primera reclamación se refiere al resarcimiento de la lesión de bienes individuales, cuyos legitimados activos son las personas que se detallan en el considerando primero, y que reclaman por el resarcimiento de los daños a las personas y al patrimonio que sufren como consecuencia indirecta de la agresión al ambiente (punto 6. fs. 56 vta./75).

La segunda pretensión tiene por objeto la defensa del bien de incidencia colectiva, configurado por el ambiente (fs. 75/76). En este supuesto los actores reclaman como legitimados extraordinarios (Constitución Nacional, arts. 41, 43, y 30 de la ley 25.675) para la tutela de un bien colectivo, el que por su naturaleza jurídica, es de uso común, indivisible y está tutelado de una manera no disponible por las partes, ya que primero corresponde la prevención, luego la recomposición y, en ausencia de toda posibilidad, se dará lugar al resarcimiento (art. 28, ley citada).

En la presente causa y tal como fue planteada la demanda, la acumulación de pretensiones intentada resulta inadmisibles en esta jurisdicción originaria de la Corte Suprema, pues la adecuada ponderación de la naturaleza y objeto respectivos demuestra que no todas ellas corresponden a la competencia originaria prevista en el art. 117 de la Constitución Nacional.

7°) Que la cláusula incorporada por la reforma de 1994 en el art. 41 de la Constitución Nacional, situado en un nuevo capítulo de la parte dogmática llamado “Nuevos Derechos y Garantías” establece que “Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley”.

El reconocimiento de status constitucional del derecho al goce de un ambiente sano, así como la expresa y típica previsión atinente a la obligación de recomponer el daño ambiental no configuran una mera expresión de buenos y deseables propósitos para las generaciones del porvenir, supeditados en su eficacia a una potestad discrecional de los poderes públicos, federales o provinciales, sino la precisa y positiva decisión del constituyente de 1994 de enumerar y jerarquizar con rango supremo a un derecho preexistente, que frente a la supremacía establecida en el art. 31 de la Constitución Nacional y las competencias regladas en el art. 116 de esta Ley Fundamental para la jurisdicción federal, sostiene la intervención de este fuero de naturaleza excepcional para los asuntos en que la afectación se extienda más allá de uno de los estados federados y se persiga la tutela que prevé la Carta Magna.

Desde esta premisa estructural, pues, es que el art. 7° de la ley 25.675 prevé la competencia federal cuando se trata de la degradación o contaminación de recursos ambientales interjurisdiccionales, hipótesis que se verifica en el *sub lite* en la medida en que, por un lado, están involucradas más de una jurisdicción estatal; y en que, por el otro, dos de las pretensiones promovidas tienen en mira ese presupuesto atributivo de competencia —la degradación o contaminación de recursos ambientales— al perseguir la recomposición y el resarcimiento del daño de incidencia colectiva, que es el único reglado y alcanzado por este estatuto especial (art. 27, ley citada; causa C.1732.XL “Confederación General del Trabajo (C.G.T. – Consejo Directivo de la C.G.T., Regional Santiago del Estero c/ Tucumán, Provincia de y otro (Estado Nacional) s/ amparo”, sentencia del 20 de septiembre de 2005).

En las condiciones expresadas, el carácter federal de la materia y la necesidad de conciliar el privilegio al fuero federal que corresponde al Estado Nacional, con la condición de aforada a esta jurisdicción originaria de parte del Estado provincial, la única solución que satisface esas prerrogativas jurisdiccionales es declarar la competencia originaria del Tribunal que prevé el art. 117 de la Constitución Nacional con respecto a las pretensiones contenidas en el punto 7 del escrito de demanda.

8°) Que esa declaración, en cambio, no se extiende a la pretensión que tiene por objeto la indemnización de los daños individuales que los demandantes invocan sufrir en sus derechos patrimoniales y extrapatrimoniales.

En efecto, por un lado, en asuntos de esa naturaleza debe descartarse la presencia de una cuestión que corresponda a la competencia federal por razón de la materia (conf.

causa V.930.XLI. “Verga, Ángela y otros c/ TAGSA S.A. y otros s/ daños y perjuicios”, sentencia del día de la fecha).

Desechada esa hipótesis, cabe recordar que en los pronunciamientos dictados por esta Corte en las causas B.2303.XL “Barreto, Alberto Damián y otra c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ daños y perjuicios”, C.4500.XLI “Contreras, Carlos Walter c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios” y “Zulema Galfetti de Chalbaud e Hijos Sociedad de Hecho c/ Santa Fe, Provincia de s/ daños y perjuicios”, del 21 de marzo, del 18 de abril y del 9 de mayo de 2006, respectivamente, esta Corte ha tenido oportunidad de definir un nuevo contorno del concepto de causa civil —a los efectos de determinar la competencia originaria de este Tribunal por razón de la distinta vecindad o de extranjería— limitándolo a aquellos litigios regidos exclusivamente por normas y principios de derecho privado, tanto en lo que concierne a la relación jurídica de que se trata como en el examen sobre la concurrencia de cada uno de los presupuestos de la responsabilidad patrimonial ventilada y, en su caso, en la determinación y valuación del daño resarcible.

9º) Que con particular referencia a los daños causados por el incumplimiento de parte de un Estado provincial de las atribuciones provenientes del ejercicio del poder de policía que le corresponde sobre bienes públicos y en materia de seguridad pública, el Tribunal afirmó en la causa A.820.XXXIX “Aguilar, Patricia Marcela c/ Rey y otra (Provincia de Buenos Aires)”, sentencia del 30 de mayo de 2006, que la pretensión procesal subsume el caso, entonces, en un supuesto de responsabilidad extracontractual del Estado local por las consecuencias de su comportamiento omisivo, con indiferencia de que el deber de responder que se imputa se califique en la presunta “falta de servicio” en que habría incurrido un órgano de la provincia demandada por el cumplimiento irregular de las funciones estatales que le son propias con fundamento en el art. 1112 y concordantes del Código Civil (doctrina del voto concurrente en Fallos: 314:661); o en su carácter de titular de dominio de un bien público del Estado provincial destinado al uso y goce de los particulares, con fundamento en los arts. 2340, inc. 7, y 1113 del Código Civil (Fallos: 292:597; 315:2834; 317:144; 327:2764, considerando 4º; o en todo caso, que se sustente en la omisión o deficiente ejercicio del poder de policía de seguridad (Fallos: 312:2138 y su cita; 313:1636; 323:305, considerando 3º; 323:318; 326:750, dictamen del señor Procurador Fiscal subrogante a cuyos fundamentos remitió este Tribunal; 327:2764; entre otros).

10) Que se trata, pues, cualquiera fuese el fundamento de la responsabilidad estatal que se invoque, de un daño que se atribuye a la inactividad u omisión del Estado provincial cuando pesa sobre éste la obligación de actuar en ejercicio imperativo del poder de policía entendido —en el contexto que aquí está en estudio— como una “potestad pública” propia del estado de derecho tendiente a la protección de la vida e integridad física y patrimonial de los particulares.

11) Que con tal comprensión, no se verifica en el *sub lite* el recaudo de causa civil exigido por el art. 24, inc. 1º, del decreto-ley 1285/58 para dar lugar a la competencia originaria de este Tribunal reglada por el art. 117 de la Constitución Nacional, cuando una provincia es demandada por un extranjero o por vecinos de otra provincia.

No obsta a la conclusión alcanzada la circunstancia de que en estas actuaciones la pretensión comprenda como sujetos pasivos, también, al Estado Nacional y a la ciudad de Buenos Aires, pues el privilegio federal del primero está satisfecho con la intervención

de los tribunales inferiores de la Nación (art. 116 de la Constitución Nacional; arts. 2, inc. 6°, y 12, ley 48; art. 111, inc. 5°, ley 1893); y en cuanto a la segunda, porque con arreglo a la doctrina establecida en los precedentes de Fallos: 322:2859, 323:1199 y 323:3991 no es una provincia argentina y, en consecuencia, no le corresponde la instancia originaria del Tribunal.

Ello es así pues los miembros del Tribunal que suscriben esta decisión consideran que debe abandonarse el supuesto de competencia originaria de esta Corte reconocido a partir del caso “Celina Centurión de Vedoya c/ Provincia de Misiones”, sentencia del 7 de abril de 1983, registrada en Fallos: 305:441.

Razones de trascendencia institucional como las que dieron lugar a los precedentes I.349.XXXIX “Itzcovich, Mabel c/ ANSeS s/ reajustes varios”, en que se declaró la inconstitucionalidad del recurso ordinario que contemplaba el art. 19 de la ley 24.463, y B.2303.XL “Barreto, Alberto Damián y otra c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ daños y perjuicios”, sentencias del 29 de marzo de 2005 y 21 de marzo de 2006, justifican para situaciones como la presente que esta Corte utilice un riguroso criterio hermenéutico de los supuestos que dan lugar a su competencia originaria y, de este modo, llevar a cabo una profundización de su firme y enfática decisión destinada a preservar sus limitados recursos humanos y materiales para el fiel ejercicio de su jurisdicción constitucional más eminente y, desde esta premisa estructural, dejar de lado todos aquellos supuestos en que al amparo de una regla interpretativa diversa de la enunciada o de entronizar a principios infraconstitucionales por sobre el inequívoco carácter de excepción y restringido que impone el art. 117 de la Constitución Nacional, se asumió una intervención que corresponde que sea declinada.

12) Que en situaciones como la ventilada en el *sub lite* y en el precedente del año 1983 del cual se aparta el presente, no está en tela de juicio que ninguna de las cuatro partes es aforada ante la jurisdicción originaria del Tribunal, en los términos expresados. Son demandadas una provincia, una ciudad autónoma y el Estado Nacional por personas que son vecinos de otro estado —y en algunos casos de la misma provincia— que reclaman la indemnización de daños que habrían sufrido en sus personas y en sus bienes a título individual, en una causa que no es de naturaleza civil según lo expresado en los considerandos 9°, 10 y 11, ni predominantemente federal a diferencia de la calificada por la materia en el considerando 8°. De haber sido emplazadas por las demandantes en forma autónoma, a éstos ni a ninguna de aquéllas le hubiese correspondido ventilar este asunto ante la jurisdicción originaria que contempla el art. 117 de la Constitución Nacional, pues no se verifica ninguna de las seis situaciones que, con sustento en la doctrina del Tribunal, prevé aquella disposición.

Si todo ello es indiscutiblemente así, por las personas y por la materia, no hay razones suficientes para que el Tribunal tome intervención sobre la base de una acumulación subjetiva de pretensiones como la promovida por los demandantes, en ejercicio de una facultad de carácter discrecional por la cual, mediante una respetable estrategia procesal, han optado por agrupar en un solo proceso a todos los estados que consideran responsables comunes de los daños cuyo resarcimiento persiguen y, de este modo, generar un supuesto de competencia originaria.

13) Que si como ha sido subrayado en los precedentes citados para recordar una clásica expresión utilizada por el tribunal desde el caso “Eduardo Sojo” del 22 de septiembre de

1887 (Fallos: 32:120) hasta los pronunciamientos más recientes, la raíz constitucional de la competencia de que se trata impide insuperablemente el reconocimiento de que pueda ser ampliada por *persona ni poder alguno*, dicha formulación sería un vano recurso retórico desprovisto de sustancia si se aceptara que unas personas, las damnificadas, mediante la utilización de un reconocido y útil instrumento procesal como es el litisconsorcio pasivo o la actuación obligada de terceros, tengan bajo su potestad exclusiva, bajo su único y solo arbitrio, generar una competencia de excepción que jamás hubieran obtenido de haber demandado separadamente a cada una de las agencias estatales sindicadas como responsables, pues ninguna de ellas es aforada ante este estrado exclusivamente constitucional para asuntos en que se controvierten materias como las que dan lugar a estas pretensiones resarcitorias.

14) Que esta Corte no ignora ni retacea las consecuencias que se derivan de institutos de índole procesal de comprobada eficacia como los concernientes al litisconsorcio, a la intervención de terceros y, en general, a los procesos con pluralidad de partes legitimadas a fin de extender los efectos de las sentencias que se dicten.

Mas tan importantes y defendibles razones de economía procesal que apuntan a evitar la duplicidad de pleitos y, en ciertos casos, el escándalo jurídico, se desvanecen desde su matriz cuando pretenden sostener un desarrollo argumentativo de fuente infraconstitucional para sortear una nítida restricción que reconoce su origen en la Ley Fundamental (Fallos: 189:121 y su cita), con la llamativa conclusión, correspondiente antes a los teoremas matemáticos que a una ciencia del derecho, que mediante una fórmula de razonamiento que al sumar tres elementos negativos —por carecer por si solos de aptitud para obtener un resultado como son las pretensiones individualmente deducidas contra cada uno de los tres estados no aforados— obtiene un resultado positivo.

Y no debe olvidarse que un examen como el que se viene llevando a cabo, además de hacer pie en el rigor de los razonamientos lógicos, tiene por objeto mantener la racionalidad de la agenda de casos que debe examinar y sentenciar este Tribunal así como de no entorpecer el responsable ejercicio de las atribuciones constitucionales que la Ley Suprema ha encomendado a este Cuerpo en los asuntos que corresponden a su jurisdicción más eminente, como intérprete final de aquélla, como guardián último de las garantías superiores de las personas y como partícipe en el proceso republicano de gobierno.

15) Que, por lo demás, no deben soslayarse otras dos razones de peso que autorizan a excluir supuestos como el presente, y de análoga construcción argumental más allá de la vía procesal seguida, de la competencia originaria del Tribunal.

Por un lado, que preserva la debida coherencia con otra situación en que a pesar de la substancial semejanza que guardaba con el presente, el Tribunal —en cambio— mantuvo inalterada su decisión de no intervenir y continuó inhibiéndose de conocer, que es aquella en que se verifica un litisconsorcio activo demandando a una provincia y en la cual con apoyo en el art. 10 de la ley 48 siempre se exigió, y se continuó haciéndolo desde 1983, la distinta vecindad o extranjería de todos los litisconsortes, a pesar de que las importantes y buenas razones de economía procesal, de preservar la unidad de la causa y de evitar el escándalo jurídico se verificaban con igual alcance y riesgo en esta clase de procesos.

Por el otro, y todavía con mayor trascendencia, que de este modo se evitará que el Tribunal se entrometa en cuestiones que no configuran una causa civil sino —en numerosa

cantidad de casos— de derecho público local en los términos señalados, preservando para los estados provinciales el conocimiento de asuntos de esa naturaleza y, con esta comprensión, el fiel respeto de sus autonomías locales que les asegura el sistema federal adoptado por nuestra Constitución Nacional.

16) Que en las condiciones expresadas la acumulación subjetiva postulada en la demanda no configura ninguno de los supuestos que el art. 117 de la Constitución Nacional atribuye a la competencia originaria y exclusiva de esta Corte, por lo que las reclamaciones individuales de esta naturaleza deberán ser reformuladas por los demandantes ante los tribunales que resultaren competentes; cuya determinación surgirá según que se demandare al Estado Nacional, a quien únicamente corresponde litigar ante la jurisdicción federal (art. 116 de la Constitución Nacional; ley 48, arts. 2º, inc. 6, y 12º; ley 1893, art. 111, inc. 5º, o al Estado provincial que en esta materia —que versa sobre aspectos del derecho público provincial— sólo puede ser demandado, con arreglo a lo dispuesto en los arts. 121, 122 y 124 de la Constitución Nacional, ante sus propios tribunales locales (Fallos: 318:992).

La duplicidad de actuaciones a que dará lugar el retorno a este criterio tradicional del Tribunal o la posibilidad de que tratándose de varios juicios se dicten resoluciones contradictorias, ha sido sabiamente anticipado, considerado y definido por esta Corte en el citado precedente de Fallos: 189:121, al subrayar que esas circunstancias no son causa bastante para alterar las reglas de jurisdicción dado que ese inconveniente deriva del régimen institucional adoptado por la misma Constitución, que hace posible esa diversidad de pronunciamiento. No hay dudas, pues, de que la indiscutida raigambre constitucional de la competencia originaria y exclusiva de esta Corte impide ampliar su rígido contenido con fundamento en reglas funcionales de orden procedimental, que, inclusive, ceden en ciertos supuestos por voluntad del propio legislador (art. 188, incs. 1º a 4º del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

17) Que más allá de lo expresado, cabe señalar con respecto a dicha pretensión que, si bien, eventualmente, podrían ser calificados como intereses individuales homogéneos, en razón de que podría haber un solo hecho ilícito que cause lesiones diferenciadas a los sujetos peticionantes, ello no surge de la demanda, en la medida en que, por el contrario, menciona diferentes supuestos de causación.

Por otra parte, la demanda no contiene una descripción precisa que permita relacionar el nexo causal que existiría entre el daño sufrido por cada uno de los actores y cada una de las empresas demandadas y tampoco existe una adecuada descripción de los grados de incapacidad de cada uno de los demandantes, así como de la entidad de las lesiones sufridas en sus patrimonios como en sus personas; todo ello obsta a su acumulación en un solo proceso.

18) Que en virtud de lo expresado, la presente causa tendrá por objeto exclusivo la tutela del bien colectivo. En tal sentido, tiene una prioridad absoluta la prevención del daño futuro, ya que —según se alega— en el presente se trata de actos continuados que seguirán produciendo contaminación. En segundo lugar, debe perseguirse la recomposición de la polución ambiental ya causada conforme a los mecanismos que la ley prevé, y finalmente, para el supuesto de daños irreversibles, se tratará del resarcimiento.

La tutela del ambiente importa el cumplimiento de los deberes que cada uno de los ciudadanos tienen respecto del cuidado de los ríos, de la diversidad de la flora y la fauna, de los suelos colindantes, de la atmósfera. Estos deberes son el correlato que esos mismos ciudadanos tienen a disfrutar de un ambiente sano, para sí y para las generaciones futuras, porque el daño que un individuo causa al bien colectivo se lo está causando a sí mismo. La mejora o degradación del ambiente beneficia o perjudica a toda la población, porque es un bien que pertenece a la esfera social y transindividual, y de allí deriva la particular energía con que los jueces deben actuar para hacer efectivos estos mandatos constitucionales.

19) Que para la prosecución de estos objetos procesales, no existe la información adecuada, ya que la demanda no ilustra al tribunal aspectos esenciales sobre la cuestión litigiosa. El escrito introductorio tampoco se basa en estudios actualizados, ya que se remite a publicaciones periodísticas o a informes presentados por diversos organismos hace varios años. En cuanto al bien que la demanda denomina “reversible”, se pretende la creación de un fondo público que ascienda, como mínimo, a quinientos millones de dólares, para atender a la recomposición del ambiente y la satisfacción de las indemnizaciones. Sin embargo, no se aporta ningún elemento serio que permita fundar esa decisión por parte de esta Corte Suprema. En cuanto al bien que denomina “irreversible” las demandantes peticionan el pago de una suma de dinero en concepto de daño moral colectivo. Se pretende darle una finalidad satisfactiva y se pide una obra que implique un disfrute para la comunidad, pero no se aporta ningún elemento que permita identificar cuál sería esa obra y cuáles sus beneficios satisfactivos.

20) Que con arreglo a lo expresado en los considerandos anteriores, corresponde hacer uso de las facultades ordenatorias e instructorias que la ley confiere al Tribunal (art. 32, ley 25.675), a fin de proteger efectivamente el interés general.

Por ello se resuelve:

I. No hacer lugar a la acumulación objetiva de pretensiones según el alcance precisado en el considerando 6°.

II. Declarar la competencia originaria del Tribunal con respecto a las pretensiones concernientes a la prevención, recomposición y el resarcimiento del daño colectivo individualizadas en el punto 7 del escrito de demanda.

III. Declarar la incompetencia de esta Corte para conocer en su instancia originaria con respecto a la demanda por el resarcimiento de los daños y perjuicios individuales reclamados en el punto 6. del escrito de demanda.

IV. Requerir a las empresas demandadas para que en el plazo de treinta días informen sobre los siguientes puntos

1. Líquidos que arrojan al río, su volumen, cantidad y descripción.

2. Si existen sistemas de tratamiento de los residuos;

3. Si tienen seguros contratados en los términos del art. 22 de la ley 25.675. (art. 22: Toda persona física o jurídica, pública o privada, que realice actividades riesgosas para el ambiente, los ecosistemas y sus elementos constitutivos, deberá contratar un seguro de cobertura con entidad suficiente para garantizar el financiamiento de la recomposición del daño que en su tipo pudiere producir; asimismo, según el caso y las posibilidades,

podrá integrar un fondo de restauración ambiental que posibilite la instrumentación de acciones de reparación”.

V. Requerir al Estado Nacional, a la Provincia de Buenos Aires, a la ciudad de Buenos Aires y al Cofema para que en el plazo de treinta días y en los términos de la ley 25.675:

Presenten un plan integrado (art. 5: Los distintos niveles de gobierno integrarán en todas sus decisiones y actividades previsiones de carácter ambiental, tendientes a asegurar el cumplimiento de los principios enunciados en la presente ley” basado en el principio de progresividad (art. 4) el que prevé que los objetivos ambientales deberán ser logrados en forma gradual, a través de metas interinas y finales proyectadas en un cronograma temporal. Dicho plan deberá contemplar:

1. Un ordenamiento ambiental del territorio (arts. 8, 9 y 10).

2. El control sobre el desarrollo de las actividades antrópicas (art. 10) “teniendo en cuenta los aspectos políticos, físicos, sociales, tecnológicos, culturales, económicos, jurídicos y ecológicos de la realidad local, regional y nacional, deberá asegurar el uso ambientalmente adecuado de los recursos ambientales, posibilitar la máxima producción y utilización de los diferentes ecosistemas, garantizar la mínima degradación y desaprovechamiento y, promover la participación social en las decisiones fundamentales del desarrollo sustentable”.

3. Estudio de impacto ambiental de las cuarenta y cuatro empresas involucradas, y si no los tuviera, los requerirá en forma inmediata.

4. Un programa de educación ambiental (art. 14: La educación ambiental constituye el instrumento básico para generar en los ciudadanos, valores, comportamientos y actitudes que sean acordes con un ambiente equilibrado, propendan a la preservación de los recursos naturales y su utilización sostenible, y mejoren la calidad de vida de la población).

5. Un programa de información ambiental pública a todo el que la requiera, especialmente los ciudadanos del área territorial involucrada (art. 16: “Las personas físicas y jurídicas, públicas o privadas, deberán proporcionar la información que esté relacionada con la calidad ambiental y referida a las actividades que desarrollan. Todo habitante podrá obtener de las autoridades la información ambiental que administren y que no se encuentre contemplada legalmente como reservada.” (art. 18: “Las autoridades serán responsables de informar sobre el estado del ambiente y los posibles efectos que sobre el puedan provocar las actividades antrópicas actuales y proyectadas. El Poder Ejecutivo, a través de los organismos competentes, elaborará un informe anual sobre la situación ambiental del país que presentará al Congreso de la Nación. El referido informe contendrá un análisis y evaluación sobre el estado de la sustentabilidad ambiental en lo ecológico, económico, social y cultural de todo el territorio nacional”.

VI. Convocar a una audiencia pública a realizarse en la sede de esta Corte el día 5 de septiembre de 2006 a las once, en la cual las partes deberán informar en forma oral y pública al Tribunal sobre el contenido de lo solicitado en el punto anterior.

VII. Hacer saber a la actora que deberá aportar a su escrito de demanda, en el plazo de treinta días, la información requerida según el alcance establecido en el considerando 19.

VIII. Diferir hasta que se cumpla con el recaudo señalado y la celebración de la audiencia el tratamiento y decisión de las medidas cautelares requeridas.

IX. Hacer saber a las demandadas que la información requerida en los puntos precedentes deberán acompañarla también en soporte informático. Notifíquese.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI – ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO – CARLOS S. FAYT (*según su voto*) – JUAN CARLOS MAQUEDA – RICARDO LUIS LORENZETTI – CARMEN M. ARGIBAY.

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON CARLOS S. FAYT

Considerando:

Que el infrascripto coincide con los considerandos del 1° al 7° del proyecto de la mayoría.

Considerando:

8°) Que esa declaración no comprende a la pretensión que tiene por objeto la indemnización de los daños individuales que los demandantes invocan sufrir en sus derechos patrimoniales y extrapatrimoniales.

Ello es así porque en el caso se encuentra en juego el poder de policía de salubridad o medio ambiente, al que resultan aplicables idénticas conclusiones que las expuestas por este Tribunal en materia del nacimiento de responsabilidad por el ejercicio del poder de policía de seguridad.

En consecuencia, el ejercicio aun deficiente de ese poder de policía que corresponde al Estado —o, en su caso, a las provincias—, no resulta suficiente para atribuirle responsabilidad en un evento en el cual ninguno de sus órganos o dependencias tuvo participación, toda vez que no parece razonable pretender que su responsabilidad general en orden a la prevención de los delitos pueda llegar a involucrarlo a tal extremo en las consecuencias dañosas que ellos produzcan con motivo de hechos extraños a su intervención directa (Fallos: 312:2138; causa C.712.XL. “Córdoba, Ramona Ana Remigia y otro c/ Buenos Aires, Provincia de s/ beneficio de litigar sin gastos”, del 22 de marzo de 2005 y sus citas.

9°) Que ello excluye el carácter de parte sustancial de los estados demandados en este aspecto del reclamo, lo que determina que este último sea ajeno a la competencia originaria del Tribunal (Fallos: 316:604, entre muchísimos otros).

10) Que en virtud de lo expresado, la presente causa tendrá por objeto exclusivo la tutela del bien colectivo. En tal sentido, tiene una prioridad absoluta la prevención del daño futuro, ya que —según se alega— en el presente se trata de actos continuados que seguirán produciendo contaminación. En segundo lugar, debe perseguirse la recomposición de la polución ambiental ya causada conforme a los mecanismos que la ley prevé, y finalmente, para el supuesto de daños irreversibles, se tratará del resarcimiento.

La tutela del ambiente importa el cumplimiento de los deberes que cada uno de los ciudadanos tienen respecto del cuidado de los ríos, de la diversidad de la flora y la fauna, de los suelos colindantes, de la atmósfera. Estos deberes son el correlato que esos mismos ciudadanos tienen a disfrutar de un ambiente sano, para sí y para las generaciones futuras, porque el daño que un individuo causa al bien colectivo se lo está causando a sí mismo. La mejora o degradación del ambiente beneficia o perjudica a toda la población, porque es un

bien que pertenece a la esfera social y transindividual, y de allí deriva la particular energía con que los jueces deben actuar para hacer efectivos estos mandatos constitucionales.

11) Que para la prosecución de estos objetos procesales, no existe la información adecuada, ya que la demanda no informa al tribunal aspectos esenciales sobre la cuestión litigiosa. El escrito introductorio tampoco se basa en estudios actualizados, ya que se remite a publicaciones periodísticas o a informes presentados por diversos organismos hace varios años. En cuanto al bien que la demanda denomina “reversible”, se pretende la creación de un fondo público que ascienda, como mínimo, a quinientos millones de dólares, para atender a la recomposición del ambiente y la satisfacción de las indemnizaciones. Sin embargo, no se aporta ningún elemento serio que permita fundar esa decisión por parte de esta Corte Suprema. En cuanto al bien que denomina “irreversible” las demandantes peticionan el pago de una suma de dinero en concepto de daño moral colectivo. Se pretende darle una finalidad satisfactoria y se pide una obra que implique un disfrute para la comunidad, pero no se aporta ningún elemento que permita identificar cuál sería esa obra y cuáles sus beneficios satisfactorios.

12) Que con arreglo a lo expresado en los considerandos anteriores, corresponde hacer uso de las facultades ordenatorias e instructorias que la ley confiere al Tribunal (art. 32, ley 25.675), a fin de proteger efectivamente el interés general.

Por ello se resuelve:

I. No hacer lugar a la acumulación objetiva de pretensiones según el alcance precisado en el considerando 6°.

II. Declarar la competencia originaria del Tribunal con respecto a las pretensiones concernientes a la prevención, recomposición y el resarcimiento del daño colectivo individualizadas en el punto 7 del escrito de demanda.

III. Declarar la incompetencia de esta Corte para conocer en su instancia originaria con respecto a la demanda por el resarcimiento de los daños y perjuicios individuales reclamados en el punto 6. del escrito de demanda.

IV. Requerir a las empresas demandadas para que en el plazo de treinta días informen sobre los siguientes puntos

1. Líquidos que arrojan al río, su volumen, cantidad y descripción.
2. Si existen sistemas de tratamiento de los residuos;

3. Si tienen seguros contratados en los términos del art. 22 de la ley 25.675. (art. 22: Toda persona física o jurídica, pública o privada, que realice actividades riesgosas para el ambiente, los ecosistemas y sus elementos constitutivos, deberá contratar un seguro de cobertura con entidad suficiente para garantizar el financiamiento de la recomposición del daño que en su tipo pudiere producir; asimismo, según el caso y las posibilidades, podrá integrar un fondo de restauración ambiental que posibilite la instrumentación de acciones de reparación”.

V. Requerir al Estado Nacional, a la Provincia de Buenos Aires, a la ciudad de Buenos Aires y al Cofema para que en el plazo de treinta días y en los términos de la ley 25.675:

Presenten un plan integrado (art. 5: Los distintos niveles de gobierno integrarán en todas sus decisiones y actividades previsiones de carácter ambiental, tendientes a asegurar el cumplimiento de los principios enunciados en la presente ley” basado en el principio de

progresividad (art. 4) el que prevé que los objetivos ambientales deberán ser logrados en forma gradual, a través de metas interinas y finales proyectadas en un cronograma temporal. Dicho plan deberá contemplar:

1. Un ordenamiento ambiental del territorio (arts. 8, 9 y 10).
 2. El control sobre el desarrollo de las actividades antrópicas (art. 10) “teniendo en cuenta los aspectos políticos, físicos, sociales, tecnológicos, culturales, económicos, jurídicos y ecológicos de la realidad local, regional y nacional, deberá asegurar el uso ambientalmente adecuado de los recursos ambientales, posibilitar la máxima producción y utilización de los diferentes ecosistemas, garantizar la mínima degradación y desaprovechamiento y, promover la participación social en las decisiones fundamentales del desarrollo sustentable”.
 3. Estudio de impacto ambiental de las cuarenta y cuatro empresas involucradas, y si no los tuviera, los requerirá en forma inmediata.
 4. Un programa de educación ambiental (art. 14: La educación ambiental constituye el instrumento básico para generar en los ciudadanos, valores, comportamientos y actitudes que sean acordes con un ambiente equilibrado, propendan a la preservación de los recursos naturales y su utilización sostenible, y mejoren la calidad de vida de la población).
 5. Un programa de información ambiental pública a todo el que la requiera, especialmente los ciudadanos del área territorial involucrada (art. 16: “Las personas físicas y jurídicas, públicas o privadas, deberán proporcionar la información que esté relacionada con la calidad ambiental y referida a las actividades que desarrollan. Todo habitante podrá obtener de las autoridades la información ambiental que administren y que no se encuentre contemplada legalmente como reservada.” (art. 18: “Las autoridades serán responsables de informar sobre el estado del ambiente y los posibles efectos que sobre el puedan provocar las actividades antrópicas actuales y proyectadas. El Poder Ejecutivo, a través de los organismos competentes, elaborará un informe anual sobre la situación ambiental del país que presentará al Congreso de la Nación. El referido informe contendrá un análisis y evaluación sobre el estado de la sustentabilidad ambiental en lo ecológico, económico, social y cultural de todo el territorio nacional”).
- VI. Convocar a una audiencia pública a realizarse en la sede de esta Corte el día 5 de septiembre de 2006 a las once, en la cual las partes deberán informar en forma oral y pública al Tribunal sobre el contenido de lo solicitado en el punto anterior.
- VII. Hacer saber a la actora que deberá aportar a su escrito de demanda, en el plazo de treinta días, la información requerida según el alcance establecido en el considerando 11.
- VIII. Diferir hasta que se cumpla con el recaudo señalado y la celebración de la audiencia el tratamiento y decisión de las medidas cautelares requeridas.
- IX. Hacer saber a las demandadas que la información requerida en los puntos precedentes deberán acompañarla también en soporte informático. Notifíquese.

CARLOS S. FAYT.



DEFENSA DEL PATRIMONIO HISTÓRICO Y CULTURAL

“ZORRILLA” (FALLOS: 336:1390)

La Corte admitió la demanda de expropiación irregular y resolvió que el inmueble conocido como “La Casa de Mansilla” se incorporase al patrimonio del Estado Nacional a los efectos de resguardar ese monumento histórico artístico que se encontraba amenazado de destrucción.

Se destacó que la propiedad –que había sido declarado monumento histórico-artístico nacional por ley 25.317– reviste un particular interés ya que perteneció al escritor, político, periodista y militar Lucio V. Mansilla y se puso de resalto su valor originado en sus singulares características arquitectónicas.

La decisión contó con una mayoría integrada por los jueces LORENZETTI, FAYT, MAQUEDA, ZAFFARONI y ARGIBAY y con las disidencias de los jueces HIGHTON DE NOLASCO y PETRACCHI respectivamente.

Principales ejes temáticos del fallo

- » El patrimonio cultural de una nación preserva la memoria histórica de su pueblo y, en consecuencia, resulta un factor fundamental para conformar y consolidar su identidad. Es por ello que su tutela por parte del Estado adquiere vital importancia puesto que permite preservar los testimonios de civilizaciones pasadas y presentes, los que resultan indispensables puntos de referencia de toda sociedad a la hora de programar sus proyectos sociales futuros.
- » La necesidad de resguardar ese legado fue recogida por los constituyentes de 1994 quienes en el artículo 41 de la Constitución Nacional expresamente establecieron como obligación de las autoridades federales la de proveer a la “...preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica...”.
- » La preocupación por la protección del patrimonio cultural también aparece receptada en la Convención para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural acordada por la UNESCO en 1972 (y aprobada por la ley 21.836) en la que se destacó que el patrimonio cultural y el patrimonio natural se encuentra cada vez más amenazado de destrucción no solo por las causas tradicionales de deterioro sino también por la evolución de la vida social y económica que las agrava con fenómenos de alteración o de destrucción aun más temibles. Por tal motivo, los Estados partes al suscribir ese instrumento reconocieron su obligación de identificar, proteger, conservar, rehabilitar y transmitir a generaciones futuras el patrimonio cultural y natural situado en su territorio (conf. artículo 4º) y en razón de ello se comprometieron: a adoptar una política general encaminada a atribuir al patrimonio cultural y natural una función en la vida colectiva y a integrar la protección de ese patrimonio en los programas de planificación general; a instituir servicios de protección,

Enlaces destacados

» Ver más

- › Reseña
- › Otra información
- › Versión Word

» Doctrina del fallo

conservación y revalorización del patrimonio cultural y natural; a tomar las medidas jurídicas, científicas, técnicas, administrativas y financieras adecuadas para identificar, proteger, conservar, revalorizar y rehabilitar ese patrimonio (confr. artículo 5º, incs. a, b y d).

» Corresponde confirmar la sentencia que admitió la demanda de expropiación irregular promovida contra el Estado Nacional porque si bien de acuerdo con la ley 12.665 y su decreto reglamentario la declaración de “monumento histórico-artístico” no trae aparejada, por sí sola, la obligación del Estado Nacional de expropiar cada cosa que se declare comprendida en su régimen, los elementos adjuntados a la causa resultan demostrativos de que la declaración contenida en la ley 25.317 y las circunstancias que siguieron a tal decisión, no implicaron una simple restricción al derecho de propiedad de los actores sino un verdadero cercenamiento de ese derecho pues operaron como un evidente obstáculo para que pudieran disponer libremente del inmueble y la expropiación resulta el único medio apto para garantizar la manda contenida en el art. 41 de la Constitución Nacional y las leyes, para asegurar la preservación de un inmueble cuyo valor cultural ha sido reconocido por todos los involucrados en el pleito.

» Resulta inadmisibles sostener que la declaración como monumento histórico-artístico nacional respecto del inmueble objeto de la acción (ley 25.317) conllevaría -para su efectiva protección y preservación- la calificación de utilidad pública a los fines expropiatorios, ya que la ley 12.665 prevé expresamente la posibilidad de que la Comisión Nacional -dentro de sus atribuciones- proponga la declaración de utilidad pública de los lugares, monumentos, inmuebles y documentos de particulares que se consideren de interés histórico o histórico-artístico a los efectos de la expropiación, alternativa a la que no se apeló en el caso, donde el Poder Legislativo se limitó a la declaración plasmada en la ley 25.317 (Disidencia de la jueza Highton de Nolasco).

» Resulta inadmisibles sostener que la declaración de un inmueble como “monumento histórico-artístico” resulta suficiente para probar la situación de indisponibilidad a la que se refiere el inc. b) del art. 51 de la ley 21.499 ya que tal interpretación desvirtuaría el funcionamiento del sistema establecido por la ley 12.665, que no supone la expropiación de todo bien incluido en su régimen y, por ese motivo, la ley prevé alternativas distintas a la expropiación para compatibilizar los derechos de los propietarios y la finalidad de la norma, tales como un acuerdo con el propietario, o la fijación de una indemnización para casos en los cuales la limitación al dominio fuera calificada como servidumbre administrativa (arts. 3º de la ley y 11 del decreto 84.005/41) (Disidencia del juez Petracchi).

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 27 de agosto de 2013.

Vistos los autos: “Zorrilla, Susana y otro c/ E.N. - P.E.N. s/ expropiación – servidumbre administrativa”.

Considerando:

1º) Que la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal confirmó la sentencia que había admitido la demanda de expropiación

irregular promovida por los actores contra el Estado Nacional (Secretaría de Cultura y Medios de Comunicación de la Presidencia de la Nación), disponiendo la expropiación del inmueble objeto de la acción y el pago de la suma de \$ 8.100.000 en concepto de indemnización, con más sus intereses y costas. Contra ese pronunciamiento (fs. 1348/1351), tanto el demandado como los actores dedujeron sendos recursos ordinarios de apelación (fs. 1356 y 1357), que fueron concedidos (fs. 1363/1364). Los respectivos memoriales y contestaciones obran a fs. 1371/1396, 1397/1401, 1405/1408 y 1410/1422.

2º) Que los recursos deducidos son formalmente admisibles en la medida en que se trata de una sentencia definitiva, recaída en una causa en que la Nación Argentina es directamente parte, y en la que el valor disputado en último término, sin sus accesorios, supera para ambos recurrentes el mínimo previsto en el artículo 24, inc. 6º, ap. a del decreto-ley 1285/58 y la resolución de esta Corte 1360/91.

3º) Que, para resolver de este modo, la alzada manifestó compartir los argumentos desarrollados por la juez de grado, en el sentido de que, con el dictado de la ley 25.317 —que declaró como monumento histórico-artístico nacional al edificio que ocupa la “Casa Mansilla”— “se produjo en la práctica la anulación del derecho de propiedad”, al quedar sometido al régimen de la ley 12.665 y sus modificatorias y decretos reglamentarios. Señaló —invocando el aval genérico de la jurisprudencia de esta Corte— que aun sin existir ley expresa de expropiación los actores se encontraban facultados para reclamar la expropiación inversa en la medida en que resultaba indisponible por su evidente dificultad para poder utilizarlo en condiciones normales. En este punto, transcribió las expresiones de la magistrada de primera instancia, quien concluyó —tras reseñar las limitaciones al dominio derivadas del régimen legal citado— que la declaración como monumento histórico “tuvo como efecto jurídico prohibir al propietario la realización de todo acto que pudiera significar la disminución de su valor histórico o artístico; puesto que el propietario no puede, sin autorización expresa y formal de la autoridad administrativa competente, ni repararlo ni restaurarlo ni destruirlo en todo o en parte, no pudiendo concebirse —siquiera por hipótesis— la venta de un inmueble de las características del de autos, gravado con este tipo de limitaciones”.

Asimismo, la sentencia recurrida desestimó el planteo del Estado Nacional según el cual —en el sistema de la ley 12.665— debía examinarse la posibilidad previa de un acuerdo para el reconocimiento de los derechos del propietario y su adecuación con la declaración como monumento histórico nacional, ya que —de admitirse esa pretensión— deberían retrotraerse las actuaciones para el cumplimiento de un requisito formal carente de sentido en este estado del proceso, cual es el arribo a un acuerdo imposible.

También se expresó que, luego de la sanción de la ley 25.317, la Comisión Nacional de Museos y de Monumentos y Lugares Históricos no promovió ninguna actuación tendiente a convenir ni adoptar las medidas necesarias para la restauración, refacción y el mantenimiento del inmueble, ni para impedir el deterioro de la propiedad; a la vez que omitió establecer —mediante el respectivo convenio o por instrucción general— una modalidad de uso que permitiera a los propietarios obtener una razonable ganancia sobre el valor del inmueble.

Con respecto a los agravios de la actora, el a quo consideró inadmisibles las pretensiones de que los intereses corriesen desde el dictado de la ley 25.317, ello toda vez que se trata de

un supuesto de expropiación inversa, donde no existe efectivo desapoderamiento ni —en consecuencia— retardo en el pago de la indemnización previa.

4°) Que en el respectivo memorial el demandado cuestiona que la sanción de la ley 25.317 sea suficiente para fundamentar la expropiación inversa y afirma que no se cumple con los presupuestos de esta acción, dado que: a) no existe declaración de utilidad pública; b) no existió inacción de promover juicio por parte del Estado; c) no medió prueba del daño que le habría ocasionado la declaración de monumento histórico. Aduce que, apartándose de la normativa vigente, los actores nunca tuvieron la intención de realizar tratativas previas y que los propietarios no fueron desposeídos del inmueble, destacando que el mal estado de aquel tampoco podía ser atribuido al Estado Nacional, toda vez que preexistía a la declaración legal.

Por su parte, los actores se agravan de lo resuelto en materia de intereses, y solicitan que devenguen desde el dictado de la ley 25.317.

Por razones de orden lógico corresponde atender en primer término a los agravios del Estado Nacional, desde que su eventual progreso tornaría inoficioso el tratamiento del recurso de su contraria.

5°) Que corresponde recordar que la expropiación irregular, conforme a lo previsto en el artículo 51 de la ley 21.499, aplicable al caso, procede “a) Cuando existiendo una ley que declara de utilidad pública un bien, el Estado lo toma sin haber cumplido con el pago de la respectiva indemnización; b) Cuando, con motivo de la ley de declaración de utilidad pública, de hecho una cosa mueble o inmueble resulte indisponible por evidente dificultad o impedimento para disponer de ella en condiciones normales; c) Cuando el Estado imponga al derecho del titular de un bien o cosa una indebida restricción o limitación, que importen una lesión a su derecho de propiedad”.

En consecuencia, la acción bajo examen será admisible cuando el bien objeto de expropiación haya sido ocupado por el expropiante (Fallos: 266:34) o hayan mediado restricciones, limitaciones o menoscabos esenciales al derecho de propiedad del titular (Fallos: 312:1725).

6°) Que esta Corte ha tenido oportunidad de sostener que, contrariamente a lo que sucede en algunos ordenamientos locales (v. gr. ley 4178 de la provincia de Buenos Aires), en la ley 21.499 (artículo 51, inc. c), no está expresamente previsto el requisito de existencia de ley que declare de utilidad pública el bien en cuestión (conf. el precedente “Faut, Pedro y otros c/ Prov. de Buenos Aires”, Fallos: 328:4782).

Asimismo, este Alto Tribunal ha entendido que la propia ley faculta al particular a reclamar la expropiación inversa aun sin mediar calificación de utilidad pública, cuando de modo directo o reflejo —siempre con motivo de otra ley que declare la utilidad pública— resultara indisponible un bien por su evidente dificultad para utilizarlo en condiciones normales (Fallos: 308:1282).

En razón de todo ello, corresponde desestimar los agravios que sobre el punto formula el Estado Nacional.

7°) Que ello aclarado, y a los efectos de dimensionar la trascendencia que para la preservación del patrimonio histórico, artístico y cultural de la Nación reviste la cuestión ven-

tilada en autos es importante destacar que el inmueble objeto del presente pleito, conocido como “La casa de Mansilla”, perteneció al escritor, político, periodista y militar Lucio Victorio Mansilla, figura de indiscutida influencia en la vida política y militar argentina y cuyo legado literario incluye, entre otras obras, “Una excursión a los indios ranqueles”, que no solo fue galardonada con el primer premio del Congreso Geográfico Internacional de París sino que ocupa un lugar de indudable relevancia en la historia de la literatura nacional.

La propiedad, de estilo neo renacentista italiano, fue construida entre los años 1870 y 1880 y, bajo la denominación “Villa la Esperanza”, fue utilizada como quinta de fin de semana y casa de verano por el escritor en 1892. Según lo describe la Comisión Nacional de Museos y de Monumentos y Lugares Históricos “...se trata de una residencia palaciega de líneas italianizantes, con acceso por dos calles. El predio original dotaba a la construcción de un entorno paisajístico de gran belleza...” (<http://www.monumentosysitios.gov.ar/ficha.php?idMonumento=313>).

Según los distintos proyectos de resolución y de ley presentados en el ámbito del Congreso Nacional a los fines de obtener la expropiación “...se trata de un solar histórico de los pocos que quedan en la Ciudad de Buenos Aires y está amenazado de destrucción...” (expte. 5573-D-2008 de la Cámara de Diputados de la Nación) y es “...uno de los últimos exponentes que queda en pie de la arquitectura del neoclásico italiano del siglo XIX en el barrio de Belgrano y probablemente en la Ciudad de Buenos Aires...se menciona la existencia de un túnel propio que la uniría al arroyo Vega...que de comprobarse su existencia, otorgaría aun mayor valor histórico...” (expte. 4708-D-2010 de la Cámara de Diputados de la Nación).

Es posible entonces advertir que el inmueble en cuestión reviste un particular interés, tanto por su importancia histórica, derivada del hecho de haber pertenecido a una importante figura de la vida institucional y cultural de la Nación y de haber funcionado como Escuela Normal de Maestras n° 10, de 1915 hasta 1982, como por el valor artístico originado en sus singulares características arquitectónicas.

8°) Que estas particularidades llevaron al dictado de la ley 25.317 que declaró “monumento histórico-artístico nacional” al edificio y lo sometió al régimen de custodia y conservación contemplado en la ley 12.665 y el decreto 84.005/41. Esa normativa prevé que el Poder Ejecutivo, a propuesta de la Comisión Nacional de Museos y de Monumentos y Lugares Históricos, declarará de utilidad pública los lugares, monumentos, inmuebles y documentos de propiedad de particulares que se consideren de interés histórico o histórico-artístico a los efectos de la expropiación; o se acordará con el respectivo propietario el modelo para asegurar los fines patrióticos de la ley. Asimismo, se prevé que si la conservación del lugar o monumento implicase una limitación del dominio, el Poder Ejecutivo indemnizará a su propietario en su caso (confr. artículo 3° de la ley 12.665). Por otra parte, y a los efectos de garantizar la preservación de los inmuebles históricos, se dispone que éstos no podrán ser sometidos a reparaciones o restauraciones, ni destruidos en todo o en parte transferidos, gravados o enajenados sin aprobación o intervención de la citada comisión (confr. artículo 4° de la citada ley).

9°) Que el patrimonio cultural de una nación preserva la memoria histórica de su pueblo y, en consecuencia, resulta un factor fundamental para conformar y consolidar su identidad. Es por ello que su tutela por parte del Estado adquiere vital importancia puesto que permite

preservar los testimonios de civilizaciones pasadas y presentes, los que resultan indispensables puntos de referencia de toda sociedad a la hora de programar sus proyectos sociales futuros.

10) Que la necesidad de resguardar ese legado fue recogida por los constituyentes de 1994 quienes en el artículo 41 de la Constitución Nacional expresamente establecieron como obligación de las autoridades federales la de proveer a la “...*preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica...*”. La trascendencia de la cuestión fue puesta de manifiesto por la convencional Rovagnati al señalar que “...*es así que el patrimonio cultural constituye historia y sería oportuno recordar a Alfred Weber, cuando decía que ‘nuestro mundo se haría espiritualmente pedazos si renunciara a orientarse en el espíritu de lo antiguo’. Por esta razón las manifestaciones del paisaje urbano, el arte y todas las expresiones culturales, deben ser garantizadas a todos los habitantes y a las generaciones futuras, porque constituyen elementos imprescindibles que hacen a la calidad de la vida...*” (CONVENCIÓN NACIONAL CONSTITUYENTE, 13ª Reunión - 3ª Sesión Ordinaria (Continuación), 20 de julio de 1994; pág. 1619).

11) Que la preocupación por la protección del patrimonio cultural también aparece receptada en la Convención para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural acordada por la UNESCO en 1972 (y aprobada por la ley 21.836) en la que se destacó que el patrimonio cultural y el patrimonio natural se encuentra cada vez más amenazado de destrucción no solo por las causas tradicionales de deterioro sino también por la evolución de la vida social y económica que las agrava con fenómenos de alteración o de destrucción aun más temibles. Por tal motivo, los Estados partes al suscribir ese instrumento reconocieron su obligación de identificar, proteger, conservar, rehabilitar y transmitir a generaciones futuras el patrimonio cultural y natural situado en su territorio (conf. artículo 4º) y en razón de ello se comprometieron: a adoptar una política general encaminada a atribuir al patrimonio cultural y natural una función en la vida colectiva y a integrar la protección de ese patrimonio en los programas de planificación general; a instituir servicios de protección, conservación y revalorización del patrimonio cultural y natural; **a tomar las medidas jurídicas, científicas, técnicas, administrativas y financieras adecuadas para identificar, proteger, conservar, revalorizar y rehabilitar ese patrimonio** (confr. artículo 5º, incs. a, b y d).

12) Que, finalmente, dentro del marco jurídico de protección del acervo cultural corresponde mencionar a la ley 25.197, que fijó el Régimen del Registro de Patrimonio Cultural, definió al patrimonio cultural argentino como aquel integrado por “todos aquellos objetos, seres o sitios que constituyen la expresión o el testimonio de la creación humana y la evolución de la naturaleza y que tienen un valor arqueológico, histórico, artístico científico o técnico excepcional” (artículo 2º). Asimismo, caracterizó a los “bienes culturales histórico-artísticos” como todas las obras del hombre u obras conjuntas del hombre y la naturaleza, de carácter irremplazable, cuya peculiaridad, unidad, rareza y/o antigüedad les confiere un valor universal o nacional excepcional desde el punto de vista histórico, etnológico o antropológico, así como las obras arquitectónicas, de la escultura o de pintura y las de carácter arqueológico.

13) Que frente a tal contexto normativo se torna imprescindible poner de relieve las condiciones en que se encuentra este inmueble de gran importancia histórica y artística.

Para ello es preciso señalar que si bien en 1998 se hallaba en buen estado (conf. fs. 16), la falta de medidas adecuadas para su conservación, sumada a la situación de abandono general han llevado a que, en la actualidad, se encuentre sumamente deteriorado.

La señora juez de primera instancia requirió, en el marco de la medida cautelar solicitada por la actora, que la Comisión Nacional de Museos y de Monumentos y Lugares Históricos elaborara un informe pormenorizado del estado edilicio del inmueble y de las medidas que resultaran necesarias adoptar a los fines de su conservación (fs. 28 vta. del incidente de medida). Esa manda resultó de muy difícil cumplimiento, precisamente por las condiciones de inseguridad en que se encuentra la propiedad.

En este sentido resultan demostrativas de la situación de abandono las constancias de fs. 136, 156 y 227 del incidente de medida, que se citará en adelante, que informan que el inmueble fue tomado con el objetivo de crear un comedor popular y un centro vecinal en septiembre de 2002 y que en febrero de 2004 se produjo un foco ígneo de pequeñas dimensiones en el interior de la casona, resultando 2 menores detenidos como posibles autores. Además, en diciembre de 2003 el terreno se hallaba con un alto grado de suciedad, con animales muertos, excrementos y gran cantidad de insectos debido a las bolsas de residuos y botellas dejadas allí por intrusos y ocupantes ocasionales. Se verificó, asimismo, en esa época la caída de ornatos del coronamiento de la casa en varios sectores del frente y en la fachada posterior, un importante deterioro con gran proliferación de flora en el pórtico y gran cantidad de desprendimientos de ornatos y revoque en la fachada principal, presencia de humedad en cubierta, colonización de especies vegetales, falta o roturas en casi la totalidad de las carpinterías incluyendo componentes y vidrios, y la imposibilidad de acceder a la planta alta dada las condiciones de la escalera (fs. 274/274 vta.).

En enero de 2004 el Área Técnica solicitó a la Comisión de Museos que diera intervención al Instituto Pasteur para atrapar y trasladar los gatos que habitan por decenas en el lugar, que se dispusiera el vallado del predio para evitar la llegada de nuevos animales y le recordó la dificultad de acceder a la planta alta (fs. 273/273 vta.). Pocos meses después reiteraron la necesidad de erradicar los gatos, y señalaron que “los excrementos, los cadáveres de animales muertos y alimentos en descomposición hacían imposible el trabajo cotidiano en mínimas condiciones de seguridad”. Una vez solucionados esos inconvenientes se procedería al relevamiento de planta, cortes, elevaciones y niveles, deterioros, y verificación de estructuras (fs. 270/271).

14) Que el preocupante estado de conservación de la propiedad también fue puesto de manifiesto en los proyectos de resolución y de ley presentados ante el Congreso Nacional en los que se señaló, tanto en el año 2008 como en el año 2010, que la construcción se encuentra amenazada de destrucción, que sus dueños no la pueden administrar ni proteger y que son los integrantes de una comisión protectora quienes promueven la protección de la casona, evitando saqueos y peticionando a las autoridades por más seguridad y limpieza (confr. exptes. 5573-D-2008 y 4708-D-2010 mencionados *ut supra*).

15) Que, en consecuencia, queda puesta de relieve con singular nitidez la imperiosa necesidad de actuar en resguardo de la preservación de esta propiedad cuyo valor histórico, arquitectónico y cultural ya fue señalado. En este punto no resulta ocioso insistir en que “los bienes culturales no son solo mercancía, sino recursos para la producción de arte y diversidad, identidad nacional y soberanía cultural, acceso al conocimiento y a visiones plurales del mundo” (UNESCO, Nuestra diversidad creativa: Informe de la Comisión Mundial de Cultura y Desarrollo, septiembre 1996) y es por ello que su preservación requiere de un especial celo por parte del Estado Nacional.

16) Que es importante destacar que, en el curso del presente proceso el Estado Nacional se ha empeñado en señalar que la pretensión de los actores debe desestimarse pues no han dado adecuado cumplimiento con las disposiciones establecidas en la ley 12.665 ya que iniciaron la demanda sin haber llevado adelante las negociaciones previas destinadas a establecer un mecanismo para asegurar la conservación del bien, como lo prevé el artículo 3° de la norma.

Aun cuando tal argumento pudiera admitirse parcialmente, pues las incansables iniciativas sobre el punto formuladas por los demandantes fueron realizadas ante las autoridades de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, lo cierto es que no existen constancias en autos de que el Estado Nacional haya habilitado un canal de diálogo orientado a buscar una solución consensuada respecto de los problemas y costos que ocasionaba la conservación del inmueble. Tampoco formuló propuesta concreta alguna a los propietarios con el objeto de armonizar razonablemente el derecho de propiedad de éstos con los intereses públicos que la declaración de monumento histórico-artístico pretendía satisfacer.

Por el contrario, en el transcurso del litigio solo se limitó a hacer hincapié en la intransigencia de los actores pero ninguna solución se les propuso a los efectos de poner fin a la grave situación que aquejaba a un bien cuya importancia para el acervo histórico y artístico de la nación se reconoció por ley. En este sentido tampoco obran en autos constancias de que el Estado Nacional hubiese adoptado, por su propia iniciativa, medidas de restauración, refacción o mantenimiento del inmueble, cuyo deterioro no podía pasar desapercibido.

Todo ello resulta demostrativo de que durante los más de diez años que acumula este proceso las partes han quedado trabadas en un estéril cruce de imputaciones en el que la protección de la “Casa de Mansilla” pasó a un evidente segundo plano. Y si bien los actores no se encuentran exentos de responsabilidad por tal circunstancia, el mayor peso del reproche debe necesariamente recaer sobre el Estado Nacional pues a él compete la manda constitucional de resguardar el patrimonio cultural.

16) Que si bien es cierto que del esquema contemplado por la ley 12.665 y su decreto reglamentario no se sigue que la declaración de “monumento histórico-artístico” traiga aparejada, por sí sola, la obligación del Estado Nacional de expropiar cada cosa que se declare comprendida en su régimen, los elementos adjuntados a la causa resultan demostrativos de que la declaración contenida en la ley 25.317, y las circunstancias que siguieron a tal decisión, no implicaron una simple restricción al derecho de propiedad de los actores sino un verdadero cercenamiento de ese derecho pues operaron como un evidente obstáculo para que pudieran disponer libremente del inmueble.

Pero, lo que es más importante aun, esos mismos elementos también han puesto claramente en evidencia que la expropiación resulta ser en el caso el único medio apto para garantizar el acabado cumplimiento de la manda contenida en el artículo 41 de la Constitución Nacional y las leyes, esto es, asegurar la preservación de un inmueble cuyo valor cultural ha sido reconocido por todos los involucrados en el pleito. Máxime si se repara en que la declaración estatal formulada en la ley 25.317 no parece haber contribuido a mejorar el estado de preservación del inmueble o, tan siquiera, a preservarlo.

17) Que desestimados los agravios de la demandada, con excepción del relativo a las costas que será objeto de tratamiento por separado, corresponde ingresar en el examen del recurso ordinario planteado por la actora.

La recurrente discrepa con lo decidido por el a quo respecto del momento en que deben comenzar a computarse los intereses de la indemnización dispuesta en la sentencia. Alega que dicho plazo comenzó a correr con el dictado de la ley 25.317.

Tal criterio debe ser desechado pues, como se señalara precedentemente, no es posible desprender de la normativa que rige la materia aquí examinada que la sola declaración de “monumento histórico-artístico” implique, de por sí, una limitación al dominio que justifique la expropiación. Por el contrario, en el sub lite tal declaración fue tan solo una de las circunstancias que se sucedieron y ocasionaron a los actores una evidente dificultad para utilizar el bien en condiciones normales, pero en forma alguna puede considerarse como el momento en que se produjo un “virtual desapoderamiento del bien”.

18) Que, finalmente, ambas partes se agravian en cuanto a la forma en que fueron distribuidas las costas.

En lo que se refiere al planteo de la demandada respecto de la imposición efectuada en la primera instancia, los argumentos esbozados no solo no rebaten suficientemente las razones expuestas por el a quo para confirmar la decisión de la jueza de aquella instancia sino que, además, constituyen una simple reiteración de lo oportunamente señalado al expresar agravios ante la segunda instancia. Por lo tanto, debe ser desestimado.

Igual suerte debe correr la pretensión de la actora. Ello es así dado que la imposición de acuerdo a los respectivos vencimientos —efectuado por el a quo— en modo alguno altera o subvierte, como sostiene la demandante, el principio objetivo de la derrota. Antes bien, lo aplica concretamente debiendo cargar cada perdedor con los gastos ocasionados por su pretensión perdida.

Por las razones expuestas se declaran formalmente admisibles los recursos ordinarios de apelación y se confirma la sentencia apelada. Costas por su orden en esta instancia en atención a las particularidades que presenta la causa. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

RICARDO LUIS LORENZETTI - ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO (*en disidencia*)- CARLOS S. FAYT – ENRIQUE S. PETRACCHI (*en disidencia*)– JUAN CARLOS MAQUEDA – E. RAÚL ZAFFARONI– CARMEN M. ARGIBAY.

DISIDENCIA DE LA SEÑORA VICEPRESIDENTA DOCTORA DOÑA ELENA I. HIGHTON
DE NOLASCO

Considerando:

1º) Que la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal confirmó la sentencia que había admitido la demanda de expropiación irregular promovida por los actores contra el Estado Nacional (Secretaría de Cultura y Medios de Comunicación de la Presidencia de la Nación), disponiendo la expropiación del inmueble objeto de la acción y el pago de la suma de \$ 8.100.000 en concepto de indemnización, con más sus intereses y costas. Contra este pronunciamiento (fs. 1348/1351) tanto el demandado como los actores dedujeron sendos recursos ordinarios de apelación (fs. 1356 y 1357), que fueron concedidos (fs. 1363/1364). Los respectivos memoriales y contestaciones obran a fs. 1371/1396, 1397/1401, 1405/1408 y 1410/1422.

2º) Que los recursos deducidos son formalmente admisibles en la medida en que se trata de una sentencia definitiva, recaída en una causa en que la Nación Argentina es directamente parte, y en la que el valor disputado en último término, sin sus accesorios, supera para ambos recurrentes el mínimo previsto en el artículo 24, inc. 6º, ap. a, del decreto-ley 1285/58 y la resolución de esta Corte 1360/91.

3º) Que, para resolver de este modo, la alzada manifestó compartir los argumentos desarrollados por la juez de grado, en el sentido de que, con el dictado de la ley 25.317 —que declaró como monumento histórico-artístico nacional al edificio que ocupa la “Casa Mansilla”— “se produjo en la práctica la anulación del derecho de propiedad”, al quedar sometido al régimen de la ley 12.665 y sus modificatorias y decretos reglamentarios. Señaló —invocando el aval genérico de la jurisprudencia de esta Corte— que aun sin existir ley expresa de expropiación los actores se encontraban facultados para reclamar la expropiación inversa “en la medida en que resultaba indisponible por su evidente dificultad para poder utilizarlo en condiciones normales”. En este punto, transcribió las expresiones de la magistrada de primera instancia, quien concluyó —tras reseñar las limitaciones al dominio derivadas del régimen legal citado— que la declaración como monumento histórico “tuvo como efecto jurídico prohibir al propietario la realización de todo acto que pudiera significar la disminución de su valor histórico o artístico; puesto que el propietario no puede, sin autorización expresa y formal de la autoridad administrativa competente, ni repararlo ni restaurarlo ni destruirlo en todo o en parte, no pudiendo concebirse —siquiera por hipótesis— la venta de un inmueble de las características del de autos, gravado con este tipo de limitaciones”.

Asimismo, la sentencia recurrida desestimó el planteo del Estado Nacional según el cual —en el sistema de la ley 12.665— debía examinarse la posibilidad previa de un acuerdo para el reconocimiento de los derechos del propietario y su adecuación con la declaración como monumento histórico nacional, ya que —de admitirse esa pretensión— deberían retrotraerse las actuaciones para el cumplimiento de un requisito formal carente de sentido en este estado del proceso, cual es el arribo a un acuerdo imposible.

También se expresó que, luego de la sanción de la ley 25.317, la Comisión Nacional de Museos y de Monumentos y Lugares Históricos no promovió ninguna actuación tendiente a convenir ni adoptar las medidas necesarias para la restauración, refacción y el mantenimiento del inmueble; ni para impedir el deterioro de la propiedad; a la vez que omitió establecer —mediante el respectivo convenio o por instrucción general— una modalidad de uso que permitiera a los propietarios obtener una razonable ganancia sobre el valor del inmueble.

Con respecto a los agravios de la actora, el a quo consideró inadmisibles las pretensiones de que los intereses corriesen desde el dictado de la ley 25.317, ello toda vez que nos encontramos ante un supuesto de expropiación inversa, donde no existe efectivo desapoderamiento ni —en consecuencia— retardo en el pago de la indemnización previa.

4º) Que en el respectivo memorial el demandado cuestiona que la sanción de la ley 25.317 sea suficiente para fundamentar la expropiación inversa y afirmó que no se cumple con los presupuestos de esta acción, dado que: a) no existe declaración de utilidad pública; b) no existió inacción de promover juicio por parte del Estado; c) no medió prueba del daño que le habría ocasionado la declaración de monumento histórico. Aduce que, apartándose de la normativa vigente, los actores nunca tuvieron la intención de realizar

tratativas previas y que los propietarios no fueron desposeídos del inmueble, destacando que el mal estado de aquél tampoco podía ser atribuido al Estado Nacional, toda vez que preexistía a la declaración legal.

Por su parte, los actores se agravan de lo resuelto en materia de intereses, y solicitan que devenguen desde el dictado de la ley 25.317.

Por razones de orden lógico corresponde atender en primer término a los agravios del Estado Nacional, desde que su eventual progreso tornaría inoficioso el tratamiento del recurso de su contraria.

5º) Que con respecto a los planteos del demandado, corresponde recordar que la acción de expropiación irregular o inversa tiene por objeto lograr del Estado, que ha dispuesto por ley la expropiación del bien cuyo dominio restringe, la actualización normal de aquélla al no haberse iniciado el procedimiento directo (Fallos: 263:502; 311:977). En tales condiciones, la acción en examen procede cuando el bien objeto de la expropiación ha sido ocupado por el expropiante (Fallos: 266:34) o han mediado restricciones, limitaciones o menoscabos esenciales al derecho de propiedad del titular (Fallos: 312:1725).

Asimismo, cabe poner de relieve que la acción examinada encuentra su fundamento en el artículo 17 de la Constitución Nacional y, como ya se adelantó, supone la existencia de una ley de declaración de utilidad pública (Fallos: 319:2108), pues se trata de una exigencia del texto constitucional citado “que libra a la discreción exclusiva del Congreso el juicio sobre la utilidad pública en los casos ocurrentes” (Fallos: 4:311; González, Joaquín V., “Manual de la Constitución Argentina”, pág. 141). La norma comentada establece una garantía constitucional en favor del propietario y una restricción de igual carácter para el poder público, en cuanto el Poder Ejecutivo o el Judicial no pueden sustituir su criterio sobre la utilidad pública al del Congreso, para que se transfiera el dominio al Estado o a una entidad de servicio público (Fallos: 191:294). A la vez, en el supuesto de la expropiación irregular, la exigencia de la calificación legal opera en resguardo del interés público, porque, de otro modo, quedaría en manos del particular determinar cuándo es exigible a la autoridad pública la apropiación de un bien cuya necesidad para la comunidad no ha sido merituada por el órgano del poder señalado por la Constitución (del dictamen del señor Procurador General de la Nación, en Fallos: 308:1282).

6º) Que en este punto incurrieron en un error los jueces de las instancias precedentes cuando afirmaron que esta Corte admitió acciones de esta índole sin existir ley expresa de expropiación. Por el contrario, es doctrina del Tribunal que la ley faculta al particular a reclamar la expropiación inversa sin mediar declaración de utilidad pública o afectación directa cuando “de modo directo o reflejo —siempre con motivo de otra ley que declare la utilidad pública— resultare indisponible un bien por su evidente dificultad para utilizarlo en condiciones normales” (Fallos: 308:1282; 311:297, 1205; 312:1363). Precisamente, en tales supuestos no se advirtió la violación del precepto constitucional invocado dado que la ley admite expresamente la procedencia de la expropiación inversa respecto de bienes afectados “indirectamente” por una ley de utilidad pública (Fallos: 308:1282, considerando 7º). De tal modo, no se trata de dejar en manos de los ciudadanos la posibilidad de exigir una expropiación inversa, sino de que la procedencia de la acción se vincule de modo mediato o inmediato con una ley previa (fallo cit., considerando 8º).

7º) Que la ley 12.665 —que consagra un régimen de superintendencia tendiente a la conservación del patrimonio histórico-cultural de la Nación, sea tanto de propiedad del Estado como de los particulares—, establece que “los inmuebles históricos no podrán ser sometidos a reparaciones o restauraciones, ni destruidos en todo o en parte, transferidos, gravados o enajenados sin aprobación o intervención de la comisión nacional” (artículo 4º). También prescribe específicamente que la Comisión Nacional puede proponer la declaración de utilidad pública de los lugares, monumentos, inmuebles y documentos de propiedad de particulares que se consideren de interés histórico o histórico-artístico a los efectos de la expropiación; o podrá acordar con el respectivo propietario el modo de asegurar los fines patrióticos de la ley. Finalmente agrega que si la conservación del lugar o monumento implicase una limitación al dominio, el Poder Ejecutivo indemnizará a su propietario en su caso.

De acuerdo con el tenor de estas disposiciones, resulta inadmisibles sostener que la declaración como monumento histórico-artístico nacional respecto del inmueble objeto de la acción (ley 25.317) conllevaría —para su efectiva protección y preservación— la calificación de utilidad pública a los fines expropiatorios. Tal conclusión se pone en evidencia si se advierte que la disposición transcrita prevé expresamente la posibilidad de que la Comisión Nacional —dentro de sus atribuciones— proponga la declaración de utilidad pública de los lugares, monumentos, inmuebles y documentos de particulares que se consideren de interés histórico o histórico-artístico a los efectos de la expropiación (artículos 3º y 9º del decreto 84.005/41), alternativa a la que no se apeló en el caso sub examen, donde el Poder Legislativo se limitó a la declaración plasmada en la ley 25.317. Ello es así pues la expropiación del inmueble no es una consecuencia necesaria de su declaración como monumento histórico en los términos de la ley 12.665, en tanto dicha declaración puede dar lugar —según el grado de afectación— a una servidumbre administrativa (cf. Marienhoff, Miguel, “Tratado de derecho administrativo”, t. IV, pág. 81, Abeledo Perrot 4ª ed.; Villegas Basavilbaso, Benjamín, “Derecho Administrativo”, t. VI, Limitaciones a la Propiedad, págs. 282/285, T.E.A. ed. 1956), limitación del dominio que es susceptible de ser indemnizada de acuerdo con las previsiones expresas de ese régimen legal (cf. artículo 3º in fine, ley citada y artículo 11 del decreto 84.005/41), o constituir una simple restricción administrativa. Ello es coherente con el criterio de este Tribunal según el cual las restricciones o perturbaciones al ejercicio de los derechos inherentes al dominio provenientes de medidas adoptadas por las autoridades públicas pueden dar lugar a las acciones civiles que el respectivo código establece, pero no bastan para dar nacimiento a una acción de expropiación, a falta de la ley que la haya autorizado (Fallos: 191:294).

Atento a las consideraciones precedentes, por no mediar en el caso una declaración legal de utilidad pública, corresponde desestimar la acción intentada.

Por todo ello, se declara formalmente admisible el recurso ordinario de apelación de fs. 1371/1396, se revoca la sentencia de fs. 1348/1351 y se dispone el rechazo de la demanda. Asimismo, se declara inoficioso el recurso de la parte actora. Las costas se distribuyen en el orden causado, en atención a la dificultad y la complejidad que suscitó la materia en debate (artículo 68, segunda parte, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO

DISIDENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI

Considerando:

Que el suscripto comparte lo expuesto en los considerandos 1° a 4° de la disidencia de la jueza Highton de Nolasco.

5°) Que, en lo que respecta a la ausencia de declaración legal de utilidad pública, esta Corte ha expresado que la propia ley faculta al particular a reclamar la expropiación inversa, aun sin mediar tal calificación, cuando de modo directo o reflejo —siempre con motivo de otra ley que declare la utilidad pública— resultare indisponible un bien por su evidente dificultad para poder utilizarlo en condiciones normales (Fallos: 308:1282). En consecuencia, corresponde desestimar los agravios del Estado Nacional en este sentido.

6°) Que, por el contrario, cabe admitir las restantes objeciones de la demandada, porque no se determinó fehacientemente la situación de indisponibilidad del inmueble en condiciones normales, tal como lo requiere el inciso b del artículo 51 de la ley 21.499; y las limitaciones derivadas de la declaración del inmueble como “monumento histórico-artístico nacional”, en los términos de la ley 12.665, no importan —por sí solas— una restricción que, por su carácter o extensión, desnaturalice el derecho de propiedad de sus dueños y justifique una acción de expropiación inversa.

7°) Que, en efecto, según la ley 12.665 y su decreto reglamentario, cuando un inmueble es declarado “monumento histórico-artístico” no puede ser sometido a reparaciones o restauraciones, ni destruido en todo o en parte, transferido, gravado o enajenado, sin aprobación o intervención de la Comisión Nacional de Museos y de Monumentos y Lugares Históricos (artículo 4° de la ley citada). A su vez, si la Comisión considera que corresponde la expropiación del bien podrá proponer al Poder Ejecutivo Nacional la declaración de utilidad pública (artículos 3° de la ley citada, y 9° del decreto 84.005/41). Si, en cambio, no lo considera necesario deberá acordar con el propietario el modo de asegurar los fines patrióticos de la norma y, en caso de que la conservación del inmueble implicase una limitación al dominio, estipulará una indemnización “ad referéndum” del Poder Ejecutivo (artículos 3° de la ley, y 9° y 11 del decreto).

A partir de lo expuesto, resulta inadmisibles sostener —tal como lo hace la actora— que la declaración de un inmueble como “monumento histórico-artístico” resulta suficiente para probar la situación de indisponibilidad a la que se refiere el inciso b del artículo 51 de la ley 21.499. Una interpretación semejante desvirtuaría el funcionamiento del sistema establecido por la ley 12.665, que no supone la expropiación de todo bien incluido en su régimen. Precisamente, por ese motivo, la ley prevé alternativas distintas a la expropiación para compatibilizar los derechos de los propietarios y la finalidad de la norma, tales como un acuerdo con el propietario, o la fijación de una indemnización para casos en los cuales la limitación al dominio fuera calificada como servidumbre administrativa (ver artículos 3° de la ley y 11 del decreto).

En tales condiciones, la acción por expropiación irregular fundada en la simple declaración del inmueble como “monumento histórico-artístico nacional”, y sin haber probado de otro modo la alegada indisponibilidad del bien en los términos del inciso b del artículo 51 de la ley 21.499, no puede admitirse. Ello implicaría apartarse del régimen legal vigente y obligar al Estado Nacional a decidir, sin respetar los pasos previos estable-

cidos por la ley 12.665 y su decreto reglamentario, la declaración de utilidad pública y la expropiación del inmueble de la actora.

Por ello, se declara formalmente admisible el recurso ordinario de apelación interpuesto por el Estado Nacional, se revoca la sentencia apelada y se dispone el rechazo de la demanda. Asimismo se declara inoficioso el tratamiento del recurso de la parte actora. Con costas. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

ENRIQUE S. PETRACCHI.



PROCESOS COLECTIVOS Y DERECHO DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS

“HALABI” (FALLOS: 332:111)

En el marco de una causa en la que se analizó la inconstitucionalidad de las normas que autorizan la intervención de comunicaciones telefónicas y por internet iniciada por un particular, la Corte instituyó la acción de clase, que permite que una sentencia tenga efectos para todos los ciudadanos que padecen el mismo problema, sin tener que iniciar un juicio.

Destacó que hubo una mora del legislador al no dictar una ley para facilitar el acceso a la justicia y, siendo estos derechos constitucionales de carácter operativos, es obligación de los jueces darles eficacia. Consideró que en estas situaciones no se justifica que cada uno de los posibles afectados de la clase de sujetos involucrados deba promover una nueva demanda peticionando la inconstitucionalidad de la norma.

La sentencia contó con el voto conjunto de los jueces LORENZETTI, HIGHTON DE NOLASCO, MAQUEDA Y ZAFFARONI, la disidencia parcial conjunta de los jueces PETRACCHI y ARGIBAY y la disidencia parcial del juez FAYT.

Principales ejes temáticos del fallo

» La admisión formal de toda acción colectiva requiere la verificación de ciertos recaudos elementales que hacen a su viabilidad tales como la precisa identificación del grupo afectado, la idoneidad de quien pretenda asumir su representación y la existencia de un planteo que involucre, por sobre los aspectos individuales, cuestiones de hecho y de derecho que sean comunes y homogéneas a todo el grupo, siendo esencial, asimismo, que se arbitre en cada caso un procedimiento apto para garantizar la adecuada notificación de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio –de manera de asegurarles tanto la alternativa de optar por quedar fuera del pleito como la de comparecer en él como parte o contraparte–, y que se implementen adecuadas medidas de publicidad orientadas a evitar la multiplicación o superposición de procesos colectivos con un mismo objeto a fin de aventar el peligro de que se dicten sentencias disímiles o contradictorias sobre idénticos puntos.

» En materia de legitimación procesal corresponde delimitar con precisión tres categorías de derechos: individuales, de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, y de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos, y en todos los supuestos es imprescindible comprobar la existencia de un “caso” (art. 116 de la Constitución Nacional y art 2º de la ley 27) –ya que no se admite una acción que persiga el control de la mera legalidad de una disposición–, como también es relevante determinar si la con-

Enlaces destacados

» Ver más

- › Reseña
- › Citas del fallo
- › Versión Word

» Dictamen

» Doctrina del fallo

troversia en cada uno de dichos supuestos se refiere a una afectación actual o se trata de la amenaza de una lesión futura causalmente previsible.

» La regla general en materia de legitimación es que los derechos sobre bienes jurídicos individuales son ejercidos por su titular, lo que no cambia por la circunstancia de que existan numerosas personas involucradas, toda vez que se trata de obligaciones con pluralidad de sujetos activos o pasivos, o supuestos en los que aparece un litisconsorcio activo o pasivo derivado de la pluralidad de sujetos acreedores o deudores, o bien una representación plural, y en tales casos no hay variación en cuanto a la existencia de un derecho subjetivo sobre un bien individualmente disponible por su titular, quien debe probar una lesión a ese derecho para que se configure una cuestión justiciable.

» Los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos (art. 43 de la Constitución Nacional) son ejercidos por el Defensor del Pueblo de la Nación, las asociaciones que concentran el interés colectivo y el afectado, y la petición debe tener por objeto la tutela de un bien colectivo— lo que ocurre cuando éste pertenece a toda la comunidad—, siendo indivisible y no admitiendo exclusión alguna, razón por la cual sólo se concede una legitimación extraordinaria para reforzar su protección, pero en ningún caso existe un derecho de apropiación individual sobre el bien ya que no se hallan en juego derechos subjetivos, no perteneciendo estos bienes a la esfera individual sino social y no son divisibles de modo alguno.

» La Constitución Nacional admite en el segundo párrafo del art. 43 la categoría conformada por los derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos —derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, derechos de los usuarios y consumidores como los derechos de sujetos discriminados—, casos en los que no hay un bien colectivo ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles, sino que hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea, dato que tiene relevancia jurídica porque la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre, existiendo una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño.

» Frente a la ausencia de una ley que reglamente el ejercicio efectivo de las denominadas acciones de clase— norma que debería determinar cuándo se da una pluralidad relevante de individuos que permita ejercer dichas acciones, cómo definir a la clase homogénea, si la legitimación corresponde exclusivamente a un integrante de la clase o también a organismos públicos o asociaciones, cómo tramitan los procesos, cuáles son los efectos expansivos de la sentencia a dictar y cómo se hacen efectivos—, existiendo una mora que el legislador debe solucionar cuanto antes sea posible, para facilitar el acceso a la justicia que la Ley Suprema ha instituido, el artículo 43 párrafo segundo de la Constitución Nacional es claramente operativo y es obligación de los jueces darle eficacia cuando se aporta nítida evidencia sobre la afectación de un derecho fundamental y del acceso a la justicia de su titular.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 24 de febrero de 2009.

Vistos los autos: “Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - ley 25.873 - dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986”.

Considerando:

1º) Que Ernesto Halabi promovió acción de amparo reclamando que se declare la inconstitucionalidad de la ley 25.873 y de su decreto reglamentario 1563/04, en virtud de considerar que sus disposiciones vulneran las garantías establecidas en los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional, en cuanto autorizan la intervención de las comunicaciones telefónicas y por Internet sin que una ley determine “en qué casos y con qué justificativos”. Alegó que esa intromisión constituye una violación de sus derechos a la privacidad y a la intimidad, en su condición de usuario, a la par que menoscaba el privilegio de confidencialidad que, como abogado, ostenta en las comunicaciones con sus clientes (fs. 2/8).

2º) Que, al producir su informe, el Estado Nacional sostuvo que la vía del amparo no resultaba apta para debatir el planteo del actor. Afirmó, además, que la cuestión se había tornado abstracta en virtud del dictado del decreto 357/05, que suspendió la aplicación del decreto 1563/04, toda vez que con ello se dispuso la posibilidad de que exista un daño actual o inminente para el actor, o para cualquier usuario del sistema (fs. 50/54).

3º) Que la magistrada de primera instancia hizo lugar a la demanda y declaró la inconstitucionalidad de los arts. 1º y 2º de la ley 25.873 y del decreto 1563/04. A ese efecto sostuvo que: a) no existió un debate legislativo suficiente previo al dictado de la ley, la cual carece de motivación y fundamentación apropiada; b) de los antecedentes de derecho comparado surge que diversas legislaciones extranjeras tomaron precauciones para no incurrir en violaciones al derecho a la intimidad —por ejemplo limitaron el tiempo de guarda de los datos— que no fueron consideradas en este proyecto; c) las normas exhiben gran vaguedad pues de sus previsiones no queda claro en qué medida pueden las prestatarias captar el contenido de las comunicaciones sin la debida autorización judicial; d) aquéllas están redactadas de tal manera que crean el riesgo de que los datos captados sean utilizados para fines distintos de los que ella prevé; e) el Poder Ejecutivo se excedió en la reglamentación de la ley al dictar el decreto 1563/04 (fs. 70/78).

4º) Que la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal confirmó dicho pronunciamiento. Sin perjuicio de advertir que el recurso de apelación del Estado Nacional exhibía defectos técnicos que conducían a declararlo desierto, estimó que, por la trascendencia de la cuestión debatida, correspondía tratar los argumentos desarrollados en defensa de las normas impugnadas. Al respecto y, en primer lugar, aclaró que la pretensión no se había tornado abstracta, pues la ley cuestionada seguía vigente por el hecho de que el decreto 1563/04 que la reglamentó sólo había sido suspendido “por tiempo indeterminado” mediante el decreto 357/05 sin que hubiese sido “expulsado del plexo normativo vigente”. En segundo término, precisó que el planteo articulado no era meramente consultivo sino que existía un interés jurídico concreto en cabeza del actor como usuario de distintos servicios de telecomunicaciones y en su carácter de abogado. En cuanto a la viabilidad de la acción de amparo, sostuvo que no existía en el caso otro remedio judicial más idóneo para proteger los derechos in-

vocados, además de que la cuestión no requería una mayor amplitud de debate o prueba por resultar “prácticamente” de puro derecho. Respecto del fondo del asunto, hizo suyos los argumentos desarrollados por la jueza de grado a los que, con citas de jurisprudencia nacional y extranjera, añadió consideraciones generales sobre el derecho a la intimidad y a la inviolabilidad de la correspondencia, concluyendo que éstos debían primar —en situaciones como la que presenta el sub lite— más allá de que el objetivo general de las normas impugnadas hubiera sido el de “combatir el flagelo de la delincuencia”. Subrayó que “en nada cambia la conclusión a la que se arriba que la ley establezca (en su art. 3°) la asunción de responsabilidad por parte del Estado por los eventuales perjuicios que se derivaren para terceros”. Por lo demás, estimó que la legitimación del actor “no excluía la incidencia colectiva de la afectación a la luz del 2° párrafo del art. 43 de la Constitución Nacional” por lo que la sentencia dictada en tales condiciones debía “...aprovechar a todos los usuarios que no han participado en el juicio” (fs. 109/116).

5°) Que contra esa decisión, el Estado Nacional interpuso el recurso extraordinario de fs. 120/126 en el que invoca la existencia de cuestión federal, arbitrariedad y gravedad institucional. El remedio ha sido concedido a fs. 156 y resulta formalmente procedente toda vez que el agravio del recurrente pone en cuestión la inteligencia que cabe atribuir a la cláusula del art. 43 de la Constitución Nacional y la decisión es contraria a la validez del derecho que se fundó en ella y es materia de litigio (art. 14, inc. 3°, de la ley 48). Por lo demás, cabe señalar que el tema planteado tiene repercusión institucional, en la medida en que excede el mero interés de las partes y repercute en un importante sector de la comunidad por haberse sometido a debate la legitimidad de medidas de alcance general que interesan a actividades cuyo ejercicio no es ajeno al bienestar común (confr. doctrina de Fallos: 247:601 y, entre otras, causa F.1074.XLI “Fecred S.A. c/ Mazzei, Osvaldo Daniel y otro s/ ejecución hipotecaria”, sentencia del 6 de mayo de 2008). Es pertinente recordar que, según lo ha sostenido invariablemente en sus pronunciamientos esta Corte, en la tarea de establecer la inteligencia de preceptos constitucionales y de normas federales no se encuentra limitada por las posiciones del tribunal apelado ni por los argumentos de las partes sino que le incumbe efectuar una declaración sobre el punto disputado, según la interpretación que rectamente les otorgue (Fallos: 326:2880; 328:2694; 329:2876 y 3666, entre muchos otros).

6°) Que debe mencionarse que el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal y la Federación Argentina de Colegios de Abogados se presentaron en autos adhiriendo a los planteos del actor (fs. 176/178 y 235/237, respectivamente). A su turno, con arreglo a lo establecido en la acordada 30/2007, el Tribunal llamó a una audiencia pública de carácter informativo, la que tuvo lugar el 2 de julio de 2008 y en la cual las representaciones letradas de cada una de las partes han sido interrogadas sobre diversos aspectos de la controversia, conforme da cuenta el acta y el instrumento incorporados a este expediente.

7°) Que la impugnación del Estado Nacional se dirige exclusivamente a descalificar el efecto *erga omnes* que la cámara atribuyó a su pronunciamiento. Al respecto señala que, sin perjuicio de la indudable dimensión colectiva de los derechos debatidos en el caso, según las prescripciones constitucionales, para conferir tal alcance al fallo era necesaria la participación del Defensor del Pueblo de la Nación en el proceso, circunstancia que no se ha producido. La pretensión fue deducida exclusivamente por un particular.

8º) Que para la dilucidación de este aspecto, según los propios términos en que ha sido formulado el cuestionamiento, es necesario determinar cuál es la naturaleza jurídica del derecho cuya salvaguarda se procuró mediante la acción deducida, quiénes son los sujetos habilitados para articularla, bajo qué condiciones puede resultar admisible y cuáles son los efectos que derivan de la resolución que en definitiva se dicte.

9º) Que en materia de legitimación procesal corresponde, como primer paso, delimitar con precisión tres categorías de derechos: individuales, de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, y de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos.

En todos esos supuestos, la comprobación de la existencia de un “caso” es imprescindible (art. 116 de la Constitución Nacional; art. 2 de la ley 27; y Fallos: 310: 2342, considerando 7º; 311:2580, considerando 3º; y 326: 3007, considerandos 7º y 8º, entre muchos otros), ya que no se admite una acción que persiga el control de la mera legalidad de una disposición. Sin embargo es preciso señalar que el “caso” tiene una configuración típica diferente en cada uno de ellos, siendo esto esencial para decidir sobre la procedencia formal de pretensiones, como se verá en los considerandos siguientes. También es relevante determinar si la controversia en cada uno de esos supuestos se refiere a una afectación actual o se trata de la amenaza de una lesión futura causalmente previsible.

10) Que la regla general en materia de legitimación es que los derechos sobre bienes jurídicos individuales son ejercidos por su titular. Ello no cambia por la circunstancia de que existan numerosas personas involucradas, toda vez que se trata de obligaciones con pluralidad de sujetos activos o pasivos, o supuestos en los que aparece un litisconsorcio activo o pasivo derivado de la pluralidad de sujetos acreedores o deudores, o bien una representación plural. En estos casos, no hay variación en cuanto a la existencia de un derecho subjetivo sobre un bien individualmente disponible por su titular, quien debe, indispensablemente, probar una lesión a ese derecho para que se configure una cuestión justiciable.

A esta categoría de derechos se refiere el primer párrafo del artículo 43 de la Constitución Nacional en que encuentra cabida la tradicional acción de amparo, instituida por vía pretoriana por esta Corte en los conocidos precedentes “Siri” y “Kot” (Fallos: 239:459 y 241:291, respectivamente) y consagrada más tarde legislativamente. Esta acción está destinada a obtener la protección de derechos divisibles, no homogéneos y se caracteriza por la búsqueda de la reparación de un daño esencialmente individual y propio de cada uno de los afectados.

11) Que los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos (art. 43 de la Constitución Nacional) son ejercidos por el Defensor del Pueblo de la Nación, las asociaciones que concentran el interés colectivo y el afectado.

En estos supuestos existen dos elementos de calificación que resultan prevalentes.

En primer lugar, la petición debe tener por objeto la tutela de un bien colectivo, lo que ocurre cuando éste pertenece a toda la comunidad, siendo indivisible y no admitiendo exclusión alguna. Por esta razón sólo se concede una legitimación extraordinaria para reforzar su protección, pero en ningún caso existe un derecho de apropiación individual sobre el bien ya que no se hallan en juego derechos subjetivos. No se trata solamente de la existencia de pluralidad de sujetos, sino de un bien que, como el ambiente, es de naturaleza colectiva.

Es necesario precisar que estos bienes no tienen por titulares a una pluralidad indeterminada de personas, ya que ello implicaría que si se determinara el sujeto en el proceso éste sería el titular, lo cual no es admisible. Tampoco hay una comunidad en sentido técnico, ya que ello importaría la posibilidad de peticionar la extinción del régimen de cotitularidad. Estos bienes no pertenecen a la esfera individual sino social y no son divisibles en modo alguno.

En segundo lugar, la pretensión debe ser focalizada en la incidencia colectiva del derecho. Ello es así porque la lesión a este tipo de bienes puede tener una repercusión sobre el patrimonio individual, como sucede en el caso del daño ambiental, pero esta última acción corresponde a su titular y resulta concurrente con la primera.

De tal manera, cuando se ejercita en forma individual una pretensión procesal para la prevención o reparación del perjuicio causado a un bien colectivo, se obtiene una decisión cuyos efectos repercuten sobre el objeto de la causa *petendi*, pero no hay beneficio directo para el individuo que ostenta la legitimación.

En este tipo de supuestos, la prueba de la causa o controversia se halla relacionada con una lesión a derechos sobre el bien colectivo y no sobre el patrimonio del peticionante o de quienes éste representa.

Puede afirmarse, pues, que la tutela de los derechos de incidencia colectiva sobre bienes colectivos corresponde al Defensor del Pueblo, a las asociaciones y a los afectados, y que ella debe ser diferenciada de la protección de los bienes individuales, sean patrimoniales o no, para los cuales hay una esfera de disponibilidad en cabeza de su titular.

12) Que la Constitución Nacional admite en el segundo párrafo del art. 43 una tercera categoría conformada por derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. Tal sería el caso de los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, de los derechos de los usuarios y consumidores como de los derechos de sujetos discriminados.

En estos casos no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo, hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea. Ese dato tiene relevancia jurídica porque en tales casos la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre. Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño.

Sin embargo, no hay en nuestro derecho una ley que reglamente el ejercicio efectivo de las denominadas acciones de clase en el ámbito específico que es objeto de esta litis. Este aspecto resulta de gran importancia porque debe existir una ley que determine cuándo se da una pluralidad relevante de individuos que permita ejercer dichas acciones, cómo se define la clase homogénea, si la legitimación corresponde exclusivamente a un integrante de la clase o también a organismos públicos o asociaciones, cómo tramitan estos procesos, cuáles son los efectos expansivos de la sentencia a dictar y cómo se hacen efectivos.

Frente a esa falta de regulación —la que, por lo demás, constituye una mora que el legislador debe solucionar cuanto antes sea posible, para facilitar el acceso a la justicia que la Ley Suprema ha instituido—, cabe señalar que la referida disposición constitucional es

claramente operativa y es obligación de los jueces darle eficacia, cuando se aporta nítida evidencia sobre la afectación de un derecho fundamental y del acceso a la justicia de su titular. Esta Corte ha dicho que donde hay un derecho hay un remedio legal para hacerlo valer toda vez que sea desconocido; principio del que ha nacido la acción de amparo, pues las garantías constitucionales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar en la Constitución e independientemente de sus leyes reglamentarias, cuyas limitaciones no pueden constituir obstáculo para la vigencia efectiva de dichas garantías (Fallos: 239:459; 241:291 y 315:1492).

La eficacia de las garantías sustantivas y procesales debe ser armonizada con el ejercicio individual de los derechos que la Constitución también protege como derivación de la tutela de la propiedad, del contrato, de la libertad de comercio, del derecho de trabajar, y la esfera privada, todos derechos de ejercicio privado. Por otro lado, también debe existir una interpretación armónica con el derecho a la defensa en juicio, de modo de evitar que alguien sea perjudicado por una sentencia dictada en un proceso en el que no ha participado (doctrina de Fallos: 211:1056 y 215:357).

En la búsqueda de la efectividad no cabe recurrir a criterios excesivamente indeterminados alejados de la prudencia que dicho balance exige.

13) Que la procedencia de este tipo de acciones requiere la verificación de una causa fáctica común, una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho y la constatación de que el ejercicio individual no aparece plenamente justificado. Sin perjuicio de lo cual, también procederá cuando, pese a tratarse de derechos individuales, exista un fuerte interés estatal en su protección, sea por su trascendencia social o en virtud de las particulares características de los sectores afectados.

El primer elemento es la existencia de un hecho único o complejo que causa una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales.

El segundo elemento consiste en que la pretensión debe estar concentrada en los efectos comunes y no en lo que cada individuo puede peticionar, como ocurre en los casos en que hay hechos que dañan a dos o más personas y que pueden motivar acciones de la primera categoría. De tal manera, la existencia de causa o controversia, en estos supuestos, no se relaciona con el daño diferenciado que cada sujeto sufra en su esfera, sino con los elementos homogéneos que tiene esa pluralidad de sujetos al estar afectados por un mismo hecho.

Como tercer elemento es exigible que el interés individual considerado aisladamente, no justifique la promoción de una demanda, con lo cual podría verse afectado el acceso a la justicia. Sin perjuicio de ello, como se anticipó, la acción resultará de todos modos procedente en aquellos supuestos en los que cobran preeminencia otros aspectos referidos a materias tales como el ambiente, el consumo o la salud o afectan a grupos que tradicionalmente han sido postergados, o en su caso, débilmente protegidos. En esas circunstancias, la naturaleza de esos derechos excede el interés de cada parte, y al mismo tiempo, pone en evidencia la presencia de un fuerte interés estatal para su protección, entendido como el de la sociedad en su conjunto. En tal sentido, los artículos 41, 42 y 43, párrafo segundo, de la Constitución Nacional brindan una pauta en la línea expuesta.

14) Que la pretensión deducida por el abogado Ernesto Halabi puede ser calificada como un supuesto de ejercicio de derechos de incidencia colectiva referentes a los intereses individuales homogéneos definidos en los considerandos 12 y 13 de este pronunciamiento.

En efecto, el pretensor interpuso acción de amparo en virtud de considerar que las disposiciones de la ley 25.873 y de su decreto reglamentario 1563/04 vulneran los derechos establecidos en los artículos 18 y 19 de la Carta Constitucional en la medida en que autorizan la intervención de las comunicaciones telefónicas y por Internet sin determinar “en qué casos y con qué justificativos” esa intromisión puede llevarse a cabo. La referida intervención importa una violación de sus derechos a la privacidad y a la intimidad, y además pone en serio riesgo el “secreto profesional” que como letrado se ve obligado a guardar y garantizar (arts. 6° inc. f, 7°, inc. c y 21, inc. j, de la ley 23.187). Su pretensión no se circunscribe a procurar una tutela para sus propios intereses sino que, por la índole de los derechos en juego, es representativa de los intereses de todos los usuarios de los servicios de telecomunicaciones como también de todos los abogados.

Como se anticipó en el considerando 7°, corresponde resolver el alcance del pronunciamiento. Al respecto, este Tribunal considera cumplidos los recaudos que, para las acciones colectivas, se delinearán en esta sentencia.

En efecto, existe un hecho único —la normativa en cuestión— que causa una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales.

La pretensión está concentrada en los efectos comunes para toda la clase de sujetos afectados, con lo que se cumple el segundo requisito expuesto en el considerando anterior. La simple lectura de la ley 25.837 y de su decreto reglamentario revela que sus preceptos alcanzan por igual y sin excepciones a todo el colectivo que en esta causa representa el abogado Halabi.

Finalmente, hay una clara afectación del acceso a la justicia, porque no se justifica que cada uno de los posibles afectados de la clase de sujetos involucrados promueva una demanda peticionando la inconstitucionalidad de la norma, con lo que se cumple el tercero de los elementos señalados en el considerando anterior.

Por lo demás, esta Corte estima que, dado que es la primera oportunidad en la que se delinearán los caracteres de la acción colectiva que tiene por objeto la protección de derechos individuales homogéneos y que no existe una reglamentación al respecto, cabe ser menos riguroso a la hora de evaluar el resto de los recaudos que habrá que exigir en lo sucesivo en los procesos de esta naturaleza. En estas condiciones, se considera que ha existido una adecuada representación de todas las personas, usuarios de los servicios de telecomunicaciones —dentro de los que se encuentran los abogados— a las que se extenderán los efectos de la sentencia.

Para arribar a esta conclusión se tiene en cuenta la publicidad que se le dio a la audiencia celebrada ante esta Corte, como también la circunstancia de que la declaración de inconstitucionalidad de la ley 25.873 se encuentra firme y que el decreto reglamentario 1563/04 ha sido suspendido en su vigencia. Asimismo, se consideran las presentaciones que, en apoyo de la pretensión del demandante, han realizado como Amigos del Tribunal, la Federación Argentina de Colegios de Abogados y el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal que comparecían para evitar “las nefastas consecuencias que para todos

los habitantes de nuestro país y en particular para los abogados matriculados en nuestro colegio traería aparejada la subsistencia formal de las normas cuestionadas” (fs. 215/216 y 235/237). Similares consideraciones fueron realizadas en la audiencia celebrada ante el Tribunal por los oradores de esas dos instituciones (fs. 347/357).

15) Que la conclusión mencionada no puede ser objetada so pretexto de que la acción colectiva prefigurada en la referida cláusula constitucional no encuentre, en el plano normativo infraconstitucional, un carril procesal apto para hacerla efectiva. Ese presunto vacío legal no es óbice para que los jueces arbitren las medidas apropiadas y oportunas para una tutela efectiva de los derechos constitucionales que se aducen vulnerados. Ha expresado el Tribunal al respecto que basta la comprobación inmediata de un gravamen para que una garantía constitucional deba ser restablecida por los jueces en su integridad, sin que pueda alegarse en contrario la inexistencia de una ley que la reglamente: las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas por la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias. En apoyo de tal afirmación, esta Corte sostuvo que ya a fines del siglo XIX señalaba Joaquín V. González: “No son, como puede creerse, las ‘declaraciones, derechos y garantías’, simples fórmulas teóricas: cada uno de los artículos y cláusulas que las contienen poseen fuerza obligatoria para los individuos, para las autoridades y para toda la Nación. Los jueces deben aplicarla en la plenitud de su sentido, sin alterar o debilitar con vagas interpretaciones o ambigüedades la expresa significación de su texto. Porque son la defensa personal, el patrimonio inalterable que hace de cada hombre, ciudadano o no, un ser libre e independiente dentro de la Nación Argentina” (“Manual de la Constitución argentina”, en “Obras completas”, vol. 3, Buenos Aires, 1935, núm. 82; confr., además, núms. 89 y 90). Los preceptos constitucionales tanto como la experiencia institucional del país reclaman de consuno el goce y ejercicio pleno de las garantías individuales para la efectiva vigencia del Estado de derecho e imponen a los jueces el deber de asegurarlas (confr. causa “Siri”, Fallos: 239:459).

16) Que es innegable, entonces, que una inteligencia dinámica del texto constitucional, superadora de una concepción pétrea de sus directivas, conlleva la posibilidad de encontrar en él los remedios adecuados para cada una de las circunstancias que está llamado a regir. En ese sentido ha observado también el Tribunal que la Constitución, que es la ley de las leyes y se halla en el cimiento de todo el orden jurídico positivo, tiene la virtualidad necesaria de poder gobernar las relaciones jurídicas nacidas en circunstancias sociales diferentes a las que existían en tiempo de su sanción. Este avance de los principios constitucionales, que es de natural desarrollo y no de contradicción, es la obra genuina de los intérpretes, en particular de los jueces, quienes deben consagrar la inteligencia que mejor asegure los grandes objetivos para que fue dictada la Constitución. Entre esos grandes objetivos y aun el primero entre todos, está el de “asegurar los beneficios de la libertad, para nosotros, para nuestra posteridad y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino” (Preámbulo). De ahí que la Constitución está dirigida irrevocablemente a asegurar a todos los habitantes “los beneficios de la libertad” y este propósito, que se halla en la raíz de nuestra vida como Nación, se debilita o se corrompe cuando se introducen distinciones que, directa o indirectamente, se traducen en obstáculos o postergaciones para la efectiva plenitud de los derechos (confr. causa “Kot”, Fallos: 241:291).

17) Que ante la imperiosa necesidad de dar una respuesta jurisdiccional que esté a la altura de la evolución de las instituciones y a las exigencias actuales de la sociedad, no pue-

de pasar desapercibida a los magistrados la experiencia recogida en otros sistemas jurídicos. Al respecto, en lo que aquí interesa, resulta ilustrativo traer a colación que en los Estados Unidos de Norteamérica, a partir de las directivas del *Bill of peace* del siglo XVII, mediante la labor jurisprudencial, se ha delineado la institución de las *class actions* cuya definición conceptual quedó plasmada en las *Federal Rules of Civil Procedure* de 1938 y que ha experimentado una evolución posterior mediante numerosas decisiones judiciales hasta obtener contornos más precisos en las *Federal Rules* de 1966. La Regla 23 (*Equity Rule 23*) de ese ordenamiento determinó que uno o más miembros de una clase puede demandar o ser demandado como parte en representación de todos cuando: 1) la clase es tan numerosa que la actuación de todos es impracticable, 2) existen cuestiones de hecho y de derecho comunes a la clase, 3) las demandas o defensas de las partes representantes son típicas de las demandas o defensas de la clase, y 4) las partes representantes protegerán los intereses de la clase justa y adecuadamente. El juez debe admitir la pretensión deducida por parte de un representante de la clase, efectuando un adecuado control de su representatividad y de la existencia de una comunidad de intereses. La decisión que se adopta tiene efectos *erga omnes*.

En el contexto de la citada disposición es posible distinguir tres tipos de acciones: la primera diseñada para los supuestos en que el ejercicio individual de las pretensiones mediante procesos individuales resulte perjudicial para el enjuiciado o para los miembros del colectivo por crear el riesgo de sentencias contradictorias o disímiles respecto de los sujetos individuales, que impongan comportamientos incompatibles a la parte opuesta del grupo o que, en la práctica, sean dispositivas de los intereses de otros miembros no partes, o que sustancialmente menoscaben o eliminen la posibilidad de proteger sus intereses. El segundo tipo es aquél concerniente a los supuestos en que la contraparte del grupo ha evidenciado una conducta positiva u omisiva por motivos vinculados a aquél, lo que torna apropiado una resolución condenatoria o declarativa que involucre a todo el conjunto. El tipo restante se presenta cuando el juez otorga primacía a los puntos fácticos o jurídicos comunes a los integrantes del grupo por sobre cualquier cuestión que afecte sólo a sus miembros individuales, de manera tal que la acción del colectivo es siempre superior a la acción individual.

18) Que cabe hacer presente, asimismo, la regulación vigente en España que, aunque circunscripta al ámbito de los consumidores y de los usuarios, presenta una singular solución para los problemas que generan la participación, la legitimación procesal y los alcances de las decisiones en las demandas de contenido colectivo. En efecto, la Ley de Enjuiciamiento Civil española (n° 1 del 7 de enero de 2000; BOE núm. 7, del 8 de enero de 2000, pág. 575728, corrección de errores BOE núm. 90, del 14 de abril de 2000, pág. 15278 y BOE núm. 180, del 28 de julio de 2001, pág. 27746) reconoce la calidad de parte procesal ante los tribunales civiles a los “grupos de consumidores o usuarios afectados por un hecho dañoso cuando los individuos que lo compongan estén determinados o sean fácilmente determinables”. El grupo podrá demandar en juicio cuando se constituya con la *mayoría* de los afectados (art. 6°, inc. 7°). En esas condiciones, la norma otorga legitimación para la tutela de los intereses colectivos no sólo a las asociaciones de consumidores y usuarios y a las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de éstos sino, además, a los propios grupos de afectados (art. 11, inc. 2).

En referencia también a los derechos e intereses de los consumidores, el ordenamiento legal de Brasil prevé una acción civil colectiva de responsabilidad por daños individual-

mente sufridos cuya articulación puede ser ejercida en juicio en forma individual o a título colectivo. La normativa autoriza la defensa colectiva para los supuestos de intereses o derechos difusos transindividuales de naturaleza indivisible de que sean titulares personas indeterminadas y relacionadas por circunstancias reales; los intereses o derechos colectivos transindividuales de naturaleza indivisible de que sea titular un grupo, categoría o clase de personas relacionadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base; y los intereses o derechos individuales homogéneos, por los que se entienden los resultantes de origen común (arts. 81, 91 y ss. del Código de Defensa del Consumidor, ley 8078, del 11 de septiembre de 1990).

19) Que en lo referente al derecho argentino, esta Corte ha advertido en otras ocasiones que el propio texto constitucional autoriza el ejercicio de las acciones apropiadas para la defensa de intereses colectivos con prescindencia de las figuras expresamente diseñadas en él o en las normas procesales vigentes. Es oportuno recordar, en ese sentido que, al interpretar el ya tantas veces mencionado art. 43 de la Constitución Nacional, el Tribunal admitió que la protección judicial efectiva no se reduce únicamente al amparo *strictu sensu* sino que es susceptible de extenderse a otro tipo de remedios procesales de carácter general como —en esa ocasión— el hábeas corpus colectivo, pues es lógico suponer que si se reconoce la tutela colectiva de los derechos citados en el párrafo segundo, con igual o mayor razón la Constitución otorga las mismas herramientas a un bien jurídico de valor prioritario y del que se ocupa en especial, no precisamente para reducir o acotar su tutela sino para privilegiarla (Fallos: 328:1146, considerandos 15 y 16). Por lo tanto, frente a una situación como la planteada en el sub examine, dada la naturaleza de los derechos en juego, la calidad de los sujetos integrantes del colectivo y conforme a lo sostenido reiteradamente por esta Corte en materia de interpretación jurídica, en el sentido de que, además de la letra de la norma, debe tenerse en cuenta la finalidad perseguida y la dinámica de la realidad, es perfectamente aceptable dentro del esquema de nuestro ordenamiento que un afectado, el Defensor del Pueblo o determinadas asociaciones deduzcan, en los términos del ya citado segundo párrafo del artículo 43, una acción colectiva con análogas características y efectos a la existente en el derecho norteamericano (confr. fallo referido, considerando 17 y sus citas).

20) Que no obstante ello, ante la ya advertida ausencia de pautas adjetivas mínimas que regulen la materia, se torna indispensable formular algunas precisiones, con el objeto de que ante la utilización que en lo sucesivo se haga de la figura de la “acción colectiva” que se ha delineado en el presente fallo se resguarde el derecho de la defensa en juicio, de modo de evitar que alguien pueda verse afectado por una sentencia dictada en un proceso en el que no ha tenido la posibilidad efectiva de participar. Es por ello que esta Corte entiende que la admisión formal de toda acción colectiva requiere la verificación de ciertos recaudos elementales que hacen a su viabilidad tales como la precisa identificación del grupo o colectivo afectado, la idoneidad de quien pretenda asumir su representación y la existencia de un planteo que involucre, por sobre los aspectos individuales, cuestiones de hecho y de derecho que sean comunes y homogéneas a todo el colectivo. Es esencial, asimismo, que se arbitre en cada caso un procedimiento apto para garantizar la adecuada notificación de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio, de manera de asegurarles tanto la alternativa de optar por quedar fuera del pleito como la de comparecer en él como parte o contraparte. Es menester, por lo demás, que se implementen adecuadas medidas de publicidad orientadas a evitar la multiplicación o superposición de procesos

colectivos con un mismo objeto a fin de aventar el peligro de que se dicten sentencias disímiles o contradictorias sobre idénticos puntos.

21) Que a esta altura de la exposición se impone recordar que el apelante centró sus agravios en el aspecto de la sentencia mediante el cual la cámara procuró reforzar la virtualidad de su decisión atribuyéndole carácter *erga omnes*. En razón de ello, para dar una respuesta definitiva a la impugnación articulada es conveniente remarcar, como conclusión de lo que se lleva dicho, que el fundamento de esa amplitud de los efectos de la decisión no se halla sólo en la búsqueda, por parte del juzgador, de arbitrios tendientes a superar el escollo derivado de la arraigada concepción individualista en materia de legitimación. El verdadero sustento de la proyección superadora de la regla *inter partes*, determinante de la admisibilidad de la legitimación grupal, es inherente a la propia naturaleza de la acción colectiva en virtud de la trascendencia de los derechos que por su intermedio se intentan proteger. Tal estándar jurídico, como se ha expresado, reconoce su fuente primaria en el propio texto constitucional y, lejos de ser una construcción novedosa, aparece como una institución ya arraigada en el ordenamiento normativo vigente. En efecto, las regulaciones especiales que instauran instrumentos de carácter colectivo para obtener reivindicaciones en materia de defensa a los usuarios y consumidores y en lo atinente a daño ambiental, prevén expresamente soluciones de la índole referida. Así el art. 54, párrafo segundo, de la ley 24.240 establece que “la sentencia que haga lugar a la pretensión hará cosa juzgada para el demandado y para todos los consumidores o usuarios que se encuentren en similares condiciones, excepto de aquellos que manifiesten su voluntad en contrario previo a la sentencia en los términos y condiciones que el magistrado disponga”. De un modo semejante, el art. 33, *in fine*, de la ley 25.675 dispone que “la sentencia hará cosa juzgada y tendrá efecto *erga omnes*, a excepción de que la acción sea rechazada, aunque sea parcialmente, por cuestiones probatorias”.

22) Que para concluir y, sin perjuicio de las limitaciones con que ha quedado abierta la jurisdicción de esta Corte según lo indicado en el considerando 7º, es conveniente dar una ligera mirada sobre el tema planteado como cuestión de fondo pues, como se ha expuesto a lo largo de este pronunciamiento, lo referente a la admisibilidad de la acción colectiva, a la legitimación para interponerla y a la proyección de los efectos de la sentencia que en su cauce se dicte, depende fundamentalmente de la índole del derecho que por ese medio se procura resguardar. La tacha de inconstitucionalidad deducida en la demanda que abrió este proceso recayó sobre la ley 25.873 y su reglamentación. Esa norma legal incorporó a la ley 19.798 —de regulación del servicio de telecomunicaciones— los artículos 45 bis, ter y quáter que, en síntesis, prevén que: a) los prestadores de telecomunicaciones deberán disponer de los recursos humanos y tecnológicos necesarios para la captación y derivación de las comunicaciones que transmiten, para su observación remota a requerimiento del Poder Judicial o el Ministerio Público de conformidad con la legislación vigente; b) los costos deberán ser soportados por los prestadores y el servicio deberá estar disponible en todo momento; c) los prestadores deberán registrar y sistematizar los datos filiatorios y domiciliarios de sus usuarios y clientes y los registros de tráfico de comunicaciones para su consulta sin cargo por parte del Poder Judicial o el Ministerio Público; d) esa información deberá ser conservada por diez años; e) el Estado Nacional asume la responsabilidad por los eventuales daños y perjuicios que pudieran derivar para terceros de la observación y utilización de la información obtenida por el

mecanismo previsto. A su turno, el decreto 1563/04 reglamentó la norma legal pero su aplicación fue suspendida más tarde por el decreto 357/05. El tribunal a quo observó al respecto —mediante un señalamiento que ha quedado firme ante la ausencia de agravio— que la suspensión del reglamento no implicó su exclusión del ordenamiento jurídico y, por ende, el precepto resulta susceptible de ocasionar una afectación actual o inminente a los derechos del actor. Tal dispositivo, en lo que interesa, determina que la Dirección de Observaciones Judiciales de la Secretaría de Inteligencia del Estado (SIDE) será el órgano encargado de realizar las interceptaciones y que los prestadores deberán obtener los recursos para realizarlas y mantenerlas en confidencialidad.

23) Que el fallo recurrido, en el tramo que también ha adquirido carácter inamovible por no haber merecido objeciones del apelante, confirmó por sus fundamentos la decisión dictada en primera instancia con lo cual la declaración de inconstitucionalidad de las normas quedó sustentada, entre otros extremos valorados, en que: a) las previsiones de la ley exhiben vaguedad en sus previsiones de las que no resulta claro en qué medida pueden las prestatarias captar el contenido de las comunicaciones sin la debida autorización judicial, y b) tal como está redactada la norma, existe el riesgo de que los datos sean utilizados para fines distintos que aquéllos en ella previstos.

En relación con los aspectos reseñados resulta oportuno señalar que las comunicaciones a las que se refiere la ley 25.873 y todo lo que los individuos transmiten por las vías pertinentes integran la esfera de intimidad personal y se encuentran alcanzadas por las previsiones de los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional. El derecho a la intimidad y la garantía consecuente contra su lesión actúa contra toda “injerencia” o “intromisión” “arbitraria” o “abusiva” en la “vida privada” de los afectados (conf. art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y art. 11, inc. 2º, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —tratados, ambos, con jerarquía constitucional en los términos del art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional— y art. 1071 bis del Código Civil).

24) Que, en sentido coincidente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene dicho que el poder del Estado para garantizar la seguridad y mantener el orden público no es ilimitado, sino que “su actuación está condicionada por el respeto de los derechos fundamentales de los individuos que se encuentren bajo su jurisdicción y a la observación de los procedimientos conforme a Derecho (...) con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos en la misma” (Corte Interamericana de Derechos Humanos. Serie C, n° 100, caso “Bulacio v. Argentina”, sentencia del 18 de septiembre de 2003, pts. 124 y 125; ver Fallos: 330:3801).

Acerca de estas situaciones este Tribunal ha subrayado que sólo la ley puede justificar la intromisión en la vida privada de una persona, siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen (Fallos: 306:1892; 316:703, entre otros). Es en este marco constitucional que debe comprenderse, en el orden del proceso penal federal, la utilización del registro de comunicaciones telefónicas a los fines de la investigación penal que requiere ser emitida por un juez competente mediante auto fundado (confr. art. 236, segunda parte, del Código Procesal Penal de la Nación, según el texto establecido por la ley 25.760), de manera que el común de los habitantes está sometido a restricciones en esta esfera semejantes a las que existen respecto a la intervención sobre el contenido de las comunicaciones

escritas o telefónicas. Esta norma concuerda con el artículo 18 de la ley 19.798 que establece que “la correspondencia de telecomunicaciones es inviolable. Su interceptación sólo procederá a requerimiento de juez competente”.

En idéntico sentido, el Tribunal Constitucional de España, mediante su sentencia del 5 de abril de 1999 (STC 49/1999), con cita del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), ha sostenido que “si el secreto pudiera alzarse sobre la base de meras hipótesis subjetivas, el derecho al secreto de las comunicaciones (...) quedaría materialmente vacío de contenido”. Así, el TEDH acepta como garantía adecuada frente a los abusos que la injerencia sólo pueda producirse allí donde “existan datos fácticos o indicios que permitan suponer que alguien intenta cometer, está cometiendo o ha cometido una infracción grave” —Caso K., núm. 51— o donde existan “buenas razones” o “fuertes presunciones” de que las infracciones están a punto de cometerse (TEDH S 15 jun. 1992, caso L, núm. 38).

25) Que la libertad, en cada una de sus fases, tiene su historia y su connotación (Fallos: 199:483); de ahí que las consideraciones en particular sobre el tema en discusión deban mantener un muy especial apego a las circunstancias del caso. El Tribunal tiene dicho que los motivos que determinan el examen de la correspondencia en el caso de un delincuente, pueden diferir de los referentes a un quebrado, a un vinculado al comercio, a un sujeto de obligaciones tributarias, etc.; por ello ha interpretado que el art. 18 de la Constitución no exige que la respectiva ley reglamentaria deba ser “única y general” (Fallos: 171:348; 318:1894, entre otros).

Cabe recordar que en el precedente de Fallos: 318: 1894 (en el voto de los jueces Fayt, Petracchi y Boggiano) se afirmó que, para restringir válidamente la inviolabilidad de la correspondencia, supuesto que cabe evidentemente extender al presente, se requiere: a) que haya sido dictada una ley que determine los “casos” y los “justificativos” en que podrá procederse a tomar conocimiento del contenido de dicha correspondencia; b) que la ley esté fundada en la existencia de un sustancial o importante objetivo del Estado, desvinculado de la supresión de la inviolabilidad de la correspondencia epistolar y de la libertad de expresión; c) que la aludida restricción resulte un medio compatible con el fin legítimo propuesto y d) que dicho medio no sea más extenso que lo indispensable para el aludido logro. A su vez, fines y medios deberán sopesarse con arreglo a la interferencia que pudiesen producir en otros intereses concurrentes.

26) Que lo resuelto en el sub lite por los jueces de la causa se ajusta a los requisitos que conforman el estándar enunciado y que imponen la aplicación de criterios de interpretación restrictivos en el examen de las interceptaciones de las comunicaciones personales. Tal como ha sido apreciado por los magistrados de los tribunales intervinientes en las instancias anteriores, es evidente que lo que las normas cuestionadas han establecido no es otra cosa que una restricción que afecta una de las facetas del ámbito de la autonomía individual que constituye el derecho a la intimidad, por cuanto sus previsiones no distinguen ni precisan de modo suficiente las oportunidades ni las situaciones en las que operarán las interceptaciones, toda vez que no especifican el tratamiento del tráfico de información de Internet en cuyo contexto es indiscutible que los datos de navegación anudan a los contenidos. Se añade, a ello, la circunstancia de que las normas tampoco prevén un sistema específico para la protección de las comunicaciones en relación con la acumulación y tratamiento automatizado de los datos personales. En suma, como atinadamente ha sido juzgado en

autos, resulta inadmisibles que las restricciones autorizadas por la ley estén desprovistas del imprescindible grado de determinación que excluya la posibilidad de que su ejecución concreta por agentes de la Administración quede en manos de la más libre discreción de estos últimos, afirmación que adquiere primordial relevancia si se advierte que desde 1992 es la Dirección de Observaciones Judiciales de la SIDE, que actúa bajo la órbita del poder político, la que debe cumplir con los requerimientos que formule el Poder Judicial en orden a la interceptación de comunicaciones telefónicas u otros medios de transmisión que se efectúen por esos circuitos. Ello es así por cuanto, en el marco de la transferencia de la prestación del servicio de telecomunicaciones de la ex Empresa Nacional de Telecomunicaciones a licenciatarias privadas, el decreto 1801/1992 dispuso que la Dirección de Observaciones Judiciales de aquella empresa estatal pasara a depender de la SIDE, a los fines de cumplir con dichos requerimientos de los jueces.

27) Que, por lo demás, no cabe perder de vista que ha sido el propio legislador quien, al establecer en el artículo 3° de la ley 25.873 la responsabilidad estatal por los daños y perjuicios que pudieran derivar para terceros de la observación y utilización de la información obtenida, ha reconocido que el sistema de captación, derivación y registro de comunicaciones que implementó podría no respetar las garantías mínimas exigibles para tan drástica injerencia en la esfera íntima de los particulares.

28) Que, cabe aclarar, que la Dra. Highton de Nolasco deja a salvo su opinión respecto a la legitimación del Defensor del Pueblo de la Nación para la defensa de intereses individuales homogéneos puramente patrimoniales (conf. D.2080.XXXVII “Defensor del Pueblo de la Nación c/ E.N. - PEN- dtos. 1570/01 y 1606/01 s/ amparo ley 16.986”, sentencia del 26 de junio de 2007).

En las condiciones expuestas y por los fundamentos que anteceden, corresponde confirmar la sentencia apelada en cuanto ha sido materia de recurso.

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal, se declara procedente el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada. Con costas. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

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

DISIDENCIA PARCIAL DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES DON ENRIQUE
SANTIAGO PETRACCHI Y DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

1°) Que la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal confirmó el pronunciamiento de primera instancia que había hecho lugar a la acción de amparo entablada por Ernesto Halabi y declaró la inconstitucionalidad de la ley 25.873 (arts. 1° y 2°) y del decreto 1563/04.

2°) Que el a quo declaró desierto el recurso de apelación interpuesto por el Estado Nacional por considerar que el memorial del recurrente no cumplía con los recaudos exigidos por la ley procesal, en razón de que el Estado se limitó a reiterar planteos anteriores

que habían sido pormenorizadamente rechazados por la jueza interviniente. No obstante ello, entendió que la trascendencia de la cuestión debatida justificaba el tratamiento de los argumentos invocados en favor de la legitimidad de la normativa impugnada.

3°) Que, en este orden de ideas, luego de examinar las condiciones de admisibilidad de la vía del amparo, convalidó los fundamentos de la instancia anterior relativos a la inadmisibilidad constitucional de las injerencias en las comunicaciones previstas por dicha normativa. Entre otros aspectos, puso de relevancia la ausencia de un debate legislativo suficiente en una materia tan sensible, la necesidad de que una norma de tales características sea motivada y fundada, la peligrosa vaguedad de muchas de sus previsiones, la dificultad para separar los “datos de tráfico” del contenido mismo de la comunicación y el riesgo cierto de que los datos registrados sean indebidamente utilizados. Con relación al argumento del Estado relativo a que las normas en cuestión se dirigen a atender al interés de la comunidad en su totalidad, y que, por ello, deben prevalecer sobre los intereses meramente individuales o sectoriales, la cámara destacó la significación que adquiere la protección del ámbito de privacidad en el marco de los estados de derecho. Dicho ámbito de privacidad —señaló— sólo puede ser invadido por el Estado “sobre la base de ponderadísimos juicios que sean capaces de demostrar que las restricciones conciernen a la subsistencia de la propia sociedad” (fs. 113 vta.), y la sola invocación de la finalidad de “combatir el delito” no basta para “convertir a todos los habitantes de la Nación en rehenes de un sistema inquisitivo en el que todas sus telecomunicaciones pueden ser captadas para su eventual observación remota” (fs. 114).

4°) Que, por último, con relación al alcance de la sentencia, el a quo explicitó las razones por las cuales el fallo debe aprovechar a todos los usuarios que no han participado en el juicio, en razón de que el carácter colectivo de la controversia tiene como consecuencia lógica necesaria que el control de constitucionalidad ejercido tendrá “alcance colectivo para todos los usuarios que se encuentren en la misma condición que el actor” (fs. 115).

5°) Que este último aspecto de la decisión fue el que motivó el recurso extraordinario del Estado Nacional (fs. 120/126), concedido a fs. 156.

En dicha presentación, el recurrente se limita a manifestar su disconformidad con la interpretación de la sentencia en punto a la dimensión colectiva del interés invocado por el amparista, y nada dice en defensa de la constitucionalidad de las normas en debate. Esta cuestión, por lo tanto, ha quedado excluida de la jurisdicción apelada del Tribunal.

6°) Que, de acuerdo con lo argumentado por el Estado Nacional, la cámara realizó una errónea interpretación del art. 43 de la Constitución Nacional, en tanto el carácter colectivo de un derecho no autorizaría al tribunal a dictar una sentencia de alcance general si quien acciona no es el Defensor del Pueblo ni una asociación protectora de los derechos de los usuarios y consumidores. Según su punto de vista, el resultado del pleito sólo podría aplicarse al caso del afectado en particular y “bajo ningún punto de vista puede hacerse extensivo a la sociedad toda”.

7°) Que si bien es cierto que este Tribunal tiene dicho que sus sentencias producen efectos solamente respecto de quienes han revestido el carácter de partes en el juicio, y no pueden aprovechar ni perjudicar a los terceros que han permanecido ajenos a él (Fallos: 321:1252 y sus citas —considerando 18 del voto del juez Petracchi—), tal aseveración

reviste el carácter de principio general. En efecto, cuando la naturaleza de la pretensión invocada impide, fáctica o jurídicamente, restringir el alcance de lo decidido a las partes intervinientes en el juicio, dicha regla debe ceder. De otro modo, la tutela de derechos reclamada no podría hacerse efectiva, y se vulneraría el principio mismo del que ha nacido la acción de amparo (conf. Fallos: 322:3008, esp. considerandos 12 y 13 de la disidencia del juez Petracchi, y sus citas).

8°) Que, en este sentido, resulta incomprensible la pretensión de la recurrente dirigida a que los efectos de lo decidido en la presente causa se limiten al amparista, pues —sostiene— “no existe imposibilidad de excluirlo a él de la aplicación de la normativa sin que ello implique que no se deba aplicar la normativa en general”. En efecto, tal afirmación prescinde del carácter indivisible de la materia en discusión. Si bien la “privacidad”, desde cierto punto de vista, puede ser vista como un bien propio de cada individuo en particular, no se trata en el caso de un reclamo de protección limitado a un cierto espacio físico o a algún aparato de comunicación en particular. Por el contrario, lo que entra en juego es el derecho a la privacidad en el ámbito de las *telecomunicaciones*. Ello, por definición, presupone la interacción con otros interlocutores, cuya ausencia de protección —por ser ajenos al juicio— derivaría, necesariamente, en el fracaso de la protección al amparista mismo. Desde este punto de vista, la necesidad de protección invocada no podría ser restringida a la “propia” esfera de privacidad. En consecuencia, al no haber sido invocada por la recurrente razón o argumento alguno acerca de cómo sería posible satisfacer la pretensión del reclamante manteniendo la injerencia a la privacidad de terceros, ajenos al pleito, pero potenciales interlocutores, el recurso extraordinario presenta falencias en su fundamentación de entidad suficiente como para impedir su procedencia.

9°) Que, por lo mismo, frente a la ausencia de argumentos relativos a cómo podrían ser restringidos los efectos de la sentencia al caso particular sin vulnerar la protección de la privacidad pretendida, no se advierte relación directa e inmediata entre lo resuelto en estos actuados y la interpretación restrictiva de los alcances del art. 43 de la Constitución Nacional propuesta por la recurrente (conf., entre muchos otros, Fallos: 329:2060, 4535; 330:4399).

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal, se declara improcedente el recurso extraordinario. Sin costas en atención a la naturaleza de la cuestión debatida. Hágase saber y, oportunamente, devuélvase.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI – CARMEN M. ARGIBAY.

DISIDENCIA PARCIAL DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON CARLOS S. FAYT

Considerando:

1°) Que la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal confirmó el pronunciamiento de primera instancia que había hecho lugar a la acción de amparo entablada por Ernesto Halabi y declaró la inconstitucionalidad de la ley 25.873 (arts. 1° y 2°) y del decreto 1563/04.

2°) Que el a quo declaró desierto el recurso de apelación interpuesto por el Estado Nacional por considerar que el memorial del recurrente no cumplía con los recaudos exi-

gidos por la ley procesal, en razón de que el Estado se limitó a reiterar planteos anteriores que habían sido pormenorizadamente rechazados por la jueza interviniente. No obstante ello, entendió que la trascendencia de la cuestión debatida justificaba el tratamiento de los argumentos invocados a favor de la legitimidad de la normativa impugnada.

3º) Que, en este orden de ideas, luego de examinar las condiciones de admisibilidad de la vía de amparo, convalidó los fundamentos de la instancia anterior relativos a la inadmisibilidad constitucional de las injerencias en las comunicaciones previstas por dicha normativa. Entre otros aspectos, puso de relevancia la ausencia de un debate legislativo suficiente en una materia tan sensible, la necesidad de que una norma de tales características sea motivada y fundada, la peligrosa vaguedad de muchas de sus previsiones, la dificultad para separar los “datos de tráfico” del contenido mismo de la comunicación y el riesgo cierto de que los datos registrados sean indebidamente utilizados. Con relación al argumento del Estado relativo a que las normas en cuestión se dirigen a atender al interés de la comunidad en su totalidad, y que, por ello, deben prevalecer sobre los intereses meramente individuales o sectoriales, la cámara destacó la significación que adquiere la protección del ámbito de privacidad en el marco de los Estados de derecho. Dicho ámbito de privacidad —señaló— sólo puede ser invadido por el Estado “sobre la base de ponderadísimos juicios que sean capaces de demostrar que las restricciones conciernen a la subsistencia de la propia sociedad” (fs. 113 vta.), y la sola invocación de la finalidad de “combatir el delito” no basta para “convertir a todos los habitantes de la Nación en rehenes de un sistema inquisitivo en el que todas sus telecomunicaciones pueden ser captadas para su eventual observación remota” (fs. 114).

4º) Que, por último, con relación al alcance de la sentencia, el a quo explicitó las razones por las cuales el fallo debía aprovechar a todos los usuarios que no han participado en el juicio, en razón de que el carácter colectivo de la controversia tiene como consecuencia lógica necesaria que el control de constitucionalidad ejercido tenga “alcance colectivo para todos los usuarios que se encuentren en la misma condición que el actor” (fs. 115).

5º) Que este último aspecto de la decisión fue el que motivó el recurso extraordinario del Estado Nacional (fs. 120/126), concedido a fs. 156.

En dicha presentación, el recurrente se limita a manifestar su disconformidad con la interpretación de la sentencia en punto a la dimensión colectiva del interés invocado por el amparista, y nada dice en defensa de la constitucionalidad de las normas en debate. Esta cuestión, por lo tanto, ha quedado excluida de la jurisdicción apelada del Tribunal.

6º) Que, de acuerdo con lo argumentado por la demandada, la cámara realizó una errónea interpretación del art. 43 de la Constitución Nacional, en tanto el carácter colectivo de un derecho no autorizaría al tribunal a dictar una sentencia de alcance general si quien acciona no es el Defensor del Pueblo ni una asociación protectora de los derechos de los usuarios y consumidores. Según su punto de vista, el resultado del pleito sólo podría aplicarse al caso del afectado en particular y “bajo ningún punto de vista puede hacerse extensivo a la sociedad toda”.

7º) Que si bien es cierto que este Tribunal tiene dicho que sus sentencias producen efectos solamente respecto de quienes han revestido el carácter de partes en el juicio y no pueden aprovechar ni perjudicar a los terceros que han permanecido ajenos a él (Fallos:

321:1252 y sus citas —considerando 18 del voto del juez Petracchi—), tal aseveración reviste el carácter de principio general. En efecto, cuando la naturaleza de la pretensión invocada impide, fáctica o jurídicamente, restringir el alcance de lo decidido a las partes intervinientes en el juicio, dicha regla debe ceder. De otro modo, la tutela de derechos reclamada no podría hacerse efectiva y se vulneraría el principio mismo del que ha nacido la acción de amparo (conf. Fallos: 322:3008, esp. considerandos 12 y 13 de la disidencia del juez Petracchi, y sus citas).

8º) Que en este sentido no puede perderse de vista el carácter invocado por el actor para demandar, toda vez que la condición de ciudadano alegada resulta determinante en orden a la delimitación del ámbito de aplicación de la solución a la que se arribó en autos. Ello es así, en la medida en que el actor, en tal carácter, integra el pueblo, en cuanto sustancia del Estado, basamento humano de la sociedad política. Se trata del “pueblo” en los términos del art. 1º de la Constitución Nacional, esto es, “no [...] como formación natural, ni cultural ni espiritual, sino como pueblo del Estado [...]” (Fallos: 312:2110, voto del juez Fayt). No es el pueblo en el Estado, es decir, la población, la masa de habitantes, sino [...] [aquellos] para quienes ‘el ser y modo de ser del Estado desembocan constantemente en una decisión de deber ser’ y que ‘participan, pues, con actividad consciente, en la conservación y formación del Estado’ (Heller, Hermann, *Teoría del Estado*, 3ª ed., F.C.E., México, 1955)” (Fallos: 317:711, disidencia del juez Fayt).

Se trata, en definitiva, de la noción de pueblo políticamente integrado a partir de una unidad, ya sea étnica, histórica o cultural. Luego, a ello ha de agregarse la dimensión comunicacional tal como se manifiesta en el contexto actual del nuevo orden mundial, determinado por la revolución tecnológica y la globalización. Ambos aspectos, en cuanto fenómenos transformadores del marco que le era propio a las comunicaciones, son aspectos de los que no puede prescindirse para una adecuada decisión del caso.

En ese contexto, el actor se encuentra inmerso en una realidad social, esto es, en una unidad de naturaleza, y cultura, condicionada más que nunca por la total conexión a la que hacía referencia Hermann Heller (*Teoría del Estado*, 2ª ed., F.C.E., México, 1947, p. 93). Ello es así en el entendimiento de que, en definitiva, esa realidad social no es sino acción social, tanto individual como colectiva, en unidad dialéctica inseparable que, por lo tanto, no puede ser construida partiendo de individualidades insularmente separadas. Por el contrario, en ese marco, el sujeto es el centro de vivencias y actos de la realidad social; ello, no sin comunicación con el exterior sino sólo en su reciprocidad con otros sujetos, “de tal suerte que el yo no puede concebirse sin su correlato [...] en recíproca motivación” (Heller, Hermann, ob. cit., ps. 100 y ss.).

En tales circunstancias, toda acción individual del hombre no produce sino “una conexión y con sentido”. Ello es así, en la medida en que un acto en particular, de tal suerte condicionado, no da lugar a un simple agregado de formaciones individuales en relación entre sí, sino que produce un todo coherente y ordenado (Heller, Hermann, ob. cit., p. 103).

Luego, aun cuando de todas las acciones particulares que a diario se ejecutan en incesante repetición sólo percibimos una relación concreta entre dos personas, resulta innegable la recíproca interpenetración en razón de la cual todos esos actos trabajan, aunque inconscientemente, por una unidad ordenada de acción social. De resultados de

ello, el individuo no puede ser aislado ni puede ser considerado como una “sustancia”, pues “sólo en intercambio con otros se hace individuo humano” (Heller, Hermann, ob. cit., p. 112 y ss.)

9º) Que, en el caso específico de autos, es evidente que estas circunstancias se ponen de manifiesto de forma indubitable, en la medida en que el contexto de las telecomunicaciones opera como un escenario singular en el que cada individuo del grupo deviene portador de una mediación social que se expande en todas las direcciones. Se produce así, más que nunca en toda la historia, aquel enlace simultáneo por el que, finalmente, cada uno se halla unido con los demás por una conexión, aun cuando ésta no siempre es necesariamente consciente (Heller, Hermann, ob. cit., p. 113).

10) Que, en este sentido, resulta incomprensible la pretensión de la recurrente dirigida a que los efectos de lo decidido en la presente causa se limiten al amparista, pues —sostiene— “no existe ninguna imposibilidad de excluirlo a él de la aplicación de la normativa sin que ello implique que no se deba aplicar la normativa general”. En efecto, tal afirmación prescinde del carácter indivisible de la materia en discusión. Si bien la “privacidad”, desde cierto punto de vista, puede ser concebida como un bien propio de cada individuo en particular, no se trata en el caso de un reclamo de protección limitado a un cierto espacio físico o a algún aparato de comunicación en particular. Por el contrario, lo que entra en juego es el derecho a la privacidad en el ámbito de las telecomunicaciones. Ello, por definición, presupone la interacción con otros interlocutores, cuya ausencia de protección —por ser ajenos al juicio— derivaría, necesariamente, en el fracaso de la protección al amparista mismo.

Desde este punto de vista, la necesidad de protección invocada no podría ser restringida a la “propia” esfera de privacidad. En consecuencia, al no haber sido invocada por la recurrente razón o argumento alguno acerca de cómo sería posible satisfacer la pretensión del reclamante manteniendo la injerencia a la privacidad de terceros ajenos al pleito, pero potenciales interlocutores, el recurso extraordinario presenta falencias en su fundamentación de entidad suficiente como para impedir su procedencia.

11) Que, por lo mismo, frente a la ausencia de argumentos relativos a cómo podrían ser restringidos los efectos de la sentencia al caso particular sin vulnerar la protección de la privacidad pretendida, no se advierte relación directa e inmediata entre lo resuelto en estos actuados y la interpretación restrictiva de los alcances del art. 43 de la Constitución Nacional, propuesta por la recurrente (conf., entre muchos otros, Fallos: 329:2060, 4535, 330:4399).

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal, se declara improcedente el recurso extraordinario. Sin costas en atención a la naturaleza de la cuestión debatida. Hágase saber, y oportunamente, devuélvase.

CARLOS S. FAYT.



DEBIDO PROCESO PENAL. DERECHO A LA DOBLE INSTANCIA

“CASAL” (FALLOS: 328:3399)

En una causa en que se debatía el alcance de una garantía de jerarquía de derecho internacional como es el derecho del imputado a recurrir la sentencia condenatoria y las limitaciones del recurso de casación, la Corte sostuvo que un recurso que sólo habilitase la revisión de las cuestiones de derecho con el objetivo político único o preponderante de unificar la interpretación de la ley, violaría lo dispuesto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, o sea, que sería violatorio de la Constitución Nacional.

Enlaces destacados

» Ver más

- › Reseña
- › Citas del fallo
- › Versión Word

» Dictamen

» Doctrina del fallo

Consideró, sin embargo que nada impedía otra interpretación del art. 456, inc. 2º, del Código Procesal Penal de la Nación, y no existía entonces razón legal ni obstáculo alguno en el texto mismo de la ley procesal para excluir de la materia de casación el análisis de la aplicación de las reglas de la sana crítica en la valoración de las pruebas en el caso concreto, o sea, para que el tribunal de casación revise la sentencia para establecer si se aplicaron estas reglas y si esta aplicación fue correcta.

El fallo fue decidido por el voto conjunto de los jueces PETRACCHI, MAQUEDA, ZAFFARONI y LORENZETTI y los votos propios de los jueces HIGHTON DE NOLASCO, FAYT y ARGIBAY.

Principales ejes temáticos del fallo

» La más fuerte y fundamental preocupación que revela el texto de nuestra Constitución Nacional es la de cuidar que por sobre la ley ordinaria conserve siempre su imperio la ley constitucional; sólo secundariamente debe admitirse la unificación interpretativa, en la medida en que la racionalidad republicana haga intolerable la arbitrariedad de lesiones muy groseras a la igualdad o a la corrección de interpretaciones carentes de fundamento, pero resulta claro que no es lo que movió centralmente a los constituyentes a la hora de diagramar el sistema judicial argentino.

» Si bien la introducción de un modelo procesal menos incompatible con la Constitución Nacional –casación limitada a las cuestiones de derecho– es ciertamente mucho mejor que el sostenimiento de otro absolutamente incompatible con ella, no por ello configura todavía el que desde 1853 requiere nuestra Ley Fundamental y que, además, debe hoy cumplir con el requisito constitucional del derecho de recurrir del fallo ante el juez o tribunal superior del art. 8.2. ap. h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y del concordante art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

» Los arts. 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos exigen la revisión de todo aquello que no esté exclusivamente reservado a quienes hayan estado presentes como jueces en el juicio oral, que es lo único que los jueces de casación no pueden valorar, no sólo porque cancelaría el principio de publicidad, sino también porque directamente no lo conocen, o sea, que a su respecto rige un límite real de conocimiento; se trata directamente de una limitación fáctica, impuesta por la naturaleza de las cosas, y que debe apreciarse en cada caso.

» La interpretación del art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación conforme a la teoría del máximo rendimiento, o sea, exigiendo que el tribunal competente en materia de casación agote su capacidad revisora conforme a las posibilidades y particularidades de cada caso, revisando todo lo que le sea posible revisar, archivando la impracticable distinción entre cuestiones de hecho y de derecho, constituyéndolo en custodio de la correcta aplicación racional del método de reconstrucción histórica en el caso concreto, tiene por resultado un entendimiento de la ley procesal penal vigente acorde con las exigencias de la Constitución Nacional y es la que impone la jurisprudencia internacional.

» De los antecedentes de los arts. 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos resulta inequívocamente la obligación del Estado nacional argentino de reformar su legislación procesal penal de modo de sustituir el recurso de casación –de carácter extraordinario y limitado– por un recurso ordinario que permita al tribunal superior un examen integral de la decisión recurrible a través del amplio conocimiento de la causa, y cuyo único límite estaría dado por aquello que surja de manera directa y excluyente de la intermediación y de cuyos pormenores no existiera constancia adecuada (Voto de la jueza Highton de Nolasco).

» Hasta 1994 era discutible el alcance del art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación, en tanto no se advertía la clara existencia de obstáculos constitucionales para interpretar que ese dispositivo legal mantenía el recurso de casación en forma tradicional u originaria, pero desde 1994 el art. 8.2.h de la Convención Americana y el art. 14.5 del Pacto Internacional pasaron a configurar un imperativo constitucional (siempre que su contenido no resulte violatorio de los principios de derecho público local establecidos en el art. 27 de la Constitución Nacional como manifestación inequívoca de la soberanía estatal) (Voto del juez Fayt).

» Corresponde dejar sin efecto la sentencia que rechazó el recurso de casación sustentándose en una particular interpretación y aplicación del art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación derivando una regla que no está contenida expresamente en la norma y que no puede admitirse constitucionalmente ya que, mientras la garantía de doble instancia exige que se traten todos los agravios propuestos por la defensa, cualquiera sea su contenido (hecho o derecho), la Cámara de Casación entendió que dicha norma contiene una prohibición de examinar los aspectos fácticos de la sentencia (Voto de la jueza Argibay).

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 20 de septiembre de 2005.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la defensa de Matías Eugenio Casal en la causa Casal, Matías Eugenio y otro s/ robo simple en grado de tentativa —causa N° 1681—”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1°) Que el Tribunal Oral en lo Criminal N° 5 de la Capital Federal condenó, por mayoría, a Matías Eugenio Casal a la pena de cinco años de prisión, con costas, como coautor penalmente responsable del delito de robo calificado por el uso de armas (arts. 29 inc. 3°, 45 y 166, inc. 2° del Código Penal), a raíz de lo cual la defensa del nombrado dedujo recurso de casación, invocando la causal prevista en el art. 456, inc. 1° del Código Procesal Penal de la Nación. El rechazo del recurso interpuesto provocó la presentación de la queja ante la Cámara Nacional de Casación Penal, la que corrió igual suerte.

Contra dicha resolución se dedujo recurso extraordinario, cuya denegación motivó la presente queja.

2°) Que de las constancias de la causa surge que el Tribunal Oral tuvo por acreditado, que el 10 de marzo de 2003, aproximadamente a las seis horas, en cercanía del local bailable “Metrópolis”, sito en Av. Santa Fe y su intersección con la calle Darragueyra, ascendieron a un vehículo de alquiler, Matías Eugenio Casal y Gastón Pablo Borjas, indicándole al conductor que los trasladara hasta la Av. Cabildo y Correa y una vez allí, derecho hasta la calle Plaza. En momentos en que el conductor decide comunicar el destino de su viaje a la central, Casal que se encontraba sentado detrás lo tomó del cuello con ambos brazos y Borjas arrancó el micrófono y le apoyó un arma de fuego en la cintura. Ante su resistencia, recibió un golpe en la boca. Al llegar a la calle Correa al 3500, los imputados lograron la detención del automóvil, retirando las llaves del contacto. Obligarón al conductor a bajar y Casal lo golpeó con el arma en la cabeza porque se resistió a que se llevaran los documentos propios y del automotor. Finalmente, huyeron en el vehículo con la documentación y poco más de \$ 150 que también le sustrajeron.

3°) Que la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal, al rechazar la queja del impugnante, expresó que la presentación recursiva, más allá de la forma en que fuera planteada, tenía por objeto la modificación de la calificación atribuida al delito, lo que tornaba improcedente la viabilidad del recurso de queja, “...por cuanto del modo en que los impugnantes han introducido sus agravios, sólo revela su discrepancia con la manera en que el Tribunal *a quo* valoró la prueba producida y estructuró la plataforma fáctica...atribución que le es propia y que resulta ajena...” a la revisión casatoria.

Asimismo agregó que “...corresponde apuntar que resulta improcedente en esta instancia provocar un nuevo examen crítico de los medios probatorios que dan base a la sentencia, toda vez que el valor de las pruebas no está prefijado y corresponde a la propia apreciación del tribunal de mérito determinar el grado de convencimiento que aquéllas puedan producir, quedando dicho examen excluido de la inspección casacional...”.

4°) Que en la presentación federal el recurrente manifestó, que el representante del Ministerio Público calificó los hechos probados “como constitutivos de robo simple con-

sumado, que les atribuyó a los imputados en calidad de coautores...”, criterio compartido por la doctora Fátima Ruiz Lopez, vocal del tribunal y argumento fundante del agravio. Que tal decisión se basa en el hecho de no haberse encontrado el arma que agrava la calificación, así como en la falta de certeza del informe de la médica legista en relación con el objeto contundente que produjo la lesión en la cabeza de Ruiz.

Asimismo agrega que la Cámara Nacional de Casación Penal, al rechazar el recurso de queja interpuesto, convalidó una sentencia que, a su juicio, resulta arbitraria, vulnerando su derecho de defensa, así como su derecho a la revisión de un fallo condenatorio ante un tribunal superior, previsto en la normativa internacional, incorporada a nuestra Constitución Nacional en la reforma del año 1994 (arts. 8.2.h, Convención Americana sobre Derechos Humanos; 14.5, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 75, inc. 22, Constitución Nacional).

5º) Que el recurso extraordinario interpuesto resulta formalmente procedente, ya que la sentencia impugnada reviste carácter de definitiva y pone fin al pleito. Que proviene del tribunal superior de la causa, porque se impugna el pronunciamiento de la Cámara Nacional de Casación Penal y suscita cuestión federal suficiente, toda vez que se debate el alcance otorgado al derecho del imputado a recurrir la sentencia condenatoria consagrada por el art. 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que forman parte de la Constitución Nacional, a partir de su inclusión en el art. 75, inc. 22.

En virtud de lo antedicho, y hallándose cuestionado el alcance de una garantía de jerarquía de derecho internacional, el tratamiento resulta pertinente por la vía establecida en el art. 14 de la ley 48, puesto que la omisión en su consideración puede comprometer la responsabilidad del Estado argentino frente al orden jurídico supranacional. Finalmente, existe relación directa e inmediata entre las normas internacionales invocadas y el pronunciamiento impugnado, y la decisión es contraria al derecho federal invocado por el recurrente.

6º) Que, a los efectos de determinar el alcance otorgado por el tribunal *a quo* a la garantía en cuestión, resulta indispensable en primer lugar, precisar cómo se encuentra regulado en el ámbito nacional el recurso de casación. En este sentido, el art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación, establece que el recurso de casación es admisible en el supuesto de *“inobservancia de las normas que este Código establece bajo pena de inadmisibilidad, caducidad o nulidad, siempre que, con excepción de los casos de nulidad absoluta, el recurrente haya reclamado oportunamente la subsanación del defecto, si era posible, o hecho protesta de recurrir en casación”*.

El alcance de este dispositivo legal es materia de interpretación y, de ésta, depende la extensión de la materia revisable en casación. Debe decidirse si la casación es un recurso *limitado* conforme a la versión originaria, en la cual tenía por exclusivo o predominante objetivo la unificación de los criterios jurisprudenciales (su llamado *objetivo político*) o bien, si es un recurso más amplio y, en este último supuesto, en qué medida lo es. Es decir que debe considerarse, hasta dónde la amplitud de su materia podría apartarse de la limitada versión originaria sin afectar la oralidad del plenario, pero dando cumplimiento al requisito constitucional de los arts. 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en función del inc. 22, del art. 75 de la Constitución Nacional.

7°) Que nuestra tradición jurisprudencial en materia procesal penal no responde a lo que se suele denominar *interpretación progresiva* en sentido estricto. En general, no fue la jurisprudencia la que avanzó sobre las leyes procesales, sino que éstas fueron progresando y la jurisprudencia acompañó ese avance. Más bien puede afirmarse que se operó un *acompañamiento jurisprudencial a una legislación lentamente progresiva*.

La Constitución Nacional estableció como objetivo legal un proceso penal acusatorio y con participación popular. La legislación nacional no se adecuó a este objetivo, pero la perspectiva histórica muestra una progresión hacia la meta señalada, posibilitada por el subjuntivo empleado en el originario art. 102 y actual 118 constitucional. La jurisprudencia constitucional fue acompañando este progreso histórico, sin apresurarlo. Es decir que en ningún momento declaró la inconstitucionalidad de las leyes que establecieron procedimientos que no se compaginaban con la meta constitucional, lo que pone de manifiesto la voluntad judicial de dejar al legislador la valoración de la oportunidad y de las circunstancias para cumplir con los pasos progresivos. Justo es reconocer que esta progresión legislativa se va cumpliendo con lentitud a veces exasperante, pero respetada por los tribunales.

En este contexto de legislación progresiva con respeto judicial por los tiempos legislativos, se inserta la introducción y la interpretación del alcance del recurso de casación en materia penal.

8°) Que nuestros códigos procesales penales contemplan el recurso de casación, introducido a partir del código de Córdoba de 1940. La casación entró a nuestra legislación procesal como cuña de extraña madera en el orden jurídico, pues su objetivo proclamado en su versión originaria —el mencionado *objeto político*— es poco compatible con la estructura y funciones que la Constitución Nacional asigna al Poder Judicial Argentino.

9°) Que la casación europea en su versión originaria —tradicional o clásica— surgió como resultado del control político que en tiempos de la Revolución los legisladores franceses quisieron ejercer sobre sus jueces, de los que —con sobrada razón— desconfiaban. Los viejos y degradados tribunales del antiguo régimen —llamados *parlamentos*— fueron reemplazados, y se consideró que era menester cuidar que los nuevos no cayesen en análogos o peores vicios. Con ese objeto se creó un tribunal extrajudicial, junto al Legislativo, encargado de romper las sentencias en que los jueces, por vía de interpretación (función que se consideraba usurpadora del poder político), se apartasen del sentido literal de las leyes. La prohibición de la interpretación (o, como máximo, la admisión del solo método de interpretación gramatical) y la casación, son paralelos y necesariamente complementarios. Con el correr de los años y el advenimiento del Imperio, se montó un poder judicial altamente burocratizado y jerarquizado, organizado en forma piramidal, del que no cabía esperar que se separase de las leyes pues había sido entrenado en su estricta y repetitiva aplicación (escuela exegética). En esas circunstancias carecía de sentido mantener un tribunal extrajudicial para controlar la pirámide entrenada en aplicar la ley a la letra, de modo no contradictorio, siempre igual, y, por ende, se consideró llegada la hora de ubicar a este tribunal dentro del propio mecanismo judicial, como su cabeza. El tribunal vigilador de jueces, que el poder político (Parlamento, Emperador) había usado al margen del judicial, pasaba a ser cabeza de éste, siempre en una estructura verticalmente organizada y jerárquica, es decir, corporativa. El tribunal de casación dejó de vigilar a los jueces para pasar a

mandarlos. De ese modo se garantizaba —por lo menos teóricamente— el estricto y celoso cumplimiento de la voluntad política expresada en la ley.

10) Que concebida de este modo —y también para no sobrecargar de trabajo al tribunal cupular—, la casación fue la instancia que no entendía de hechos, sino sólo de la interpretación de la ley, para que ésta no se distorsionase en su aplicación, con el objetivo político de garantizar la voluntad del legislador y reducir al juez a la *boca de la ley*. La cúpula jerárquica que coronaba la estructura judicial corporativa rompía las sentencias que se apartaban de esa voluntad política expresada en la letra de la ley. El modelo se extendió rápidamente por Europa y se mantuvo casi invariable hasta la finalización de la segunda guerra mundial.

11) Que este modelo de organización judicial no tiene nada en común con el nuestro. Alberdi y los constituyentes de 1853 optaron por el modelo norteamericano, originariamente opuesto por completo al europeo, su antípoda institucional. Los constituyentes norteamericanos, al proyectar el modelo que luego tomaría la Constitución Nacional, no desconfiaban de los jueces, sino del poder central —federal— que creaban. Temían generar un monstruo que lesionase o suprimiese el principio federal. Los derechos consagrados en la Constitución de los Estados Unidos, en su origen, no limitaban las leyes de los estados, sino sólo las leyes federales. Los norteamericanos se independizaban de la *Corona*, pero no querían instituir un poder central —federal— que en definitiva viniese a ejercer un poder arbitrario análogo. Por ello, dieron a todos los jueces la facultad de controlar la constitucionalidad de las leyes y, en última instancia, a su Corte Suprema. El Poder Judicial norteamericano no era jerarquizado ni corporativo, sino horizontal, con el control difuso de constitucionalidad; el único elemento de verticalidad fue el *stare decisis*. En lugar de encarregar a los legisladores el control de los jueces —como los franceses—, los norteamericanos pusieron a los jueces a controlar a los legisladores.

12) Que se trata, pues, de dos modelos diferentes: nuestro *recurso extraordinario* responde al modelo de los jueces controladores de la legislación; el *recurso de casación* proviene del modelo de legisladores controladores de las sentencias. Originariamente, la casación fue un típico recurso propio de un *Estado legal de derecho*; el recurso extraordinario lo es, de un *Estado constitucional de derecho*.

13) Que el llamado *objetivo político* del recurso de casación, sólo en muy limitada medida es compatible con nuestro sistema, pues en forma plena es irrealizable en el paradigma constitucional vigente, dado que no se admite un tribunal federal que unifique la interpretación de las leyes de derecho común y, por ende, hace inevitable la disparidad interpretativa en extensa medida. La más fuerte y fundamental preocupación que revela el texto de nuestra Constitución Nacional es la de cuidar que por sobre la ley ordinaria conserve siempre su imperio la ley constitucional. Sólo secundariamente debe admitirse la unificación interpretativa, en la medida en que la racionalidad republicana haga intolerable la arbitrariedad de lesiones muy groseras a la igualdad o a la corrección de interpretaciones carentes de fundamento. Pero resulta claro que no es lo que movió centralmente a los constituyentes a la hora de diagramar el sistema judicial argentino.

14) Que desde 1853 —y pese a las múltiples ocasiones en que se lo ha desvirtuado o desviado— nos rige el mandato de hacer de la República Argentina un Estado constitucional de derecho. Nunca en su sistema se puede concebir un recurso que tienda a quebrar

las sentencias de los jueces para imponer una única voluntad interpretativa de la ley, con el afán de no desvirtuar la voluntad política del legislador ordinario. Por el contrario, nuestro sistema conoce desde siempre el recurso que permite a los ciudadanos impetrar de sus jueces la supremacía de la Constitución sobre la voluntad coyuntural del legislador ordinario que se hubiese apartado del encuadre de ésta. En consecuencia, la perspectiva constitucional argentina es, estructuralmente, refractaria al llamado recurso de casación en su limitada versión tradicional u originaria.

15) Que el proceso penal que en la legislación comparada y a partir del modelo napoleónico acompañó a los estados legales de derecho europeos y a sus sistemas judiciales corporativos y verticalmente organizados, es el llamado *mixto*, o sea, el que comienza con una etapa policial e inquisitoria, a cargo de un juez que se pone al frente de la policía de investigación criminal. El plenario acusatorio es público, pero las pruebas del sumario inquisitorio siempre pesan. El viejo modelo del proceso penal napoleónico se extendió por Europa, junto con el modelo judicial vertical y la casación, siendo inseparable de ésta en materia penal.

Por el contrario, el proceso penal de un sistema judicial horizontalmente organizado no puede ser otro que el acusatorio, público, porque de alguna forma es necesario compensar los inconvenientes de la disparidad interpretativa y valorativa de las sentencias. De allí que nuestra Constitución previera como meta el juicio criminal por jurados, necesariamente oral y, por ende, público.

Posiblemente sea necesaria —aquí sí— una interpretación progresiva para precisar el sentido actual de la meta propuesta por la Constitución. Habría que determinar si el jurado que ese texto coloca como meta es actualmente el mismo que tuvieron en miras los constituyentes, conforme a los modelos de su época, o si debe ser redefinido según modelos actuales diferentes de participación popular. Pero cualquiera sea el resultado de esta interpretación, lo cierto es que, desde 1853 la Constitución reitera en su texto la exigencia de la publicidad del proceso penal al recalcar la necesidad de establecer el juicio por jurados, como una de las más idóneas para lograr la publicidad. La circunstancia de que el deber ser no haya llegado a ser por la vía legislativa no puede ocultar que la Constitución optó por un proceso penal abiertamente acusatorio, al que tiende la lenta progresión de la legislación argentina a lo largo de un siglo y medio.

16) Que la casación penal llegó a la Argentina acompañando el modelo procesal penal europeo, considerado en su momento —con toda justicia— como un notorio avance legislativo, lo que no es comprensible si se prescinde de la perspectiva histórica en que se produjo este hecho. La contradicción se explica porque nuestros legisladores del siglo XIX desecharon los proyectos de juicio por jurados y partieron del proceso penal español en el momento más inquisitorio de su historia contemporánea. El procedimiento que se estableció en el ámbito nacional fue escrito, con amplia vigencia del secreto; la instrucción, extremadamente inquisitoria, larga y farragosa; el juez investigador, dotado de enormes poderes. Tal fue el modelo procesal con que Obarrio debió llenar urgentemente un vacío que se hacía insostenible. La república —por vía de sanciones provinciales y del propio Congreso Nacional para la Ciudad de Buenos Aires— se regía por un código penal basado en la mejor tradición liberal europea, la sanción del primer código penal nacional no alteró esa tradición inaugurada por Carlos Tejedor, inspirado en Johann Paul Anselm von

Feuerbach y el código de Baviera de 1813. Obarrio era un penalista liberal profundamente inspirado en Francesco Carrara, pero su obra legislativa procesal era requerida porque la República necesitaba códigos con urgencia y no había tiempo de modificar la pesada estructura judicial del momento. Por ende, se trataba de un texto eminentemente provisorio, pero que perduró más de un siglo y, además, fue imitado por todas las provincias. La bocanada liberal de Tomás Jofré con los códigos de San Luis primero y de la Provincia de Buenos Aires más tarde, se vió rápidamente neutralizada con la delegación de la actividad instructoria directamente en la policía dependiente del Poder Ejecutivo.

17) Que nuestra legislación procesal penal, durante más de un siglo, se apartó de las líneas que le trazara la Constitución. Incluso, ni siquiera respetó el modelo europeo o francés napoleónico, pues eligió una variante mucho más inquisitoria y mucho menos pública. Lo que no fue más que el producto de la urgencia por codificar el derecho penal y procesal penal después de tres cuartos de siglo de vida independiente, mantuvo vigencia cuando el país había alcanzado el desarrollo cultural y social que superaba los estrechos márgenes de los legisladores de las últimas décadas del siglo XIX. De este modo perduró un siglo un código procesal inspirado en la restauración borbónica.

Durante buena parte del siglo pasado —y en lo federal, hasta fines de ese siglo— no tuvimos el proceso penal propio del sistema de poder judicial horizontalmente organizado con control de constitucionalidad (estado constitucional de derecho). Es más, ni siquiera tuvimos el que era corriente en los poderes judiciales corporativos sin control de constitucionalidad (estados legales de derecho), sino el producto de una coyuntura histórica española mucho más inquisitoria y derogada en su propio país de origen. No necesitábamos la casación, porque en el procedimiento escrito se imponía la apelación, en que el tribunal plural revisaba todo lo resuelto por el juez unipersonal. La unificación interpretativa era ocasional y se llevaba a cabo por medio de la inaplicabilidad de ley y los plenarios.

18) Que sin duda, frente a un proceso penal tan abiertamente inconstitucional y que llevaba más de medio siglo de vigencia, el código de Córdoba de 1940 representó un avance notorio. Trajo el código italiano, pero justo es reconocer que ese modelo, que perfeccionaba el napoleónico con mejor técnica jurídica, aunque proviniese de la obra jurídica del fascismo —valga la paradoja— y fuese propio de un Estado legal de derecho —toda vez que no se podía considerar al *Estatuto Albertino* una Constitución en sentido moderno—, se acercaba mucho más a la Constitución Nacional que el modelo inquisitorio escrito entonces vigente. Dicho código incorporaba el plenario oral, es decir, cumplía el requisito de publicidad en mucha mayor medida que el procedimiento escrito; obligaba a que un tribunal integrado por tres jueces cumpliera con el requisito de inmediación; dificultaba o impedía directamente la delegación del ejercicio real de la jurisdicción y, si bien mantenía la figura inquisitoria del juez instructor, atenuaba en alguna medida sus poderes. Con este texto viajó desde Europa el recurso de casación como inseparable acompañante, para evitar las disparidades interpretativas de la ley entre los tribunales orales de una misma provincia.

19) Que se entendió en ese momento que la doble instancia no era necesaria, por ser costosa y poco compatible con la inmediación del plenario oral. Como lo señala el mismo presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su voto particular en la sentencia del caso “Herrera Ulloa v. Costa Rica”, Serie C N° 107 Corte Interamericana de Derechos Humanos, del 2 de julio de 2004 (párrafo 35), se entendió que la doble instan-

cia se compensaba con la integración plural del tribunal sentenciador y éste fue el criterio dominante en los textos que siguen el *Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica*. De allí que se importase una casación limitada a las cuestiones de derecho y así la entendió buena parte de nuestra doctrina. Pero este razonamiento —al menos en el caso argentino— pasa por alto que si bien la introducción de un modelo procesal menos incompatible con la Constitución Nacional es, ciertamente, mucho mejor que el sostenimiento de otro absolutamente incompatible con ella, no por ello configura todavía el que desde 1853 requiere nuestra Ley Fundamental y que, además, debe hoy cumplir con el requisito constitucional del *derecho de recurrir del fallo ante el juez o tribunal superior* del art. 8.2. ap. h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y del concordante art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

20) Que este Tribunal también admitió esta interpretación progresiva. En un primer momento —antes de la reforma constitucional y en vigencia del viejo código de procedimientos en materia penal— entendió que el recurso extraordinario era apto para garantizar el derecho al recurso del condenado (confr. Fallos: 311:274). Sin embargo, con posterioridad asumió que a partir de la incorporación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos al bloque constitucional —mediante el art. 75, inc. 22—, el recurso establecido en el art. 14 de la ley 48 no satisfacía el alcance del derecho consagrado en el art. 8°, inc. 2°, ap. h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dado que las reglas y excepciones que restringen la competencia apelada de la Corte impiden que este recurso cubra de manera eficaz el contenido de esta garantía (confr. Fallos: 318:514).

Por este motivo —al que debe agregarse la creación de la Cámara Nacional de Casación como tribunal intermedio—, a partir del precedente indicado, se considera que en el estado actual de la legislación procesal penal de la Nación, los recursos ante la Cámara de Casación Penal constituyen la vía a la que todo condenado puede recurrir en virtud del derecho que consagran los arts. 8, inc. 2°, ap. h., de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14, inc. 5°, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

21) Que el Código Procesal Penal de la Nación siguió el modelo que se había iniciado en Córdoba medio siglo antes, y hasta 1994 era discutible el alcance del inc. 2° de su art. 456. No existía ningún obstáculo constitucional para interpretar que ese dispositivo legal mantenía el recurso de casación en forma tradicional u originaria. La cuestión dependía del alcance que se diese al derecho internacional en el orden jurídico interno. Pero desde 1994, el art. 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos pasaron —sin duda alguna— a configurar un imperativo constitucional.

Es claro que un recurso que sólo habilite la revisión de las *cuestiones de derecho con el objetivo político* único o preponderante de *unificar la interpretación de la ley*, violaría lo dispuesto en estos instrumentos internacionales con vigencia interna, o sea, que sería violatorio de la Constitución Nacional. Pero también es claro que *en la letra del inc. 2° del art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación, nada impide otra interpretación*. Lo único que decide una interpretación restrictiva del alcance del recurso de casación es la tradición legislativa e histórica de esta institución en su versión originaria. El texto en sí mismo admite tanto una interpretación restrictiva como otra amplia: la resistencia semántica del texto no se altera ni se excede por esta última. Y más aún: tampoco hoy

puede afirmarse que la interpretación limitada originaria siga vigente en el mundo. La legislación, la doctrina y la jurisprudencia comparadas muestran en casi todos los países europeos una sana apertura del recurso de casación hasta abarcar materias que originariamente le eran por completo extrañas, incluso por rechazar la distinción entre cuestiones de hecho y de derecho, tan controvertida como difícil de sostener.

22) Que la “*inobservancia de las normas que este Código establece bajo pena de inadmisibilidad, caducidad o nulidad*” abarca la inobservancia de las normas que rigen respecto de las sentencias. El art. 404 establece que es nula la sentencia a la que faltare o fuere contradictoria su fundamentación. El art. 398 establece que las pruebas deben ser valoradas conforme a las reglas de la *sana crítica*. Una sentencia que no valore las pruebas conforme a estas reglas o que las aplicase erróneamente carecería de fundamentación. Por ende, *no existe razón legal ni obstáculo alguno en el texto mismo de la ley procesal para excluir de la materia de casación el análisis de la aplicación de las reglas de la sana crítica en la valoración de las pruebas en el caso concreto, o sea, para que el tribunal de casación revise la sentencia para establecer si se aplicaron estas reglas y si esta aplicación fue correcta.*

Si se entendiese de este modo el texto del inc. 2º del art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación, sin forzar en nada su letra y sin apelar a una supuesta jurisprudencia progresiva, aun dentro del más puro método exegético y siguiendo nuestra tradición jurisprudencial de acompasamiento a los tiempos del legislador, resultaría que la interpretación restrictiva del alcance de la materia de casación, con la consiguiente exclusión de las llamadas *cuestiones de hecho y prueba*, no sólo resultaría contraria a la ley constitucional sino a la propia ley procesal. No puede imponerse una interpretación restrictiva, basada sólo en el *nomen juris* del recurso y asignándole la limitación que lo tenía en su versión napoleónica, pasando por sobre la letra expresa de la ley argentina y negando un requisito exigido también expresamente por la Constitución Nacional y por sobre la evolución que el propio recurso ha tenido en la legislación, doctrina y jurisprudencia comparadas.

23) Que nada impide que el art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación sea leído en la forma en que exegéticamente se impone y que, por ende, esta lectura proporcione un resultado análogo al consagrado en la doctrina y jurisprudencia alemanas con la llamada teoría de la *Leistungsfähigkeit*, que sería el agotamiento de la capacidad de revisión. *Leistung es el resultado de un esfuerzo y Fähigkeit es capacidad*—la expresión se ha traducido también como capacidad de rendimiento—, con lo cual se quiere significar en esa doctrina que el tribunal de casación debe agotar el esfuerzo por *revisar todo lo que pueda revisar*, o sea, por *agotar la revisión de lo revisable*.

24) Que formulada esta teoría, se impone preguntar *qué es lo no revisable*. Conforme a lo expuesto, lo único no revisable es lo que surja directa y únicamente de la inmediación. Esto es así porque se imponen limitaciones de conocimiento en el plano de las posibilidades reales y—en el nivel jurídico— porque la propia Constitución no puede interpretarse en forma contradictoria, o sea, que el principio republicano de gobierno impide entender un dispositivo constitucional como cancelatorio de otro. En este caso son los textos de la Convención Americana y del Pacto Internacional que no pueden ser interpretados en forma contradictoria: en efecto, los arts. 8.5 de la Convención Americana y 14.1 del Pacto exigen la publicidad del juicio, con lo cual están exigiendo la oralidad, que es inseparable condición de la anterior, y, por ende, no puede entenderse que los arts. 8.2.h. de la Con-

vención Americana y 14.5 del Pacto impongan un requisito que la cancela. Por ende, debe interpretarse que los arts. 8.2.h de la Convención y 14.5 del Pacto exigen la revisión de todo aquello que no esté exclusivamente reservado a quienes hayan estado presentes como jueces en el juicio oral. Esto es lo único que los jueces de casación no pueden valorar, no sólo porque cancelaría el principio de publicidad, sino también porque directamente no lo conocen, o sea, que a su respecto rige un límite real de conocimiento. Se trata directamente de una limitación fáctica, impuesta por la naturaleza de las cosas, y que debe apreciarse en cada caso. De allí que se hable de la *Leistung*, del *rendimiento del máximo de esfuerzo revisable que puedan llevar a cabo en cada caso*.

25) Que se plantea como objeción, que esta revisión es incompatible con el juicio oral, por parte del sector doctrinario que magnifica lo que es puro producto de la intermediación. Si bien esto sólo puede establecerse en cada caso, lo cierto es que, en general, no es mucho lo que presenta la característica de conocimiento exclusivamente proveniente de la intermediación. 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. Lo no controlable es la impresión personal que los testigos pueden causar en el tribunal, pero de la cual el tribunal debe dar cuenta circunstanciada si pretende que se la tenga como elemento fundante válido, pues a este respecto también el tribunal de casación puede revisar criterios; no sería admisible, por ejemplo, que el tribunal se basase en una mejor o peor impresión que le cause un testigo por mero prejuicio discriminatorio respecto de su condición social, de su vestimenta, etc.

En modo alguno existe una incompatibilidad entre el juicio oral y la revisión amplia en casación. Ambos son compatibles en la medida en que no se quiera magnificar el producto de la intermediación, es decir, *en la medida en que se realiza el máximo de esfuerzo revisor, o sea, en que se agote la revisión de lo que de hecho sea posible revisar*. Rige a su respecto un principio general del derecho: la exigibilidad tiene por límite la posibilidad o, dicho de manera más clásica, *impossibilia nulla obligatio est*. No se les exige a los jueces de casación que revisen lo que no pueden conocer, sino que revisen todo lo que puedan conocer, o sea, que *su esfuerzo de revisión agote su capacidad revisora en el caso concreto*.

26) Que con el texto del art. 456 entendido exegéticamente y en armonía con los arts. 8.2.h de la Convención Americana y 14.5 del Pacto Internacional, resulta aplicable en nuestro derecho la teoría que en la doctrina alemana se conoce como del agotamiento de la capacidad de revisión o de la capacidad de rendimiento (*Leistungsfähigkeit*), y con ello se abandona definitivamente la limitación del recurso de casación a las llamadas *cuestiones de derecho*.

Al respecto cabe también acotar que la distinción entre cuestiones de hecho y de derecho siempre ha sido problemática y en definitiva, si bien parece clara en principio, enfrentada a los casos reales es poco menos que inoperante, como se ha demostrado largamente en la vieja clasificación del error en el campo del derecho sustantivo. Ello obedece, en el ámbito procesal, no sólo a que una falsa valoración de los hechos lleva a una incorrecta aplicación del derecho, sino a que la misma valoración errónea de los hechos depende de que no se hayan aplicado o se hayan aplicado incorrectamente las reglas jurídicas que se imponen a los jueces para formular esa valoración. O sea, que en cualquier caso puede

convertirse una cuestión de hecho en una de derecho y, viceversa, la inobservancia de una regla procesal —como puede ser el beneficio de la duda— puede considerarse como una cuestión de hecho. Por consiguiente, esta indefinición se traduce, en la práctica, en que el tribunal de casación, apelando a la vieja regla de que no conoce cuestiones de hecho, quedaría facultado para conocer lo que considere cuestión de derecho, o de no conocer lo que considere cuestión de hecho. Semejante arbitrariedad contraría abiertamente al bloque constitucional, pues no responde al principio republicano de gobierno ni mucho menos satisface el requisito de la posibilidad de doble defensa o revisabilidad de la sentencia de los arts. 8.2.h de la Convención Americana y 14.5 del Pacto Internacional.

En este orden de ideas, se ha sostenido que “la estricta exigencia de rigurosa distinción entre cuestiones de hecho y de derecho a los fines del recurso de casación ignora, por un lado, la extrema dificultad que, como regla, ofrece esa distinción, en particular cuando la objeción se centra en el juicio de subsunción, esto es, en la determinación de la relación específica trazada entre la norma y el caso particular (confr., en general, Piero Calamandrei, “La Casación Civil”, trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1945, t. II, págs. 294 y sgtes.). Por otra parte, también pasa por alto el hecho de que, en la mayor parte de los casos, la propia descripción de los presupuestos fácticos del fallo está condicionada ya por el juicio normativo que postula (conf. Luigi Ferrajoli, “Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal”, trad. de P. Andrés Ibáñez y otros, Madrid, Trotta, 1995, págs. 54 y sgtes.) (Fallos: 321:494, voto de los jueces Petracchi y Fayt).

27) Que resulta ilustrativo a los fines expositivos, destacar que este concepto de diferenciación entre cuestiones de hecho y derecho, vicios *in iudicando* y vicios *in procedendo*, vicios de la actividad y vicios del juicio, o cualquier otra clasificación diferencial sobre las materias atendibles, ha deformado la práctica recursiva ante la Casación Nacional.

Los recurrentes en general, advertidos de la política restrictiva en la admisión de recursos, intentan centrar los agravios que desarrollan bajo la fórmula del inc. 1º del art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación, es decir, bajo el supuesto de inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva, en casos en los cuales se discuten problemas de subsunción. La verdad, es que gran parte de estos planteos introducen y a su vez versan sobre problemas vinculados con los hechos, con la prueba y la valoración que se haga de éstas, sea para demostrar la existencia o inexistencia de algún elemento del tipo objetivo, del dolo o de elementos subjetivos distintos del dolo que conforman el tipo penal.

Como ya fuera señalado, es difícil, cuando no imposible, realizar esta comparación entre cuestiones de hecho y de derecho y, además, es sabido que los defensores, conociendo la renuencia jurisprudencial a discutir agravios vinculados con el hecho o con la prueba y su valoración en el ámbito casacional, tiendan a forzar el alcance del inc. 1º del art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación. Sin embargo, ubicando la cuestión en sus correctos términos, estas cuestiones suponen como base interpretativa la conjunción de ambos incisos del artículo citado, con lo cual no puede realizarse una separación tajante de la materia a revisar. En virtud de ello, para cumplir con una verdadera revisión, no debe atenderse a una distinción meramente formal en el *nomen iuris* de las cuestiones expresadas en los agravios, como así tampoco de los incisos del art. 456 invocados para la procedencia del recurso. Por el contrario, se deben contemplar y analizar los motivos de manera complementaria, con independencia de su clasificación.

28) Que en función de lo enunciado y, debido a la inteligencia que corresponde asignar al art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación por imperio de su propia letra y de la Constitución Nacional (arts. 8.2.h de la Convención Americana y 14.5 del Pacto Internacional en función del art. 75 inc., 22 de la Constitución Nacional), resulta claro que no pueden aplicarse al recurso de casación los criterios que esta Corte establece en materia de arbitrariedad, pues más allá de la relatividad de la clasificación de los recursos en ordinarios y extraordinarios —que en definitiva no tiene mayor relevancia—, es claro que, satisfecho el requisito de la revisión por un tribunal de instancia superior mediante el recurso de casación entendido en sentido amplio, esta Corte se reserva sólo la función de corregir los casos en que resulte una arbitrariedad intolerable al principio republicano de gobierno. En general, podría sintetizarse la diferencia afirmando que, en materia de prueba, la casación debe entender en todos los casos valorando tanto *si se ha aplicado la sana crítica, como si sus principios se aplicaron correctamente*, en tanto que incumbe a esta Corte entender sólo en los casos excepcionales en que *directamente no se haya aplicado la sana crítica*. No es la Convención Americana la que exige el recurso del que conoce esta Corte, sino la propia Constitución Nacional. Desde la perspectiva internacional, el conocimiento de la arbitrariedad por parte de esta Corte es una garantía supletoria que refuerza la garantía de revisión, más allá de la exigencia del propio texto de la Convención.

29) Que para aclarar en líneas generales el contenido de la materia de casación propio de los tribunales nacionales y provinciales competentes, en la extensión exigida por la Constitución Nacional (garantía de revisión), y diferenciarlo adecuadamente de la materia de arbitrariedad reservada a esta Corte, como complementaria de la anterior exigencia pero no requerida expresamente por el derecho internacional incorporado a la Constitución, es menester reflexionar sobre la regla de la *sana crítica*.

La doctrina en general rechaza en la actualidad la pretensión de que pueda ser válida ante el derecho internacional de los Derechos Humanos una sentencia que se funde en la llamada *libre o íntima* convicción, en la medida en que por tal se entienda un juicio subjetivo de valor que no se fundamente racionalmente y respecto del cual no se pueda seguir (y consiguientemente criticar) el curso de razonamiento que lleva a la conclusión de que un hecho se ha producido o no o se ha desarrollado de una u otra manera. Por consiguiente, se exige como requisito de la racionalidad de la sentencia, para que ésta se halle fundada, que sea reconocible el razonamiento del juez. Por ello se le impone que proceda conforme a la *sana crítica*, que no es más que la *aplicación de un método racional en la reconstrucción de un hecho pasado*.

30) Que aunque a esta tarea no se la desarrolle siguiendo expresamente cada paso metodológico, el método para la reconstrucción de un hecho del pasado no puede ser otro que el que emplea la ciencia que se especializa en esa materia, o sea, la *historia*. Poco importa que los hechos del proceso penal no tengan carácter histórico desde el punto de vista de este saber, consideración que no deja de ser una elección un tanto libre de los cultores de este campo del conocimiento. En cualquier caso se trata de la indagación acerca de un hecho del pasado y el método —camino— para ello es análogo. Los metodólogos de la historia suelen dividir este camino en los siguientes cuatro pasos o capítulos que deben ser cumplidos por el investigador: *la heurística, la crítica externa, la crítica interna y la síntesis*. Tomando como ejemplar en esta materia el manual quizá más tradicional, que sería la *Introducción al Estudio de la Historia*, del profesor austriaco Wilhelm Bauer (la obra es de

1921, traducida y publicada en castellano en Barcelona en 1957), vemos que por *heurística* entiende el conocimiento general de las fuentes, o sea, qué fuentes son admisibles para probar el hecho. Por *crítica externa* comprende lo referente a la autenticidad misma de las fuentes. La crítica interna la refiere a su *credibilidad*, o sea, a determinar si son creíbles sus contenidos. Por último, la *síntesis* es la conclusión de los pasos anteriores, o sea, si se verifica o no la hipótesis respecto del hecho pasado.

Es bastante claro el paralelo con la tarea que incumbe al juez en el proceso penal: hay pruebas admisibles e inadmisibles, conducentes e inconducentes, etc., y está obligado a tomar en cuenta todas las pruebas admisibles y conducentes y aun a proveer al acusado de la posibilidad de que aporte más pruebas que reúnan esas condiciones e incluso a proveerlas de oficio en su favor. La heurística procesal penal está minuciosamente reglada. A la crítica externa está obligado no sólo por las reglas del método, sino incluso porque las conclusiones acerca de la inautenticidad con frecuencia configuran conductas típicas penalmente conminadas. La crítica interna se impone para alcanzar la síntesis, la comparación entre las diferentes pruebas, la evaluación de las condiciones de cada proveedor de prueba respecto de su posibilidad de conocer, su interés en la causa, su compromiso con el acusado o el ofendido, etc. La síntesis ofrece al historiador un campo más amplio que al juez, porque el primero puede admitir diversas hipótesis, o sea, que la asignación de valor a una u otra puede en ocasiones ser opinable o poco asertiva. En el caso del juez penal, cuando se producen estas situaciones, debe aplicar a las conclusiones o síntesis el beneficio de la duda. El juez penal, por ende, en función de la regla de la sana crítica funcionando en armonía con otros dispositivos del propio código procesal y de las garantías procesales y penales establecidas en la Constitución, dispone de menor libertad para la aplicación del método histórico en la reconstrucción del hecho pasado, pero no por ello deja de aplicar ese método, sino que lo hace condicionado por la precisión de las reglas impuesta normativamente.

31) Que conforme a lo señalado, la regla de la sana crítica se viola cuando directamente el juez no la aplica en la fundamentación de la sentencia. Puede decirse que en este caso, la sentencia carece de fundamento y, por ende, *esta es una grosera violación a la regla que debe ser valorada indefectiblemente tanto por el tribunal de casación como por esta Corte*. Cuando no puede reconocerse en la sentencia la aplicación del método histórico en la forma en que lo condicionan la Constitución y la ley procesal, corresponde entender que la sentencia no tiene fundamento. En el fondo, hay un acto arbitrario de poder.

No obstante, puede suceder que el método histórico se aplique, pero que se lo haga defectuosamente, que no se hayan incorporado todas las pruebas conducentes y procedentes; que la crítica externa no haya sido suficiente; que la crítica interna —sobre todo— haya sido contradictoria, o que en la síntesis no se haya aplicado adecuadamente el beneficio de la duda o que sus conclusiones resulten contradictorias con las etapas anteriores. *La valoración de la sentencia en cuanto a estas circunstancias es tarea propia de la casación y, en principio, no incumbe a la arbitrariedad de que entiende esta Corte*. Sólo cuando las contradicciones en la aplicación del método histórico o en las reglas que lo limitan en el ámbito jurídico sean de tal magnitud que hagan prácticamente irreconocible la aplicación misma del método histórico, como cuando indudablemente desconozcan restricciones impuestas por la Constitución, configuran la arbitrariedad que autoriza el ejercicio de la jurisdicción extraordinaria por esta Corte.

32) Que la interpretación del art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación conforme a la teoría del máximo de rendimiento, o sea, exigiendo que el tribunal competente en materia de casación agote su capacidad revisora conforme a las posibilidades y particularidades de cada caso, revisando todo lo que le sea posible revisar, archivando la impracticable distinción entre cuestiones de hecho y de derecho, constituyéndolo en custodio de la correcta aplicación racional del método de reconstrucción histórica en el caso concreto, tiene por resultado un entendimiento de la ley procesal penal vigente acorde con las exigencias de la Constitución Nacional y que, por otra parte, es la que impone la jurisprudencia internacional.

Es esta la interpretación que cabe asignar a la conocida opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en la que se indica que “el recurso de casación satisface los requerimientos de la Convención en tanto no se regule, interprete o aplique con rigor formalista, sino que permita con relativa sencillez al tribunal de casación examinar la validez de la sentencia recurrida en general, así como el respeto debido a los derechos fundamentales del imputado” (Informe 24/92 “Costa Rica”, Derecho a revisión del fallo penal, casos 9328, 9329, 9884, 10.131, 10.193, 10.230, 10.429, 10.469, del 2 de octubre de 1992).

33) Que como se ha visto, no es sólo el art. 8.2.h de la Convención Americana el que impone la garantía de revisión. El art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone: “*Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley*”. Ni el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14.5) ni la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 8.2.h) exigen que la sentencia contenga otras violaciones a derechos humanos, sino que en cualquier caso exigen la posibilidad de revisión amplia por medio de un recurso que se supone debe ser eficaz. Cabe recordar a nuestro respecto el caso número 11.086, informe 17/94 de la Comisión Interamericana, conocido como *caso Maqueda*. En la especie, con toda razón, la Comisión consideró insuficiente la única posibilidad de revisión a través del recurso extraordinario ante esta Corte, dada la limitación y formalidad del recurso, lo que llevó a que el Poder Ejecutivo conmutase la pena del condenado y la Comisión desistiese de la acción, por lo cual ésta no llegó a conocimiento de la Corte Interamericana. El Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas se pronunció el 20 de julio de 2000 en la comunicación 701/96 declarando que el recurso de casación español, por estar limitado a las cuestiones legales y de forma, no cumplía con el requisito del art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Análogo criterio sostuvo el Comité en el caso *M. Sineiro Fernández c/ España* (1007/2001), con dictamen del 7 de agosto de 2003. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos parecía sostener que el recurso de casación legislado en los códigos de la región satisfacía el requisito del art. 8.2.h de la Convención Americana o, al menos, no se había pronunciado abiertamente en otro sentido. La Corte Interamericana de Derechos Humanos despejó toda duda también en el sistema regional, con su sentencia del 2 de julio de 2004 que, en consonancia con lo sostenido en los dictámenes del Comité de Naciones Unidas contra España, consideró que el recurso de casación previsto en la ley procesal de Costa Rica —cuyo código es análogo al nuestro en la materia—, por lo menos en la forma limitada en que operó en el caso que examinó la Corte, no satisfizo el requisito del art. 8.2.h de la

Convención Americana. Con cita expresa del Comité de Naciones Unidas contra España, la Corte Interamericana declaró en el caso “Herrera Ulloa v. Costa Rica”, ya citado: “La posibilidad de recurrir el fallo debe ser accesible, sin requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho” (párrafo 164). Y añadía: “Independientemente de la denominación que se le dé al recurso existente para recurrir un fallo, lo importante es que dicho recurso garantice un examen integral de la decisión recurrida” (párrafo 165).

34) Que en síntesis, cabe entender que el art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación debe entenderse en el sentido de que habilita a una revisión amplia de la sentencia, todo lo extensa que sea posible al máximo esfuerzo de revisión de los jueces de casación, conforme a las posibilidades y constancias de cada caso particular y sin magnificar las cuestiones reservadas a la inmediación, sólo inevitables por imperio de la oralidad conforme a la naturaleza de las cosas.

Dicho entendimiento se impone como resultado de (a) un análisis exegético del mencionado dispositivo, que en modo alguno limita ni impone la reducción del recurso casatorio a cuestiones de derecho, (b) la imposibilidad práctica de distinguir entre cuestiones de hecho y de derecho, que no pasa de configurar un ámbito de arbitrariedad selectiva; (c) que la interpretación limitada o amplia de la materia del recurso debe decidirse en favor de la segunda, por ser ésta la única compatible con lo dispuesto por la Constitución Nacional (inc. 22, del art. 75, arts. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos); (d) ser también la única compatible con el criterio sentado en los dictámenes del Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas y en sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

35) Que en el caso en examen, el tribunal *a quo* rechazó el recurso de casación, al considerar que, “...por cuanto el modo en que los impugnantes han introducido sus agravios, sólo revela su discrepancia con la manera en que el Tribunal *a quo* valoró la prueba producida y estructuró la plataforma fáctica...atribución que le es propia y que resulta ajena...” a la instancia casatoria.

Asimismo agregó que “...corresponde apuntar que resulta improcedente en esta instancia provocar un nuevo examen crítico de los medios probatorios que dan base a la sentencia, toda vez que el valor de las pruebas no está prefijado y corresponde a la propia apreciación del tribunal de mérito determinar el grado de convencimiento que aquéllas puedan producir, quedando dicho examen excluido de la inspección casacional...”.

Lo transcripto precedentemente demuestra claramente que la interpretación que del recurso hace el tribunal inferior en grado, restringe el alcance del recurso de casación, ya que no se avocó a tratar las cuestiones planteadas por la parte, esto es, a determinar la validez de la construcción de la sentencia del tribunal oral y sus fundamentos. En este sentido, puede decirse que no existía obstáculo alguno para que la Cámara Nacional de Casación Penal tratara los agravios expuestos por el recurrente, ya que la inmediación no impedía examinar el razonamiento lógico expresado en la sentencia y el procedimiento de valoración probatoria, a fin de evaluar la presencia del elemento objetivo “arma” que califica más gravosamente la conducta, así como los argumentos a favor o en contra del estado consumativo de la conducta.

Consecuentemente, la interpretación del alcance de la materia revisable por vía del recurso de casación, se contrapone con la garantía internacional de revisión del fallo condenatorio y con el texto del art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación, que en forma alguna veda la posibilidad de revisión en el fallo casacional.

36) Que en tal sentido, el fallo recurrido no sólo no se compadece con lo aquí enunciado, sino que además resulta arbitrario por carecer de fundamentación y, en tales condiciones, ha de acogerse favorablemente el recurso sin que ello importe abrir juicio sobre el fondo del asunto.

Por ello, concordemente con lo dictaminado por el señor Procurador General de la Nación, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la resolución recurrida. Hágase saber, acumúlese la queja al principal, y vuelvan los autos al tribunal de origen para que se dicte nuevo fallo con arreglo a la doctrina aquí expuesta.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI – ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO (*según su voto*)–
CARLOS S. FAYT (*según su voto*)– JUAN CARLOS MAQUEDA – E. RAÚL ZAFFARONI –
RICARDO LUIS LORENZETTI – CARMEN M. ARGIBAY (*según su voto*).

VOTO DE LA SEÑORA VICEPRESIDENTA DOCTORA DOÑA ELENA I. HIGHTON DE
NOLASCO

Considerando:

1º) Que el Tribunal Oral en lo Criminal Nº 5 de la Capital Federal condenó a Matías Eugenio Casal a la pena de cinco años de prisión como autor penalmente responsable del delito de robo calificado por el uso de armas (arts. 29, inc. 3º, 45 y 166, inc. 2º, del Código Penal), a raíz de lo cual la defensa del nombrado dedujo recurso de casación invocando la causal prevista en el art. 456, inc. 1º, del Código Procesal Penal de la Nación. El rechazo del recurso interpuesto provocó la presentación de la queja ante la Cámara Nacional de Casación, la que corrió igual suerte. Contra la resolución de dicho tribunal se dedujo recurso extraordinario, cuya denegación motivó la presente queja.

2º) Que de las constancias de la causa surge que el Tribunal Oral tuvo por acreditado que el 10 de marzo de 2003, aproximadamente a las 6, en cercanías del local bailable “Metrópolis”, sito en Av. Santa Fe en su intersección con la calle Darragueyra, ascendieron a un automóvil de alquiler Matías Eugenio Casal y Gastón Pablo Borjas, quienes le indicaron al conductor que los trasladara hasta la Av. Cabildo y Correa y, una vez allí, hasta la calle Plaza. En momentos en que el conductor decidió comunicar el destino de su viaje a la central, Casal, que se encontraba sentado detrás de él, lo tomó del cuello con ambos brazos y Borjas arrancó el micrófono y le apoyó un arma de fuego en la cintura. Ante su resistencia, recibió un golpe en la boca. Al llegar al 3500 de Correa, los imputados lograron la detención del automóvil retirando las llaves del contacto. Obligaron al conductor a bajar y Casal lo golpeó con el arma en la cabeza porque se resistió a que se llevaran sus documentos. Finalmente, huyeron en el vehículo con la documentación y poco más de \$ 150 que también le sustrajeron.

3º) Que la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal, al rechazar la queja del impugnante, expresó que el recurso, más allá de la forma en que había sido planteado, tenía

por objeto la modificación de la calificación atribuida al delito, lo que tornaba improcedente el recurso de queja por cuanto el modo como los impugnantes habían introducido sus agravios sólo revelaba su discrepancia con la manera en que el tribunal oral había valorado la prueba producida y estructurado la plataforma fáctica, atribución que consideró que le era propia y resultaba ajena a la revisión casatoria. Asimismo agregó que correspondía apuntar que resultaba improcedente en esa instancia provocar un nuevo examen crítico de los medios probatorios que daban base a la sentencia, toda vez que el valor de las pruebas no está prefijado y corresponde a la propia apreciación del tribunal de mérito determinar el grado de convencimiento que aquéllas puedan producir, examen que está excluido de la inspección casacional.

4°) Que en la presentación federal el recurrente manifiesta que el representante del Ministerio Público calificó los hechos probados como constitutivos de robo simple consumado, atribuyendo a los imputados la calidad de coautores, criterio compartido por la doctora Fátima Ruiz López, vocal del tribunal, y argumento que funda el agravio. Que tal decisión se basa en el hecho de no haberse encontrado el arma que agrava la calificación, así como en la falta de certeza del informe de la médica legista en relación con el objeto contundente que produjo la lesión en la cabeza de Ruiz. Agregó que la Cámara Nacional de Casación, al rechazar el recurso de queja, convalidó una sentencia que, a su juicio, resulta arbitraria pues vulnera su derecho de defensa así como su derecho a la revisión de un fallo condenatorio por un tribunal superior.

5°) Que el recurso extraordinario interpuesto resulta formalmente admisible, ya que la sentencia impugnada reviste carácter de definitiva y pone fin al pleito, proviene del superior tribunal de la causa, y suscita cuestión federal suficiente toda vez que se debate el alcance del derecho del imputado a recurrir la sentencia condenatoria consagrado por el art. 8, párr. 2, h, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y el art. 14, párr. 5, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los cuales forman parte de la Constitución Nacional a partir de su inclusión en el art. 75, inc. 22. En consecuencia, su tratamiento resulta pertinente por la vía establecida en el art. 14 de la ley 48 ya que la decisión es contraria al derecho federal invocado por el recurrente.

6°) Que en la causa *Herrera Ulloa v. Costa Rica*, Serie C N° 107 Corte Interamericana de Derechos Humanos, fallada el 2 de julio de 2004, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronunció sobre la conformidad del recurso de casación establecido en el art. 369 del Código Procesal Penal de Costa Rica, el cual —cabe señalar— tiene un alcance mucho mayor que el de la ley procesal argentina, ya que permite revisar también la insuficiente o contradictoria fundamentación de la mayoría del tribunal y la inobservancia de las reglas de la sana crítica con respecto a medios o elementos probatorios de valor decisivo, considerando 150 (inc. d).

En lo sustancial, la Corte expresó: “*De acuerdo al objeto y fin de la Convención Americana, cual es la eficaz protección de los derechos humanos, se debe entender que el recurso que contempla el artículo 8.2.h de dicho tratado debe ser un recurso ordinario eficaz mediante el cual un juez o tribunal superior procure la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho. Si bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo. Al respecto, la Corte ha establecido que ‘no basta con la existencia*

formal de los recursos sino que éstos deben ser eficaces, es decir, deben dar resultados o respuestas al fin para el cual fueron concebidos” (considerando 161). Y más adelante agregó: “Independientemente de la denominación que se le dé al recurso existente para recurrir un fallo, lo importante es que dicho recurso garantice un examen integral de la decisión recurrida” (considerando 165). Recordó luego los dictámenes del Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas del 20 de julio de 2000, en la causa *C. Gómez Vázquez c/ España*, y del 7 de agosto de 2003 en la causa *M. Sineiro Fernández c/ España*, que con referencia al art. 14, párrafo 5, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de igual alcance que el precepto de la convención americana, expresó “que la inexistencia de la posibilidad de que el fallo condenatorio y la pena del autor fueran revisadas íntegramente, como se desprende de la propia sentencia de casación [...], limitándose dicha revisión a los aspectos formales o legales de la sentencia, no cumple con las garantías que exige el párrafo 5, artículo 14 del Pacto. Por consiguiente, al autor le fue negado el derecho a la revisión del fallo condenatorio y de la pena, en violación del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto” (considerando 166). En consecuencia, juzgó que los recursos de casación interpuestos contra la sentencia condenatoria conforme a la ley procesal costarricense no satisfacían los requisitos del art. 8.2.h de la Convención en cuanto no habían permitido un examen integral sino limitado (considerando 167) y declaró que el Estado demandado había violado dicha disposición en perjuicio del actor (considerando 168).

En virtud de tales consideraciones, la Corte dispuso: “Dentro de un plazo razonable, el Estado debe adecuar su ordenamiento jurídico interno a lo establecido en el art. 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el art. 2 de la misma”.

7º) Que el art. 456 del Código Procesal Penal establece que el recurso de casación podrá ser interpuesto por los siguientes motivos: 1) *Inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva*; 2) *Inobservancia de las normas que este Código establece bajo pena de inadmisibilidad, caducidad o nulidad, siempre que, con excepción de los casos de nulidad absoluta, el recurrente haya reclamado oportunamente la subsanación del defecto, si era posible, o hecho protesta de recurrir en casación*. Consagra, pues, conforme a la tradición jurídica procesal europea continental y latinoamericana, un recurso extraordinario y, por ende, de carácter limitado, que únicamente permite revisar la aplicación o interpretación de la ley de fondo y la aplicación de las reglas básicas de procedimiento.

8º) Que como consecuencia de haberse otorgado rango constitucional a diversos tratados internacionales de derechos humanos, resulta necesario establecer si el mencionado recurso cumple con los requisitos exigidos por ellos; en el caso, concretamente, el derecho del imputado de “recurrir del fallo ante juez o tribunal superior” consagrado por el art. 8, párrafo 2.h. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

9º) Que el art. 1 de la Convención Americana establece que “los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción”; y el art. 2 añade que “si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1º no estuvieren ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”. En ese sentido, la Corte Interamericana consideró que es “deber de los

Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos” (Opinión Consultiva OC 11-90, del 10 de agosto de 1990, parágrafo 23).

10) Que de tales antecedentes resulta inequívocamente la obligación del Estado nacional argentino de reformar su legislación procesal penal de modo de sustituir el recurso de casación —como ha quedado dicho, de carácter extraordinario y limitado— por un recurso ordinario que permita al tribunal superior un examen integral de la decisión recurrible a través del amplio conocimiento de la causa, y cuyo único límite estaría dado por aquello que surja de manera directa y excluyente de la intermediación, y de cuyos pormenores no existiera constancia actuada.

En tanto dicha adecuación no se produzca, corresponde a esta Corte —en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, y en su carácter de órgano esencial del gobierno federal— adoptar las medidas de carácter no legislativo tendientes a asegurar la aplicación de la Convención. A tal efecto, ha de interpretarse el recurso de casación penal con la mayor amplitud que el régimen procesal vigente permite, esto es, permitiendo 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 ese caso.

11) Que, con tal criterio, la decisión recurrida viola la garantía de revisión integral resultante de la norma internacional incorporada a la Constitución, según la interpretación de la Corte Interamericana.

Por ello, en concordancia con lo dictaminado por el señor Procurador General de la Nación, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario, y se deja sin efecto la resolución recurrida. Notifíquese, agréguese la queja al principal, y vuelvan los autos al tribunal de origen para que por quien corresponda se dicte nuevo fallo con arreglo al presente.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO.

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON CARLOS S. FAYT

Considerando:

1º) Que el Tribunal Oral en lo Criminal N° 5 de la Capital Federal condenó a Matías Eugenio Casal a la pena de cinco años de prisión como autor penalmente responsable del delito de robo calificado por el uso de armas (arts. 29, inc. 3º, 45 y 166, inc. 2º, del Código Penal), a raíz de lo cual la defensa del nombrado dedujo recurso de casación invocando la causal prevista en el art. 456, inc. 1º, del Código Procesal Penal. El rechazo del recurso interpuesto provocó la presentación de la queja ante la Cámara Nacional de Casación, la que corrió igual suerte. Contra la resolución de dicho tribunal se dedujo recurso extraordinario, cuya denegación motivó la presente queja.

2º) Que de las constancias de la causa surge que el Tribunal Oral tuvo por acreditado que el 10 de marzo de 2003, aproximadamente a las 6, en cercanías del local bailable “Metrópolis”, sito en Av. Santa Fe, en su intersección con la calle Darregueyra, ascen-

dieron a un automóvil de alquiler Matías Eugenio Casal y Gastón Pablo Borjas, quienes le indicaron al conductor que los trasladara hasta la Av. Cabildo y Correa y, una vez allí, hasta la calle Plaza. En momentos en que el conductor decidió comunicar el destino de su viaje a la central, Casal, que se encontraba sentado detrás de él, lo tomó del cuello con ambos brazos y Borjas arrancó el micrófono y le apoyó un arma de fuego en la cintura. Ante su resistencia, recibió un golpe en la boca. Al llegar al 3500 de Correa, los imputados lograron la detención del automóvil retirando las llaves del contacto. Obligaron al conductor a bajar y Casal lo golpeó con el arma en la cabeza porque se resistió a que se llevaran sus documentos. Finalmente, huyeron en el vehículo con la documentación y poco más de \$ 150 que también le sustrajeron.

3°) Que la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal, al rechazar la queja del impugnante, expresó que el recurso, más allá de la forma en que había sido planteado, tenía por objeto la modificación de la calificación atribuida al delito, lo que tornaba improcedente el recurso de queja por cuanto el modo como los impugnantes habían introducido sus agravios sólo revelaba su discrepancia con la manera en que el tribunal oral había valorado la prueba producida y estructurado la plataforma fáctica, atribución que consideró que le era propia y resultaba ajena a la revisión casatoria. Asimismo agregó que correspondía apuntar que resultaba improcedente en esa instancia provocar un nuevo examen crítico de los medios probatorios que daban base a la sentencia, toda vez que el valor de las pruebas no está prefijado y corresponde a la propia apreciación del tribunal de mérito determinar el grado de convencimiento que aquéllas puedan producir, examen que está excluido de la inspección casacional.

4°) Que en la presentación federal el recurrente manifiesta que el representante del Ministerio Público calificó los hechos probados como constitutivos de robo simple consumado, atribuyendo a los imputados la calidad de coautores, criterio compartido por la doctora Fátima Ruiz López, vocal del tribunal, y argumento que funda el agravio. Que tal decisión se basa en el hecho de no haberse encontrado el arma que agrava la calificación, así como en la falta de certeza del informe de la médica legista en relación con el objeto contundente que produjo la lesión en la cabeza de Ruiz. Agregó que la Cámara Nacional de Casación, al rechazar el recurso de queja, convalidó una sentencia que, a su juicio, resulta arbitraria pues vulnera su derecho de defensa así como su derecho a la revisión de un fallo condenatorio por un tribunal superior.

5°) Que el recurso extraordinario interpuesto resulta admisible, toda vez que la sentencia impugnada reviste carácter de definitiva, proviene del superior tribunal de la causa y suscita cuestión federal suficiente, en tanto se ha puesto en tela de juicio el alcance que cabe otorgarle al derecho del imputado a recurrir la sentencia condenatoria (art. 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en función del art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional). En consecuencia, su tratamiento resulta pertinente por la vía establecida en el art. 14 de la ley 48, toda vez que la decisión es contraria al derecho federal invocado por el recurrente.

6°) Que este Tribunal, en un primer momento —antes de la reforma constitucional y en vigencia del viejo código de procedimientos en materia penal—, entendió que el recurso extraordinario era apto para garantizar el derecho al recurso del condenado previsto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (conf. Fallos: 311:274). Sin

embargo, con posterioridad, dicho recurso dejó de ser un remedio eficaz para la salvaguarda del derecho previsto en el art. 8.2.h de la citada Convención —que al momento de la decisión ya ostentaba jerarquía constitucional—, al sancionarse la ley 23.774 que otorgó a esta Corte la facultad de rechazar, por la sola aplicación del art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, recursos extraordinarios por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia (conf. Fallos: 318:514, considerando 7°).

Descartada, entonces, la aptitud del recurso extraordinario a los fines mencionados —a lo que debe agregarse la creación de la Cámara Nacional de Casación Penal como tribunal intermedio— se consideró, a partir del precedente indicado, que en el estado actual de la legislación procesal penal de la Nación los recursos ante la Cámara Nacional de Casación Penal constituyen la vía a la que todo condenado puede recurrir en virtud del derecho que establecen los arts. 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

7°) Que el Código Procesal Penal de la Nación siguió el modelo que se había iniciado en Córdoba medio siglo antes. Hasta 1994 era discutible el alcance de su art. 456, en tanto no se advertía la clara existencia de obstáculos constitucionales para interpretar que ese dispositivo legal mantenía el recurso de casación en forma tradicional u originaria. Pero desde 1994 el art. 8.2.h de la Convención Americana y el art. 14.5 del Pacto Internacional pasaron a configurar un imperativo constitucional (siempre que su contenido no resulte violatorio de los principios de derecho público local establecidos en el art. 27 de la Constitución Nacional como manifestación inequívoca de la soberanía estatal [conf. A.533.XXXVIII. *in re* “Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros —causa n° 259—” del 24 de agosto de 2004 y S.1767.XXXVIII. *in re* “Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. —causa N° 17.768—” del 14 de junio de 2005]).

Así circunscripto, es claro que a partir de la previsión expresa de la garantía en el texto constitucional, un recurso que sólo habilitase la revisión de las cuestiones de derecho con el objetivo político único o preponderante de unificar la interpretación de la ley sería violatorio de aquélla. Pero también es claro que en la letra del art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación nada impide otra interpretación. Lo único que decide una interpretación restrictiva del alcance del recurso de casación es la tradición legislativa e histórica de esta institución en su versión originaria. El texto en sí mismo admite tanto una interpretación restrictiva como otra amplia: la resistencia semántica del texto no se altera ni se excede por esta última. Y más aun: tampoco hoy puede afirmarse que la interpretación limitada originaria siga vigente en el derecho comparado, toda vez que casi todos los países europeos muestran una sana apertura del recurso de casación hasta abarcar materias que originariamente le eran por completo extrañas, incluso por rechazar la distinción entre cuestiones de hecho y de derecho, tan controvertida como difícil de sostener.

8°) Que con el texto del art. 456, entendido exegéticamente y en armonía con los arts. 8.2.h de la Convención Americana y 14.5 del Pacto Internacional, resulta aplicable en nuestro derecho la doctrina que en el derecho alemán se conoce como la del agotamiento de la capacidad de revisión o de la capacidad de rendimiento (*Leistungsfähigkeit*), y con ello se abandona definitivamente la limitación del recurso de casación a las llamadas cuestiones de derecho.

Al respecto cabe también acotar que la distinción entre cuestiones de hecho y de derecho siempre ha sido problemática y en definitiva, si bien parece clara en principio, enfrentada a los casos concretos —tal como se observa en el *sub lite*— es como criterio de cognición difícilmente defendible; así puede verse claramente en la vieja clasificación del error en el campo del derecho penal sustantivo. Ello obedece, en el ámbito procesal, no sólo a que una inexacta valoración de los hechos lleva a una incorrecta aplicación del derecho, sino a que la misma valoración errónea de los hechos depende de que no se hayan aplicado o que se hayan aplicado incorrectamente las reglas jurídicas que se imponen a los jueces para formular esa valoración. O sea, que en cualquier caso puede convertirse una cuestión de hecho en una de derecho y viceversa. En este orden de ideas, ya esta Corte ha sostenido que “la estricta exigencia de una rigurosa distinción entre cuestiones de hecho y de derecho a los fines del recurso de casación ignora, por un lado, la extrema dificultad que, como regla, ofrece esa distinción, en particular cuando la objeción se centra en el juicio de subsunción, esto es, en la determinación de la relación específica trazada entre la norma y el caso particular (confr., en general, Piero Calamandrei, “La Casación Civil”, trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1945, t. II, págs. 294 y sgtes.). Por otra parte, también pasa por alto el hecho de que, en la mayor parte de los casos, la propia descripción de los presupuestos fácticos del fallo está condicionada ya por el juicio normativo que se postula (conf. Luigi Ferrajoli, “Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal”, trad. de P. Andrés Ibáñez y otros, Madrid, Trotta, 1995, págs. 54 y sgtes.)” (Fallos: 321:494, *in re* “Tabarez”, voto de los jueces Fayt y Petracchi).

Ese celoso rigor en la custodia de los presupuestos de admisibilidad del recurso de casación importa en el *sub examine* una desnaturalización del principio republicano de gobierno y de la garantía de doble defensa o revisión de la sentencia de los arts. 8.2.h de la Convención Americana y 14.5 del Pacto Internacional (art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional).

9º) Que en función de lo enunciado y, debido a la inteligencia que corresponde asignar al art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación por imperio de su propia letra y de la Constitución Nacional (arts. 8.2.h de la Convención Americana y 14.5 del Pacto Internacional en función del art. 75 inc., 22, de la Constitución Nacional), resulta claro que no pueden aplicarse al recurso de casación los criterios que esta Corte establece en materia de arbitrariedad, pues más allá de la relatividad de la clasificación de los recursos en ordinarios y extraordinarios —que en definitiva no tiene mayor relevancia—, es claro que, satisfecho el requisito de la revisión por un tribunal de instancia superior mediante el recurso de casación entendido en sentido amplio, esta Corte se reserva sólo la función de corregir los casos en que resulte una arbitrariedad intolerable al principio republicano de gobierno. En general, podría sintetizarse la diferencia afirmando que, en materia de prueba, la casación debe entender en todos los casos valorando tanto *si se ha aplicado la sana crítica, como si sus principios se aplicaron correctamente*, en tanto que incumbe a esta Corte entender sólo en los casos excepcionales en que directamente no se haya aplicado la sana crítica. **No es la Convención Americana la que exige el recurso del que conoce esta Corte, sino la propia Constitución Nacional.**

10) Que para aclarar en líneas generales el contenido de la materia de casación propio de los tribunales nacionales y provinciales competentes en la extensión exigida por la Constitución Nacional (garantía de revisión) y diferenciarlo adecuadamente de las cuestiones de arbitrariedad, es menester reflexionar sobre la regla de la sana crítica. Esta se viola cuando

directamente el juez no la aplica en la fundamentación de la sentencia. Puede decirse que en este caso, la sentencia carece de fundamento y, por ende, *esta es una grosera violación de la regla que debe ser valorada indefectiblemente tanto por el tribunal de casación como por esta Corte*. Cuando no puede reconocerse en la sentencia la aplicación del método histórico en la forma en que lo condicionan la Constitución y la ley procesal, corresponde entender que la sentencia no tiene fundamento. En el fondo, hay un acto arbitrario de poder.

No obstante, puede suceder que el método histórico se aplique, pero que se lo haga defectuosamente, que no se hayan incorporado todas las pruebas conducentes y procedentes; que la crítica externa no haya sido suficiente; que la crítica interna —sobre todo— haya sido contradictoria, o que en la síntesis no se haya aplicado adecuadamente el beneficio de la duda o que sus conclusiones resulten contradictorias con las etapas anteriores. *La valoración de la sentencia en cuanto a estas circunstancias es tarea propia de la casación y, en principio, no incumbe a la doctrina de la arbitrariedad creada por la Corte*. Sólo cuando las contradicciones en la aplicación del método histórico o en las reglas que lo limitan en el ámbito jurídico sean de tal magnitud que hagan prácticamente irreconocible la aplicación misma del método histórico, como cuando indudablemente desconozcan restricciones impuestas por la Constitución, configuran la arbitrariedad que autoriza el ejercicio de la jurisdicción extraordinaria por esta Corte.

11) Que la interpretación del art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación conforme a la teoría del máximo rendimiento, o sea, exigiendo que el tribunal competente en materia de casación agote su capacidad revisora conforme a las posibilidades y particularidades de cada caso, revisando todo lo que sea posible revisar, atendiendo a la extrema dificultad que como regla, ofrece la distinción entre cuestiones de hecho y de derecho, constituyéndolo en custodio de la correcta aplicación racional del método de reconstrucción histórica en el caso concreto, tiene por resultado un entendimiento de la ley procesal penal vigente acorde con las exigencias de la Constitución Nacional.

Es esta la interpretación que cabe asignar a la conocida opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en la que se indica que “el recurso de casación satisface los requerimientos de la Comisión en tanto no se regule, interprete o aplique con rigor formalista, sino que permita con relativa sencillez al tribunal de casación examinar la validez de la sentencia recurrida en general, así como el respeto debido a los derechos fundamentales del imputado” (Informe 24/92 “Costa Rica”, Derecho a revisión del fallo penal, casos 9328, 9329, 9884, 10131, 10193, 10230, 10429, 10469, del 2 de octubre de 1992).

12) Que en síntesis, cabe concluir que el art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación debe entenderse en el sentido de que habilita a una revisión amplia de la sentencia, todo lo extensa que sea posible al máximo esfuerzo de revisión de los jueces de casación, conforme a las posibilidades y constancias de cada caso particular y sin magnificar las cuestiones reservadas a la inmediación, sólo inevitables por imperio de la oralidad conforme a la naturaleza de los casos.

Dicho entendimiento se impone como resultado de (a) un análisis exegético del mencionado dispositivo, que en modo alguno limita ni impone la reducción del recurso casatorio a cuestiones de derecho, (b) la imposibilidad práctica de distinguir entre cuestiones de hecho y de derecho, que no pasa de configurar un ámbito de arbitrariedad selectiva; (c) que la interpretación limitada o amplia de la materia del recurso debe decidirse en favor de

la segunda, por ser ésta la única compatible con lo dispuesto por la Constitución Nacional (inc. 22, art. 75, arts. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8.2.h. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

13) Que en el caso en examen, el tribunal *a quo* rechazó el recurso de casación al considerar que “por cuanto del modo en que los impugnantes han introducido sus agravios, sólo revela su discrepancia con la manera en que el Tribunal *a quo* valoró la prueba producida y estructuró la plataforma práctica...atribución que le es propia y que resulta ajena...” a la instancia casatoria. Asimismo agregó que “corresponde apuntar que resulta improcedente en esta instancia provocar un nuevo examen crítico de los medios probatorios que dan base a la sentencia, toda vez que el valor de las pruebas no está prefijado y corresponde a la propia apreciación del tribunal de mérito determinar el grado de convencimiento que aquéllas puedan producir, quedando dicho examen excluido de la inspección casacional...”.

Lo transcripto precedentemente demuestra con claridad que la interpretación del *a quo* sobre el recurso de casación, restringe indebidamente su alcance, toda vez que excluye el tratamiento de agravios relativos a la validez de la construcción de la sentencia del tribunal oral. En este sentido, puede decirse que no existía obstáculo alguno para que la Cámara de Casación tratara los agravios expuestos por el recurrente, pues el respeto por el principio de inmediación no impedía examinar el razonamiento lógico y la valoración de la prueba expresados en la sentencia, a fin de evaluar la presencia del elemento del tipo objetivo “arma” como agravante, así como los argumentos relativos a su consumación.

Consecuentemente, la interpretación del alcance de la materia revisable por vía del recurso de casación, se contrapone con la garantía constitucional de revisión del fallo condenatorio, y la consiguiente interpretación del art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación, que en forma alguna obsta a aquella revisión.

Por ello, y concordantemente con lo dictaminado por el señor Procurador General, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario, y se deja sin efecto la resolución recurrida. Notifíquese, agréguese la queja al principal, y vuelvan los autos al tribunal de origen para que por quien corresponda se dicte un nuevo fallo con arreglo al presente.

CARLOS S. FAYT.

VOTO DE LA SEÑORA MINISTRA DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Autos y Vistos:

1) El 7 de noviembre de 2003, el Tribunal Oral en lo Criminal N° 5 de esta ciudad condenó a Matías Eugenio Casal a la pena de 5 años de prisión y costas por considerarlo coautor del delito de robo calificado por el uso de armas. También le impuso un tratamiento de rehabilitación por su adicción a las drogas.

2) A partir de la prueba producida en el debate, la mayoría del Tribunal fijó los hechos del siguiente modo: el 10 de marzo de 2003, cerca de las 6.00, en las inmediaciones del local bailable “Metrópolis”, sito en la avenida Santa Fe y su intersección con la calle Darragueyra, Matías Eugenio Casal y Gastón Pablo Borjas ascendieron al taxi conducido

por Hugo Marcelo Rutz. Le indicaron que los llevara hasta Cabildo y Correa y una vez allí, por ésta hasta Plaza.

Cuando el conductor decidió comunicar a la central el destino del viaje, Casal, que se encontraba detrás suyo, lo tomó por el cuello con ambos brazos mientras Borjas le arrancó el micrófono y le apoyó un arma de fuego en la cintura. El damnificado intentó liberarse pero fue golpeado con el arma en la boca. Después, al llegar a Correa al 3500, los imputados detuvieron el auto sacando las llaves de contacto y obligaron a la víctima a bajarse. Entonces, Casal golpeó a Rutz con el arma en la cabeza ante la resistencia que opuso para que se llevaran sus documentos y los del automotor, para luego huir a bordo del vehículo con la documentación y poco más de \$ 150 que también le sustrajeron.

Finalmente, ese día, a las 7.20, sobre la avenida General Paz, a la altura de la calle Víctor Hugo, personal policial observó a los dos hombres descender y alejarse raudamente del vehículo de alquiler, al tiempo que sonaba la alarma. Ello despertó la sospecha de los preventores, que detuvieron a Casal y a su compañero tras una breve persecución, secuestrándoles los efectos antes sustraídos, a excepción del dinero.

3) Sobre esta base fáctica, los magistrados tuvieron por probada la existencia del hecho, incluyendo el extremo referido al uso del arma, elemento que fue valorado como objeto contundente que aumentó el poder ofensivo de los imputados. En tal sentido, el tribunal quitó relevancia al hecho de que aquella no hubiese sido secuestrada y se apoyó en los dichos de la víctima, a los que otorgó plena credibilidad. También afirmó que el tiempo transcurrido hasta la detención de Casal y su compañero hacía plausible sostener que habían dispuesto tanto del arma como del dinero sustraído. Estas consideraciones sirvieron, a su vez, para que el tribunal fundara la consumación del robo y sostuviera que ello los eximía de refutar el argumento de la defensa en cuanto a que el vehículo no había salido de la esfera de custodia del damnificado pues contaba con seguimiento satelital.

4) Esta condena motivó a la defensa de Casal a deducir recurso de casación, en el que esgrimió dos argumentos: el primero estuvo referido al modo en que el tribunal valoró la prueba para poder dar por cierta la utilización de un arma en el asalto. Al respecto, el impugnante estimó insuficiente y contradictoria la declaración de la víctima durante el debate y sostuvo que, al no haberse hallado el arma, resultaba indebida la aplicación de la agravante. En segundo término, sostuvo que el hecho no se había consumado en tanto el automóvil sustraído contaba con seguimiento satelital y por lo tanto su asistido nunca pudo disponer libremente de él.

5) El tribunal oral rechazó la vía casatoria intentada, indicando, con relación al primer argumento de la defensa, que si bien éste estaba vinculado a una cuestión jurídica que en principio podía habilitar la revisión del fallo, la fundamentación no era la adecuada, pues se limitaba a una discrepancia con la valoración probatoria efectuada en la sentencia. La misma suerte corrió el segundo planteo, pues los jueces entendieron que, si bien se refería a una cuestión de derecho, el impugnante no había rebatido los argumentos esgrimidos en el fallo recurrido.

6) La defensa dedujo, entonces, queja ante la Cámara Nacional de Casación Penal, que, a través de su Sala II, decidió rechazarla, en tanto estimó que la argumentación de la impugnante sólo revelaba su discrepancia con la manera en que el tribunal había valorado

la prueba producida y estructurado la plataforma fáctica sobre la que se había sustentado la imputación por robo con armas. Añadió el *a quo* que tales cuestiones eran propias de los jueces de la causa y ajenas a la instancia casatoria, salvo caso de arbitrariedad o absurdo, que no se verificaba en la especie. Asimismo, aclararon que resultaba “*improcedente en esta instancia provocar un nuevo examen crítico de los medios probatorios que dan base a la sentencia, toda vez que el valor de las pruebas no está prefijado y corresponde a la propia apreciación del tribunal de mérito determinar el grado de convencimiento que aquéllas puedan producir, quedando dicho examen excluido de la inspección casacional...*” (fs. 412 vta.).

7) Al deducir recurso extraordinario federal, la defensa sostuvo que la Cámara de Casación, al afirmar aisladamente y sin fundamento alguno que no advertía arbitrariedad en la sentencia cuestionada, había denegado el recurso mediante fórmulas dogmáticas y genéricas, lo que conculcaba el debido proceso legal.

Expresó, además, que para que el recurso pudiera dar cabal satisfacción al derecho a recurrir la sentencia condenatoria consagrado por los artículos 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el tribunal de casación debía controlar si el fallo condenatorio se había basado en un cuadro probatorio idóneo para sustentar el hecho atribuido.

El rechazo de su recurso, motivó la queja que aquí se trata.

8) El recurso interpuesto es formalmente admisible, pues el imputado reclama la revisión de la sentencia en instancia de casación invocando su derecho a recurrir el fallo condenatorio ante un tribunal superior, reglado por los artículos 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (normas con rango constitucional conforme lo dispuesto por el artículo 75, inciso 22 de nuestra Carta Magna) y la sentencia definitiva del superior tribunal de la causa ha sido contraria al derecho que el recurrente fundó en las reglas federales de mención (artículo 14.3 de la ley 48).

9) La extensión que esta Corte Suprema ha dado al derecho a la doble instancia ha variado con el tiempo, verificándose una ampliación progresiva del ámbito de dicha garantía a través de un proceso que se sustentó en la incorporación al derecho interno de reglas internacionales que prevén la garantía de toda persona condenada por delito a revisar el fallo ante un tribunal superior y en el carácter constitucional que dichas normas adquirieron a partir del año 1994.

En relación con lo señalado anteriormente, baste recordar que hace no tantos años era doctrina inveterada de esta Corte que la instancia múltiple no revestía el carácter de exigencia constitucional (Fallos: 246:363; 250:753; 289: 95; 290:120), criterio que se mantuvo aun cuando nuestro país ya había ratificado los tratados que garantizaban el derecho a la revisión del fallo condenatorio. En efecto, en el caso “Jáuregui” (Fallos: 311:274) la Corte sostuvo que la doble instancia judicial en materia penal no constituía un requisito de naturaleza constitucional, no obstante quedaba satisfecha con la posibilidad de interponer el recurso extraordinario previsto en el artículo 14 de la ley 48.

En la evolución que aquí se describe sucintamente, hubo dos circunstancias que llevaron a esta Corte a revisar alguno de los criterios que había fijado respecto del derecho a la doble instancia. La primera de ellas fue la ya referida reforma constitucional del año 1994

que incorporó a nuestra Carta Fundamental el artículo 75, inciso 22, que otorgó máxima jerarquía normativa a una serie de instrumentos internacionales. Entre ellos, se encuentran el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyo artículo 14.5 prevé el derecho de quien ha sido declarado culpable de delito “*a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley*”, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos que, en su artículo 8.2.h., dedicado a las garantías judiciales, contiene, respecto de las personas inculpadas criminalmente, el “*derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior*”.

La segunda de esas circunstancias la constituyó la reforma introducida por la ley 23.774, de abril de 1990, que otorgó a esta Corte la facultad de rechazar, por la aplicación del artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, recursos extraordinarios por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia.

Ambas variables confluyeron para que en el precedente “Giroldi” (Fallos: 318:514), se declarara la invalidez constitucional de la limitación establecida en el artículo 459, inc. 2º, del Código Procesal Penal de la Nación, en cuanto veda la admisibilidad del recurso de casación contra las sentencias de los tribunales en lo criminal en razón del monto de la pena, habiéndose considerado en tal oportunidad que la impugnación constitucional era la forma más adecuada para asegurar la garantía de la doble instancia en materia penal prevista en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al tiempo que se consideró que el recurso extraordinario ya no resultaba un remedio eficaz para hacer efectivo el cumplimiento de aquella garantía.

10) Por su parte, la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos ha ido también delineando los alcances de la garantía al fallar en diversos casos, destacándose recientemente el fallo “*Herrera Ulloa vs. Costa Rica*”, Serie C, N° 107 Corte Interamericana de Derechos Humanos, del 2 de julio de 2004. En este precedente, no obstante tratarse de un caso en el que la cuestión central giraba en torno a la afectación de la libertad de expresión (art. 13 Convención Americana sobre Derechos Humanos), el citado tribunal se expidió además respecto del derecho a la doble instancia, estableciendo que, independientemente de la denominación que se dé al recurso contra la sentencia condenatoria, éste debe garantizar un examen integral de la decisión que pretende impugnarse (cfr. párrafo 165 del fallo citado).

11) En el caso que aquí se nos plantea, la defensa se agravia porque entiende que la decisión de la Cámara de Casación de no ingresar al tratamiento del recurso, en tanto se sustentó en que las cuestiones planteadas por el impugnante resultan ajenas al ámbito de la instancia de revisión, ha afectado la garantía de su asistido de recurrir la sentencia de condena. Tal situación demandará, entonces determinar si ello ha sido así y, en su caso, en qué medida.

12) En principio, puede afirmarse que si un individuo que ha sido condenado penalmente tiene un derecho constitucional a que la sentencia sea revisada o controlada por un tribunal superior, dicha revisión tendría que comprender todos aquellos argumentos en los que se ha sustentado la condena, es decir, aquellas premisas cuya modificación tiene aptitud para alterar la condena o la pena a favor del recurrente. En consecuencia, ese carácter total que debe tener el derecho de revisión de la condena vedará, en principio,

que puedan realizarse distinciones que predeterminen la materia a revisar, excluyendo de antemano ciertos aspectos, como ocurre, por ejemplo, con la clasificación entre cuestiones de hecho y de derecho.

Este parece ser, por otra parte, el sentido con el que han sido dictadas las normas que contienen la garantía de revisión, en tanto éstas no contienen una regla según la cual la revisión de la sentencia condenatoria pueda o deba limitarse a ciertos aspectos de la misma. En tal orden de ideas, debe destacarse también la exigencia establecida por la Corte Interamericana en el citado precedente “*Herrera Ulloa*” en cuanto a que debe garantizarse una revisión integral de la condena.

Ahora bien, afirmar que debe garantizarse la posibilidad de revisar todos los extremos que dan sustento a la sentencia de condena exige, sin embargo, ciertas puntualizaciones que permitirán, a su vez, fijar el marco y los alcances de la garantía en el caso.

En el sentido antes apuntado corresponde aclarar, en primer término, que pese a la posibilidad de revisión integral que debe brindar el recurso, existen ciertas cuestiones que, por razones fácticas, la Cámara de Casación se verá impedida de conocer. Ello remite específicamente a aquellos extremos que el tribunal sentenciante haya aprehendido en virtud de la inmediación, cuyo análisis, lógicamente, no puede ser reeditado en la instancia revisora (vgr. la impresión que los jueces del tribunal oral pudieren haber tenido sobre tal o cual testigo).

La segunda especificación se refiere a que el carácter total de la revisión no implica *per se* que el examen que el tribunal del recurso realice respecto de la sentencia de condena deba ir más allá de las cuestiones planteadas por la defensa. Ello es así porque, al tratarse de un derecho que su titular ejerce en la medida que la sentencia le causa agravio, resulta incorrecto intentar derivar de la garantía en cuestión una exigencia normativa que obligue a controlar aquellos extremos del fallo que el recurrente no ha sometido a revisión del tribunal examinador.

Las precisiones establecidas precedentemente permiten, entonces, circunscribir con mayor nitidez los alcances normativos de la garantía de doble instancia; en tal sentido, corresponde afirmar que el derecho de revisión del fallo condenatorio implica que todo examen solicitado por la defensa al tribunal de alzada, si resulta posible, debe ser llevado a cabo.

13) Tal como ya ha sido reseñado, tenemos que, en el caso, la Cámara de Casación se ha negado a tratar el recurso deducido por el imputado por entender que éste plantea cuestiones ajenas a la revisión casatoria. Esta decisión se contrapone al esquema normativo constitucional que aquí se viene tratando, toda vez que lo que el *a quo*, en definitiva, ha manifestado, es que le está vedado realizar un control integral de la sentencia del tribunal oral.

Este panorama exige determinar, consecuentemente, si esa imposibilidad de revisión que ha esgrimido la Cámara de Casación encuentra sustento en el texto del artículo 456 del Código Procesal Penal de la Nación —regla sobre la que se asienta la inadmisibilidad decretada—, o si ella se ha derivado de la interpretación y aplicación que el *a quo* hiciera de la norma en cuestión.

14) La regla procesal citada establece: “*El recurso de casación podrá ser interpuesto por los siguientes motivos: 1) Inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva. 2) Inobservancia de las normas que este Código establece bajo pena de inadmisibilidad, caducidad o nulidad...*”.

Como puede apreciarse a partir de su sola lectura, el artículo en estudio no establece una prohibición de que las sentencias dictadas por los tribunales orales puedan ser revisadas integralmente por la Cámara de Casación si son, a su vez, integralmente cuestionadas por el condenado (este sería el criterio de máxima de la vigencia de la garantía: control total a partir de la impugnación total). Por lo tanto, debe afirmarse que el artículo 456 del Código Procesal Penal de la Nación no contiene una infracción literal a la regla constitucional según la cual el condenado puede recurrir el fallo o, en otros términos, someterlo a la revisión de un tribunal superior (artículos 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, respectivamente) y, en consecuencia, no corresponde, en el presente caso, declarar su inconstitucionalidad.

De tal modo, he de apartarme del método seguido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso contencioso “*Herrera Ulloa*” (ver números 167 y 168), que condenó a Costa Rica sólo sobre la base del texto legal que regula el recurso de casación de ese país, sin atender al modo en que efectivamente había sido tratado el recurso del condenado por la Sala III de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica (res. 2001 00084 del 24 de enero de 2001).

15) Descartada la incompatibilidad manifiesta entre el texto legal y las normas constitucionales relativas a la garantía de doble instancia, resulta, entonces, que los motivos que ha dado la Sala II de la Cámara Nacional de Casación para rechazar el recurso de queja se han sustentado en una particular interpretación y aplicación del artículo 456 del Código Procesal Penal de la Nación. Así, el referido tribunal ha derivado de dicha norma una regla que no está contenida expresamente en ella y que, además, no puede admitirse constitucionalmente. En efecto, mientras la garantía de doble instancia exige, como hemos visto, que se traten todos los agravios propuestos por la defensa, cualquiera sea su contenido (hecho o derecho), la Cámara de Casación ha entendido que el artículo 456 del Código Procesal Penal de la Nación contiene una prohibición de examinar los aspectos fácticos de la sentencia.

16) Además, debe tenerse en cuenta, en tanto ello resulta esencial para considerar inconstitucional la aplicación que del artículo 456 del Código Procesal Penal de la Nación se ha hecho en el caso, que los agravios planteados por la defensa en su recurso de casación no remitían a cuestiones que resultarían de imposible revisión, pues no se trataba de extremos que sólo hubiesen podido ser debidamente conocidos y valorados con la intermediación propia del debate oral. Así, verificados los requisitos de admisibilidad previstos por la ley, nada impedía a la Cámara de Casación ingresar al recurso deducido por la asistencia letrada del encartado Casal para determinar, en la medida de la disconformidad expresada por el recurrente y a partir de los hechos conforme habían sido establecidos por el tribunal oral, si la plataforma fáctica que se tuvo por acreditada se ajustaba razonablemente a las pruebas incorporadas al debate y al modo en que éstas habían sido valoradas. Y, por otra parte, si la figura conforme la cual se impuso pena al inculpado se adecuaba a los comportamientos que los jueces tuvieron por demostrados.

El argumento del rechazo del planteo no radicó, entonces, en una imposibilidad cognoscitiva de la Cámara de Casación de tratar las cuestiones por las que era requerida su intervención, sino en un pretendido obstáculo normativo que ni la Constitución Nacional ni la ley procesal, rectamente interpretada, imponen. Dicho de otro modo, nunca puede el tribunal de alzada, sin violar el derecho a la doble instancia, dejar de considerar un ar-

gumento de la defensa cuyo tratamiento es posible, objetando que no está permitido su examen en instancia de revisión.

Corresponde aclarar, que no escapa a la suscripta que la interpretación del artículo 456 del Código Procesal Penal de la Nación que ha venido sosteniendo la Cámara Nacional de Casación Penal responde a los fines que, históricamente, se asignaron al recurso de casación. Al respecto, resulta suficiente la ilustrativa reseña realizada por los jueces Petracchi, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti en su voto. No obstante, tal como lo he dejado de manifiesto en las consideraciones precedentes, esa interpretación debe ceder ante la que exige la Constitución Nacional.

17) En resumen, la Sala II de la Cámara de Casación ha aplicado el artículo 456 del Código Procesal Penal de la Nación de un modo que viola el derecho a la doble instancia establecido por los artículos 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En consecuencia, la decisión del *a quo* de desestimar el recurso de queja por casación denegada debe ser invalidada constitucionalmente, por lo que corresponde que el tribunal apelado dicte una nueva resolución de acuerdo a los parámetros aquí fijados.

Por ello, oído el señor Procurador General, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la resolución recurrida con el alcance que resulta de la presente. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo fallo. Hágase saber, acumúlese la queja al principal y remítase.

CARMEN M. ARGIBAY.



DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA Y DE CONCIENCIA

“CASTILLO” (FALLOS: 340:1795)

En una decisión tomada luego de llevar adelante una audiencia donde se escucharon los argumentos de las partes y de los Amigos del Tribunal, la Corte declaró por mayoría la inconstitucionalidad de la ley provincial de educación a través de la cual en la Provincia de Salta la enseñanza religiosa integra los planes de estudio, se imparte dentro de los horarios de clase y cuyos contenidos y habilitación docente requieren el aval de la respectiva autoridad religiosa.

También invalidó el Tribunal la obligación de los padres de manifestar si deseaban que sus hijos recibieran “educación religiosa”.

El fallo contó con una mayoría compuesta por los votos de los jueces LORENZETTI, HIGHTON DE NOLASCO y MAQUEDA y la disidencia parcial del juez ROSATTI.

Principales ejes temáticos del fallo

» Del debate de la Convención Constituyente surge que el privilegio que recibió la Iglesia Católica en la Constitución de 1853/1860 como religión mayoritaria de los habitantes del país no importa que aquella sea establecida como religión de Estado, sino que el término “sostenimiento” debe entenderse limitado al “sostenimiento económico” del culto católico, ello en el contexto de una posición en todo otro aspecto neutral del Estado frente a las religiones.

» Del debate de la Convención Nacional Constituyente de 1994 surge inequívoco el carácter laico y gratuito de la educación pública como un principio clave para asegurar la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna.

» El texto del art. 49 de la Constitución de la Provincia de Salta que establece que “(...) los padres y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban en la escuela pública la educación religiosa que esté de acuerdo con sus propias convicciones”, replica casi literalmente las normas del derecho internacional de los derechos humanos sobre la materia, y - entendida como comprensiva de todos los establecimientos educativos reconocidos por las autoridades salteñas - en nada modifica las normas del bloque de constitucionalidad federal, razón por la cual cabe afirmar que respeta los principios de neutralidad del Estado en el ámbito religioso y de igualdad y no discriminación tal como fue receptado en el art. 75, inciso 19 de la CN.

Enlaces destacados

» Ver más

- › Reseña
- › Citas del fallo
- › Otra información
- › Versión Word

» Dictamen

» Doctrina del fallo

» El inciso f) del art. 27 de la ley 7546 de la Provincia de Salta (que dispone que “son objetivos de la Educación Primaria en la provincia de Salta: (...) brindar enseñanza religiosa, la cual integra los planes de estudio y se imparte dentro de los horarios de clase, atendiendo a la creencia de los padres y tutores quienes deciden sobre la participación de sus hijos o pupilos”) al incluir la educación religiosa en horario escolar, dentro del plan de estudios y con el aval de la autoridad religiosa, no solo favorece conductas discriminatorias hacia los niños y niñas que no integran el grupo religioso predominante, sino que viola la esfera de la individualidad personal contemplada en el art. 19 de la CN.

» En el marco que plantea la Constitución de 1994, la igualdad debe ser entendida no solo desde el punto de vista del principio de no discriminación, sino también desde una perspectiva estructural que tiene en cuenta al individuo en tanto integrante de un grupo, considerando el contexto social en el que se aplican las disposiciones, las políticas públicas y las prácticas que de ellas se derivan, y de qué modo impactan en los grupos desventajados, si es que efectivamente lo hacen. Todo lo cual conlleva la utilización de criterios de control de constitucionalidad más estrictos que aquel generalmente utilizado para evaluar los casos desde el enfoque tradicional de la igualdad.

» Con la reforma constitucional de 1994, el reconocimiento y la protección de la libertad de cultos se ha visto reafirmada mediante la eliminación de disposiciones que, en el marco de una sociedad diversa y plural, restringían la igualdad de oportunidades derivada de la adscripción a un credo religioso (vgr. pertenencia al culto católico, apostólico y romano para poder acceder a los cargos de presidente y vicepresidente de la Nación), criterio que se ha visto igualmente ratificado con la incorporación, con jerarquía constitucional, de los tratados sobre derechos humanos a la Ley Suprema (Disidencia parcial del juez Rosatti).

» Cabe concluir que han mediado prácticas que importan una coacción en la elección de los niños, niñas, padres y representantes legales sobre sus creencias, prohibidas expresamente por el art. 14 de la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales si en la causa se acreditó que, entre otras situaciones, se ha dictado casi exclusivamente educación en el catolicismo, que algunos padres y representantes legales autorizaron la permanencia de sus hijos o pupilos en la clase de religión a fin de que no sean individualizados y segregados o por cuestiones de seguridad, que median falencias en la previsión de propuestas alternativas que contribuyan a la formación de estudiantes cuyos padres manifestaron expresamente optar por no recibir educación religiosa y que las prácticas propias de la religión católica excedieron el espacio curricular destinado a la educación religiosa (Disidencia parcial del juez Rosatti).

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 12 de diciembre de 2017.

Vistos los autos: “Castillo, Carina Viviana y otros c/ Provincia de Salta - Ministerio de Educación de la Prov. de Salta s/ amparo”.

Considerando:

1º) Que un grupo de madres de alumnos de escuelas públicas salteñas y la Asociación por los Derechos Civiles (ADC) iniciaron una acción de amparo colectiva contra

la Provincia de Salta (Ministerio de Educación). Plantearon la inconstitucionalidad del art. 27, inc. ñ, de la ley provincial de educación 7546, en cuanto dispone que la instrucción religiosa “integra los planes de estudio y se imparte dentro de los horarios de clase, atendiendo a la creencia de los padres y tutores quienes deciden sobre la participación de sus hijos o pupilos. Los contenidos y la habilitación docente requerirán el aval de la respectiva autoridad religiosa”.

Las actoras solicitaron, además, que se declare la inconstitucionalidad de los arts. 49 de la Constitución provincial y 8º, inc. m, de la referida ley 7546, que establecen, con una redacción idéntica, que “los padres y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban en la escuela pública la educación religiosa que esté de acuerdo con sus propias convicciones”, para el caso de que se les otorgare una interpretación que no tuviere compatibilidad con los derechos invocados por su parte.

Asimismo, tacharon de inconstitucionales las actividades de los funcionarios escolares de la Provincia de Salta que, al aplicar esas normas, imponen la enseñanza obligatoria de la religión católica en las escuelas públicas provinciales.

En este contexto, peticionaron el cese de la enseñanza de la religión católica en dichas escuelas y de toda práctica religiosa dentro del horario escolar, por considerarlas violatorias de los derechos constitucionales de libertad de culto, religión y conciencia, de igualdad, educación libre de discriminación y respeto a las minorías étnicas y religiosas, y de privacidad.

2º) Que la Corte de Justicia de Salta confirmó la declaración de constitucionalidad del art. 49 de la Constitución provincial y de los arts. 8º, inc. m, y 27, inc. ñ, de la ley 7546. Asimismo, ordenó que las prácticas y usos religiosos tuvieran lugar únicamente durante el horario fijado para la enseñanza de la materia “religión”, y que se arbitrara un programa de formación alternativo para quienes no desearan ser instruidos en la religión católica durante el horario escolar (fs. 998/ 1018).

Para así decidir, la corte local consideró que las normas impugnadas respetan la libertad de culto y de conciencia, ya que no imponen la enseñanza de una religión determinada, no establecen privilegios a favor de los alumnos católicos, ni afectan el derecho a optar por no recibir instrucción religiosa. En esta línea, expresó que nuestra Constitución Nacional, en su Preámbulo y en su articulado, afirma la existencia de Dios y, a su vez, reconoce la libertad de culto y de conciencia; las que, aplicadas en el ámbito de la enseñanza escolar, no deben ni pueden ser entendidas en el sentido de exclusión de todo lo religioso.

Manifestó además que nuestro país está jurídicamente estructurado desde su fundación como una nación católica apostólica romana, y que la Provincia de Salta, en particular, tiene una población que en su mayoría profesa dicho credo. Desde esta perspectiva, indicó que la decisión de no impartir la enseñanza de la religión católica en las escuelas públicas perjudicaría a los niños carentes de recursos y a aquellos que viven lejos de los centros urbanos, por cuanto no tendrían la posibilidad de recibirla en una escuela privada.

Añadió que si el legislador provincial había decidido válidamente que en las escuelas públicas se brinde enseñanza religiosa respetando el derecho de los padres y tutores a exigir que se diera a sus hijos o pupilos aquella que estuviera de acuerdo con sus convicciones –o a no recibirla–, aparece como razonable y no discriminatorio el sistema adoptado de solicitar

una manifestación de su voluntad en tal sentido, así como la separación de los niños a esos efectos. Por el contrario, calificó de irrazonable la pretensión de la parte actora de que, por tratarse de datos sensibles, en orden a resguardar el derecho a la intimidad, se prive a todos los alumnos de su derecho a recibir educación religiosa.

Destacó que la normativa cuestionada, al establecer la enseñanza religiosa y contemplar alternativas conforme a los deseos de los padres o tutores, no confronta de manera alguna con los tratados internacionales de derechos humanos suscriptos por nuestro país.

Sin perjuicio de lo expuesto, el *a quo* tuvo por acreditado que en algunos establecimientos escolares no se actúa con el adecuado respeto hacia aquellos alumnos que no desean participar en actividades directamente vinculadas con la religión católica –tales como rezos obligatorios al comienzo de la jornada, inclusión de oraciones en los cuadernos y bendición de la mesa–, y que tampoco se les ofrece una alternativa curricular a la clase de enseñanza religiosa que esté de acuerdo a sus creencias. Por tal motivo, juzgó necesario que las prácticas y usos religiosos se realicen solamente durante la clase de enseñanza religiosa, y que se disponga un espacio alternativo de formación donde los alumnos puedan recibir una instrucción según sus convicciones. Precisó que estas medidas deben ser adoptadas por el juez de grado en la etapa de ejecución de sentencia, quien a su vez tendrá a su cargo el control de su cumplimiento.

3°) Que contra este pronunciamiento, la Asociación por los Derechos Civiles (ADC) y dos coactoras interpusieron recurso extraordinario federal (fs. 1026/1045) que, por mayoría, fue concedido en razón de haberse cuestionado la constitucionalidad de normas provinciales y haber sido la decisión recurrida a favor de su validez (fs. 1123/1132 vta.).

Las recurrentes alegan que las normas provinciales, tal como fueron aplicadas por las autoridades escolares e interpretadas por el *a quo*, atentan contra el principio de neutralidad religiosa del Estado. Al respecto, manifiestan que el art. 2° de la Constitución Nacional se refiere a la obligación de sostener el culto católico solamente desde el punto de vista económico, y que nuestra Ley Fundamental ha adoptado el principio de neutralidad religiosa.

Destacan asimismo que lo resuelto vulnera los derechos a la libertad de culto y de conciencia, a la igualdad, educación sin discriminación y respeto de las minorías étnicas y religiosas, y a la intimidad contenidos en la Constitución Nacional y en los tratados internacionales de derechos humanos.

Remarcan que la corte local, al reconocer la validez constitucional de las normas provinciales tal como fueron aplicadas por las autoridades escolares, avaló el adoctrinamiento en la religión católica, de manera discriminatoria y coercitiva, en los establecimientos de educación primaria. En esta inteligencia, sostienen que resulta inaceptable que la corte provincial, pese a reconocer la existencia de prácticas de tal tenor, haya rechazado su planteo de inconstitucionalidad y resuelto, en cambio, que la subsanación de dicha situación ilegítima debía ser arbitrada por el juez de primera instancia, en la etapa de ejecución de la sentencia.

4°) Que, con arreglo a lo previsto en la acordada 30/2007, se fijó una audiencia pública informativa ante este Tribunal que se desarrolló los días 16, 17, 30 y 31 de agosto del corriente año. Durante las tres primeras jornadas efectuaron sus exposiciones los Amigos del Tribunal que habían sido admitidos en los términos de la acordada 7/2013. En el último día de audiencia, los representantes de cada una de las partes fueron interrogados sobre

distintos aspectos de la controversia y, finalmente, se dio intervención a los oradores designados en calidad de terceros voluntarios admitidos en el proceso, tal como dan cuenta las actas incorporadas al expediente (fs. 1569/1668).

5°) Que el recurso extraordinario resulta admisible, toda vez que en el caso se encuentra en tela de juicio la constitucionalidad de normas provinciales –art. 49 de la Constitución de la Provincia de Salta y los arts. 8, inc. m, y 27, inc. ñ, de la ley provincial de educación 7546–, bajo la pretensión de ser contrarias a los derechos constitucionales de libertad de religión y de conciencia, de igualdad y no discriminación y de privacidad; y la decisión apelada ha sido a favor de la validez de las normas locales (art. 14, inc. 2°, de la ley 48).

6°) Que los recurrentes sostienen –para invalidar las normas que impugnan– que aun cuando la Constitución Federal ha adoptado el principio de neutralidad religiosa, la Corte de Justicia de Salta interpretó defectuosamente su texto al concluir que “la Argentina está jurídicamente estructurada desde su fundación como una nación católica apostólica romana” (fs. 1041 vta.).

En este punto, cabe recordar que en la Asamblea Constituyente que precedió la sanción de la Constitución de 1853, la cuestión religiosa emergió en ocasión de debatirse el art. 2° del proyecto según el cual “[e]l gobierno federal sostiene el culto católico apostólico romano”.

Al fundar esta disposición, José Benjamín Gorostiaga, quien expuso en nombre de la Comisión de Negocios Constitucionales, sostuvo que “*este artículo imponía al Gobierno Federal la obligación de sostener el culto católico apostólico romano, y esta disposición presuponia y tenía por base un hecho incontestable y evidente, cual es que esa religión era la dominante en la Confederación Argentina, la de la mayoría de los habitantes... que la declaración... de que la religión católica era la religión del Estado sería falsa; porque no todos los habitantes de la Confederación ni todos los ciudadanos de ella, eran católicos...*”. En el debate, el convencional Manuel Pérez propuso agregar que el gobierno federal “*profesaba*” –a más de sostener– ese culto; seguidamente Manuel Leiva propuso establecerla como “*religión de estado*”; Pedro Zenteno agregó que correspondía hacerlo “*puesto que era ella el único y sólo sentimiento dominante en la mayoría de los habitantes de la Confederación*” (Convención Nacional de 1898, antecedentes: Congreso Constituyente de 1853 y Convenciones reformadoras de 1860 y 1866, Compañía Sud-americana de billetes de Banco, Buenos Aires, p. 293. Todas las citas de los considerandos 6° y 7° se referirán a esta obra salvo indicación en contrario).

Frente a esta propuesta, el convencional Lavaisse –sacerdote de “espíritu liberal” como lo definiese José María Zuviría en “Los Constituyentes de 1853” (Lajouane, Buenos Aires, 1889, p. 134)– sostuvo que se oponía porque “*la constitución no podía intervenir en las conciencias, sino reglar sólo el culto exterior*”. Nuevamente intervino Gorostiaga, agregando que la decisión de los puntos de dogma “*no es de la competencia de un Congreso político, que tiene que respetar la libertad de juicio en materias religiosas y la libertad de culto, según las inspiraciones de la conciencia*” (p. 294). Finalmente, el convencional Seguí diferenció –para fundar la pertinencia del artículo redactado por la comisión– que “*toda religión constaba de dos partes: dogma y símbolo. Que la primera no era materia de ninguna legislación humana; porque sería ridícula una ley sin la probabilidad de hacerla cumplir. Que en este sentido la religión no podía ser sostenida, protegida ni regularizada por ningún poder ni legislación humana*” (p. 295).

Al término del debate, el art. 2° fue aprobado sin las modificaciones propuestas. De ese modo, la Constitución de 1853 resultó ser el primer texto constitucional nacional que no consagró una religión oficial de Estado, pues la de 1819 empezaba por establecer como religión del Estado a la católica a la que el gobierno debía “*la más eficaz y poderosa protección; y los habitantes del territorio todo respeto, cualesquiera que sean sus opiniones privadas*”, (art. I); la de 1826 establecía que la religión de la Nación Argentina “*es la Católica Apostólica Romana, a la que prestará siempre la más eficaz, y decidida protección, y sus habitantes el mayor respeto, sean cuales fueren sus opiniones religiosas*” (art. I, inciso 3°).

7°) Que en la Convención del Estado de Buenos Aires de 1860 encargada de revisar la Constitución de 1853, el convencional Frías planteó reeditar el debate sobre la separación del Estado y de la Iglesia. Propuso modificar el art. 2° señalado para incluir que “[*l]a religión católica apostólica romana es la religión de la República Argentina, cuyo gobierno costea su culto. El gobierno le debe la más eficaz protección, y sus habitantes el mayor respeto y la más profunda veneración*” (p. 1016). Diversos convencionales alertaron entonces sobre la peligrosidad de avanzar en el punto, en el entendimiento de que resultaba un ámbito tan sensible que convenía que la cuestión no fuera discutida. Así, Sarmiento pidió “*evitar esta cuestión que puede ser tempestuosísima*” (p. 1020), y el convencional Portela solicitó que la enmienda fuese retirada porque no era “*oportuna*” (p. 1022); Roque Pérez sostuvo que lo secundaba por ser un asunto “*ciertamente muy grave y de mucha trascendencia*” (p. 1022). El convencional Elizalde (D.R.) explicó que estaba “*haciendo el mayor sacrificio por evitar entrar en esta cuestión (...) [s]i discutiéramos, se vería todo lo que tiene de serio este negocio*” (p. 1026). Bien vale entonces observar en este punto que frente al riesgo de que las diferencias religiosas mutaran en oposiciones políticas, la propuesta de “*reformular el artículo 2° de la Constitución o no*” fue desechada por la Convención sin ser debatida en cuanto a su contenido (p. 1026). La inconveniencia del debate resultó incentivo suficiente para evitar –al menos en clave constitucional– el conflicto religioso en ciernes entre “*clericales*” y “*liberales*”.

8°) Que, en suma, del debate de la Convención Constituyente surge que el privilegio que recibió la Iglesia Católica en la Constitución de 1853/1860 como religión mayoritaria de los habitantes del país no importa que aquella sea establecida como religión de Estado, sino que el término “*sostenimiento*” debe entenderse limitado al “*sostenimiento económico*” del culto católico, ello en el contexto de una posición en todo otro aspecto neutral del Estado frente a las religiones.

En este sentido, esta Corte ha manifestado en numerosas ocasiones antes de 1994 –y el presente caso es oportunidad de reiterarlo– que ningún culto reviste el carácter de religión oficial del Estado argentino y que “*la aludida norma constitucional se limita a privilegiar a la Iglesia Católica en sus relaciones con el Estado coadyuvando, a la vez, al sostén y protección económica de los gastos de ese culto, los cuales serían pagados por el tesoro nacional, incluidos en su presupuesto y sometidos, por consiguiente, al poder del Congreso*” (Fallos: 312:122).

9°) Que, al resolver diferentes cuestiones, este Tribunal había sostenido esta interpretación del art. 2°. Así, en el precedente “*Correa*” (Fallos: 53:188) sostuvo que “*la Constitución organiza el Gobierno Federal de la Nación dividiéndolo en tres altos poderes: legislativo, ejecutivo y judicial, sin designar ningún otro, ni conferir á congregación alguna,*

sea cual fuere su naturaleza y origen, la facultad de dictar leyes generales que obliguen á los habitantes del país como colectividad civil (...) Que por el contrario, ni aún las disposiciones de la Iglesia Católica contenidas en decretos de los concilios, bulas, breves ó rescriptos de los Pontífices pueden tener efectividad en el país, ni ser promulgadas en él sin el pase del Poder Ejecutivo con acuerdo de la Corte Suprema; requiriéndose una ley del Congreso cuando contengan disposiciones generales y permanentes (...)

En el mismo sentido, en “Didier Desbarats” (Fallos: 151:403) este Tribunal señaló que “no existe en la Constitución (y no podría existir válidamente en el Código Civil) precepto o disposición alguno que haya limitado el derecho impositivo de la Nación o de las provincias en beneficio de los bienes o de las adquisiciones de la iglesia. Antes bien, esta Corte Suprema ha declarado que el art. 2º de la Constitución Nacional, al disponer que el Gobierno Federal sostiene el culto católico apostólico romano, no impide que la iglesia pueda ser sometida al pago de las contribuciones comunes sobre los bienes que posea o reciba como persona jurídica, al igual de las otras personas de la misma clase y no con ocasión o con motivo de actos del culto”.

10) Que en el marco de la interpretación evolutiva que ha desarrollado este Tribunal respecto del alcance del mencionado art. 2º, no puede dejar de mencionarse el precedente “Sejean” (Fallos: 308:2268, voto del juez Enrique S. Petracchi) en el cual esta Corte declaró la inconstitucionalidad de la prohibición del divorcio vincular prevista en el art. 64 de la ley 2393. Sostuvo que “la libertad de conciencia es incompatible (...) con la confesionalidad del Estado. El privilegio que, como religión de la mayoría de los habitantes del país, recibió la Iglesia Católica en la Constitución de 1853/1860 no importa (...) que aquella sea establecida como religión del Estado. Y aun ‘siendo innegable la preeminencia consagrada en la Constitución Nacional a favor del culto católico apostólico romano, al establecer la libertad de todos los cultos no puede sostenerse con su texto, que la Iglesia Católica constituye un poder político en nuestra organización, con potestad de dictar leyes de carácter civil como son las que estatuyen el régimen del matrimonio”.

11) Que, como se advierte, los precedentes señalados resultan coincidentes con los antecedentes históricos antes citados en cuanto a la interpretación y alcance que cabe asignarle al “sostenimiento” del culto católico por parte del Estado en la Constitución Nacional. No puede concluirse entonces que dicha cláusula hubiera instituido al catolicismo como “religión oficial”.

12) Que despejado este punto la cuestión subsiguiente –de acuerdo a las posturas asumidas por las partes– es determinar cuál es el alcance del principio de neutralidad del Estado en materia religiosa en el ámbito de la educación. Al respecto, la reforma de 1994 introdujo modificaciones significativas al mandato conferido al legislador en el art. 67, inciso 16, de la anterior redacción de “*proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las Provincias, y al progreso de la ilustración, dictando planes de instrucción general y universitaria*”. En la redacción del art. 75 inciso 19, el Congreso Nacional debe “[s]ancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales; que aseguren la responsabilidad indelegable del Estado, la participación de la familia y la sociedad, la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna; y que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales”.

13) Que del debate que precedió su aprobación surge que el constituyente persiguió un doble objetivo: consagrar expresamente con la máxima jerarquía normativa ciertos principios básicos que habían caracterizado a la educación pública argentina –su carácter neutral y gratuito– y a la vez asegurar, mediante nuevos mecanismos, la igualdad real de oportunidades en el acceso a la educación.

En efecto, el disenso de las distintas posiciones asumidas por los convencionales versó sobre qué precisiones correspondía incluir en la formulación del nuevo articulado para asegurar más eficazmente el logro de dichos objetivos; esto es, si correspondía establecer el deber del Estado de garantizar en la educación pública la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna –tesis finalmente consagrada normativamente–, o si resultaba necesario consignar expresamente la prescindencia religiosa de la educación pública.

Así, el convencional Del Bono señaló que *“Si nuestro país no padece divisiones o enfrentamientos irreconciliables por diferencias étnicas, sociales o religiosas, se debe en gran medida a esa escuela pública universal y gratuita, concebida con los criterios de la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna. Me parece muy bien que demos a esos criterios el rango constitucional que se merecen”* (p. 3383 del Debate de la Convención Nacional Constituyente, 28ª Reunión - 3ª Sesión Ordinaria, 8, 9, 10 y 11 de agosto de 1994, al que se referirá en lo sucesivo las citas de este considerando). La convencional Gómez de Marelli sostuvo que el Estado está obligado a garantizar *“...una escuela sin discriminación, formadora de hombres libres, en fin, una escuela abierta para todos, abierta al pueblo... Por ello vengo a defender la constitucionalización de estos principios”* (p. 3409). Por su parte, Sánchez García afirmó que *“la escuela pública debe tener pluralidad y no sectorizarse hacia ninguna religión. Cien años de escuela pública en el país permitieron el desarrollo de una infinidad de credos, religiones, etcétera...”* (p. 3409); y la convencional Puiggrós precisó que *“Coincidimos con el texto del dictamen de mayoría en lo siguiente:... la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna...”* (p. 3837).

Más allá de estas posiciones sobre el modo en que los convencionales entendían que debía formularse la norma, todos aludieron al carácter laico de la educación pública como un principio clave para asegurar *la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna*. En el seno de la Convención hubo un consenso prácticamente unánime en que con la nueva previsión se buscaba que la educación pública mantuviera el espíritu de la ley 1420 que estipuló su carácter laico y gratuito (ver, en particular, las intervenciones de los convencionales Bravo, Felicevich, La Rosa y Rodríguez en el debate).

14) Que este principio de neutralidad también comprende la posibilidad de profesar o no libremente su culto en el ámbito escolar (art. 14 de la Constitución Nacional). La reforma constitucional incorporó al bloque de constitucionalidad diversos tratados que contemplan el derecho de los padres a que sus hijos reciban enseñanza religiosa que esté de acuerdo con sus convicciones o creencias. Así, el art. 13.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (*“Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, [...] de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo*

con sus propias convicciones”); el art. 12.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (“Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”); y el art. 18.4. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (“Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”).

En relación al alcance de este derecho, el Comité de Derechos Humanos, mediante la Observación General 22, señaló que “la educación obligatoria que incluya el adoctrinamiento en una religión o unas creencias particulares es incompatible con el párrafo 4 del artículo 18, a menos que se hayan previsto exenciones y posibilidades que estén de acuerdo con los deseos de los padres o tutores”.

En conclusión, la noción de neutralidad comprende no solo la no preferencia respecto de ninguna posición religiosa en particular –incluso la de los no creyentes–, sino también una faz de tolerancia hacia todos aquellos que quieran profesar su culto en el ámbito escolar.

15) Que en nuestro sistema federal, el Estado Nacional delinea la “base de la educación” –para retomar la expresión del art. 75 inc. 19 de la Constitución Nacional– las que deben respetar las particularidades provinciales y locales, a la vez que las provincias conservan la facultad de asegurar la “educación primaria” de acuerdo al art. 5°. Este dispone que “[c]ada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure (...) la educación primaria. Bajo estas condiciones el Gobierno federal, garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones”.

En ejercicio de este poder, la Provincia de Salta estableció en el art. 49 de su Constitución que “[e]l sistema educacional contempla las siguientes bases: (...) Los padres y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban en la escuela pública la educación religiosa que esté de acuerdo con sus propias convicciones”.

Como se advierte, el art. 49 replica casi literalmente las normas del derecho internacional de los derechos humanos citadas en el considerando 14, con el aditamento de que ese derecho debe ser asegurado en el ámbito de la “escuela pública”. Esta previsión, al no distinguir, puede ser entendida como comprensiva de todos los establecimientos educativos reconocidos por las autoridades salteñas. Desde este enfoque, el art. 49 en nada modifica las normas del bloque de constitucionalidad federal, razón por la cual se puede afirmar que respeta los principios de neutralidad del Estado en el ámbito religioso y de igualdad y no discriminación tal como fue receptado en el art. 75, inciso 19.

Este entendimiento ofrece una lectura que armoniza de manera razonable la norma provincial con la Constitución Nacional y la ampara por lo tanto de la tacha de inconstitucionalidad alegada por los recurrentes; debe recordarse que la invalidez de una norma es siempre la última ratio de la interpretación, a la que solo debe acudir, como tiene dicho esta Corte, cuando no exista alternativa de mantenerla dentro del sistema normativo pues siempre debe estar a favor de la validez de las normas (Fallos: 14:425; 147:286 y 335:2333, entre muchos otros).

16) Que por las mismas razones expuestas en el considerando anterior debe concluirse que es también válido el inciso m del art. 8° de la ley 7546 que, en el marco de la enunciación de los principios, fines y criterios rectores de la educación en la Provincia de Salta, se limita a reproducir el texto de la Constitución provincial.

17) Que, en consecuencia, la cuestión a resolver queda circunscripta al examen del inciso ñ del art. 27 de la ley 7546 –mediante el cual se reglamenta el derecho previsto en el referido art. 49 de la Constitución de la Provincia de Salta– y de su aplicación por las autoridades educativas locales.

La cláusula legal controvertida dice que: “son objetivos de la Educación Primaria en la provincia de Salta: (...) ñ) Brindar enseñanza religiosa, la cual integra los planes de estudio y se imparte dentro de los horarios de clase, atendiendo a la creencia de los padres y tutores quienes deciden sobre la participación de sus hijos o pupilos. Los contenidos y la habilitación docente requerirán el aval de la respectiva autoridad religiosa”.

Corresponde determinar entonces si el art. 27, inciso “ñ”, de la ley de educación provincial lesiona los derechos a la igualdad y a la no discriminación, por cuanto constituyen pautas constitucionales fundamentales que debe respetar y promover la educación pública conforme lo reseñado en los considerandos anteriores.

18) Que para realizar esa determinación se debe tener en cuenta que, luego de la reforma constitucional de 1994, el principio de igualdad que surge del art. 16 de la Constitución Nacional –y que, en general, se ha interpretado como principio de no discriminación en el sentido de que todas las personas deben ser tratadas de igual manera cuando estén en las mismas circunstancias– debe también ser considerado a la luz del art. 75 inciso 23 y de diversas disposiciones contenidas en los tratados con jerarquía constitucional (“Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre”, art. II; “Declaración Universal de Derechos Humanos”, art. 7°; “Convención Americana sobre Derechos Humanos”, art. 24; “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, arts. 2.1 y 26; “Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, arts. 2.2 y 3°; “Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial”, arts. 2° a 7°; “Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer”, arts. 2°, 3° y 5° a 16 y “Convención sobre los Derechos del Niño”, art. 2°). Estas normas, al incorporar, por un lado, mecanismos de acciones positivas para favorecer a determinados grupos y, por el otro, delinear categorías sospechosas de discriminación, buscan garantizar la igualdad real de los habitantes.

En el marco que plantea la Constitución de 1994, la igualdad debe ahora ser entendida no solo desde el punto de vista del principio de no discriminación, sino también desde una perspectiva estructural que tiene en cuenta al individuo en tanto integrante de un grupo. El análisis propuesto considera el contexto social en el que se aplican las disposiciones, las políticas públicas y las prácticas que de ellas se derivan, y de qué modo impactan en los grupos desventajados, si es que efectivamente lo hacen.

19) Que esta perspectiva de la igualdad conlleva la utilización de criterios de control de constitucionalidad más estrictos que aquel generalmente utilizado para evaluar los casos desde el enfoque tradicional de la igualdad.

En este enfoque tradicional, para decidir si una diferencia de trato es ilegítima se analiza su mera razonabilidad; esto es, si la distinción persigue fines legítimos y constituye un me-

dio adecuado para alcanzar esos fines. Sin embargo, cuando las diferencias de trato que surgen de las normas están basadas en categorías “específicamente prohibidas” o “sospechosas” corresponde aplicar un examen más riguroso, que parte de una presunción de invalidez. En estos casos, se invierte la carga de la prueba y es el demandado quien tiene que probar que la diferencia de trato se encuentra justificada por ser el medio menos restrictivo para cumplir un fin sustancial (doctrina de Fallos: 327:3677; 332:433, considerando 6° y sus citas).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha referido a esta perspectiva al caracterizar al derecho a la igualdad y no discriminación como un derecho humano que se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación (Corte IDH. Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012, párrafos 79 y 124).

El fundamento de la doctrina de las categorías sospechosas es revertir la situación de desventaja en la que se encuentran los miembros de ciertos grupos para ejercitar con plenitud los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico en razón de muy variadas circunstancias como, por ejemplo, razones sociales, étnicas, culturales, religiosas, entre otras.

20) Que hay supuestos en los cuales las normas no contienen una distinción sospechosa en sentido estricto, sino que en su literalidad aparecen como neutras porque no distinguen entre grupos para dar o quitar derechos a algunos y no a otros. A pesar de su apariencia –que por sí sola no ofrece ningún reparo de constitucionalidad–, puede ocurrir, sin embargo, que *prima facie* la norma –aplicada en un contexto social– produzca un impacto desproporcionado en un grupo determinado. Esto es, “leyes, políticas o prácticas en apariencia neutras” causantes de una “discriminación sistémica (...) que genera desventajas comparativas para algunos grupos y privilegios para otros” (Observación General 20 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, puntos 10 y 12).

21) Que en los casos en los cuales exista una norma neutral que *prima facie* genere un impacto desmedido en los miembros de un grupo, resultará necesario para analizar su constitucionalidad –ante el riesgo de una discriminación a ese grupo–, comprobar la manera en que dicha norma se ha implementado. En otros términos, la disposición puesta en crisis por la existencia *prima facie* de discriminación justifica que el tribunal analice los efectos que su aplicación ha generado en la realidad.

22) Que una vez comprobado ese efecto de desigualdad, el Estado debe justificar la necesidad de los efectos desproporcionados que causa la disposición. En el caso de que no logre hacerlo, la norma aparentemente neutra resultará inconstitucional por afectar el principio de igualdad y no discriminación. Como se advierte, el presente estándar probatorio resulta diferente al utilizado por esta Corte en las causas “Pellicori” y “Sisnero” (Fallos: 334:1387; 337:611), en el que se encontraban en juego solo prácticas discriminatorias.

23) Que lo central del razonamiento propuesto es que de no recurrir a un análisis que se centra en la norma como causante de efectos discriminatorios -y, por tanto, constitucionalmente indeseables- el efecto negativo de la ley se perpetuará más allá de que, una y otra

vez, se invaliden las prácticas, pues ellas solo concretizan la discriminación encubierta que una lectura pernicioso de la norma admite. Es por ello que resulta insuficiente invalidar la práctica sin hacer lo propio con la norma que la apaña.

24) Que, en aplicación de este criterio, corresponde en primer término afirmar que el inciso ñ del art. 27 de la ley de educación provincial es en “apariencia” neutral porque, en principio, de su letra no surge preferencia de ningún culto respecto de otro. Sin embargo, resulta incuestionable que el contexto social en el que se aplica la norma se caracteriza por una preponderancia de la población que profesa la religión católica. También se advierte de las constancias de la causa que *prima facie* la aplicación de la norma ha causado un efecto desproporcionado hacia grupos religiosos minoritarios. Salvo, tal vez, respecto de la Iglesia Evangelista, ha quedado claro en la audiencia pública que ningún otro credo que el mayoritario se enseña en las aulas; también se evidenció la falta de alternativas para los no creyentes.

Este es el punto de partida que se tendrá en cuenta para decidir si el inciso “ñ” citado –en cuanto incluye la educación religiosa en horario escolar, dentro del plan de estudios y con el aval de la respectiva autoridad religiosa–, ha favorecido en los hechos conductas discriminatorias hacia los niños y niñas que no integran el grupo religioso predominante.

25) Que las constancias de la causa demuestran que en numerosas escuelas públicas salteñas se ha adoctrinado a los alumnos en el catolicismo. Así lo indican los textos, ilustraciones y ejercicios contenidos en los libros utilizados en las clases de enseñanza religiosa (cuyas copias lucen a fs. 27/48 y 98/106); las declaraciones periodísticas efectuadas por el Ministro de Educación provincial los días 4 y 7 de julio de 2010 (reproducidas en la versión digital del diario El Tribuno, según informó la parte actora a fs. 239) en relación a que solo se imparte enseñanza de la religión católica porque “no hubo pedido de agregar más cultos”, “no hay ninguna solicitud formal para que se incorpore otro credo, mal podríamos impulsarlo”, “no se incorporaron visiones de otro culto que el apostólico romano porque los padre(s) no lo solicitaron”; y la intervención del Arzobispado de Salta en la designación de personal docente a cargo del área de religión (fs. 236/237 y 335/336).

Además, se encuentra acreditada la presencia de alumnos en el aula durante las clases de catequesis pese a que sus padres, a través del formulario creado por la disposición 45/09 de la Dirección General de Educación Primaria y Educación Inicial, habían exteriorizado su voluntad de que sus hijos no recibieran educación religiosa, o bien manifestado en forma expresa que no profesaban religión alguna. Hubo casos en los que los padres, no obstante tales circunstancias, consintieron que sus hijos permanecieran en el aula durante las clases de enseñanza religiosa por cuestiones de seguridad (fs. 261) o a los fines de que no fueran “individualizados y segregados” (fs. 281), que ingresaran a la escuela más tarde, una vez concluida la clase de religión (fs. 250/251) o que fueran durante ese horario a la biblioteca o a una clase de música (fs. 265). En consonancia con ello, según un informe –de fecha 2 de agosto de 2010– de la Dirección de la Escuela N° 4734 “Dr. René G. Favaloro” dirigido a la profesora supervisora de la materia “religión”, los niños cuyos padres habían solicitado que no participaran en las clases de enseñanza religiosa, iban, mientras estas tenían lugar, a la biblioteca, a clase de música o, incluso en alguna ocasión, al patio de recreo (fs. 255/256).

Por otra parte, se halla debidamente probado que las prácticas y usos propios del catolicismo no se efectuaron exclusivamente en el espacio curricular destinado a la “educación

religiosa”. Así lo indican los rezos efectuados a diario al comienzo de la jornada escolar y las ocasionales lecturas de pasajes de la Biblia (fs. 255, 257/258, 266, 271, 279, 712 y 724), la escritura de oraciones en los cuadernos de los alumnos al inicio de cada día de clases (copias obrantes a fs. 45/97 y material acompañado en sobre agregado), la bendición de la mesa y el agradecimiento a Dios por los alimentos en los desayunos y meriendas (fs. 279 y 712) y la celebración de festividades patronales (fs. 724 y 712).

26) Que de lo expuesto surge claramente que, dentro del sistema educativo público de la Provincia de Salta, existen patrones sistemáticos de trato desigualitario hacia grupos religiosos minoritarios y hacia los no creyentes. La forma como se ha venido implementando la “enseñanza religiosa” –durante el horario escolar, como parte del plan de estudios y con aval de las autoridades religiosas– ha generado un tratamiento preferencial hacia las personas que profesan el culto mayoritario, sin que la Provincia de Salta haya justificado de manera alguna la necesidad de la política de educación religiosa que implementa.

El texto del inciso “ñ” del art. 27 de la ley de educación provincial no contiene un supuesto de discriminación directa sino que, bajo la apariencia de neutralidad, tiene decisivos efectos discriminatorios y, de este modo, viola el principio de igualdad y no discriminación que debe orientar e inspirar las políticas con miras a alcanzar una educación inclusiva que priorice la igualdad plena de oportunidades. Los desequilibrios fácticos descriptos afectan la constitucionalidad de la norma, en la medida en que esta última ha contribuido causalmente a su producción, aumentando la situación de desventaja en que se encuentran los grupos religiosos minoritarios y los no creyentes. No solo serán violatorias del principio de igualdad las normas que deliberadamente excluyan a determinado grupo, sino también aquellas que, como sucede en el presente caso, tienen comprobados efectos o impactos discriminatorios.

Por las razones expuestas, corresponde declarar la inconstitucionalidad del inciso “ñ” del art. 27 de la ley de educación de la Provincia de Salta y de las prácticas referidas.

27) Que, por lo demás, cabe aclarar que aquí no se trata de una hipótesis de aplicación irrazonable de una norma en un caso concreto. Es decir, una situación en la que el inconveniente se presenta en la aplicación práctica de la norma que es contraria a su contenido. Un caso *contra legem*, en el que no se implementa lo que la norma prevé. De ser así, este Tribunal ya ha explicado que no estaría justificada su declaración de inconstitucionalidad, en tanto la norma no es inválida, sino que lo que resulta objetable es la aplicación ilegal que de ella se efectúa (conf. doctrina de Fallos: 317:44 y “Asociación de Testigos de Jehová”, Fallos: 328:2966).

Por el contrario, en el *sub lite*, tal como se desarrolló en los considerandos 20 a 27, se está en presencia de una norma irrazonable por contener discriminación encubierta. Cuando se está en el ámbito del derecho a la igualdad y no discriminación, la norma –a pesar de su literalidad– resulta inconstitucional pues genera como consecuencia natural un comprobado efecto sistémico de desigualdad.

De no recurrir a esta forma de analizar la cuestión constitucional propia del derecho antidiscriminatorio el impacto negativo de la ley se perpetuará más allá de que se invaliden las prácticas, tal como se explicó en el considerando 23.

28) Que sin perjuicio de lo expuesto, cabe tratar el agravio de la parte actora referido a que la obligación impuesta a los padres por la Provincia de Salta al instrumentar y exigir los

formularios creados por la disposición 45/09 resulta violatoria del derecho a la intimidad. De esos formularios surge que los padres y tutores deben manifestar si quieren que sus hijos reciban “educación religiosa” y, en caso afirmativo, en qué creencia desean que sean instruidos; previéndose, asimismo, que esta manifestación sea archivada en el legajo personal del alumno y forme parte de la documentación institucional (fs. 243/246).

29) Que la Constitución Nacional en el art. 19 protege la esfera de la individualidad personal pues reconoce un ámbito en el que cada individuo es soberano para tomar decisiones libres sobre el estilo de vida que desea en el que el Estado no puede intervenir. La combinación de este artículo con el vinculado a la libertad de culto y a la libertad de conciencia no permiten dudar respecto del cuidado que los constituyentes pusieron en respetar la diversidad de pensamiento y no obligar a los ciudadanos a una uniformidad que no se condice con la filosofía liberal que orienta a nuestra Norma Fundamental (Fallos: 312:496).

30) Que esta Corte dejó claramente establecido que el citado artículo otorga al individuo un ámbito de libertad en el cual este puede adoptar libremente las decisiones fundamentales acerca de su persona, sin interferencia alguna por parte del Estado o de los particulares, en tanto dichas decisiones no violen derechos de terceros (Fallos: 335:799). Esta norma “...protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituida por los sentimientos, hábitos, costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física y, en suma, las acciones, hechos o datos que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad están reservadas al propio individuo y cuyo conocimiento y divulgación por los extraños significa un peligro real o potencial para la intimidad. En rigor, el derecho a la privacidad comprende no sólo la esfera doméstica, el círculo familiar y de amistad, sino a otros aspectos de la personalidad espiritual o física de las personas tales como la integridad corporal o la imagen y nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas, sin su consentimiento o el de sus familiares autorizados para ello y solo por ley podrá justificarse la intromisión, siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen...” (Fallos: 306:1892, considerando 8°).

31) Que, asimismo, en nuestro ordenamiento jurídico se ha incorporado explícitamente la protección de los datos personales a través de la ley 25.326, norma de orden público aplicable a la Provincia de Salta conforme lo dispuesto en su art. 44. El art. 7°, inciso 1 reconoce que “*Ninguna persona puede ser obligada a proporcionar datos sensibles*”. Por su parte, el art. 2° define como “*Datos sensibles*” los “*Datos personales que revelan origen racial y étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical e información referente a la salud o a la vida sexual*”.

32) Que la obligación de completar y entregar el cuestionado formulario –el que queda agregado al legajo escolar del alumno– resulta claramente violatorio del derecho que tiene toda persona de no revelar un aspecto de su esfera personal –tales como los pensamientos o la adhesión o no a una religión o creencia– en tanto obliga a divulgar una faceta de la personalidad espiritual destinada a la dimensión propia de cada individuo.

33) Que cabe destacar que el derecho al silencio implica la posibilidad de hacer valer la facultad de reservarse ideas, sentimientos, conocimientos y acciones que no se desea voluntariamente dar a publicidad o revelar a terceros, o cumplir (Germán Bidart Campos, “Ma-

nual de la Constitución Reformada”, Tomo I, p. 524, Ediar 1998). De hecho, la misma provincia reconoció el problema que genera la obligatoriedad de la entrega del formulario. Así, en la audiencia ante esta Corte informó que se está “trabajando con el formulario en relación a la expresión del credo, no a la decisión, sino al contenido” (fs. 1661/1662).

34) Que finalmente, y en atención a lo sostenido por las partes en la audiencia ante este Tribunal, cabe agregar dos consideraciones referidas, por un lado, al ejercicio del derecho de aprender y, por el otro, al de profesar libremente el culto de cada habitante de la Provincia de Salta (art. 14 de la Constitución Nacional).

35) Que respecto del primero resulta plenamente vigente el derecho que tienen los alumnos de las escuelas públicas de Salta a recibir contenidos de historia y filosofía de las religiones dentro del plan de estudios y en horario escolar, expuestos de manera objetiva y neutral.

En efecto, el estudio de las religiones como fenómeno socio-cultural constituye un contenido válido de los planes educativos siempre que “se impartan de forma imparcial y objetiva, que respete la libertad de opinión, de conciencia y de expresión” (Observación General n° 13, numeral 28 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). Esto es, dictar clases donde se brinden conocimientos sobre las principales religiones y de una forma no sesgada. Este campo específico de formación no requiere la adhesión personal de la fe del alumno, sino que exige el respeto a la masa crítica que pueda verificarse en cada grupo de alumnos. Si desde la escuela se promoviera una aproximación histórica y cultural de las religiones, muchos estereotipos se derrumbarían desde la más temprana edad.

A los fines de garantizar el efectivo cumplimiento de esta enseñanza de historia y filosofía de las religiones resulta imprescindible la elaboración de un contenido curricular específico y claro respecto de la neutralidad, que se enfoque en el encuentro interreligioso y en el respeto de los laicos como una manera de lograr la paz social, en la búsqueda de una unidad en la diversidad. El principio subyacente consiste en que todas las identidades deben ser respetadas para preservar a la comunidad de “conflictos divisorios –(...) de presiones irreconciliables por parte de grupos religiosos (...) por muy sutilmente que se ejerzan-” (Stephen Holmes, “Las reglas mordaza o la política de omisión” en “Constitucionalismo y Democracia”, Jon Elster y Rune Slagstad compiladores, Fondo de Cultura Económica, México, 1999, página 75, con cita del Juez Frankfurter en “McCollum v. Board of Education”, 333 U.S. 203).

En ese contexto debe garantizarse la posibilidad de un pluralismo educativo que asegure que las informaciones y conocimientos que figuran en el plan de estudios se difundan de manera que los alumnos desarrollen un sentido crítico respecto del fenómeno religioso en una “atmósfera serena preservada de todo proselitismo” (*Lautsi et autres c. Italie* [GC], n° 30814/06, CEDH, 18 de marzo de 2011).

36) Que respecto de la libertad de cada habitante de profesar su culto o ninguno en la escuela pública salteña, cabe señalar que, dentro de los distintos mecanismos que pueden ser diseñados por los Estados para asegurar el ejercicio de la libertad de culto dentro de la escuela pública reviste especial significación histórica el modelo que estableció la ley 1420, de educación pública de 1884. Su art. 8° estableció que la “enseñanza religiosa sólo podrá ser dada en las escuelas públicas por los ministros autorizados de los diferentes cultos, a los niños de su respectiva comunión, y antes ó después de las horas de clase”.

La posibilidad de dar clases de religión fuera del horario lectivo fue la adecuación que el legislador nacional encontró en 1883 para “no *estirpar el sentimiento religioso*” de la escuela pública, tal la fórmula utilizada por el Diputado Gallo para justificar el texto del artículo reseñado (Debate de la ley 1420 en la Cámara de Diputados de la Nación, segunda sesión extraordinaria del 12 de julio de 1883, p. 538). En el Senado, el miembro informante Balloré explicó que “[e]ste artículo en manera alguna excluye la enseñanza religiosa y establece, como el Senado lo sabe, que ella puede darse antes o después de las horas de clase: ni uno ni otro, pues, excluye la enseñanza religiosa. De aquí mi sorpresa al ver levantarse la discusión que se ha suscitado con motivo de esta ley. En ninguno de los artículos está excluida la enseñanza religiosa. La Comisión ha creído que tal cual está redactado el proyecto consultaba mejor las necesidades y las exigencias de la escuela y que estaba más en armonía con el espíritu de nuestras instituciones republicanas. Ha creído que de esta manera se ofrece en la escuela un ejemplo práctico del respeto que la ley debe tener por la conciencia de los maestros, por la conciencia de los padres y por la conciencia de los niños; que al respetarlos de esta manera se les enseña a respetar la conciencia ajena y la conciencia propia. Estas son las consideraciones que la comisión en mayoría tuvo en cuenta para decidirse por el artículo 8° del proyecto que se discute” (Debate de la ley 1420 en el Senado de la Nación, sesión del 28 de agosto de 1883, p. 501).

Por lo demás, incluso la parte actora ha reconocido que el principio de neutralidad no implica que la escuela pública deba prescindir del fenómeno religioso, al admitir la posibilidad de que se enseñen los distintos cultos fuera del horario de clase. Así ha manifestado que “la única forma de hacer efectivo el mandato constitucional de que la instrucción religiosa que se imparte en las escuelas públicas no tenga características coercitivas y discriminatorias, es que aquella se realice fuera del horario de clase” (fs. 1044 vta./1045), postura que fue también ratificada en la audiencia pública ante este Tribunal.

37) Que, a modo de conclusión, y en virtud del desarrollo de los considerandos anteriores, se desprende que el derecho individual a recibir una educación religiosa consagrado en el art. 49 de la Constitución de la Provincia de Salta y reglamentado en el inciso “m” del art. 8° de la ley provincial 7546 resulta constitucionalmente válido y se encuentra tutelado en los citados instrumentos internacionales.

La cuestión quedó entonces limitada a examinar el inciso “ñ” del art. 27 de la ley 7546, en tanto consagra el referido derecho de una manera que puede afectar la igualdad y no discriminación y la privacidad de grupos religiosos minoritarios o de aquellos que no profesan ningún credo.

Ello exige un juicio de ponderación razonable ya que no se puede satisfacer un derecho de manera ilimitada y que, como consecuencia de esta extralimitación, se lesionen los derechos de otros grupos igualmente tutelados al situarlos en una posición desventajosa. En estos supuestos el examen debe ser estricto y quien establece la diferencia de trato debe justificar su necesidad.

En el caso, la demandada no ha demostrado esa necesidad. En consecuencia, se puede afirmar que la norma cuestionada, al incluir la educación religiosa en horario escolar, dentro del plan de estudios y con el aval de la respectiva autoridad religiosa, favorece conductas discriminatorias hacia los niños y niñas que no integran el grupo religioso predominante ni ningún otro, generando, de este modo, mayor desigualdad.

Asimismo, se viola la esfera de la individualidad personal contemplada en el art. 19 de la Constitución Nacional, en cuanto establece un ámbito en el que cada individuo es soberano para tomar decisiones libres sobre el estilo de vida que desea.

Ello es así porque los padres se ven obligados a manifestar si quieren que sus hijos reciban “educación religiosa” y, en caso afirmativo, en qué creencia desean que sean instruidos; previéndose también que esta manifestación sea archivada en el legajo personal del alumno y forme parte de la documentación institucional.

En ese contexto, aceptar como principio que alguien pueda ser obligado a revelar sus creencias religiosas, por más insignificante que pudiera parecer en algunos supuestos, es abrir una grieta en el sistema de derechos fundamentales. La tolerancia de lo que parece irrelevante es lo que ha desencadenado, en otros países, un descenso progresivo hacia lo intolerable.

Los principios que sirven para resolver un caso deben ser aplicables a toda una categoría de situaciones análogas. La creencia religiosa es algo privado y la coerción para revelarla genera graves afectaciones de derechos humanos. Este tipo de situaciones es lo que está causando graves problemas en otras regiones del mundo y es visible en el derecho comparado.

Por estas razones, la disposición 45/09 debe ser declarada inconstitucional ya que, al obligar a los padres a divulgar un aspecto de la personalidad espiritual destinada a la esfera propia de cada individuo, viola su derecho a la intimidad.

Sin perjuicio de lo señalado, los principios establecidos no impiden la enseñanza de las religiones como fenómeno socio-culturales siempre y cuando tal enseñanza sea objetiva y neutral. Así se realiza en numerosos países y regiones sin que ello haya generado problemas relativos a derechos fundamentales. Para ello resulta imprescindible la elaboración de un contenido curricular específico y claro respecto de la neutralidad, que se enfoque en el encuentro interreligioso y en el respeto de los laicos como una manera de lograr la paz social en la búsqueda de una unidad en la diversidad. El principio subyacente consiste en que todas las identidades deben ser respetadas para preservar a la comunidad de conflictos divisorios. Es posible dentro de los distintos mecanismos que pueden ser diseñados por los Estados enseñar educación religiosa a quienes lo deseen, fuera del horario de clase, lo que representa un esfuerzo menor frente al sacrificio de derechos fundamentales como son los referidos a la igualdad y no discriminación.

El Estado Nacional delinea “las bases de la educación”, teniendo en cuenta la convivencia pacífica y el diálogo entre distintas religiones y filosofías de vida. Las provincias conservan la facultad de introducir sus propias particularidades en materia educativa, respetando sus tradiciones, símbolos e identidades locales y regionales. No obstante, resulta relevante señalar que existe un piso mínimo constituido por el diseño establecido en la Constitución Nacional. Pues, tanto sus fuentes históricas como los precedentes de este Tribunal permiten afirmar con claridad el principio de neutralidad religiosa en el ámbito de la educación pública.

Por ello, habiendo dictaminado el señor Procurador Fiscal, se declara procedente el recurso extraordinario, se revoca parcialmente la sentencia apelada, se declara la inconstitucionalidad del inciso “ñ” del art. 27 de la ley 7546 y de la disposición 45/09 de la Dirección General de Educación Primaria y Educación Inicial de la Provincia de Salta y,

en consecuencia, de las prácticas religiosas tal como se han venido desarrollando en las escuelas públicas de la citada provincia. Costas por su orden en atención a la complejidad de la cuestión. Notifíquese y devuélvase.

RICARDO LUIS LORENZETTI – ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO – JUAN CARLOS MAQUEDA – HORACIO ROSATTI (*en disidencia parcial*).

DISIDENCIA PARCIAL DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON HORACIO ROSATTI

Considerando:

1º) Que un grupo de madres de alumnos que cursan el nivel primario en escuelas públicas salteñas y la Asociación por los Derechos Civiles (ADC), iniciaron en forma conjunta la presente acción de amparo colectivo contra el Estado provincial –Ministerio de Educación de la Provincia de Salta-, con el objeto de que se declare la inconstitucionalidad del art. 27, inc. ñ, de la ley provincial de educación 7546, en tanto dispone que la enseñanza religiosa “...*integra los planes de estudios y se imparte dentro del horario de clase atendiendo a la creencia de los padres y tutores quienes deciden sobre la participación de sus hijos o pupilos. Los contenidos y la habilitación docente requerirán el aval de la respectiva autoridad religiosa*”, así como también para que se disponga la invalidez o ilegalidad de las actividades de los funcionarios escolares de la citada provincia que, al hacer efectiva la aplicación de dicha norma, imponen de hecho la enseñanza obligatoria de la religión católica en las escuelas públicas locales (fs. 159/182 del expediente 313.763/10).

En ese contexto, peticionan el cese de la enseñanza de la religión católica, como así también de toda práctica religiosa (como los rezos al comienzo de las jornadas, la bendición de la mesa y la colocación de oraciones en los cuadernos) dentro del horario escolar por considerarlas violatorias de los derechos de libertad de culto, igualdad, no discriminación, libertad de conciencia y tutela de las minorías religiosas respecto de los menores no católicos que asisten a dichos establecimientos escolares.

Subsidiariamente, de entenderse que los arts. 49 de la Constitución provincial y 8º, inc. m, de la citada ley provincial (en cuanto establecen el derecho de los padres y, en su caso, de los tutores a que sus hijos o pupilos reciban en la escuela pública la educación religiosa que esté de acuerdo con sus propias convicciones), autorizan las conductas llevadas a cabo por el Estado provincial, que cuestionan, se declare también su inconstitucionalidad.

2º) Que la Corte de Justicia de Salta, en lo que aquí interesa, confirmó la sentencia apelada en cuanto había declarado la constitucionalidad de los arts. 49 de la Constitución provincial y 8º, inc. m, y art. 27, inciso ñ, de la referida ley 7546, pero la revocó, por mayoría de votos, en punto a lo allí resuelto sobre la prohibición de realizar prácticas religiosas en las escuelas públicas y, en consecuencia, dispuso que ellas debían llevarse a cabo durante el horario fijado para la enseñanza de la materia religión respectiva. Asimismo, ordenó que se arbitrara un programa alternativo para aquellos alumnos cuyos padres no desearan que fueran instruidos en la religión católica durante el horario escolar (fs. 998/1018 del expediente 33.659/ 10).

En prieta síntesis, después de reseñar los antecedentes del caso y los agravios de los recurrentes, la corte local compartió lo manifestado por el juez de grado atinente a que

ni el art. 49 de la Constitución local ni la ley 7546 contradecían la libertad de culto ni la de conciencia, pues no imponían religión alguna sino que -por el contrario- se mostraban respetuosas a ellas. Destacó que, además, nuestra Constitución Nacional, según surgía de su Preámbulo y de su articulado, no era indiferente a lo religioso ni era agnóstica, ya que afirmaba la existencia de Dios, circunstancia que no implicaba menoscabo para cualquier posición religiosa o filosófica desde que sus arts. 14 y 19 reconocían la libertad de culto y la libertad de conciencia, respectivamente.

Expresó que en razón de que la libertad en análisis debía complementarse con la admisión por parte del Estado de la objeción de conciencia en todos los campos donde su disponibilidad por el sujeto no arriesgaba ni perjudicaba intereses de terceros, no se advertía de qué manera los derechos invocados por las amparistas se encontraban vulnerados por las normas que regulaban la educación religiosa en las escuelas públicas. La libertad religiosa aplicada al ámbito de la enseñanza escolar no debía ni podía ser entendida en el sentido de exclusión de todo lo religioso y tal libertad se centraba en la aptitud de elegir sin presiones físicas, morales o psíquicas el camino que llevase a la plenitud del ser y no en la imposición a todos los alumnos de una visión atea o agnóstica del mundo.

Destacó que nuestro país estaba jurídicamente estructurado desde su fundación como una nación católica apostólica romana y que, además, la Provincia de Salta tenía una población mayoritariamente católica. Entendió que -como había sido señalado por la asesora de incapaces- la decisión de no impartir la enseñanza católica en las escuelas públicas perjudicaría a los niños de los sectores carentes de recursos que no podían concurrir a una escuela privada o cuyos padres -muchas veces por razones laborales- no tenían posibilidades de instruirlos en la religión.

Consideró que las normas cuestionadas no imponían una situación de discriminación respecto de aquellos alumnos que no desearan cursar la materia religión; antes bien, ellas referían, por un lado, a la *“educación religiosa que esté de acuerdo con sus propias convicciones”* y, por otra, a que la *“enseñanza religiosa... se imparta dentro del horario de clases, atendiendo a la creencia de los padres y tutores quienes deciden sobre la participación de sus hijos o pupilos”*. De ahí que no se verificaba claramente que la normativa en cuestión hubiera establecido privilegios a favor de los alumnos católicos ni que se hubiera afectado el derecho a no ser instruidos en la religión por parte de aquellos que no lo desearan, circunstancias que justificarían su invalidez.

A renglón seguido y después de recordar el contenido de los tratados de derechos humanos relacionados con los principios de igualdad y no discriminación, en especial la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (arts. 12, inc. 4 y 13, respectivamente), así como las Observaciones Generales n° 22 y n° 13 de los Comités de Derechos Humanos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, respectivamente, la Corte local expresó que las normas en juego no confrontaban de manera alguna con dichos tratados en cuanto contemplaban la enseñanza religiosa en las escuelas públicas, con la estipulación de exenciones no discriminatorias o alternativas que se adaptaran a los deseos de los padres y tutores y sin que se tratara de una educación obligatoria que incluyera el adoctrinamiento en una religión o creencia particular.

Señaló que a fin de respetar las normas nacionales e internacionales que consagraban los derechos a la libertad e igualdad, se debía garantizar el derecho de todos los niños que

asistieran a la escuela pública primaria a tener un espacio curricular para ser educados en sus creencias religiosas y de un espacio de contenido general para aquellos que no desearan recibir una instrucción religiosa específica. En ese contexto, entendió que correspondía revocar la sentencia al no evidenciarse que la educación en la religión católica apostólica romana en las escuelas públicas confrontara con la Constitución Nacional, con los tratados de derechos humanos o con las observaciones generales citadas.

Añadió que, contrariamente a lo afirmado en la sentencia de grado, la disposición 45/09 de la Dirección General de Educación Primaria y Educación Inicial se presentaba como un medio adecuado para permitir que se otorgara en las escuelas públicas salteñas clases de religión y que se arbitrara a los hijos de quienes no pertenecían a la religión católica un ámbito en el cual se los educara de acuerdo con sus propias convicciones, asegurando, así, el respeto a la libertad y a la dignidad de todos los alumnos.

Luego de formular variadas consideraciones sobre el alcance de la garantía de la igualdad, la Corte local afirmó que la decisión de requerir a los padres y/o tutores que manifestaran si deseaban que sus hijos asistieran o no a la clase de religión, no evidenciaba la utilización de un método que afectara el derecho a la igualdad ni implicara discriminación. Admitida la constitucionalidad de la norma que establecía la enseñanza de religión en los colegios, la separación de los niños entre quienes recibían esa enseñanza y quienes no lo hacían, resultaba razonable y no menoscababa el derecho a la igualdad.

Sostuvo que si todos tenían el derecho a la libertad de cultos (incluido el de no tenerlo) y el legislador había decidido otorgar en las escuelas públicas enseñanza de la religión respetando el derecho de los padres y/o tutores a exigir que se diera a sus hijos y/o pupilos la que estuviera de acuerdo con sus convicciones, o a no recibirla, aparecía razonable y no discriminatorio el sistema de solicitar –en forma previa– una manifestación expresa de aquellos. Por el contrario, no lo era la pretensión de resguardar el derecho a la intimidad por sobre el derecho de los alumnos a recibir una educación religiosa. La tensión entre los derechos de las partes que se planteaba en el caso, debía ser resuelta mediante una solución que compatibilizara ambos y no que suprimiera, sin más, el de una de ellas.

Por último, la Corte local expresó que asistía razón a los actores en punto a que debía garantizarse en todo momento el derecho de los alumnos que no desearan participar en las prácticas religiosas, para lo cual afirmó que resultaba necesario que aquellas que se realizaran en el horario escolar lo fueran solamente durante el espacio curricular destinado a la enseñanza de la religión y que se dispusiera para los niños que no concurrían a dicha clase de un espacio alternativo de formación donde los alumnos pudieran recibir la instrucción según sus convicciones. Señaló que estas medidas debían ser adoptadas por el juez de grado en la etapa de ejecución de sentencia.

3º) Que contra esta decisión las coactoras y la Asociación por los Derechos Civiles (ADC) interpusieron recurso extraordinario federal, que fue concedido (fs. 1026/1045 y 1123/32 vta. del expte. 33.659/10).

Las recurrentes sostienen que la sentencia vulnera los derechos a la libertad de culto y de religión, a la igualdad, a la educación sin discriminación y a la intimidad, contenidos en los tratados internacionales incorporados a nuestra Constitución Nacional; que la decisión de la Corte local importó avalar prácticas de adoctrinamiento religioso coercitivo en los

establecimientos de educación primaria y dispuso la adopción de una medida que atenta directamente contra el carácter neutral e integrador que debe tener la escuela pública.

Alegan que desde la sanción de la ley provincial de educación 7546, se ha venido estableciendo una serie de prácticas que no se compatibilizan con las libertades y los derechos mencionados; que sin perjuicio de lo establecido en los arts. 8º, inc. m y 27, inc. ñ, de la referida ley, en la práctica, el Estado provincial no ha garantizado la enseñanza simultánea de varias religiones, sino que ha ponderado la enseñanza de la educación religiosa católica, tornando a la ley inconstitucional tanto en su ejecución como en su aplicación. Aducen que la única forma de que la educación religiosa en la escuela pública no conduzca a prácticas coercitivas y discriminatorias es que se lleve a cabo fuera del horario escolar a fin de resguardar los derechos en juego.

Manifiestan que la sentencia contradice la Observación General n° 22 del Comité de Derechos Humanos, que afirma que la educación que incluye instrucción en una religión o creencia determinada debe contemplar exenciones no discriminatorias o alternativas que se ajusten a los deseos de los padres y/o tutores, situación que según surge de las constancias de autos no ha tenido –ni tiene- lugar en la provincia. Con sustento en la doctrina de Fallos: 332:433 (“*Partido Nuevo Triunfo*”), afirman que existe una presunción de inconstitucionalidad en el trato distinto que reciben los alumnos de las escuelas primarias sobre la base de sus creencias religiosas.

Por último, expresan que el art. 2º de la Constitución Nacional refiere a la obligación de sostener el culto católico solamente desde el punto de vista económico, y que ha adoptado el principio de neutralidad religiosa, por lo que no es posible validar las decisiones de las mayorías populares que afecten derechos fundamentales.

4º) Que el recurso extraordinario resulta admisible toda vez que en el caso se encuentra en tela de juicio la validez de una norma provincial –el art. 27, inc. ñ, de la ley 7546 y, subsidiariamente, los arts. 49 de la constitución provincial y 8º inc. m, de la ley mencionada- bajo la pretensión de ser repugnante de los derechos constitucionales a la libertad de religión y de conciencia, a la igualdad y no discriminación y a la intimidad, y la decisión apelada ha sido contraria a las pretensiones de las recurrentes (art. 14, inc. 2º, de la ley 48).

Cabe destacar que, de conformidad con la reiterada doctrina de esta Corte Suprema, en la tarea de interpretar y aplicar normas de naturaleza federal, el Tribunal no se encuentra limitado por los argumentos de las partes ni por los aportados por los órganos jurisdiccionales, sino que le incumbe efectuar una declaración del punto en disputa de acuerdo con la inteligencia que rectamente le otorgue (conf. Fallos: 324:803; 328:651; 329:201, 2975 y 3568, entre muchos otros).

5º) Que encontrándose en juego los intereses de los menores se dio vista de las actuaciones al señor Defensor Oficial, quien dictaminó a fs. 1143/1149, en el sentido de que correspondía confirmar el pronunciamiento apelado.

En términos generales, compartió los argumentos de las sentencias dictadas con anterioridad y sostuvo que las normas cuestionadas resultaban constitucionales en tanto se encontraban amparadas por la Constitución Nacional (arts. 5º y 75, inciso 22), desde que de su letra no se advertía que vulneraran la libertad de culto ni la libertad de conciencia religiosa y de pensamiento sino que, por el contrario, se mostraban respetuosas de ellas.

Sostuvo que la normativa no contenía –ni expresa ni implícitamente– prohibición o afectación a una religión determinada, que admitía otras religiones además de la católica y que resultaba extensible a otros pensamientos no religiosos (ateísmo y agnosticismo).

Sin perjuicio de ello, expresó que no se presentaba idéntica situación con respecto a las prácticas llevadas a cabo para hacer efectiva la enseñanza religiosa que habían sido denunciadas por las actoras, en tanto resultaban claramente violatorias de los derechos mencionados, como así también del interés superior del niño. Empero, destacó que dicha cuestión no fue ajena a la consideración de la Corte local, que expresamente las prohibió fuera del horario de la clase de la materia religión prevista en el currículo y ordenó que se arbitrarán los medios necesarios para establecer programas alternativos para aquellos niños que no profesaran la fe católica, evitándose un adoctrinamiento que generara en los menores un conflicto de lealtades entre la formación que recibían en sus hogares y la enseñanza impartida en el establecimiento educativo.

Por último, sin desconocer la utilidad práctica que se derivaba de la declaración de voluntad sobre sus creencias o convicciones que los padres y/o tutores debían efectuar en el formulario requerido por el establecimiento, atento a que una indicación de esa naturaleza podría generar algún grado de discriminación según la forma en que se llevara a cabo, entendió conveniente que la ejecución de la sentencia fuera monitoreada periódicamente a fin de verificar que la tolerancia religiosa y de pensamiento se cumpliera sin discriminación, tomando en cuenta la opinión de todos los involucrados y especialmente la de los educandos.

6°) Que asimismo, en razón de la naturaleza y entidad de las cuestiones sometidas a conocimiento del Tribunal, se dio vista a la Procuración General de la Nación que emitió su dictamen a fs. 1151/1159, en el sentido de confirmar la declaración de constitucionalidad de los arts. 49 de la Constitución local y 8°, inc. m, de la ley de educación provincial, con excepción del art. 27, inciso ñ, de la referida ley, como así también de la disposición 45/09 de la Dirección General de Educación Primaria y Educación Inicial.

Luego de precisar que la cuestión medular consistía en determinar si la implementación de la educación religiosa en la escuela pública organizada como parte del plan de estudios y dentro del horario de clase prevista en la ley local lesionaba derechos previstos en la Constitución Nacional, entendió que a la luz de las constancias de la causa ello había importado en la práctica una grave interferencia en las distintas dimensiones de la libertad de religión y conciencia.

Para dictaminar de ese modo, sostuvo que la aplicación de las normas locales había implicado una coacción directa e indirecta en la elección de los niños, niñas, padres y representantes legales sobre sus creencias que estaba prohibida expresamente por el art. 14 de la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales, lo que conllevó a afectar la esfera más íntima de la libertad de religión y conciencia. El hecho de que niños y niñas no católicos fueran instruidos en el catolicismo durante el horario escolar implicaba una presión indebida a su libertad de elección, máxime cuando ello acontecía en un ambiente tan permeable a las influencias como la escuela primaria, incluso fuera del espacio curricular destinado a la instrucción religiosa, y en el contexto de una sociedad con una religión fuertemente predominante.

Afirmó que ello había tenido un impacto desigualitario y discriminatorio con relación a un grupo que tiene una especial protección. Mientras los alumnos católicos recibían educación de acuerdo con sus propias convicciones, los estudiantes no católicos era instruidos en una religión en contra de sus convicciones y aquellos que decidían no participar no recibían una instrucción académica alternativa. Puntualizó que la educación religiosa prevista en las normas no había sido implementada como una enseñanza neutral y objetiva y el régimen de exenciones que se intentó ejecutar no constituyó más que una posibilidad teórica.

Por último, y con particular referencia a la disposición 45/09, entendió que la obligación de revelar el credo que surgía de la implementación de la educación religiosa implicaba una injerencia de terceros en uno de los aspectos más íntimos de las personas que estaba prohibida por el art. 19 de la Constitución Nacional y en los tratados internacionales, en tanto podía configurar un modo de coaccionar la libertad de tener o no creencias religiosas.

En tales condiciones, concluyó que correspondía ordenar el cese de la enseñanza religiosa dentro del horario escolar y como parte del plan de estudios, así como la realización de prácticas religiosas –como rezos, bendiciones y oraciones en los cuadernos- dentro del horario escolar en el ámbito de las escuelas públicas.

7º) Que esta Corte llamó a una audiencia pública, a los fines informativos, en los términos previstos en la acordada 30/2007, con el propósito de que la parte actora y el Ministerio de Educación de la Provincia de Salta, expusieran sobre las cuestiones sometidas a conocimiento del Tribunal, y los jueces pudiesen interrogar libremente sin que ello implique prejuzgamiento (art. 9º).

Como consecuencia de esa decisión, se llevaron a cabo cuatro audiencias, en las que se dejó constancia de quienes expusieron en nombre de las partes intervinientes, terceros voluntarios admitidos y de quienes lo hicieron en el carácter de “Amigos del Tribunal” en los términos previstos en la acordada 7/2013.

8º) Que con carácter previo a decidir la controversia y a fin de precisar el contexto normativo en el que se encuentra inmerso el presente caso, corresponde señalar que el art. 49 de la Constitución provincial establece que el sistema educativo contempla el derecho de los padres, y en su caso los tutores, a que sus hijos, o pupilos, reciban en la escuela pública la educación religiosa que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

En consonancia con ello, la ley de educación provincial 7546, en su art. 8º, inc. m, dispone que uno de los principios, fines y criterios de la educación es garantizar el derecho previsto en el art. 49 de la Constitución de la Provincia de Salta, y en su art. 27, inc. ñ, reglamenta ese derecho al establecer que la enseñanza religiosa integra el plan de estudios y se imparte dentro del horario de clase, al tiempo que aclara que esa educación atiende a la creencia de los padres y/o tutores, quienes deciden sobre la participación de sus hijos o pupilos. Finalmente, señala que los contenidos y la habilitación docente requerirán el aval de la respectiva autoridad religiosa.

Dicha reglamentación se complementa con la disposición 45/09 de la Dirección General de Educación Primaria y Educación Inicial que establece que los padres y/o tutores deben manifestar si desean que sus hijos y/o pupilos reciban educación religiosa y, en caso afirmativo, respecto de qué credo. Esa manifestación es archivada en el legajo del alumno.

9º) Que encontrándose en tela de juicio la constitucionalidad de normas provinciales, corresponde formular el análisis de compatibilidad de tales pautas con la Ley Suprema. En particular, el examen debe centrarse en determinar si la cláusula del art. 49 de la Constitución local, por la que se estipula el derecho de los padres y, en su caso, de los tutores “*a que sus hijos o pupilos reciban en la escuela pública la educación religiosa que esté de acuerdo con sus propias convicciones*”, es compatible con el texto de la Constitución Nacional (y por reenvío de esta a algún tratado internacional incorporado al orden jurídico argentino que refiera al tema), a fin de constatar si la primera afrenta disposiciones de la segunda, en cuanto esta última reconoce el derecho de enseñar y aprender (art. 14) y regula aspectos de contenido de la educación pública (art. 75, inciso 19 y, por reenvío, inciso 22) que no pueden ser desconocidos por las provincias en el marco del sistema federal constitucional (arts. 5º, 121 y cc.).

En tal sentido, debe recordarse que *de conformidad con lo dispuesto en el art. 5 de la Ley Suprema, las provincias tienen plena autonomía para sancionar sus constituciones siempre que ellas estén de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías consagradas en aquella. Esta Corte Suprema ha reconocido la autonomía provincial, tanto para elegir sus propias autoridades como para diseñar sus instituciones y constituciones en consonancia con sus identidades y particularidades, y en tales oportunidades, ha destacado el valor de la diversidad que conlleva el régimen federal de gobierno adoptado por nuestro país* (conf. doctrina Fallos: 311:460 y sus citas; 317:1195 y sus citas; 329:5814).

10) Que resulta pertinente puntualizar que el sostenimiento del culto católico apostólico romano, consagrado en el art. 2º de la Constitución Nacional, no es óbice para proclamar el respeto a todos los cultos (arts. 14 y 19 de la Ley Fundamental). **No obstante la previsión constitucional de una religión especialmente sostenida, la neutralidad religiosa adoptada por nuestra Constitución Nacional surge de la enfática declaración de la libertad de cultos y la libertad de conciencia consagrados en las normas referidas respectivamente, postura que ha sido señalada por esta Corte Suprema en sus decisiones ya con anterioridad a la reforma constitucional de 1994** (conf. Fallos: 53:188; 265:336; 308:2268; 312:496).

En este marco de neutralidad, las obligaciones que corresponden al Estado a fin de garantizar el derecho a la libertad de cultos exigen imparcialidad y trato igualitario que permita el libre ejercicio de todos los cultos reconocidos. En cuanto a la imparcialidad, debe persistir en el supuesto que la persona no profese ninguna religión, desde que “*la posible lesión a las legítimas creencias de un ciudadano... puede alcanzar no sólo a aquellos que profesan un culto en particular sino a quienes establezcan una determinada jerarquía entre sus valores éticos*” (arg. Fallos: 312:496, considerandos 9º y 10).

Con la reforma constitucional de 1994, el reconocimiento y la protección de la libertad de cultos se ha visto reafirmada mediante la eliminación de disposiciones que, en el marco de una sociedad diversa y plural, restringían la igualdad de oportunidades derivada de la adscripción a un credo religioso (vgr. pertenencia al culto católico, apostólico y romano para poder acceder a los cargos de presidente y vicepresidente de la Nación); el criterio se ha visto igualmente ratificado con la incorporación, con jerarquía constitucional, de los tratados sobre derechos humanos a nuestra Ley Suprema.

Normativa constitucional federal sobre educación. Proyección sobre educación religiosa

11) Que en ese marco de neutralidad, el actual art. 75, inc. 19, de la Constitución Nacional, en cuanto se refiere al contenido y proceso educativos, dispone que es competencia del Congreso de la Nación Argentina “[s]ancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales; que aseguren la responsabilidad indelegable del Estado, la participación de la familia y la sociedad, la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna; y que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales”.

De ello deriva que el derecho constitucional de aprender, en el ámbito de la llamada educación formal y como correlato del derecho de enseñar, comprende las siguientes pretensiones por parte del educando: a) acceder al sistema educativo; b) obtener la información que en el se otorga; c) elegir el método de aprendizaje, dentro de los aprobados o permitidos por la ley y ofrecidos por el sistema educativo; d) procesar los contenidos y la información con sentido crítico; e) no ser discriminado en ninguna de las etapas del aprendizaje; y f) obtener la graduación luego de haber satisfecho los requisitos que la reglamentación determine.

Partiendo de dichos parámetros, y con particular referencia al caso, **surge del texto de la norma suprema nacional que el constituyente no ha consagrado expresamente que la educación deba ser laica, siendo evidente que para no ingresar en zona de inconstitucionalidad la enseñanza religiosa debe: a) ser el resultado de un proceso que garantice la participación de la familia y la sociedad en el diseño y control de los programas de estudio; b) asegurar la igualdad de oportunidades y posibilidades de los cursantes, sin discriminación alguna; c) promover –mediante sus contenidos y los métodos pedagógicos utilizados- los valores democráticos, dentro de los cuales destaca el libre desarrollo de las ideas y la forma de vida (autonomía) y el respeto por la diversidad (pluralismo).**

Normativa internacional sobre educación religiosa

12) Que en esa línea de razonamiento, a la hora de juzgar sobre la validez constitucional de normas que –como sucede en el caso- contemplan el derecho/deber a la enseñanza religiosa, resulta menester ponderar las pautas establecidas en los referidos tratados internacionales de derechos humanos que, como recientemente se ha mencionado, cuentan con jerarquía constitucional.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece que los Estados Partes “se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones” (art. 18, inciso 4; énfasis agregado).

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dispone: “los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos

reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones” (art. 13, inciso 3; énfasis agregado).

Asimismo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos estipula, que “[l]os padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones” (art. 12, inciso 4; énfasis agregado).

En este marco, la Observación General n° 13 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Observación General n° 22 del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, respectivamente, coincidieron en sostener una interpretación de las normas señaladas que resulta abarcadora del reconocimiento del derecho a recibir educación religiosa comprensiva de contenidos de valores universales e, incluso, de adoctrinamiento, en la medida en que se hayan previsto exenciones y posibilidades que estén de acuerdo con los deseos de padres y tutores.

Específicamente, la Observación General n° 22 señala que “...el párrafo 4 del artículo 18 permite que en la escuela pública se imparta enseñanza de materias tales como la historia general de las religiones y la ética siempre que ello se haga de manera neutral y objetiva. La libertad de los padres o de los tutores legales de garantizar que los hijos reciban una educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones proclamada en el párrafo 4 del artículo 18 está relacionada con la garantía de la libertad de enseñar una religión o creencias que se recoge en el párrafo 1 del mismo artículo 18. El Comité señala que la educación obligatoria que incluya el adoctrinamiento en una religión o unas creencias particulares es incompatible con el párrafo 4 del artículo 18, a menos que se hayan previsto exenciones y posibilidades que estén de acuerdo con los deseos de los padres o tutores” (párrafo 6).

La Observación General n° 13 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales explica que “el párrafo 3 del artículo 13 contiene dos elementos, uno de los cuales es que los Estados Partes se comprometen a respetar la libertad de los padres y tutores legales para que sus hijos o pupilos reciban una educación religiosa o moral conforme a sus propias convicciones.... En opinión del Comité, este elemento del párrafo 3 del artículo 13 permite la enseñanza de temas como la historia general de las religiones y la ética en las escuelas públicas, siempre que se impartan de forma imparcial y objetiva, que respete la libertad de opinión, de conciencia y de expresión. Observa que la enseñanza pública que incluya instrucción en una determinada religión o creencia no se atiene al párrafo 3 del artículo 13, salvo que se estipulen exenciones no discriminatorias o alternativas que se adapten a los deseos de los padres y tutores”.

13) Que a la luz del panorama normativo constitucional y convencional reseñado en los considerandos que anteceden, corresponde admitir -como primera conclusión- que las normas provinciales de rango constitucional (art. 49) y legal (ley 7546, art. 8°, inc. m), por las que se establece que “los padres y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban en la escuela pública la educación religiosa que esté de acuerdo con sus propias convicciones”, no se presentan como violatorias de la libertad de culto ni de la libertad de conciencia religiosa consagradas en la Constitución Nacional desde que, a estar a los términos utilizados por el constituyente y el legislador provinciales, reproducen -en sustancia- las disposiciones citadas al no imponer la enseñanza obligatoria en religión alguna sino, por el contrario, mostrarse respetuosas de todas ellas.

Normativa extranjera sobre educación religiosa

14) Que el criterio seguido por la constitución salteña en punto a la admisibilidad de la educación religiosa en escuelas públicas, también ha sido adoptado por gran parte de la comunidad jurídica internacional, bien que con una extensión y alcance que difiere según el contenido, el carácter obligatorio u optativo y el horario en que se enseña la materia. Según un estudio preliminar efectuado por la Oficina Internacional de Educación (OIE) de la UNESCO en el año 2003, la enseñanza de la religión figura (a nivel constitucional o legal) al menos una vez como materia obligatoria -durante los nueve primeros años de la escolaridad- en los planes de estudio de 73 de los 140 países analizados.

Así, en algunos países la asignatura Religión se encuentra presente como obligatoria en los planes de estudios (Austria, Finlandia, Grecia, España, Dinamarca, Irlanda, Malta, Noruega, Suecia y Reino Unido, aclarando que conforme al currículo nacional de Inglaterra y Gales la asignatura debe ser representativa de las creencias mayoritarias de la región); en otros, se la prevé con carácter opcional (Bélgica, Italia, Eslovaquia, Holanda, Hungría, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Polonia, Ucrania y Alemania, con excepción de la llamada Bremer Klausel del art. 141 de la Ley Fundamental), y en otros no se verifica la enseñanza de la asignatura (Francia).

Del mismo modo, en el marco del constitucionalismo latinoamericano, la educación religiosa ha recibido consagración expresa en algunos textos constitucionales, como los de Paraguay (art. 74) y Bolivia (art. 86); otros prevén que sea optativa y admiten que sea impartida dentro de los horarios ordinarios, sin discriminación alguna, como el de Guatemala (art. 73). En Brasil, la Constitución consagra el derecho a la enseñanza religiosa, de recepción facultativa, a dictarse como disciplina en los horarios normales de las escuelas públicas de enseñanza fundamental (art. 210, inc. 1). En un reciente pronunciamiento, el Supremo Tribunal Federal resolvió que, a la luz del precepto citado, es constitucional la oferta de disciplinas con contenido confesional en materias no obligatorias en las escuelas públicas (acción de inconstitucionalidad 4439, fallo del 27 de septiembre de 2017).

Otros países consagran en sus constituciones la educación laica; tales los casos de México (art. 3º, I), Honduras (art. 151), Nicaragua (art. 124) y Ecuador (art. 28).

Naturaleza y titularidad de la pretensión reconocida en la Provincia de Salta

15) Que en tanto insertas en el texto fundamental salteño (art. 49) o derivadas de el (ley 7546, art. 8º inc. m), las normas provinciales en análisis participan de la llamada “fuerza normativa” de la Constitución (Hesse, Konrad, “Escritos de derecho constitucional”, traducido por Pedro Cruz Villalón, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pág. 61; Bidart Campos, Germán, “El derecho de la Constitución y su fuerza normativa”, Buenos Aires, Ediar, 1995; págs. 19/20), de lo que se deriva “*su aptitud para disciplinar la vida política y el comportamiento global de la sociedad*” (Sagüés, Néstor Pedro, “La interpretación judicial de la Constitución”, Porrúa, México, 2013, pág. 11).

La fuerza normativa del texto exige evitar una exégesis que lo prive de contenido específico y anule su vigor jurídico, dado que no cabe concluir que el constituyente o el legislador utilizan términos superfluos o redundantes, sino que todos ellos son empleados con algún propósito (arg. Fallos: 319:3241; 324:2153 y 2780; 331:1234).

La conclusión precedente adquiere particular importancia cuando se analiza el reconocimiento de un derecho constitucional, puesto que *“la exégesis de la ley requiere la máxima prudencia, cuidando que la inteligencia que se le asigne no pueda llevar a la pérdida de un derecho”* (Fallos: 326:742).

16) Que, en efecto, **del texto constitucional salteño surge explícito el reconocimiento de un “derecho constitucional” y no de una mera “expectativa”, lo que exige ponderar las consecuencias propias y específicas que se derivan de tal calificación respecto de cada uno de los sujetos –activos y pasivos- que se ven alcanzados por dicho reconocimiento.**

La titularidad de este derecho en cabeza de “los padres y/o tutores”, guarda consonancia con lo dispuesto en la Declaración Universal de Derechos Humanos en cuanto establece que *“los padres tienen derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos”* (art. 26.3), y resulta compatible con el rol relevante que la Constitución Nacional asigna a la familia, a quien tutela especialmente (“protección integral de la familia” y “defensa del bien de familia” dice el art. 14 bis). No cabe perder de vista que la familia configura un actor relevante en materia educativa, en tanto primer protagonista cronológico en la formación de la persona y, en ocasiones, su agente formativo más duradero o permanente. Por ello, es comprensible que la Constitución Nacional –como ha sido señalado con anterioridad en este fallo- asigne explícitamente a la *familia* un rol participativo en las etapas de diseño, ejecución y control del proceso educativo (art. 75, inc. 19).

Titularidad de la obligación. Margen de apreciación provincial

17) Que sentado lo precedente, corresponde identificar al sujeto pasivo primario destinado a garantizar el derecho constitucional asignado a padres y/o tutores. La disposición de la norma suprema provincial refiere a la “educación pública estatal”, de modo que **es indudable que el garante primario del citado derecho es el Estado salteño**, que es quien de modo indisponible –tratándose de derechos constitucionales- *“debe una prestación (de dar, hacer u omitir), frente al sujeto activo”* (Bidart Campos, Germán, “Tratado elemental de derecho constitucional argentino”, Tomo I–A, Buenos Aires, Ediar, 2007, pág. 756); se trata de una obligación que, conviene remarcarlo, se encuentra expresamente contemplada en la ley provincial 7546 (arts. 2°, 3°, 4° y 5°).

La asunción de la titularidad obligacional en materia de educación religiosa por parte de una provincia no es unánime en nuestro Estado federal. Una descripción sumaria de los textos constitucionales provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires arroja el siguiente panorama:

a) algunas provincias han previsto expresamente la educación religiosa en los establecimientos educativos públicos conforme a las creencias de los padres y/o tutores. La Constitución de la Provincia de Tucumán establece *“[e]s derecho de los padres el exigir para sus hijos que en los planes de estudios de las escuelas estatales se incluya la enseñanza del credo en el que los educan en el hogar, conforme con el orden y la moral pública. Tal enseñanza se impartirá dentro de los horarios de clase, con el debido respeto a sus convicciones personales...”* (art. 144, inciso 2); la ley fundamental de Catamarca consagra que *“la Provincia garantizará la Enseñanza Religiosa en sus centros educativos de todos los niveles según el culto de los educandos,*

siempre que el mismo esté reconocido por la Dirección Nacional de Cultos. Para los menores de edad queda a criterio de los padres el aceptar o no dicha enseñanza para sus hijos. La indicada enseñanza estará sujeta a normas jurídicas especiales y su dictado a cargo de personas propuestas por la Autoridad de los respectivos credos” (art. 270) y establece el derecho de los niños a su formación religiosa y moral (art. 65, acápite III, inc. 4°).

b) otras provincias prevén la posibilidad de impartir educación religiosa en las escuelas públicas en los términos anteriormente referidos, con la salvedad –constitucional o legislativa- de que sea realizada fuera del horario de clase y del plan de estudios. Esta es la orientación que se consagra expresamente en las constituciones provinciales de La Pampa que dispone: “Podrá impartirse enseñanza religiosa en las escuelas públicas a los alumnos que opten por ella, exclusivamente por los ministros autorizados de los diferentes cultos, con posterioridad a las horas de clase oficial” (art. 24, *in fine*) y en la de la Provincia de San Luis que establece que “[e]n las instituciones educativas estatales, la enseñanza religiosa sólo puede ser dada por los ministros o personas autorizadas de los diferentes cultos, a los alumnos de su respectiva comunión fuera de los horarios de clase, prestando atención a la religiosidad que es parte integrante de nuestra identidad histórico-cultural” (art. 75, inciso 4).

La constitución de la Provincia de Córdoba, por su parte, dispone “[a]segurar el carácter gratuito, asistencial y exento de dogmatismos de la educación pública estatal. Los padres tienen derecho a que sus hijos reciban en la escuela estatal, educación religiosa o moral, según sus convicciones” (art. 62, inc. 5) y la ley 9870 provincial consagra el derecho de los padres “a elegir para sus hijos o representados la institución educativa cuyo ideario responda a sus convicciones filosóficas, éticas o religiosas”, y específicamente, reconoce el derecho “[a] que sus hijos reciban de manera opcional, en el ámbito de la educación pública de gestión estatal, educación religiosa que les permita aprehender los valores y contenidos básicos de la creencia por la que hubieren optado, como contenido extracurricular, sin financiamiento estatal, fuera del horario de clases y a cargo de los ministros autorizados de los diferentes cultos” (art. 11, puntos b y e).

c) finalmente, otras provincias prevén expresamente que la educación pública es laica o no confesional. Refieren a la educación laica las Constituciones de las provincias de Entre Ríos (art. 258), Mendoza (art. 212) y Neuquén (art. 110). En similar sentido, la Constitución de San Juan establece que la enseñanza que imparte el Estado es “no confesional” (art. 80).

18) Que la descripción del panorama constitucional provincial reseñado, a la luz del texto del art. 5° de la Constitución Nacional que –como ha sido destacado con anterioridad- asigna a las provincias el cometido irrenunciable de “asegurar la educación primaria”, permite concluir que **la elección salteña en materia de enseñanza religiosa en escuelas primarias públicas expresa un “margen de apreciación provincial” que no confronta con el citado art. 5° sino, antes bien, expone una forma de implementar la competencia educativa atendiendo a las particularidades provinciales, de acuerdo con la ponderación de sus propios constituyentes.**

En tal sentido, se ha sostenido que “la necesidad de armonía entre los estados particulares y el Estado Nacional ‘debe conducir a que las constituciones de Provincia sean, en lo esencial de Gobierno, semejantes a la nacional; que confirmen y sancionen sus ‘principios, declaraciones y garantías’ y que lo modelen según el tipo genérico que ella crea. Pero no exige, ni puede exigir que sean idénticas, una copia literal o mecánica, ni una reproducción más o menos exacta o

igual de aquella. Porque la Constitución de una Provincia es el código en que condensa, ordena y da fuerza imperativa a todo el derecho natural que la comunidad social posee para gobernarse, a toda la suma originaria de soberanía inherente, no cedida para los propósitos más amplios y extensos de fundar la Nación. Luego, dentro del molde jurídico del código de derechos y poderes de ésta, cabe la más grande variedad, toda la que pueda nacer de la diversidad de caracteres físicos, sociales e históricos de cada región o Provincia, o de sus particulares anhelos o aptitudes colectivos” (González, Joaquín V., “Manual de la Constitución Argentina”, Bs. As. 1959, Estrada, págs. 648/649, citado en Fallos: 311:460).

Por ello, el “*margen de apreciación provincial*” en materia educativa permite entender (y convalidar) que ciertas jurisdicciones de nuestro Estado federal pongan énfasis, así como sucede en materia religiosa, en la enseñanza de temas tales como el fomento del espíritu asociativo y cooperativo, el conocimiento especial de la historia, cultura y geografía locales, la productividad basada en las características regionales, entre otros.

En efecto, diversas constituciones provinciales argentinas han consagrado en sus textos la educación en materia cooperativista o mutualista. Así, en el marco de la estimulación de la conformación de empresas de economía social, basadas en los principios del bien común y en la gestión solidaria, la Constitución de Entre Ríos establece que el Estado “[d]ifundirá el pensamiento y la educación cooperativista, mutualista y asociativista” (art. 76). En un sentido similar, la Constitución de Río Negro prevé que “la Provincia incorpora dentro del currículo oficial y en los distintos niveles de enseñanza, la educación cooperativa, a través de acciones conjuntas de las autoridades educativas, los representantes del sector cooperativo y el órgano competente en la materia” (art. 103) y la Constitución de Santiago del Estero también incluye formación relativa a “*cooperativismo y mutualismo*” (art. 74).

En torno a otro tema, que marca una especial impronta provincial, la Constitución de Jujuy dispone que “[l]os planes de estudio de los establecimientos educativos afianzarán el conocimiento de la cultura, historia y geografía jujeñas...” (art. 66, inc. 9).

Asimismo, algunos textos constitucionales provinciales refieren a la incorporación en los planes de educación de contenidos relativos a los sistemas de producción característicos de la región respectiva. La Constitución de San Luis prevé que el derecho a la educación abarca “[l]a integración de educación y trabajo, la comprensión inteligente de la capacidad productiva del medio y sus problemas, capacitándolo para las tareas vinculadas a los tipos de producción característicos de cada región” (art. 72, inc. 7), y con similar orientación, la Constitución de Neuquén refiere a que “[j]untamente con la enseñanza primaria se impartirán conocimientos prácticos relacionados con las actividades agrícolas, ganaderas, mineras o industriales, según la preponderancia de una u otras en los respectivos lugares donde funcionen” (art. 110). La Constitución de Misiones establece que “...se impartirán conocimientos prácticos, relacionados con los sistemas cooperativos, con las actividades agro-técnicas e industriales, según la preponderancia de las mismas en los respectivos lugares” (art. 41). Finalmente, la Constitución de Santa Fe dispone que “la educación técnica tiene en cuenta los grandes objetivos nacionales y se orienta con sentido regional referida preferentemente a las actividades agrícolas, ganaderas e industriales de la zona” (art. 109).

En síntesis, el estudio de las normas fundamentales provinciales de nuestro país permite verificar que en diversos casos se ha previsto la inclusión -en los planes de estudios-

de contenidos específicos vinculados con la jurisdicción propia, aspecto característico del “margen de apreciación provincial” que es connatural al sistema federal establecido por el art. 1° de la Constitución Nacional.

Alcance de la obligación estatal

19) Que admitido que la enseñanza religiosa en la escuela pública -según la convicción de los padres y/o tutores- constituye un “derecho” y que es el Estado provincial el sujeto pasivo que debe garantizar el ejercicio de esa prerrogativa, corresponde examinar de qué modo puede lograrse dicho cometido.

Planteando las diferentes hipótesis del contenido de la obligación estatal de impartir educación religiosa que no menoscabe la libertad de conciencia de padres, tutores, hijos y pupilos, se presentan las siguientes posibilidades: a) un deber de “no interferencia” del Estado salteño; b) una “potestad facultativa” –y por tanto renunciable por parte del Estado salteño- para desarrollar (o no desarrollar) una política educativa en la materia; c) un “deber estatal de instrumentar una política educativa” sujeta a pautas que respeten los derechos constitucionales en juego.

A la luz del razonamiento que antecede, resulta evidente que las hipótesis planteadas como “no interferencia” y “potestad facultativa” no pueden definir el contenido de la obligación estatal provincial. Por un lado, la exégesis de las cláusulas en juego, que refieren a la educación “en la escuela pública”, lejos de disponer un deber de “no interferencia” exige por parte del Estado la instrumentación de obligaciones positivas en miras a su garantía, y por otro, la doctrina de la “fuerza normativa” a que se ha hecho referencia precedentemente exige concluir que el reconocimiento del derecho a la educación religiosa constituye un mandato; es decir, una exigencia constitucional de acción que no puede ser satisfactoriamente concebida en términos de “potestad facultativa”, sujeta a la discrecionalidad del Estado en torno a su cumplimiento, desde que las libertades consagradas en los textos constitucionales requieren un ejercicio efectivo para no quedar reducidas a simples declaraciones de derechos (Fallos: 312:496).

Descartadas las hipótesis de la “no interferencia” y de la “potestad facultativa” es claro que **la obligación del estado provincial para garantizar adecuadamente el derecho de padres, tutores, hijos y pupilos en materia de enseñanza religiosa** consiste en un “**deber de instrumentación**”. Tal deber es la contracara del derecho (y no de una mera expectativa) de los sujetos activos, que no puede cumplirse de cualquier manera, pues debe contemplar ineludiblemente no solo las pretensiones de los padres y/o tutores (“sus convicciones” en términos de las normas en debate), sino también –y fundamentalmente- los principios constitucionales que podrían verse involucrados con motivo de su implementación; en especial, la convivencia plural, la igualdad y la no discriminación.

Libertad religiosa. Dimensiones

20) Que el referido derecho a la educación religiosa constituye en la especie una proyección al plano educativo del derecho a la libertad religiosa y a la libertad de conciencia. Ya lo había dicho Esteban Echeverría en la sexta palabra simbólica de su “Dogma Socialista”

de 1837: “Reconocida la libertad de conciencia, sería contradictorio no reconocer también la libertad de cultos, la cual no es otra cosa que la aplicación inmediata de aquella”.

La libertad de cultos consagrada por la Constitución Nacional y la norma fundamental salteña comprende: a) la adhesión a un culto, con la posibilidad de ser “ejercido” o “profesado” libremente; b) la no adhesión a un culto determinado, que pretenda ser planteado como culto “oficial”; c) la no adhesión a ningún culto; d) la de no ser discriminado por adherir o no adherir a un culto, y su ejercicio únicamente está sujeto a las limitaciones prescriptas por la ley y que fueran necesarias para proteger a la seguridad, la salud o al orden y a la moral públicas o perjudique los derechos y la libertad de los demás (conf. arts. 19 de la Constitución Nacional y 12, puntos 1, 2 y 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), pero nunca puede ser obligado.

En su dimensión negativa, la libertad religiosa abarca el reconocimiento de la existencia de una esfera de inmunidad de coacción, tanto por parte de las personas particulares y los grupos cuanto de la autoridad pública, que excluye de un modo absoluto toda intromisión –estatal o no estatal- tendiente a lograr la elección forzada de una determinada creencia religiosa, a coartar el derecho a no expresar el culto elegido (derecho al silencio), o a impedir la no elección de culto alguno, restringiendo así la libre adhesión a los principios que en conciencia se consideran correctos o verdaderos.

En su dimensión positiva, la libertad religiosa constituye un ámbito de autonomía personal o individual que permite a los hombres actuar libremente en lo que se refiere a su religión, sin que exista interés estatal legítimo al respecto, mientras dicha actuación no ofenda, de modo apreciable, el bien común. Dicha autonomía se extiende a las agrupaciones religiosas, para las cuales importa también el derecho a regirse por sus propias normas y a no sufrir restricciones en la elección de sus autoridades ni prohibiciones en la profesión pública de su fe (“Bahamondez, Marcelo s/ medida cautelar”, Fallos: 316:479, disidencia de los jueces Cavagna Martínez y Boggiano).

Dentro de este marco bi-dimensional, la libertad religiosa incluye la posibilidad de ejercer la llamada “objeción de conciencia”, entendida como el derecho a no cumplir una norma u orden de la autoridad que violente las convicciones íntimas de una persona, siempre que dicho incumplimiento no afecte significativamente los derechos de terceros u otros aspectos del bien común (arts. 14 y 33 de la Constitución Nacional).

Conforme al desarrollo argumental efectuado al presente, **la libertad religiosa aplicada al ámbito de la enseñanza escolar no debe ni puede ser entendida en el sentido de excluir todo lo religioso de ese espacio y, a su vez, tampoco puede implicar la coerción en la formación religiosa, cualquiera fuera ella.** Debe, en consecuencia, proyectarse en el reconocimiento armónico de sus dos dimensiones que en el caso se reflejan en: el derecho a recibir o no recibir educación religiosa.

Tensión por la naturaleza ambivalente del derecho en juego. Inaplicabilidad del criterio de mayoría y minoría. Búsqueda de la maximización del goce de los derechos

21) Que en esa línea de razonamiento, frente a la consagración expresa del derecho de los padres y/o tutores a que sus hijos y/o pupilos reciban en la escuela pública educación religiosa de acuerdo con sus convicciones, se desprende necesariamente también el contenido negativo

del reconocimiento constitucional, consistente en el derecho de los padres y/o tutores a que sus hijos no reciban en ese mismo ámbito educación religiosa alguna, para el caso en que así lo resuelvan. En efecto, “*las normas sobre derechos personales... como principio, resultan disponibles para el sujeto activo, que puede a su discreción ejercer o no ejercer el derecho del que es titular (salvo derechos irrenunciables...)*...” (Bidart Campos, Germán, “Tratado elemental de derecho constitucional argentino”, Tomo I-A, Buenos Aires, Ediar, 2007, pág. 756).

Esta naturaleza bifronte de los derechos constitucionales impone el deber de asegurarse que las dos situaciones (el reconocimiento de la potestad de ejercicio y de su abstención) se hagan posibles y no se anulen. La anulación se verificaría si una posición impide o frustra a la otra, extremo que se daría si: a) se torna obligatoria la enseñanza para quien no quiera recibirla porque otros sí lo quieren (imposición); o b) no pueda recibirla quien quiere hacerlo porque otros se niegan (veto).

22) Que, en tales condiciones, resulta evidente que **el conflicto subyacente no puede resolverse ni con la “imposición” ni con el “veto”**, pues ello importaría bajar el umbral del disfrute de derechos constitucionales, generando vencedores y vencidos en la contienda que, lejos de favorecer la paz social y el respeto por la pluralidad y diversidad, terminaría consolidando una situación que, precisamente, se intenta evitar.

Por el contrario, **la solución que más se ajusta a las circunstancias del caso y que mejor resguarda los intereses legítimos de todos los involucrados debe ser aquella que maximice el goce de los derechos constitucionales en juego**, valorando ambos aspectos -positivo y negativo- del acceso a la enseñanza religiosa en las escuelas públicas, para lo cual deben ineludiblemente articularse (antes que anularse) las pretensiones de padres, tutores, hijos y pupilos. Fuera de esta regla de calibración de derechos de los involucrados, quedarían abiertas las puertas a posiciones extremas de uno u otro lado de la discusión.

En ese camino, debe atenderse a la doctrina de esta Corte conforme a la cual la Constitución, en este caso salteña, conforma una estructura coherente, por lo que debe cuidarse –al momento de interpretar sus cláusulas- que no queden frente a frente los derechos por ellas enumerados para que se destruyan recíprocamente. Antes bien, ha de procurarse una hermenéutica armoniosa dentro del espíritu que les dio vida; cada una de sus partes ha de entenderse a la luz de las disposiciones de todas las demás, de tal modo de respetar la unidad sistemática de la Carta Fundamental (Fallos: 312:496, considerando 6° y sus citas).

De ahí que, siguiendo la línea argumental precedente, se aprecia que en el caso –como se ha planteado en otras oportunidades- no existe una regla válida para resolver el conflicto bajo examen, porque surge un “campo de tensión” entre derechos de rango similar. De ahí que cuando la dogmática deductiva no brinda soluciones, debe recurrirse a la ponderación de principios jurídicos, en tanto configuran normas que constituyen mandatos para la realización de un valor o un bien jurídicamente protegido en la mayor medida posible (cfr. Dworkin, Ronald, “*Los derechos en serio*”, Planeta-Agostini, 1993, colección Obras Maestras del Pensamiento Contemporáneo, pág. 72 y ss.). En efecto, la respuesta al dilema planteado debe enmarcarse en las exigencias democráticas del texto constitucional. La democracia exige un compromiso con la diversidad, el pluralismo y la tolerancia en cuyo marco se habilitan tensiones entre distintos derechos que conviven en legítima rivalidad, circunstancia que impide que el reconocimiento de derechos a un sector conlleve la destrucción de los derechos del otro.

Dicho de otro modo: **si hay una tendencia (por caso mayoritaria) debe evitarse la imposición de su criterio sobre la otra (por caso minoritaria); y, simétricamente, también debe evitarse el veto de una tendencia (vgr. minoritaria) sobre el criterio de la otra (vgr. mayoritaria). No se trata, por tanto, de hacer prevalecer mayoría o minoría, pues ello se traduciría indefectiblemente en la minimización y/o aniquilamiento del derecho de alguno de los sectores en pugna en lugar de favorecer su máxima expansión posible.**

Derecho a la educación religiosa y principio de educación integral

23) Que en la búsqueda de una solución que atienda las legítimas aspiraciones de todos los involucrados y que guarde coherencia y armonía con el ordenamiento constitucional salteño, no debe perderse de vista que la Constitución de Salta en el capítulo referente a “la educación y la cultura”, contempla junto al derecho de los padres y/o tutores “*a que sus hijos o pupilos reciban en la escuela pública la educación religiosa que esté de acuerdo con sus propias convicciones*” (art. 49), el principio de educación integral como una finalidad específica del sistema educativo provincial. Al respecto, dispone que “*el fin de la educación es el desarrollo integral, armonioso y permanente de la persona en la formación de un hombre capacitado para convivir en una sociedad democrática participativa basada en la libertad y la justicia social*” (art. 48). En el mismo sentido, el art. 27 de la ley 7546 sostiene que “*la Educación Primaria tiene como finalidad proporcionar una formación integral, básica y común*”.

De modo que el constituyente local consagró, vinculándolas, ambas pautas (el “derecho a la educación religiosa” y el “principio de educación integral”) en el sistema educativo diseñado para su provincia, en el marco de las potestades otorgadas por el sistema federal argentino y aplicando el “margen de apreciación provincial” en la materia a que se ha hecho referencia anteriormente.

Ello satisface los estándares determinados por la ley 26.206 de Educación Nacional, que reconoce como derechos de los alumnos, entre otros, los de: “*a) una educación integral e igualitaria en términos de calidad y cantidad, que contribuya al desarrollo de su personalidad, posibilite la adquisición de conocimiento, habilidades y sentido de responsabilidad y solidaridad sociales y que garantice igualdad de oportunidades; b) [s]er respetados/as en su libertad de conciencia, en el marco de la convivencia democrática*” (art. 126).

Tal aspecto ha sido resaltado por la Convención sobre los Derechos del Niño, que reconoce “*el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo, físico, mental, espiritual, moral y social*” (art. 27, punto 1).

Asimismo, entre las finalidades que deben perseguir los Estados en la educación de los niños, la Convención citada refiere a la de “[i]nculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya” (art. 29, inc. c), como así también “[p]reparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena” (art. 29, inc. d).

Tal concepción de desarrollo del niño comprensiva “*de una manera amplia, holística, que abarca lo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social*” ha sido también recep-

tada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Caso “*Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay*”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 2 de septiembre de 2004, Serie C. N° 112, Párrafo 161, con cita de la Observación General N° 5 del Comité de los Derechos del Niño, Naciones Unidas, 27 de noviembre de 2003, párrafo 12).

En definitiva, **la enseñanza de la religión configura uno de los tantos contenidos que se imponen como necesarios para que el alumno construya su propia identidad y logre un desarrollo integral de su personalidad, lo que no ocurriría si se silenciaron los contenidos cognitivos religiosos parcializándose la comprensión de la realidad cultural circundante en la que se desenvuelve el sujeto.**

Criterios constitucionales sobre diseños educativos religiosos en escuelas públicas

24) Que en tales condiciones, habiendo la Provincia de Salta considerado que la religión constituye un contenido válido en el diseño curricular de la enseñanza estatal, resulta pertinente señalar las pautas que permitan evaluar la constitucionalidad del art. 27, inciso ñ, de la ley 7546 en cuanto contempla los planes de estudio, recordando que la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional y una de las más delicadas funciones del Poder Judicial y debe ser considerada, por ello, como última ratio del orden jurídico “...a la que sólo cabe acudir cuando no existe otro modo de salvaguardar algún derecho o garantía amparado por la Constitución Nacional, si no es a costa de remover el obstáculo que representan normas de inferior jerarquía...” (conf. doctrina de Fallos: 288:325; 295:850; 312:2315, entre otros), debiendo ejercerse “cuando la repugnancia con la cláusula constitucional es manifiesta y de incompatibilidad inconciliable” (CSJ 132/2014 (50-L)/CS1 05/09/2017, CSJ 142/2013 (49-R)/CS1 28/10/2014, Fallos: 285:322; 303:625; 322:842; 338:1504, entre muchos otros).

25) Que el examen de validez de la citada norma debe efectuarse –tal como ha sido señalado con anterioridad– a partir del marco de las exigencias y principios democráticos que surgen del texto constitucional, cuyo compromiso con la diversidad y el pluralismo habilita que no pueda predicarse que el reconocimiento de derechos a un sector pueda conllevar el aniquilamiento de los derechos del otro, máxime cuando la implementación del contenido curricular se concreta en un ambiente tan permeable a las influencias como lo es la escuela primaria, y en el contexto de una sociedad con una religión fuertemente predominante.

En efecto, en una sociedad democrática, donde muchas religiones coexisten al interior de una misma población, puede ser necesario que la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión sufran limitaciones derivadas de la necesidad de conciliar los intereses de diversos grupos y de asegurar el respeto a las convicciones de todos (arg. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, “*Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Denmark*”, n° 5095/71, 5920/72, 5926/72, CEDH, 7/12/76, párr. 54 y “*Kokkinakis v. Grecia*”, del 19 de abril de 1993, párrafos 31 y 33).

Por ello, es menester recordar que –como ha señalado esta Corte– “es propio de la exégesis buscar el verdadero sentido de la ley mediante un estudio atento de sus términos que consulte la racionalidad del precepto y la voluntad de legislador. De ahí, que lo importante es no ceñirse a rígidas pautas gramaticales sino a computar el significado profundo de las normas, pues el co-

metido judicial no concluye con la remisión a la letra de éstas, toda vez que los jueces, en cuanto servidores de derecho y para la realización de la justicia, no pueden prescindir de la ratio legis y del espíritu de aquéllas” (conf. Fallos: 307:398 voto del juez Carlos S. Fayt; 330:1927, entre otros). Asimismo, debe hacerse mérito que el conjunto de las disposiciones en análisis constituye un bloque normativo cuyas reglas deben ser interpretadas armónicamente, con el propósito de resguardar el sentido que el legislador -y el constituyente provincial en el caso- ha procurado asignarle y, al mismo tiempo, asegurar que su aplicación a los casos concretos conlleve a un resultado que maximice la vigencia de los derechos.

La exégesis de los textos constitucional y legal bajo análisis no permite concluir, en modo alguno, que la enseñanza de la religión revista carácter obligatorio y tampoco que deba ser orientada hacia una religión determinada. Repárese que la norma dispone expresamente que “*se la impartirá atendiendo a las convicciones de los padres que deciden sobre su participación*”, afirmación de la que no puede desprenderse una conclusión contraria a la sostenida, máxime si se la valora dentro del contexto normativo en el que se encuentra inserta, que pone el acento en la implementación de una política educativa basada en el respeto de la libertad, tolerancia, diversidad y pluralismo (conf. arts. 6°, 8°, incs. a, b, c, y 27, inc. l, de la ley 7546).

26) Que en ese orden de ideas, sin pretender incursionar en cuestiones propias del derecho provincial, descartado que la norma imponga de manera obligatoria la educación en una religión en particular, resulta indiscutible que, a fin de lograr la concreción de los principios constitucionales en juego, **el contenido de la asignatura –materializado en los planes de estudio- debe avocarse a otorgar conocimientos sobre el núcleo de las creencias y valores junto a los hechos históricos más relevantes de los cultos reconocidos oficialmente y que respondan a las convicciones de los padres y/o tutores, con una pedagogía neutral y objetiva que valide la pluralidad y privilegie el respeto por la diferencia, sin requerir la adhesión personal del alumno sino su comprensión intelectual** (v. en este sentido, la orientación adoptada por el Comité de Derechos Humanos, Observación General n° 22, párrafo 6).

De este modo, en una etapa de la vida en la que se encuentra en formación la personalidad y en desarrollo la capacidad crítica, se promueve el diálogo entre quienes profesan un culto (sea mayoritario o minoritario de la población concernida) y aquellos que no profesan ninguna creencia religiosa, lo que no solo encuadra dentro de los parámetros constitucionales de autonomía personal e igualdad de trato, sino que posibilita la construcción actitudinal de ciudadanía desde una edad temprana.

Por tanto, resulta evidente que la forma en que la enseñanza religiosa no lesione alguna de las pretensiones que se desprenden del derecho a la educación consagrado por la norma fundamental argentina (esto es, acceso al sistema y a la información, elección del método de aprendizaje, despliegue del sentido crítico, no discriminación en ninguna etapa educativa ni trabas a la graduación), radica en: a) que la oferta educativa en materia religiosa prevea todas las posibles demandas, esto es, la de creyentes y no creyentes y, dentro de las primeras, la de los distintos cultos; y b) que al mismo tiempo la opción del educando no incida *per se*, es decir, por el solo hecho de aceptar o rechazar la oferta (y -en el primer caso- por aceptar alguna oferta en particular) en la calidad educativa ni en los resultados esperados dentro del sistema, en términos de promedios de calificación y obtención de la graduación.

27) Que del mismo modo, a fin de garantizar el efectivo cumplimiento de los parámetros constitucionales indicados y no vaciar de contenido la cláusula del art. 49 de la Constitución salteña y, por lo tanto, tornar inoperante las normas legales dictadas en su consecuencia, **resulta imprescindible la elaboración participativa de un contenido curricular que incluya los cultos expresados por padres y/o tutores como de su preferencia, siempre -claro está- que se trate de cultos oficialmente aceptados y que se respete en la enseñanza a los otros cultos, al ateísmo y al agnosticismo.** La actitud estatal provincial debe ser de neutralidad, enfocándose en el encuentro interreligioso y en el respeto de los laicos como una manera de contribuir a la paz social. En esa inteligencia debe ponderarse asimismo la última parte del art. 27, inc. ñ, de la ley provincial 7546, en cuanto contempla la participación de la autoridad religiosa en la elaboración del contenido y habilitación docente como modo de asegurar que responden y/o guardan correspondencia con las creencias que representan, en el marco de la responsabilidad que se les impone en las acciones educativas (art. 9° de la citada ley 7546).

El criterio de neutralidad que debe seguirse es el que refleja el texto del modelo de nota dirigida por el docente al padre/madre, que obra como anexo de la mencionada disposición 45/09, en la que expresamente se consigna que “[l]a materia abordará los contenidos conceptuales de la religión cultivando un clima de mutua comprensión y respeto, en el marco de una sociedad pluralista”. En sentido coincidente, en la audiencia de fecha 31 de agosto de 2017 el Ministerio de Educación de la provincia reconoció que la enseñanza religiosa de Salta no debe ser la de un culto determinado y que el contenido de la asignatura ha de ser amplio, abarcando todas las posibilidades (fs. 1655 vta., 1656, 1658, 1660 vta., 1666 vta./1667, entre otras del expediente principal).

En tales condiciones, **un diseño de contenidos y pedagogía gestado con la participación de padres y tutores** (Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Observación General n° 13, “El derecho a la educación”, 210 período de sesiones, 1999, UN Doc. E/C. 12/1999/10, párrafo 28) **que respete los criterios señalados en el considerando anterior torna irrelevante –en términos de vulneración de derechos- la discusión sobre el momento y/o la oportunidad en que se dicte la materia en cuestión (dentro o fuera del horario de clase)**, a la par que disipa las innumerables dificultades prácticas que, conforme surge de autos y quedara de manifiesto en la audiencia pública, traería aparejado el dictado de clases fuera del horario escolar (fs. 1663/1663 vta., 1666 vta./1667, entre otras).

28) Que, en función de la argumentación dada al presente, corresponde concluir que la educación religiosa en las escuelas públicas salteñas, a la luz del contenido que el constituyente local otorgó al principio de “educación integral”, impartida dentro del horario de clase y como parte del plan de estudios, no lesiona los derechos constitucionales a la libertad de religión y de conciencia, a la igualdad y a la intimidad, a condición de no ser obligatoria, coercitiva y/o discriminatoria para quienes no quieran recibirla y en la medida en que responda a los contenidos curriculares y a la modalidad pedagógica a que se ha hecho referencia en los considerandos precedentes. De hecho, surgen de autos algunas experiencias en que los padres optaron por celebrar un acuerdo con las autoridades escolares a fin de que sus hijos reciban educación religiosa mediante el estudio de contenidos universales (fs. 254 y 259/264 del expediente principal).

Como corolario de lo expresado, cabe afirmar que las normas en análisis imponen un deber para el Estado provincial de realizar una oferta educativa pluralista y objetiva, y paralelamente, un derecho renunciabile para los padres y/o tutores, que -en el caso de optar por su no ejercicio- exige el respeto al principio de no discriminación (arts. 4º, 8º y 27 de la ley 7546). En las condiciones señaladas, no se advierten motivos válidos que autoricen a descalificar la validez constitucional de los textos concernidos, pues -dado el alcance y la modalidad a que se ha hecho referencia en los considerandos precedentes- no puede predicarse de su contenido auto-contradicción lógica ni que las obligaciones que de ellos derivan resulten de cumplimiento imposible.

29) Que asumida la constitucionalidad normativa del derecho a la educación religiosa en la escuela pública en horario de clase y como parte del plan de estudios, corresponde analizar si su implementación conforme a los criterios señalados *ut supra* ha sido desarrollada respetando (o violentando) los principios constitucionales reiteradamente mencionados (autonomía personal, libertad de conciencia, libertad religiosa, igualdad y “no discriminación”).

A fin de aventar cualquier objeción, resulta conveniente puntualizar que **en el *sub examen*, a estar a su texto, las normas jurídicas analizadas no utilizan la categoría religión para excluir a algunos de lo que se le otorga a otros en igualdad de circunstancias, sino que su uso permite la posibilidad de garantizar, en cada caso y a cada persona, el goce pleno de su derecho a recibir o, en su caso, no recibir tal educación, de conformidad con las íntimas convicciones de los padres y tutores, enmarcados en un programa que difunda las distintas posiciones frente al hecho religioso y propicie en los alumnos el hábito de respeto y tolerancia hacia aquellas. En esa inteligencia, limitada y dirigida a dicho alcance, no configura *per se* una aplicación de una “categoría sospechosa” propiamente dicha que, sometida a un examen riguroso, suscite la inconstitucionalidad de la norma. Por el contrario, en el caso la norma opera como una herramienta que tiene como “fin sustancial” garantizar el pluralismo y el respeto a las distintas creencias de los alumnos y sus padres en cuanto a la enseñanza y educación integral, principios de raigambre constitucional, como ha sido desarrollado con anterioridad.**

No obstante ello, se advierte que en la práctica por el modo en que el Estado provincial ha llevado a cabo la implementación de la enseñanza religiosa, la categoría en cuestión, en lugar de contribuir a los fines del pluralismo y educación integral mencionados, ha operado como un elemento de diferenciación y/o coerción entre los alumnos que violenta los principios constitucionales de autonomía personal, libertad de conciencia, libertad religiosa, igualdad y no discriminación, sin que el Estado haya aportado elementos de entidad suficiente que demuestren lo contrario.

Implementación de la enseñanza religiosa en Salta. Inconstitucionalidad “fáctica”

30) Que para formular un análisis situado y realista (y no meramente teórico), como así también para establecer criterios para el futuro, es preciso recurrir a la inveterada jurisprudencia de esta Corte según la cual sus sentencias deben atender a las circunstancias existentes al momento de la decisión (conf. Fallos: 306:1160; 318:2438; 325:28 y 2275;

327:2476; 331:2628; 333:1474; 335:905, entre muchos otros), lo cual incluye los testimonios recabados en las audiencias que tuvieron lugar por ante este Tribunal.

Aun cuando conforme a lo expresado anteriormente, en las escuelas públicas primarias salteñas debe ofrecerse enseñanza religiosa atendiendo a la creencia de los padres y/o tutores, en un marco de respeto por la pluralidad, la tolerancia y la diversidad, las constancias de la causa muestran que, en los hechos, se ha dictado casi exclusivamente educación en el catolicismo, tal como acreditan los libros y cuadernos acompañados, las manifestaciones de los padres, el informe de las visitas de la supervisora religiosa, la formación de los maestros e informe del Profesorado Monseñor Roberto José Tavella, y la modalidad de cobertura de esos cargos (conf. fs. 26, 27/48, 236/237, 257/258, 259/264, 291, 335/336, 605/614 del expediente principal).

Se encuentra asimismo acreditado que algunos padres y representantes legales adujeron que autorizaron la permanencia de sus hijos o pupilos en la clase de religión a fin de que no sean individualizados y segregados o por cuestiones de seguridad, circunstancia esta última corroborada en autos por un informe de supervisión escolar; otros, acordaron con las autoridades educativas que sus hijos ingresaran más tarde a la escuela o que permanecieran igualmente en el aula mientras se dictaba la clase de religión, incluso cuando el contenido de la materia enseñanza religiosa no refería a valores universales ni a historia de las religiones. También se encuentran corroboradas en la causa falencias en la previsión de propuestas alternativas que contribuyan a la formación de estudiantes cuyos padres manifestaron expresamente optar por no recibir educación religiosa (conf. fs. 250/251, 261, 262, 281 del expediente de mención).

Por otra parte, se ha tenido por acreditado que las prácticas propias de la religión católica excedieron el espacio curricular destinado a la educación religiosa, mediante –por ejemplo– la colocación de oraciones en los cuadernos de los alumnos al comienzo de cada día, o las alusiones al catolicismo en las carteleras de las escuelas (fs. 50/64, 65/82, 84/106, 712 del expte. citado) y que ha existido una confusión entre la enseñanza y la práctica de ritos, que constituyen la exteriorización más o menos solemne de la veneración o pertenencia a un culto, tales como la realización de rezos obligatorios al comienzo de la jornada escolar, el reconocimiento por una autoridad escolar de que el Padre Nuestro es la oración universal y la bendición de la mesa (fs. 255, 271, 279, 712 y 724 del expediente pre-aludido).

En el contexto del análisis, puede mencionarse que según se ha expresado en las audiencias públicas realizadas por ante este Tribunal, las prácticas citadas se habrían mantenido hasta la actualidad, pese a que la autoridad educativa salteña habría hecho saber a los directores de las escuelas públicas –por medio de la circular n° 02/12– lo resuelto en esta causa por el juez de grado en punto al cese de conductas que en las instituciones públicas de educación primaria impusieran prácticas de la religión católica. Lo expuesto es prueba elocuente del celo con que debe controlarse la vigencia de los principios constitucionales en juego al momento de la implementación de la enseñanza religiosa en la provincia.

31) Que en el estado actual de desarrollo de una sociedad democrática, no puede desconocerse que la conducta descripta precedentemente constituye una grave afectación a los derechos constitucionales analizados en los considerandos anteriores. Ello es así pues las prácticas mencionadas importan una coacción (en ocasiones directa, en ocasiones indirecta) en la elección de los niños, niñas, padres y representantes legales sobre sus creencias, que

está prohibida expresamente por el art. 14 de la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales (art. 12, párr. 2, Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 18, párr. 2, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 1º, párr. 2, Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones).

32) Que en el examen de la situación fáctica, merece una consideración particular la disposición 45/09 de la Dirección General de Educación Primaria y Educación Inicial, en cuanto requiere que –mediante un formulario que entrega la autoridad escolar- los padres y/o tutores manifiesten si desean que sus hijos y/o pupilos participen de la enseñanza religiosa escolar y, en caso afirmativo, indiquen la creencia en la que desean ser instruidos, nota que debe ser archivada en el legajo del alumno (fs. 243, 246 del expediente principal). En la audiencia de fecha 31 de agosto de 2017, el Ministerio de Educación provincial manifestó que –en caso de no presentarse tal formulario- el alumno debía participar de la clase de educación religiosa (vgr. fs. 1660 vta./1661 vta. del expediente pre-mencionado).

La citada normativa impone una práctica que, por el modo en que se previó llevarla a cabo, no solo no condice con el reconocimiento y protección de los derechos constitucionales que se han venido sosteniendo en el presente fallo sino que también desconoce el derecho consagrado expresamente en la constitución provincial (art. 11, 2º párrafo), al colocar a los sujetos en la obligación de manifestar su posición frente al fenómeno religioso y, en su caso, el culto que profesan, cualquiera sea este, mayoritario o no. Es preciso recordar que el ámbito de protección consagrado en el art. 19 de la Constitución Nacional, incluye el derecho a no revelar las propias creencias (derecho al silencio), o de hacerlo en el momento, lugar y circunstancias que se consideren apropiadas. En consecuencia, **obligar a revelar el credo -cualquiera que este sea o aun cuando no fuera alguno- ante una autoridad educativa, importa una limitación a profesar libremente el culto y lesiona el derecho a la objeción de conciencia**, en infracción al párrafo segundo del art. 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Ello conlleva una afectación a la esfera más íntima de la libertad de religión y conciencia, que tiene una especial protección constitucional (art. 4º, inc. 2, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Comité de Derechos Humanos, Observación General n° 22, “*Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión*”, 48º período de sesiones, HRI/GEN/1/Rev. 7, 1993, párrafo 3).

33) Que **no obstante la manifiesta improcedencia de las conductas que, conforme surge de las constancias de autos, se han venido sucediendo en las escuelas primarias públicas salteñas, de ello no puede deducirse, sin más, la inconstitucionalidad de las normas infringidas.**

Sobre el tema, esta Corte ha sostenido que “*la colisión con los principios y garantías de la Constitución Nacional debe surgir de la ley misma y no de la aplicación irrazonable que de ella se haga en el caso concreto o de sus resultados*” (conf. doctrina de Fallos: 288:325; 317:44; 324:920; 330:3109; 340:141), pues “[e]fectuar [e]l análisis (de la validez constitucional) sobre la base de los resultados obtenidos en su aplicación, importaría valorarlas en mérito a factores extraños a ellas que, por lo demás, no son su consecuencia necesaria... Inadmisibles resultarían, sin duda, declarar la inconstitucionalidad de una ley a causa de contingencias atinentes a su cumplimiento, siendo que éstas pueden ser modificadas permanentemente” (Fallos: 288:325).

Admitido, conforme el desarrollo precedente, que las normas no lesionan derechos constitucionales y resultan acordes con los tratados internacionales en la materia, pero aceptado –también– que el panorama fáctico dista de garantizar el pleno goce de los derechos en juego para todos los habitantes de la Provincia de Salta en los términos exigidos por la disposición legal, la solución no puede –ni debe– pasar por suprimir tales normas sino por declarar la antijuridicidad de las prácticas que las desvirtúan y por establecer las condiciones necesarias para que alcancen plena vigencia.

34) Que en mérito a lo expuesto se concluye:

a) que la educación religiosa en escuelas públicas primarias en la Provincia de Salta constituye una elección que expresa el “margen de apreciación provincial” en la implementación de la competencia educativa que se desprende del art. 5° de la Constitución Nacional.

b) que la titularidad de los padres y/o tutores del derecho a que sus hijos y/o pupilos reciban educación religiosa en la escuela pública conforme a sus propias convicciones, dispuesta en la Constitución salteña, conlleva la obligación estatal de diseñar un sistema de “oferta obligatoria” para el Estado provincial y de “demanda facultativa” para los educandos.

c) que el carácter renunciante del derecho a recibir educación religiosa no impide que la materia “religión” integre el currículo, pero sí impide la exigencia de su cursado obligatorio y, consecuentemente, la necesidad de su graduación y la obtención de una calificación que incida sobre el promedio general del educando. Dicho carácter exige, asimismo, la elaboración de una alternativa que importe la ocupación productiva –cualquiera fuera el área académica– de los alumnos que no cursen la materia.

d) que los principios constitucionales de no discriminación y de igualdad de trato conducen a que la oferta educativa estatal salteña deba ser plural y contemple el conocimiento de los cultos reconocidos, con obvia inclusión de los que expresen las convicciones de padres y/o tutores, como así también de las posiciones agnósticas y ateas, en un marco de respeto y tolerancia. Debe impedirse que la enseñanza religiosa se rijan por el criterio de mayoría y/o de minoría.

e) que en el diseño de la oferta educativa (contenidos, bibliografía, selección docente y criterios pedagógicos), en su implementación y en el control subsiguiente, resulta imprescindible la participación de la familia, no solo por imperativo del art. 49 de la Constitución provincial, que titulariza el derecho en cabeza de padres y/o tutores, sino porque este criterio participativo es el que mejor se conjuga con el sistema democrático vigente en nuestro país (cfr. art. 75, inc. 19, de la Constitución Nacional referido al proceso de delimitación de las bases para la legislación nacional en materia educativa).

f) que las normas constitucionales y legales de la Provincia de Salta en punto a la enseñanza religiosa en escuelas públicas, ponderadas bajo el prisma de la Ley Suprema Nacional, son aptas para sortear el test de constitucionalidad, pues no puede predicarse de su contenido auto-contradicción lógica ni que las obligaciones que de ellas derivan resulten de cumplimiento imposible.

g) que no ocurre lo mismo con la implementación, que trajo aparejadas prácticas lesivas de derechos fundamentales. En particular,

- la manifestación de voluntad de padres y/o tutores respecto de la aceptación o no de la enseñanza religiosa, para el anoticiamiento de las autoridades escolares a los fines organizativos, debe realizarse evitando toda forma de estigmatización y/o de discriminación. En tal sentido, debe modificarse la presunción actualmente vigente, de modo que el impulso de recibir educación religiosa parta de los padres y/o tutores y no de las autoridades educativas y, en consecuencia, invertirse el alcance que se desprende del silencio de los padres y/o tutores sobre el tema. La falta de iniciativa de los representantes de los alumnos debe interpretarse, contrariamente a lo que sucede en la actualidad, como negativa a recibir la educación religiosa y no como asentimiento, resguardándose la libertad de no manifestar la posición frente a la religión de quienes no quieran hacerlo.

- la enseñanza religiosa debe evitar el ritualismo obligatorio y la catequesis durante la jornada escolar, pues esta actividad no es propia de la escuela pública sino del templo.

Por ello, habiendo dictaminado el señor Procurador Fiscal, se declara formalmente procedente el recurso extraordinario y, por los fundamentos y con el alcance que surge de los considerandos que anteceden, el Tribunal resuelve:

I. Declarar la constitucionalidad del art. 49 de la Constitución de la Provincia de Salta y de los arts. 8º, inc. m, y 27, inc. ñ, de la ley de educación provincial 7546, en cuanto admiten y permiten que la enseñanza de religión se lleve a cabo por medio de programas, docentes, pedagogía y bibliografía que difunda las distintas posiciones frente al hecho religioso y propicie en los educandos el hábito de respeto y tolerancia hacia aquellas.

II. Declarar la inconstitucionalidad, por violación a los derechos a ejercer libremente el culto, de aprender y de privacidad (arts. 14 y 19 de la Constitución Nacional), de toda práctica que, en la implementación de la enseñanza de religión en las escuelas públicas salteñas, implique la prevalencia conceptual de un culto por sobre los demás, la discriminación de quien no profese ningún culto o de quien profese alguno en particular, la imposición en las clases de catequesis o ritos religiosos, o el ejercicio de alguna forma de coerción para expresar la posición frente al fenómeno religioso de los educandos, sea de modo directo o por vía de sus padres o tutores.

III. Declarar la inconstitucionalidad, por violación del principio de igualdad y de no discriminación (art. 16 de la Constitución Nacional), a la obligación para los alumnos de tener que permanecer en el aula cuando se desarrollen las clases de religión que no respeten las convicciones de sus padres y tutores.

IV. Exhortar, en el marco del principio de “colaboración sin interferencia” que debe guiar la relación entre el Estado Nacional y los estados provinciales, al Ministerio de Educación de la Provincia de Salta y -por su intermedio- a las autoridades locales pertinentes, a que -a la brevedad y dentro del marco de su competencia- instrumente las medidas necesarias para adaptar los contenidos curriculares de la materia, como así también las modalidades de su implementación a lo aquí expresado, y disponga el cese de todo rito religioso durante la jornada escolar.

V. Exhortar, en función del principio señalado en el ítem precedente, a las autoridades provinciales y locales mencionadas, a controlar de manera sistemática el cumplimiento de las pautas fijadas en esta sentencia en todas las escuelas públicas primarias sujetas a su jurisdicción, a fin de garantizar que el respeto por la tolerancia y pluralidad religiosa y de

pensamiento encuentre en el ámbito escolar una recepción real, efectiva y sin discriminación alguna, tomando en cuenta la opinión de todos los involucrados.

Costas por su orden atento a las particularidades del caso (art. 68, segundo párrafo, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Notifíquese a todos los interesados y devuélvase.

HORACIO ROSATTI.



DERECHO DE CONSUMIDORES Y USUARIOS

“CENTRO DE ESTUDIOS PARA LA PROMOCIÓN DE LA IGUALDAD Y LA SOLIDARIDAD” (FALLOS: 339:1077)

En respuesta a un amparo colectivo que tenía como objeto que se garantizara el derecho constitucional a la participación de los usuarios la Corte anuló el aumento de la tarifa de gas respecto de los usuarios residenciales.

Tuvo en cuenta que la audiencia pública previa resultaba un requisito esencial para la adopción de decisiones en materia de tarifas y que su fundamento se encuentra en el art. 42 de la Constitución Nacional, que prevé la participación de los usuarios en los servicios públicos, reconociendo las hondas desigualdades inmanentes al mercado y al consumo, dada la asimetría real en que se desenvuelve la persona que acude al mercado en pos de la satisfacción de sus necesidades humanas.

La decisión se adoptó con el voto conjunto de los jueces LORENZETTI y HIGHTON DE NOLASCO y los votos propios de los jueces MAQUEDA y ROSATTI.

Principales ejes temáticos del fallo

» La importancia del proceso colectivo como una forma de garantizar el acceso a la justicia cobra especial importancia en el reclamo relacionado a las tarifas de gas y a los usuarios residenciales ya que el costo que significaría demandar individualmente supera claramente el beneficio que cada de dichos usuarios podría obtener de la sentencia dictada en la causa respectiva, y una interpretación que restringiera a este grupo la posibilidad de demandar de manera colectiva equivaldría lisa y llanamente a negar efectividad a la tutela constitucional frente a un acto lesivo.

» La cláusula del art. 42 de la Constitución Nacional –incorporada por la Convención Reformadora de 1994– reconoce en esta materia la participación ciudadana en la toma de decisiones públicas con un contenido amplio, traduciendo una faceta del control social que puede manifestarse de maneras distintas y cuya ponderación ha sido dejada en manos del legislador, al que corresponde prever el mecanismo que mejor asegure aquella participación en cada caso.

» El derecho consagrado en favor de los usuarios y consumidores en el art. 42 de la Constitución Nacional es un derecho operativo, ya que su obligatoriedad inmediata no está condicionada a actuación reglamentaria ulterior del Congreso de la Nación, aunque por cierto se deje en manos de la autoridad legislativa, como sucede en el campo de todos los derechos (art. 28), la determinación circunstanciada de los diversos procedimientos y situaciones bajo los cuales tendría lugar el nuevo derecho.

Enlaces destacados

» Ver más

- › Reseña
- › Citas del fallo
- › Otra información
- › Versión Word

» Dictamen

» Doctrina del fallo

» La participación de los usuarios con carácter previo a la determinación de la tarifa constituye un factor de previsibilidad, integrativo del derecho constitucional a una información “adecuada y veraz” (art. 42 CN) y un elemento de legitimidad para el poder administrador, responsable en el caso de garantizar el derecho a la información pública, estrechamente vinculado al sistema republicano de gobierno (art. 1° CN), al mismo tiempo que otorga una garantía de razonabilidad para el usuario y disminuye las estadísticas de litigación judicial sobre las medidas que se adoptan.

» El cargo de Defensor del Pueblo de la Nación, institución creada por la Constitución Nacional como órgano específicamente legitimado en la tutela de los derechos de incidencia colectiva en los términos de sus arts. 86 y 43, se encuentra vacante, circunstancia que repercute negativamente en el acceso a la justicia de un número indeterminado de usuarios, por lo que, habida cuenta de las relaciones que deben existir entre los departamentos del Estado, corresponde exhortar al Congreso de la Nación para que proceda a su designación de acuerdo a lo establecido en el art. 86 citado.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 18 de agosto de 2016.

Vistos los autos: “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c/ Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo”.

Considerando:

1°) Que el Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad (CEPIS) promovió una acción de amparo colectivo (artículo 43 de la Constitución Nacional y ley 16.986) contra el Ministerio de Energía y Minería de la Nación (MINEM) con el objeto de que se garantizara el derecho constitucional a la participación de los usuarios, previsto en el artículo 42 de la Constitución Nacional, y de que, en forma cautelar, se suspendiese la aplicación del nuevo “cuadro tarifario” previsto por la resolución MINEM 28/2016, hasta tanto se diera efectiva participación a la ciudadanía (fs. 29/44).

Con arreglo a esta pretensión la clase afectada estaría conformada por *“todo aquel usuario del servicio de gas, quien no contó con la posibilidad de que sus intereses sean representados con carácter previo al aumento tarifario”*.

Con posterioridad, el señor Carlos Mario Aloisi adhirió a la demanda y solicitó su incorporación como legitimado activo (fs. 55/56).

2°) Que el magistrado de primera instancia tuvo al CEPIS y al señor Aloisi por parte y definió el colectivo afectado en los términos planteados en la demanda. Asimismo, dispuso dar publicidad a la iniciación del amparo colectivo en el Centro de Información Judicial y procedió a la inscripción del proceso en el Registro Público de Procesos Colectivos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (fs. 58/62).

3°) Que Consumidores Argentinos Asociación para la Defensa, Educación e Información de los Consumidores (Consumidores Argentinos) se presentó como litisconsorte de la parte actora, cuestionando no solo la resolución MINEM 28/2016, sino también la resolución MINEM 31/2016 (fs. 113/126 vta.), entidad que fue tenida por parte (fs. 127/128).

Asimismo, acudieron varias cámaras de comercio e industria, concejales, diputados, senadores e intendentes, cuyas comparecencias se tuvieron presentes.

Por su parte, el Estado Nacional presentó el informe previsto en el artículo 8° de la ley 16.986 (fs. 149/184 vta.).

4°) Que el juez de primera instancia rechazó la acción interpuesta tendiente a obtener la suspensión de las resoluciones MINEM 28/2016 y 31/2016 y ordenó al Estado Nacional que, frente al nuevo esquema tarifario de los servicios públicos de transporte y distribución de gas natural, convocase –con amplia difusión en los medios nacionales y en el boletín oficial– a una audiencia pública para todos los usuarios, consumidores y asociaciones que los nuclean, a fin de garantizar su debida participación (fs. 291/322 vta.).

5°) Que contra la sentencia de primera instancia interpusieron recursos de apelación CEPIS, el Estado Nacional y Consumidores Argentinos (fs. 328/332; 334/345 vta. y 346/350, respectivamente).

6°) Que la Sala II de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata dispuso, en primer lugar, acumular a la presente todas las acciones colectivas que correspondiesen conforme a lo dispuesto en las acordadas 32/2014 y 12/2016 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En cuanto al fondo de la cuestión planteada, el tribunal a quo modificó la sentencia recurrida, declaró la nulidad de las resoluciones ministeriales cuestionadas y decidió retrotraer la situación tarifaria a la existente con anterioridad al dictado de las normas privadas de validez (fs. 416/445).

Para así resolver, la cámara entendió que la presente causa fue la primera en el tiempo en promoverse con relación a la casi totalidad de los expedientes de similares características y que fue la primera registrada. Decidió que las resoluciones cuestionadas eran nulas, por no haberse llevado a cabo la audiencia pública previa a su dictado.

Contra dicho pronunciamiento, el Estado Nacional (Ministerio de Energía y Minería de la Nación) interpuso recurso extraordinario (fs. 467/488 vta.), que tras cumplirse con la sustanciación correspondiente fue concedido por la cámara con efecto devolutivo (fs. 604/609 vta.).

7°) Que en su recurso extraordinario el Estado Nacional se agravia porque la sentencia de cámara no atendió al conflicto de competencia originado a raíz de la solicitud de inhibitoria formulada por la titular del Juzgado en lo Contencioso Administrativo Federal N° 5.

En cuanto a la exigencia de audiencia pública previa, sostiene que el tribunal a quo no hizo mérito de que en el caso se estaba en presencia de una revisión transitoria de tarifas, y no distinguió entre las resoluciones que aprueban el “precio” del gas de aquellas que aprueban los aumentos en las “tarifas” de los servicios públicos de su transporte y distribución. Argumenta que la cámara no consideró el dictado de la ley 25.790, en cuanto dispuso “que las decisiones que adoptase el Poder Ejecutivo Nacional en el desarrollo del proceso de renegociación no se hallarían condicionadas por las normas contenidas en los marcos regulatorios...”.

Sostiene que, al resolver como lo hizo, la alzada omitió considerar el interés público comprometido, profundizando así las gravísimas consecuencias económicas y sociales que acarrea la crisis del sector energético. Asimismo, considera que el decisorio tampoco explica

cómo se protegen los derechos de los usuarios en razón de la diversidad de las situaciones alcanzadas y, en particular, que lo decidido afectó a los más vulnerables al anular también los beneficios de la tarifa social.

8º) Que el recurso extraordinario es admisible pues el examen y la decisión del caso remiten directamente a la interpretación de diversas cláusulas de la Constitución Nacional, como son, por un lado, las que estructuran las bases mismas del sistema de división de poderes con respecto a las atribuciones de cada uno de los Departamentos del Gobierno Federal en materia de tarifas de los servicios públicos; y, por el otro, las disposiciones que reconocen el derecho de participación de los usuarios en dicha materia y las instancias judiciales contempladas para la tutela de sus intereses (artículo 14, inc. 3º, de la ley 48). Además, desde un plano infraconstitucional también se observa esta misma cuestión federal típica, pues se han puesto en cuestión actos de naturaleza federal cumplidos por una autoridad nacional (resoluciones MINEM 28/2016 y 31/2016), y la decisión ha sido en contra de su validez.

La apertura de esta instancia extraordinaria y federal hace pie, por último, en la trascendencia institucional que exhibe el conflicto a que han dado lugar las resoluciones mencionadas, generando una litigación de características excepcionales que compromete principios básicos del debido proceso constitucional en la tutela de los derechos de los usuarios y del Estado Nacional. Estas circunstancias exigen del Tribunal una rápida decisión que deje en claro –ante la sociedad, ante las diversas autoridades de la Nación y ante el resto de los tribunales– las reglas constitucionales que constituyen las vigas maestras para la resolución de esta clase de procesos, poniendo nuevamente en ejercicio la jurisdicción que, desde Fallos: 248:189, ha calificado como la más alta y eminente, connatural con la responsabilidad institucional que le corresponde como titular del Departamento Judicial del Gobierno Federal (artículo 108 de la Constitución Nacional).

9º) Que el agravio del Estado Nacional con relación al conflicto de competencia que se habría trabado con el fuero nacional en lo contencioso administrativo federal, corresponde que sea rechazado. En efecto, el recurrente no rebatió adecuadamente el fundamento del tribunal a quo relativo a que las cuestiones de competencia resultan admisibles solo cuando quedan trabadas con anterioridad al dictado de la sentencia en la causa que las motivan, lo cual no ocurrió en el caso en tanto la solicitud de estos autos por parte de la titular del juzgado de aquel fuero fue recibida con posterioridad al dictado de la sentencia definitiva por parte del juez federal de La Plata.

10) Que en primer lugar, y en uso de las atribuciones conferidas por el artículo 16 de la ley 48, corresponde delimitar los alcances de la presente sentencia. En tal sentido, el Tribunal adelanta su conclusión respecto de que la decisión que aquí se adopta se limita –por las razones que se desarrollarán a continuación– exclusivamente a los usuarios residenciales del servicio.

Es menester recordar que, en recientes precedentes, esta Corte reconoció que, de acuerdo a las disposiciones del artículo 43 de la Constitución Nacional, las asociaciones de usuarios y consumidores se encuentran legitimadas para iniciar acciones colectivas relativas a derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos, incluso de naturaleza patrimonial, en la medida en que demuestren: la existencia de un hecho único susceptible de ocasionar una lesión a una pluralidad de sujetos; que la pretensión

esté concentrada en los “efectos comunes” para toda la clase involucrada; y que de no reconocerse la legitimación procesal podría comprometerse seriamente el acceso a la justicia de los integrantes del colectivo cuya representación se pretende asumir (confr. “Padec”, Fallos: 336:1236; “Unión de Usuarios y Consumidores”, Fallos: 337:196 y “Consumidores Financieros Asociación Civil p/ su defensa”, Fallos: 337:753).

11) Que en el caso se cuestionan las resoluciones del Ministerio de Energía y Minería de la Nación que fijan nuevos precios y tarifas para el servicio de gas. De manera que se cumple con el recaudo relativo a que exista un hecho único susceptible de ocasionar una lesión a una pluralidad de sujetos.

La pretensión, por su parte, está concentrada en los “efectos comunes” para todo el colectivo, es decir, la necesidad de audiencia previa, lo que permite tener por configurado el segundo requisito expuesto en el considerando anterior. Al respecto debe repararse en que las resoluciones impugnadas alcanzan a todo el colectivo definido en la demanda.

12) Que, por el contrario, el recaudo de estar comprometido seriamente el “acceso a la justicia” –cuyo cumplimiento, según se expresó en “Halabi” (Fallos: 332:111), resulta ineludible para la viabilidad de una acción colectiva que tenga por objeto la defensa de intereses individuales homogéneos– no se encuentra cumplido respecto de todos los miembros del colectivo cuya representación se pretende asumir.

En efecto, como se señaló, en este caso la asociación actora se presentó, en el marco de un proceso colectivo, en representación de la totalidad de los usuarios de gas del país.

De la reseña efectuada surge que solo respecto de los “usuarios residenciales” (conforme decreto 2255/92 –Anexo “B”, Subanexo II–, decreto 181/2004 y resolución ENARGAS 409/2008) es posible sostener que el caso involucre un supuesto en el que se encuentre comprometido el acceso a la justicia. Ello es así, en tanto solo en relación al mencionado colectivo cabe aquí presumir una posición de mayor vulnerabilidad frente al efectivo cumplimiento de la garantía constitucional señalada (considerando 13, 4° párrafo del precedente “Halabi” citado). A este respecto, el Tribunal ha resaltado en diversos precedentes la importancia del proceso colectivo como una forma de garantizar el acceso a la justicia, valor que cobra especial importancia en este supuesto toda vez que el costo que significaría demandar individualmente supera claramente el beneficio que cada uno de dichos usuarios podría obtener de la sentencia dictada en la causa respectiva. Una interpretación que restringiera a este grupo la posibilidad de demandar de manera colectiva en este caso equivaldría lisa y llanamente a negar efectividad a la tutela constitucional frente a un acto lesivo.

13) Que, sin embargo, respecto del resto de los usuarios (no residenciales) no se ha demostrado, ni resulta de manera evidente de las constancias de autos, que el ejercicio individual de la acción no aparezca plenamente posible en atención a la entidad de las cuestiones planteadas (sentencia de esta Corte en la causa FMZ 82203891/2012/1/RH1 “Sociedad Rural Río V c/ AFIP s/ ordinario”, dictada el 4 de agosto de 2016).

Esta circunstancia impide tener por corroborada, con una certeza mínima, que se encuentre comprometida la garantía de acceso a la justicia que, conforme a la doctrina sentada en el precedente citado, resulta necesaria para habilitar la vía intentada respecto de tales usuarios, por lo que los efectos de esta sentencia no pueden alcanzarlos.

14) Que una vez delimitado el alcance que corresponde dar al presente pronunciamiento, este Tribunal resolverá ahora la cuestión atinente a si resulta obligatoria la celebración de audiencia pública como procedimiento previo al dictado de las resoluciones MINEM 28/2016 y 31/2016 que fijaron un nuevo esquema de precios del gas natural en el punto de ingreso al sistema de transporte (PIST) y dispusieron el nuevo cuadro tarifario de los servicios de transporte y distribución de gas.

En este sentido, corresponde recordar que el artículo 42 de la Constitución Nacional establece:

“Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno.”

“Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios.”

“La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.”

Esta cláusula fue incorporada por la Convención Reformadora de 1994 en la primera parte de la Constitución Nacional, dentro del capítulo titulado “Nuevos Derechos y Garantías”. La discusión y aprobación de la disposición de que se trata tuvo lugar –ante el dictamen de la Comisión de Redacción y la existencia de despachos de mayoría y en minoría dentro de la Comisión de Nuevos Derechos y Garantías– en el seno de la Convención en las reuniones 31 y 32 –3ª Sesión Ordinaria– que se desarrollaron los días 16 y 17 de agosto de 1994 (conf. www.hcdn.gov.ar, págs. 4168 y siguientes).

15) Que la consulta de los debates llevados a cabo en la Convención con motivo del reconocimiento expreso de este nuevo derecho, proporcionan dos conclusiones que, en definitiva, serán de relevancia para la decisión que esta Corte adoptará en este pronunciamiento.

En primer lugar, y a partir de los antecedentes referidos, corresponde interpretar que el texto constitucional puesto en vigencia reconoce en esta materia la participación ciudadana en la toma de decisiones públicas con un contenido amplio, traduciendo una faceta del control social que puede manifestarse de maneras distintas y cuya ponderación ha sido dejada en manos del legislador, al que corresponde prever el mecanismo que mejor asegure aquella participación en cada caso (conf. especialmente págs. 4352, 4355, y 4357/4360 de la sesión del 17 de agosto citada).

16) Que el otro aporte significativo que puede extraerse de la deliberación realizada en el seno de la Convención Constituyente es que este nuevo derecho resulta operativo. En efecto, su obligatoriedad inmediata no está condicionada a actuación reglamentaria ulterior del Congreso de la Nación, aunque por cierto se deje en manos de la autoridad legislativa, como sucede en el campo de todos los derechos (artículo 28), la determinación circunstanciada de los diversos procedimientos y situaciones bajo los cuales tendría lugar el nuevo derecho consagrado expresamente en favor de los usuarios.

Como concordemente subrayó el Tribunal es bien sabido que la Constitución tiene la condición de norma jurídica y que, en cuanto reconoce derechos, lo hace para que estos resulten efectivos y no ilusorios, sobre todo cuando, como en el caso, se encuentra en debate un derecho humano. Todo ello explica "...que al reglamentar un derecho constitucional, el llamado a hacerlo no pueda obrar con otra finalidad que no sea la de dar a aquél toda la plenitud que le reconozca la Constitución Nacional. Los derechos constitucionales son susceptibles de reglamentación, pero esta última está destinada a no alterarlos (art. 28 cit.), lo cual significa conferirles la extensión y comprensión previstas en el texto que los enunció y que manda a asegurarlos. Es asunto de legislar, sí, pero para garantizar 'el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos'", (Fallos: 327:3677, entre otros).

17) Que las conclusiones precedentes se ven corroboradas por el cambio cualitativo en la situación de los consumidores y usuarios a que dio lugar la reforma de 1994, en tanto radica en el reconocimiento por parte del derecho constitucional de las hondas desigualdades inmanentes al mercado y al consumo, dada la asimetría real en que se desenvuelve la persona que acude al mercado en pos de la satisfacción de sus necesidades humanas.

Estas condiciones fueron advertidas por el Constituyente, al consagrar en los artículos 42 y 43 de la Ley Suprema herramientas definidas, destinadas a proteger a los consumidores y usuarios de las consecuencias del desequilibrio antes explicado, incorporando mandatos imperativos de orden sustancial en cabeza de aquellos y del Estado (calidad de bienes y servicios, preservación de la salud y seguridad; información adecuada y veraz; libertad de elección; y condiciones de trato equitativo y digno); también de orden participativos, como el derecho reconocido en cabeza de los usuarios, con particular referencia al control en materia de servicios públicos; y, como otra imprescindible cara, la consagración de un derecho a una jurisdicción propia en favor de consumidores y usuarios, con el reconocimiento de actores procesales atípicos en defensa de sus derechos como son el Defensor del Pueblo y las organizaciones no gubernamentales de usuarios y consumidores, la disponibilidad de la vía del amparo y el otorgamiento a esas instancias de efectos expansivos para que sus decisiones alcancen a todos los integrantes del mismo colectivo.

Con particular referencia a la cláusula constitucional cuyo alcance se encuentra discutido en el sub lite, el reconocimiento de que deben habilitarse procedimientos y mecanismos de participación y de impugnación en cabeza de los usuarios tiene el inocultable fin de que sus intereses sean debidamente tutelados.

18) Que en materia tarifaria la participación de los usuarios de un servicio público no se satisface con la mera notificación de una tarifa ya establecida. De acuerdo con lo desarrollado precedentemente es imperativo constitucional garantizar la participación ciudadana en instancias públicas de discusión y debate susceptibles de ser ponderadas por la autoridad de aplicación al momento de la fijación del precio del servicio.

Este derecho de participación reconocido a los usuarios en el caso del servicio de gas se estructuró, en 1992, en su ley regulatoria mediante el mecanismo de audiencias públicas.

Estas audiencias constituyen una de las varias maneras de participación ciudadana en la toma de decisiones públicas. Sin embargo, no son la única alternativa constitucional, en tanto el artículo 42 –como se expresó– no las prevé ni explícita ni implícitamente, sino

que deja en manos del legislador la previsión del mecanismo que mejor asegure aquella participación en cada caso. De la redacción del artículo 42 se desprende la clara intención de los constituyentes de 1994 de que consumidores y usuarios —expresamente en la forma de asociaciones, e implícitamente de un modo genérico— participen en la elaboración de ciertas disposiciones de alcance general a cargo de la Administración cuando, como en el caso, al fijar tarifas, puedan proyectar los efectos sobre los derechos e intereses de aquellos (conf. doctrina de la disidencia de los jueces Lorenzetti y Zaffaroni en Fallos: 329:4542).

La participación de los usuarios con carácter previo a la determinación de la tarifa constituye un factor de previsibilidad, integrativo del derecho constitucional a una información “adecuada y veraz” (artículo 42, Constitución Nacional) y un elemento de legitimidad para el poder administrador, responsable en el caso de garantizar el derecho a la información pública, estrechamente vinculado al sistema republicano de gobierno (artículo 1º, Constitución Nacional). Asimismo, otorga una garantía de razonabilidad para el usuario y disminuye las estadísticas de litigación judicial sobre las medidas que se adoptan.

Ello es consistente con la noción de democracia deliberativa, porque los términos de la cooperación que propone son concebidos como razones que los ciudadanos o sus representantes responsables se dan recíprocamente en un continuado proceso de justificación mutua. En este sentido, el debate público mejora la legitimidad de las decisiones al requerir criterios comprensivos de las distintas posiciones para arribar a un consenso entrecruzado, que si bien no conducirá a lo que cada uno desea individualmente permitirá en cambio lo que todos deseamos, es decir, vivir en una sociedad ordenada sobre la base de un criterio más realista de justicia. (Rawls, John, *Justice as Fairness. A restatement*, Harvard, Harvard University Press, 2001).

19) Que esos elevados fines institucionales presuponen condiciones de cumplimiento imprescindible, si lo que genuinamente se persigue es profundizar el fiel ejercicio de derechos por parte de los ciudadanos en una sociedad democrática, y no acrecentar por parte de los poderes políticos su catálogo formal de instituciones nominales vaciadas de todo contenido, que únicamente aumentan sus credenciales democráticas y que solo pretenden legitimar decisiones verticales tomadas con anterioridad.

Desde una prelación temporal, en primer lugar se encuentra un derecho de contenido sustancial que es el derecho de todos los usuarios a recibir de parte del Estado información adecuada, veraz e imparcial. La capacidad de acceder a una información con estas características es un elemento fundamental de los derechos de los usuarios, pues ese conocimiento es un presupuesto insoslayable para poder expresarse fundadamente, oír a todos los sectores interesados, deliberar y formar opinión sobre la razonabilidad de las medidas que se adoptaren por parte de las autoridades públicas, intentando superar las asimetrías naturales que existen entre un individuo y el Estado que habrá de fijar la tarifa de los servicios públicos.

La segunda condición está dada por la celebración de este espacio de deliberación entre todos los sectores interesados, con un ordenamiento apropiado que permita el intercambio responsable de ideas en igualdad de condiciones y mantenga en todo momento el imprescindible respeto por el disenso, bajo el connatural presupuesto de que constituye un foro de discusión por un tiempo predeterminado en función de las circunstancias del caso y no de decisión, que se mantiene inalterada en manos de la autoridad pública.

Y por último, este derecho compromete, precisamente, ese momento decisorio, pues todas las etapas anteriores constituirían puro ritualismo si la autoridad no considerara fundadamente en oportunidad de tomar las resoluciones del caso, las situaciones y argumentaciones que se expusieron en la audiencia y el modo en que ellas inciden en las medidas que se adoptan.

20) Que, a partir de lo expuesto, es menester examinar el agravio desarrollado por la demandada con sustento en que, en tanto en la resolución MINEM 28/2016 se determinó un nuevo precio en el punto de ingreso al sistema de transporte de gas (PIST), no era exigible la realización de audiencia pública por tratarse la producción y comercialización de este recurso de una actividad desregulada.

Sin desconocer que, de acuerdo con lo dispuesto en las leyes 17.319 y 24.076, y sus reglamentaciones, la producción y comercialización de gas es efectivamente una actividad económicamente desregulada y no fue calificada como servicio público, debe destacarse que, a partir de lo establecido en el decreto 181/2004 y las normas dictadas en consecuencia, esa desregulación ha sido dejada de lado por el propio Estado. Ello es así, pues sobre la base del decreto citado, cuyo objetivo fue elaborar un esquema de normalización del precio del gas en el PIST hasta que se “reencauzara” la actividad y se llegara, nuevamente, a precios que debían resultar de la libre interacción de la oferta y la demanda, se facultó a la ex Secretaría de Energía del ex Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios para acordar con los productores de gas natural un ajuste del precio del producto, en el marco del cual además se suscribieron varios acuerdos.

En las condiciones descriptas, parece razonable entender que, hasta el momento en que efectivamente el precio del gas en el PIST se determine sobre la base de la libre interacción de la oferta y la demanda, su análisis se efectúe conjuntamente con la revisión de tarifas para la cual es necesaria, como ya se dijo, la celebración de una audiencia pública.

21) Que, por último, tampoco se sostiene la negación de este derecho constitucional con asiento en la construcción que intenta el recurrente sobre la base de que se trata de una tarifa transitoria y de que ciertos textos normativos –en especial la ley 25.790– habrían desplazado, en tal circunstancia, la exigencia de audiencia pública.

En efecto, cuando el Estado Nacional pretende justificar su accionar en que se trata de un régimen transitorio, no es posible soslayar que si bien la expresión remite semánticamente a un aspecto temporal del nuevo régimen tarifario, el incremento para el usuario implica un aumento sustancial de su factura y, en caso de no poder afrontarlo, podría ser privado del goce del servicio. En tales condiciones, resulta intrascendente que se trate o no de un régimen definitivo o integral.

Por lo demás, respecto de la audiencia pública invocada por el poder administrador –que data del año 2005–, no es legítimo señalar que sea “adecuada” a los fines informativos de los usuarios en las actuales circunstancias. Además, y frente a la magnitud que representó en numerosos casos, no es posible decir que les haya permitido tomar las debidas precauciones en el diseño razonable de sus economías respectivas.

22) Que, en consecuencia, en virtud de todo lo hasta aquí expuesto, resulta claro que las decisiones adoptadas por el Ministerio de Energía y Minería no han respetado el derecho a la participación de los usuarios bajo la forma de audiencia pública previa.

Lo dicho no se contradice con lo resuelto por el Tribunal en la causa “Soldano, Domingo” (Fallos: 337:877). Ello, toda vez que, como bien lo señalara el a quo, el presente caso no resulta análogo al supuesto fáctico de dicho antecedente, donde se definían los cargos para solventar las obras de ampliación de la infraestructura energética. En efecto, como se expresara en esa oportunidad, la ley 24.076 requiere la obligatoriedad de la convocatoria a la audiencia pública cuando media una modificación en la remuneración de los concesionarios de los servicios, concepto que no alcanza a los ya referidos cargos específicos destinados a obras de infraestructura no contemplados en los contratos respectivos.

23) Que sin perjuicio de todo lo hasta aquí señalado, las decisiones tomadas por el Poder Ejecutivo Nacional en el corriente año en relación a la tarifa social y a la protección de los sectores más vulnerables tornan necesario que el Tribunal ponga de manifiesto una circunstancia que, pese a ser evidente, podría ser soslayada como consecuencia de la oscura y compleja estructura tarifaria. Esto es, que la demanda de los usuarios residenciales ha sido acogida y, por lo tanto, han resultado vencedores en el campo jurídico. En consecuencia, y por aplicación del más elemental sentido de justicia, la tarifa final que se les aplique como consecuencia del presente pronunciamiento en ningún caso puede arrojar como resultado sumas mayores a las que dichos actores hubiesen debido abonar por estricta aplicación del nuevo cuadro tarifario, considerando la mencionada tarifa social (conf. doctrina de Fallos: 336:607).

24) Que más allá de la decisión de este Tribunal en la presente causa, y en atención a las consecuencias que han generado las resoluciones cuestionadas, cabe efectuar las siguientes consideraciones referidas a las pautas básicas que rigen las atribuciones de los poderes públicos en esta materia, así como las reglas fundamentales a que deben atenerse en su actuación los órganos jurisdiccionales, particularmente en el ámbito de los procesos colectivos.

25) Que, en los actos aquí cuestionados, el Poder Ejecutivo Nacional fijó un nuevo esquema de precios del gas natural en el punto de ingreso al sistema de transporte, con vigencia a partir del 1° de abril del corriente año, “para promover inversiones en exploración y explotación de gas natural a fin de garantizar su abastecimiento y de emitir señales económicas claras y razonables” (resolución MINEM 28/2016).

Por su parte, y en cuanto aquí interesa, instruyó al Ente Nacional Regulador del Gas (ENARGAS) para que efectuara una adecuación de las tarifas de los servicios de transporte y distribución de gas que les permitiera a sus licenciatarias cumplir con la ejecución del plan de inversiones, afrontar sus gastos de operación y mantenimiento, administración y comercialización, y dar cumplimiento a los vencimientos de las obligaciones contraídas.

A tal efecto, el Poder Ejecutivo Nacional remarcó que dicha adecuación tarifaria debía llevarse a cabo “sobre la base de la situación económico-financiera de las empresas Licenciatarias” (resolución MINEM 31/2016).

26) Que esta Corte, conforme a inveterada jurisprudencia, ha puesto de resalto que “siendo un principio fundamental de nuestro sistema político la división del Gobierno en tres departamentos, el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial, independientes y soberanos en su esfera, se sigue forzosamente que las atribuciones de cada uno le son peculiares y exclusivas; pues el uso concurrente o común de ellas haría necesariamente desaparecer la línea

de separación entre los tres altos poderes políticos, y destruiría la base de nuestra forma de Gobierno” (Fallos: 1:32; 338:1060, entre muchos otros).

De este principio basal de la división de poderes se desprende la diferenciación de las potestades propias de los tres departamentos del Estado en la decisión de políticas públicas como las examinadas en la presente causa, es decir, entre lo que le incumbe al Congreso de la Nación, al Poder Ejecutivo Nacional y, finalmente, lo que puede dirimir el Poder Judicial. Desde esta comprensión, le atañe al primero la adopción de las pautas propias de la política tributaria federal; al segundo, la implementación de la política energética, que abarca la fijación de las tarifas del servicio público; y, a la rama judicial, el control de la razonabilidad de tales decisiones y su conformidad con los derechos fundamentales reconocidos por la Ley Suprema de la Nación.

A su vez, la distribución de competencias entre los poderes del Estado se instrumenta a través de un sistema de frenos y contrapesos, conforme al cual la división de los poderes se asienta en el racional equilibrio de recíprocos controles (“Itzcovich, Mabel c/ ANSeS”, Fallos: 328:566, voto de los jueces Maqueda y Zaffaroni).

27) Que desde antiguo esta Corte ha reconocido que la potestad tarifaria reside en el poder administrador y que ella no se ve afectada por la concesión a particulares de un servicio público (Fallos: 184:306; 322:3008 y CSJ 280/2008 (44-E)/CS1 “Establecimiento Liniers S.A. c/ EN Ley 26.095 Ministerio de Planificación Resol. 2008/06”, sentencia del 11 de junio del 2013, dictamen de la Procuración General al que remite la mayoría).

La existencia y vigor de esa potestad estatal fue ratificada en varios pronunciamientos de esta Corte. Dijo al respecto en Fallos: 262:555 que “en todo régimen de prestación indirecta de tales servicios –es decir, por intermedio de concesionario–, las tarifas son fijadas o aprobadas por el poder público, como parte de la policía del servicio, lo que no obsta a la existencia de bases fijadas por ley, o como en el caso de autos, bajo forma contractual. Naturalmente que el Estado –lato sensu– dispone al respecto de una atribución y no de una mera facultad; o dicho en otros términos, a la par que le asiste el poder para hacerlo le incumbe la obligación de realizarlo” conf. también Fallos: 322: 3008.

En este marco, la mencionada atribución tiene en miras consideraciones de interés público, tales como asegurar la prestación del servicio en condiciones regulares y la protección del usuario. Destacó este Tribunal, asimismo, que la autoridad del Estado concedente no se detiene en el momento del otorgamiento de la concesión y, por ello, resulta ilegítima la pretensión de que un régimen tarifario se mantenga inalterado a lo largo del tiempo si las circunstancias imponen su modificación, ya que ello implicaría que la Administración renunciara ilegítimamente a su prerrogativa de control de la evolución de las tarifas y, en su caso, de la necesidad de su modificación (Fallos: 262:555; 321:1784, “Establecimiento Liniers S.A.”, ya citada, voto de los jueces Highton de Nolasco y Zaffaroni). Dicho contralor permanente, tratándose de servicios cuya explotación ha sido concesionada, constituye la única defensa del público llamado a usar de él (Fallos: 184:306).

Finalmente, cabe recordar que el ingente papel que en la interpretación y sistematización de las normas infraconstitucionales incumbe a los jueces, no llega hasta la facultad de instituir la ley misma (Fallos: 308:1848; 317:1505), o de suplir en la decisión e implementación de la política energética al Poder Ejecutivo Nacional, siendo entonces la

misión más delicada de la justicia la de saberse mantener dentro del ámbito de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que le incumben a los otros poderes (Fallos: 308:2268; 311:2553; 316:2732).

En consecuencia, debe distinguirse entre el ejercicio del control jurisdiccional de la legalidad, razonabilidad y proporcionalidad de las tarifas, y el ejercicio mismo de la potestad tarifaria, que no compete a los jueces, sino al poder administrador, al que no cabe sustituir en la determinación de políticas o criterios de oportunidad o, menos aún, en la fijación o aprobación de tarifas por la prestación del servicio (Fallos: 321:1252; 322:3008 y 323:1825).

28) Que la experiencia internacional ha demostrado, hasta el presente, que con frecuencia los servicios públicos no se financian exclusivamente con los precios y tarifas que se perciben de los usuarios y consumidores, sino que reciben subvenciones, beneficios y ayudas de la Administración; al tiempo que las tarifas de determinados servicios públicos se han utilizado en muchas ocasiones para financiar otras actividades. También es habitual que las diferentes tarifas aplicadas a las diversas categorías de usuarios encubran “subsídios cruzados” de una actividad rentable hacia otra deficitaria. En definitiva, estas prácticas suelen conducir a una opacidad de la tarifa que no permite conocer sus costos reales, con la consiguiente afectación de los derechos de los consumidores y usuarios de dichos servicios.

En el caso de nuestro país, el precio del gas quedó librado al libre acuerdo entre los participantes del mercado (leyes 17.319 y 24.076, y decreto 1738/92) hasta que, en el año 2004, se facultó a la ex Secretaría de Energía, dependiente del ex Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, para acordar con los productores el nivel de los precios del gas natural en el punto de ingreso al sistema de transporte (decreto 181/2004), lo que se instrumentó mediante diversas resoluciones (226/2014, 305/2014). Por otra parte, se creó un Fondo Fiduciario destinado a financiar las importaciones de gas natural necesarias para satisfacer los requerimientos del mercado interno, el que se integraría por cargos tarifarios a pagar por usuarios y consumidores, por recursos que se obtuvieran de programas especiales de crédito, y por otros sistemas de aportes específicos, a realizar por los sujetos activos del sector.

En relación con la red de transporte y distribución de gas natural, se crearon cargos específicos –como aporte a los fondos fiduciarios organizados para el desarrollo de infraestructuras–, destinados a repagar las obras necesarias para su ampliación, al tiempo que se dispuso quiénes serían los sujetos de su percepción y los obligados a su pago, con exclusión de los consumidores residenciales y otros pequeños usuarios (decreto 1216/2006 y resoluciones 2008/2006 del ex Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios de la Nación y 3689/2007 del ENARGAS).

Finalmente, respecto de las tarifas de transporte y distribución del gas natural, en los últimos catorce años su evolución ha sido casi nula. Ante estos precios y tarifas deficitarias, el abastecimiento de gas a los usuarios de todo el país se sostuvo mediante una política de subsidios al consumo y a la oferta.

Como puede apreciarse, desde el dictado de la Ley de Emergencia 25.561 en enero del año 2002, el precio del gas pasó de un contexto de libre negociación de las partes a uno de intervención estatal, mientras que su importación, la ampliación de las redes de transporte

y distribución y las tarifas que remuneraban dichos servicios fueron financiados, fundamentalmente, con recursos provenientes de cargos tarifarios, programas especiales de crédito, aportes específicos de determinados sujetos del sector y subsidios del Estado Nacional.

29) Que la Constitución Nacional, en miras a enfrentar las exigencias propias de la implementación de una política económica en el plano nacional, prevé diversas instituciones disponibles para los departamentos del Estado, cuya atribución a cada rama ha sido distribuida por la Norma Fundamental partiendo de la base de la naturaleza de cada herramienta en particular, conforme a lo ya reseñado.

Situado el análisis desde esta perspectiva, la Norma Suprema pone a disposición del Poder Ejecutivo, a fin de la implementación de la política económica y energética, instrumentos susceptibles de ser adoptados en el marco de su competencia, tales como la política tarifaria. Paralelamente, prevé otras herramientas, como reformas impositivas y exenciones, regímenes promocionales y subsidios –entre otros–, que son atribuciones del Poder Legislativo (artículos 4, 17, 19, 52, 75 incisos 1, 2 y 18). La articulación conjunta de las diversas herramientas se plasma en el marco del principio de “colaboración sin interferencia” que debe guiar la relación entre los distintos poderes del Estado en el sistema republicano de división de poderes contemporáneo.

30) Que, sentado lo expuesto, este Tribunal estima necesario fijar los criterios rectores con relación a la razonabilidad de la política tarifaria a adoptarse respecto a servicios públicos esenciales, con la expectativa de que sean asumidos en el futuro para casos similares.

Corresponde a dichos efectos recordar que las actividades o servicios esenciales para la sociedad, reservados a la titularidad pública mediante la calificación de servicio público, son aquellos cuyas prestaciones se consideran vitales e indispensables para el conjunto de los ciudadanos, con el fin de asegurar su prestación. Se trata de sectores y actividades esenciales para la comunidad pues en ellos los ciudadanos satisfacen el contenido sustancial de los derechos y libertades constitucionalmente protegidos.

31) Que la política energética implementada en el período considerado (a partir del año 2002), según sostiene en su informe la demandada, tuvo como consecuencia la pérdida del autoabastecimiento, el aumento del gasto público, importaciones por parte del Estado Nacional, déficit de la balanza comercial, consumo de los “stocks” de recursos y capacidad disponibles, escasez del gas, deterioro de las infraestructuras de transporte y distribución y falta de inversiones en el desarrollo de sus redes.

Mediante las resoluciones aquí examinadas, como se adelantó, se determinaron precios y tarifas de transición –según surge de sus considerandos– a fin de regularizar el desequilibrio fiscal que generaba el mantenimiento del sistema en dichas condiciones, con el objetivo de subsanar su deterioro y colaborar en el reordenamiento de la economía.

32) Que las decisiones y objetivos de política económica implementadas implican un importante cambio de financiamiento del sistema energético nacional, sumados a la situación de deterioro que sufre su abastecimiento –conforme a lo informado por la demandada– y a la variación de los precios de la economía, con una inercia de más de una década en el sentido descripto, imponen al Estado una especial prudencia y rigor a la hora de la determinación de las tarifas y de su transparencia, a fin de asegurar su certeza, previsibilidad, gradualidad y razonabilidad, es decir una relación directa, real y

sustancial entre los medios empleados y los fines a cumplir, evitando que tales decisiones impongan restricciones arbitrarias o desproporcionadas a los derechos de los usuarios, y de resguardar la seguridad jurídica de los ciudadanos.

De tal modo, todo reajuste tarifario, con más razón frente a un retraso como el que nos ocupa, debe incorporar como condición de validez jurídica –conforme con la previsión constitucional que consagra el derecho de los usuarios a la protección de sus “intereses económicos” (art. 42 de la Constitución Nacional)– el criterio de gradualidad, expresión concreta del principio de razonabilidad antes referido. En efecto, la aplicación de dicho criterio permitiría la recuperación del retraso invocado y, a la vez, favorecería la previsión de los usuarios dentro de la programación económica individual o familiar, elemento que ha merecido la oportuna ponderación de este Tribunal (conf. arg. Fallos: 325:2059).

33) Que, como síntesis de lo expuesto a este respecto, el Estado debe velar por la continuidad, universalidad y accesibilidad de los servicios públicos, ponderando la realidad económico-social concreta de los afectados por la decisión tarifaria con especial atención a los sectores más vulnerables, y evitando, de esta forma, el perjuicio social provocado por la exclusión de numerosos usuarios de dichos servicios esenciales como consecuencia de una tarifa que, por su elevada cuantía, pudiera calificarse de “confiscatoria”, en tanto detraiga de manera irrazonable una proporción excesiva de los ingresos del grupo familiar a considerar. Por lo demás, no debe obviarse que un cálculo tarifario desmesurado o irrazonable generará altos niveles de incobrabilidad y terminará afectando al mentado financiamiento y, por vía de consecuencia de este círculo vicioso, a la calidad y continuidad del servicio.

En este sentido, el régimen implementado en la ley 24.076 tuvo por objetivos, entre otros, alentar inversiones para asegurar el suministro a largo plazo (artículo 2º, inciso b.); propender a una mejor operación, confiabilidad, igualdad, libre acceso, no discriminación y uso generalizado de los servicios e instalaciones de transporte y distribución de gas natural (artículo 2º, inciso c) y asegurar que las tarifas que se apliquen a esos servicios sean justas y razonables de acuerdo a lo normado en la ley (artículo 2º, inciso d). Acorde a ello se previó que, en la determinación de la tarifa se aseguraría el mínimo costo para los consumidores, compatible con la seguridad del abastecimiento (artículo 38, inciso d).

A estos fines adquiere especial significación el criterio que surge de la Observación General 4 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de Naciones Unidas, titulada “El derecho a una vivienda adecuada”, del 13 de diciembre de 1991, en la que se emitió opinión sobre el artículo 11.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional). En el punto 8.b se afirma que una vivienda adecuada debe contener ciertos servicios indispensables para la salud, la seguridad, la comodidad y la nutrición, y que todos *“los beneficiarios del derecho a una vivienda adecuada deberían tener acceso permanente a recursos naturales y comunes, a agua potable, a energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado (...)”*. En el punto 8.c. se expresa que los *“gastos personales o del hogar que entraña la vivienda deberían ser de un nivel que no impidiera ni comprometiera el logro y la satisfacción de otras necesidades básicas. Los Estados Partes deberían adoptar medidas para garantizar que el porcentaje de los gastos de la vivienda sean, en general, commensurados con los niveles de ingreso (...)”*.

En efecto, como ha sostenido este Tribunal, “resulta claro que el hombre no debe ser objeto de mercado alguno, sino señor de todos éstos, los cuales sólo encuentran sentido y

validez si tributan a la realización de los derechos de aquél y del bien común. De ahí que no debe ser el mercado el que someta a sus reglas y pretensiones las medidas del hombre ni los contenidos y alcances de los derechos humanos. Por el contrario, es el mercado el que debe adaptarse a los moldes fundamentales que representan la Constitución Nacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos de jerarquía constitucional, bajo pena de caer en la ilegalidad” (Fallos: 327:3677).

34) Que es de público conocimiento que el aumento de tarifas cuestionado en el sub lite ha generado una gran cantidad de procesos colectivos radicados en distintas jurisdicciones federales a lo largo del país en los que se ventilan pretensiones idénticas o similares, advirtiéndose que, en su mayoría, los magistrados actuantes no han cumplido con la acordada 32/2014 en tanto no surge del Registro Público de Procesos Colectivos que dichos procesos hayan sido inscriptos.

35) Que esta Corte ha advertido en reiteradas oportunidades que la proliferación de acciones colectivas con idénticos o similares objetos que provienen de diferentes tribunales del país acarrea, además de dispendio jurisdiccional, el riesgo cierto –con la consiguiente gravedad institucional– de que se dicten sentencias contradictorias y de que las decisiones que recaigan en uno de los procesos hagan cosa juzgada respecto de las planteadas en otro. También favorece la objetable multiplicación de acciones procesales tendientes a ampliar las posibilidades de obtener alguna resolución –cautelar o definitiva– favorable a los intereses del legitimado activo o de intervenir en la decisión dictada en el marco de otro expediente (conf. doctrina de la causa “Halabi” citada; “Consumidores Financieros Asoc. Civil para su defensa c/ Banco Itaú Buen Ayre Argentina S.A. s/ ordinario”, Fallos: 337:753; “Municipalidad de Berazategui c/ Cablevisión”, Fallos: 337:1024 y acordada 32/2014, considerando 1°).

36) Que desde estas premisas y con el declarado propósito de favorecer el acceso a la justicia de todas las personas, el Tribunal creó un Registro de Acciones Colectivas destinado a la publicidad de los procesos colectivos en el que deben inscribirse todos los procesos de esa naturaleza que tramiten ante los tribunales nacionales y federales del país (acordada 32/2014, del 1° de octubre de 2014). Asimismo, la Corte aprobó el “Reglamento de actuación en procesos colectivos” al que deberán ajustar su actuación dichos tribunales, que tendrá vigencia a partir del primer día hábil de octubre del corriente año y hasta tanto el Poder Legislativo sancione una ley que regule la materia (acordada 12/2016, del 5 de abril de 2016).

37) Que este procedimiento destinado a la publicidad de los procesos colectivos tiene por objeto preservar un valor eminente como la seguridad jurídica, cuya jerarquía constitucional ha sido señalada por el Tribunal con énfasis y reiteración (Fallos: 317:218 y sus citas), en la medida en que propende a asegurar eficazmente los efectos expansivos que produce en esta clase de procesos la sentencia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada, además de perseguir la apropiada tutela de los derechos de todas las personas que no han tomado participación en el proceso.

38) Que con particular referencia al tema sub examine, y frente a una análoga dispersión de procesos colectivos también iniciados con motivo de un pasado aumento de la tarifa de gas, esta Corte hizo saber a los magistrados ante quienes tramitaban esas causas que debían proceder a su inscripción en el Registro Público de Procesos Colectivos y adoptar

las medidas necesarias a los efectos de evitar que la multiplicidad de procesos denunciada redundara en un dispendio de recursos materiales y humanos o en el dictado de sentencias contradictorias. También en esa oportunidad la Corte ordenó a los jueces intervinientes que debían unificar el trámite de las causas en aquel tribunal que hubiera prevenido en la materia, de manera tal de conjurar el peligro de que grupos de personas incluidas en un colectivo obtuviesen el beneficio de ciertas pretensiones y otras, que también lo integraban, resultasen excluidas (CSJ 4878/2014/CS1 “García, José y otros el PEN y otros s/ amparo ley 16.986”, del 10 de marzo de 2015).

39) Que cabe remarcar que la multiplicidad de causas suscitada con motivo de las resoluciones MINEM 28/2016 y 31/2016 a la que se hizo referencia con anterioridad se habría evitado, precisamente, si los magistrados actuantes hubiesen seguido los lineamientos desarrollados por este Tribunal en sus distintos pronunciamientos y hubiesen cumplido con la inscripción ordenada por la acordada 32/2014. Así, el criterio de preferencia temporal que consagró el Tribunal en la causa “Municipalidad de Berazategui” (Fallos: 337:1024) y en la citada acordada imponía a aquellos magistrados ante quienes se dedujeron demandas colectivas con pretensiones similares o idénticas que, una vez recibida la información por parte del Registro, remitiesen sus causas al magistrado que hubiese prevenido. De este modo, se hubiese evitado el escándalo jurídico que surge de la proliferación de procesos que se superponen en sus pretensiones con la posibilidad del dictado de sentencias contradictorias.

40) Que si bien es cierto que el proceso colectivo resulta una herramienta fundamental para garantizar los derechos de los usuarios, su admisibilidad se encuentra condicionada al cumplimiento ineludible de los requisitos descriptos en el considerando 10 a fin de resguardar el derecho de defensa en juicio de las partes. En tal sentido, esta Corte estableció que la admisión formal de toda acción colectiva requiere la verificación de ciertos recaudos elementales que hacen a su viabilidad y exigió que, de manera previa a su inscripción, los tribunales dicten una resolución que declare formalmente admisible la acción, identifique en forma precisa el grupo o colectivo involucrado en el caso, reconozca la idoneidad del representante y establezca el procedimiento para garantizar la adecuada notificación de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio (causa “Halabi” citada y acordada 32/2014, punto 3 del Reglamento de Registro Público de Procesos Colectivos).

41) Que este Tribunal no puede dejar de advertir que en buena parte de los procesos colectivos en los que se debatieron cuestiones referidas a la razonabilidad del aumento tarifario en cuestión, según surge de los pronunciamientos allí dictados, no se ha dado cumplimiento a los recaudos especificados en el considerando que antecede, en especial en lo atinente a la definición precisa del colectivo involucrado y la adecuada notificación a los integrantes del grupo.

Con relación a la definición del colectivo, cabe señalar que este incumplimiento por parte de los jueces actuantes en dichos procesos ha conllevado al dictado de decisiones sectoriales sin distinción de categorías de usuarios, tratando de manera igual situaciones heterogéneas.

Esta Corte ha expresado que la adecuada y detallada determinación del conjunto de perjudicados por una conducta o acto permite delimitar los alcances subjetivos del proceso

y de la cosa juzgada y, además, aparece como un recaudo esencial para que los tribunales de justicia puedan verificar la efectiva concurrencia de los requisitos para la procedencia de la acción. Solo a partir de un certero conocimiento del colectivo involucrado (y de sus eventuales subcategorías) el juez podrá evaluar, por ejemplo, si la pretensión deducida se concentra en los efectos comunes que el hecho o acto dañoso ocasiona o si el acceso a la justicia se encuentra comprometido de no admitirse la acción colectiva (conf. doctrina de la causa “Asociación Protección Consumidores del Mercado Común del Sur c/ Loma Negra Cía. Industrial Argentina S.A. y otros”, Fallos: 338:40).

42) Que en cuanto a la adecuada notificación a los integrantes del colectivo, su falta de cumplimiento en los procesos antes mencionados, se traduce en la imposibilidad de que eventuales usuarios puedan excluirse del proceso, sea porque se consideren beneficiados por la reforma, como por ejemplo podría ser algún beneficiario de la tarifa social, o porque se encuentren conformes con el aumento registrado respecto de ellos.

43) Que el cumplimiento de todos estos recaudos debe extremarse cuando las decisiones colectivas puedan incidir –por sus efectos expansivos– en la prestación de un servicio público. Ello es así en tanto decisiones sectoriales en materia tarifaria pueden afectar la igualdad en el tratamiento de los usuarios, aplicando un aumento para algún sector de la sociedad y no para otro que se encuentra en igualdad de condiciones. Asimismo, decisiones de esta naturaleza pueden alterar el esquema contractual y regulatorio del servicio, afectando el interés general comprometido en su prestación.

44) Que como surge de los considerandos anteriores, la Corte ha tenido oportunidad de pronunciarse respecto de las cuestiones de índole constitucional concernientes a los principios elementales de los procesos colectivos, como lo constituye el sub lite. La autoridad institucional de dichos precedentes, fundada en la condición de este Tribunal de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia (Fallos: 307:1094; 319:2061; 320:1660; 325:1227; “Martínez Vergara, Jorge Edgardo”, Fallos: 331:162; y “Arte Radiotelevisivo”, Fallos: 337:47), da lugar a que en oportunidad de fallar casos sustancialmente análogos, sus conclusiones sean debidamente consideradas y consecuentemente seguidas por los tribunales inferiores.

45) Que, por otra parte, no puede dejar de señalarse que el cargo de Defensor del Pueblo de la Nación, institución creada por la Constitución Nacional como órgano específicamente legitimado en la tutela de los derechos de incidencia colectiva en los términos de sus artículos 86 y 43, se encuentra vacante, circunstancia que repercute negativamente en el acceso a la justicia de un número indeterminado de usuarios. En las condiciones reseñadas, y habida cuenta de las relaciones que deben existir entre los departamentos de Estado, corresponde exhortar al Congreso de la Nación para que proceda a su designación de acuerdo a lo establecido en el artículo 86 citado.

Por ello, y habiendo dictaminado la señora Procuradora General de la Nación, este Tribunal decide:

1º) Declarar admisible el recurso extraordinario y confirmar parcialmente la sentencia apelada en cuanto a la nulidad de las resoluciones 28/2016 y 31/2016 del Ministerio de Energía y Minería de la Nación, decisión que se circunscribe al colectivo de usuarios residenciales del servicio de gas natural, manteniéndose respecto de ellos, y en la medida

en que resulte más beneficiosa, la vigencia de la tarifa social correspondiente al cuadro tarifario aquí examinado;

2°) Poner en conocimiento del Congreso de la Nación la necesidad de dar cobertura al cargo de Defensor del Pueblo de la Nación; y

3°) Recordar a los tribunales federales y nacionales al riguroso cumplimiento de la acordada 32/2014 de esta Corte Suprema de Justicia y oportunamente de la acordada 12/2016.

Costas por su orden en todas las instancias en atención a la naturaleza de la cuestión debatida (artículo 68, segunda parte, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

RICARDO LUIS LORENZETTI – ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO – JUAN CARLOS MAQUEDA (*según su voto*)– HORACIO ROSATTI (*según su voto*).

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON JUAN CARLOS MAQUEDA

Considerando:

Que el infrascripto comparte los argumentos vertidos en los considerandos 1° a 9° del voto que encabeza este pronunciamiento.

10) Que de los antecedentes expuestos surge que en el caso la cuestión a resolver consiste en determinar si resulta obligatoria la celebración de audiencia pública como procedimiento previo al dictado de las resoluciones MINEM 28/2016 y 31/2016 que fijaron un nuevo esquema de precios del gas natural en el punto de ingreso al sistema de transporte (PIST) y dispusieron el nuevo cuadro tarifario de los servicios de transporte y distribución de gas.

En este sentido, corresponde recordar que el artículo 42 de la Constitución Nacional establece:

“Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno.”

“Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios.”

“La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.”

Esta cláusula fue incorporada por la Convención Reformadora de 1994 en la primera parte de la Constitución Nacional, dentro del capítulo titulado “Nuevos Derechos y Garantías”. La discusión y aprobación de la disposición de que se trata tuvo lugar –ante el dictamen de la Comisión de Redacción y la existencia de despachos de mayoría y en minoría dentro de la Comisión de Nuevos Derechos y Garantías– en el seno de la Convención en

las reuniones 31 y 32 –3ª Sesión Ordinaria– que se desarrollaron los días 16 y 17 de agosto de 1994 (conf. www.hcdn.gov.ar, págs. 4168 y siguientes).

11) Que la consulta de los debates llevados a cabo en la Convención con motivo del reconocimiento expreso de este nuevo derecho, proporcionan dos conclusiones que, en definitiva, serán de relevancia para la decisión que esta Corte adoptará en este pronunciamiento.

En primer lugar, es relevante destacar que el despacho de mayoría de la Comisión de Nuevos Derechos y Garantías caracterizaba la participación que expresamente se establecía como nuevo derecho en la condición de “consultiva”. El miembro informante, convencional Irigoyen, ante ciertas objeciones que otros convencionales habían expresado en oportunidad del tratamiento del proyecto en general, sostuvo en el recinto que “...*La interpretación que queremos dejar establecida es que ese es el umbral mínimo que la Constitución exige al Congreso respecto a la participación de los consumidores en los órganos de control de los servicios públicos. La legislación —que es la palabra exacta que establece el texto del dictamen— que está, naturalmente, a cargo del Congreso, definirá si la participación que se otorga a los consumidores estará por encima de lo aquí establecido. La Constitución plantea una cuestión mínima, cual es la exigencia de que los consumidores sean consultados. Por encima de ello, el Congreso podrá decidir de acuerdo con su propia competencia...*” (sesión del 17 de agosto, pág. 4352).

Esta propuesta fue objetada inicialmente, por el Convencional Viyerio al propiciar la eliminación en el texto del término “consultiva”, “...*por entender que de esta manera no se establece un nivel mínimo de discusión sino que reduce absolutamente la intervención de los usuarios y consumidores en cualquier decisión de los organismos de control [...] Eliminando el término ‘consultiva’ y estableciendo y previendo la participación de los consumidores y usuarios en los organismos de control quedaría abierta la puerta para que sea materia legal de cada administración el grado de participación que se dará en esos organismos de control*” (sesión citada, pág. 4352).

Esta proposición modificatoria fue acompañada por diversos convencionales, expresando la convencional Sánchez García que “...*parece absolutamente equívoco plantear que la legislación podrá dar un carácter distinto a la participación consultiva, que queda limitado por esta redacción [...] lo que queremos es que se garantice la participación para que se puedan resolver fehacientemente los conflictos. No tengamos miedo, ante la desregulación de todos los organismos del Estado, a que la gente se organice, porque la organización y la participación garantizará mayor eficiencia. No hay que tenerle miedo a la real participación de los usuarios. Por eso, sostengo que el término ‘consultiva’ es cercenante*” (sesión citada, pág. 4355).

Por su parte, la convencional Dressino, concordemente expresó que “*Aun cuando la voluntad de los miembros de la comisión sea que la participación consultiva sirva de piso mínimo de participación, sostengo que de la lectura del texto ella se transforma en techo y no en piso. No imagino otro mecanismo inferior de participación que no sea el de la consulta*” (sesión citada, pág. 4356). El convencional Serra precisó pareja observación, al afirmar que “...*agregar el término ‘consultiva’ al concepto de participación es restrictivo. Quiere decir que se excluye cualquier otro tipo de participación. Si el espíritu de la comisión es abrir las distintas posibilidades de participación, a fin de que esa cuestión lo resuelva una ley del Congreso ajustada a la coyuntura, lo lógico —en el raciocinio de la comisión— sería eliminar la palabra ‘consultiva’ para que sólo quede el término ‘participación’, que es mucho más general*”

y establece un piso y un techo” (pág. 4357; conf. expresiones concordes de los convencionales May Zubiría y Figueroa, págs. 4359 y 4360, respectivamente).

El debate concluyó con la intervención del Presidente de la Comisión de Redacción, Corach, expresando que “...después del cuarto intermedio y de haber escuchado las sugerencias de los señores convencionales, la Comisión de Redacción acepta la propuesta de eliminar la palabra ‘consultiva’, dejando constancia expresa de que es el Congreso de la Nación, a través de la correspondiente legislación, el que determinará qué nivel de participación tendrán las asociaciones de consumidores y de usuarios” (pág. 4361).

Sometido a votación el tercer párrafo del artículo 42, según el nuevo texto aprobado por el despacho de mayoría, fue finalmente aprobado por los convencionales constituyentes, registrándose ciento sesenta y nueve (169) votos por la afirmativa y siete (7) por la negativa, de los miembros presentes.

Sobre la base de estos antecedentes, corresponde interpretar que el texto constitucional puesto en vigencia reconoce en esta materia la participación ciudadana en la toma de decisiones públicas con un contenido amplio, traduciendo una faceta del control social que puede manifestarse de varias maneras distintas cuya ponderación ha sido dejada en manos del legislador, al que corresponde prever el mecanismo que mejor asegure aquella participación en cada caso.

12) Que, además de evitar que el derecho de participación fuera interpretado restrictivamente en oportunidad de ser reglamentado –en general– por el Congreso de la Nación o por regímenes que se fijaren por toda otra autoridad federal en el marco de sus respectivas competencias, el otro aporte significativo que puede extraerse de la deliberación realizada en el seno de la Convención Constituyente es que este nuevo derecho resulta directamente operativo. En efecto, su obligatoriedad inmediata no está condicionada a actuación reglamentaria ulterior del Congreso de la Nación, aunque por cierto se deje en manos de la autoridad legislativa, como sucede en el campo de todos los derechos (artículo 28), la determinación circunstanciada de los diversos procedimientos y situaciones bajo los cuales tendría lugar el nuevo derecho consagrado expresamente en favor de los usuarios.

Como concordemente subrayó el Tribunal en otro precedente institucional (causa “Vizzoti”, Fallos 327:3677), es bien sabido que la Constitución tiene la condición de norma jurídica y que, en cuanto reconoce derechos, lo hace para que éstos resulten efectivos y no ilusorios, sobre todo cuando, como en el caso, se encuentra en debate un derecho humano. Todo ello explica que “...al reglamentar un derecho constitucional, el llamado a hacerlo no pueda obrar con otra finalidad que no sea la de dar a aquel toda la plenitud que le reconozca la Constitución Nacional. Los derechos constitucionales son susceptibles de reglamentación, pero esta última está destinada a no alterarlos (art. 28 cit.), lo cual significa conferirles la extensión y comprensión previstas en el texto que los enunció y que manda asegurarlos. Es asunto de legislar, sí, pero para garantizar ‘el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos’ (Constitución Nacional, art. 75 inc. 23)”.

13) Que las conclusiones precedentes se ven corroboradas por el cambio cualitativo en la situación de los consumidores y usuarios a que dio lugar la reforma de 1994, en tanto radica en el reconocimiento por parte del derecho constitucional de las hondas desigual-

dades inmanentes al mercado y al consumo, dada la asimetría real en que se desenvuelve la persona que acude al mercado en pos de la satisfacción de sus necesidades humanas.

Estas condiciones fueron advertidas por el constituyente, al consagrar en los artículos 42 y 43 de la Ley Suprema herramientas definidas, destinadas a proteger a los consumidores y usuarios de las consecuencias del desequilibrio antes explicado, incorporando mandatos imperativos de orden sustancial en cabeza de aquellos y del Estado (calidad de bienes y servicios; preservación de la salud y seguridad; información adecuada y veraz; libertad de elección; y condiciones de trato equitativo y digno); también de orden participativos, como el derecho reconocido en cabeza de los usuarios, con particular referencia al control en materia de servicios públicos; y, como otra imprescindible cara, la consagración de un derecho a una jurisdicción propia en favor de consumidores y usuarios, con el reconocimiento de actores procesales atípicos en defensa de sus derechos como son el Defensor del Pueblo y las organizaciones no gubernamentales de usuarios y consumidores, la disponibilidad de la vía del amparo y el otorgamiento a esas instancias de efectos expansivos para que sus decisiones alcancen a todos los integrantes del mismo colectivo.

Con particular referencia a la cláusula constitucional cuyo alcance se encuentra discutido en el sub lite, el reconocimiento de que deben habilitarse procedimientos y mecanismos de participación y de impugnación en cabeza de los usuarios tiene el inocultable fin de que sus intereses sean debidamente tutelados.

14) Que en materia tarifaria la participación de los usuarios de un servicio público no se satisface con la mera notificación de una tarifa ya establecida. De acuerdo con lo desarrollado precedentemente es imperativo constitucional garantizar la participación ciudadana en instancias públicas de discusión y debate susceptibles de ser ponderadas por la autoridad de aplicación al momento de la fijación del precio del servicio.

El derecho de participación reconocido a los usuarios en el caso del servicio de gas se estructuró, en 1992, en su ley regulatoria mediante el mecanismo de audiencias públicas.

Estas audiencias constituyen una de las varias maneras de participación ciudadana en la toma de decisiones públicas. Sin embargo, no son la única alternativa constitucional, en tanto el artículo 42 –como se expresó– no las prevé ni explícita ni implícitamente, sino que deja en manos del legislador la previsión del mecanismo que mejor asegure aquella participación en cada caso. De la redacción del artículo 42 se desprende la clara intención de los constituyentes de 1994 de que consumidores y usuarios –expresamente en la forma de asociaciones, e implícitamente de un modo genérico– participen en la elaboración de ciertas disposiciones de alcance general a cargo de la Administración cuando, como en el caso, al fijar tarifas, puedan proyectar los efectos sobre los derechos e intereses de aquellos.

La participación de los usuarios con carácter previo a la determinación de la tarifa constituye un factor de previsibilidad, integrativo del derecho constitucional a una información “adecuada y veraz” (artículo 42, Constitución Nacional) y un elemento de legitimidad para el poder administrador, responsable en el caso de garantizar el derecho a la información pública, estrechamente vinculado al sistema republicano de gobierno (artículo 1º, Constitución Nacional). Asimismo, otorga una garantía de razonabilidad para el usuario y disminuye las estadísticas de litigación judicial sobre las medidas que se adoptan.

15) Que esos elevados fines institucionales presuponen condiciones de cumplimiento imprescindible, si lo que genuinamente se persigue es profundizar el fiel ejercicio de derechos por parte de los ciudadanos en una sociedad democrática, y no acrecentar por parte de los poderes políticos su catálogo formal de instituciones nominales vaciadas de todo contenido, que únicamente aumentan sus credenciales democráticas y que solo pretenden legitimar decisiones verticales tomadas con anterioridad.

Desde una prelación temporal, en primer lugar se encuentra un derecho de contenido sustancial que es el derecho de todos los usuarios a recibir de parte del Estado información adecuada, veraz e imparcial. La capacidad de acceder a una información con estas características es un elemento fundamental de los derechos de los usuarios, pues ese conocimiento es un presupuesto insoslayable para poder expresarse fundadamente, oír a todos los sectores interesados, deliberar y formar opinión sobre la razonabilidad de las medidas que se adoptaren por parte de las autoridades públicas, intentando superar las asimetrías naturales que existen entre un individuo y el Estado que habrá de fijar la tarifa de los servicios públicos.

La segunda condición está dada por la celebración de este espacio de deliberación entre todos los sectores interesados, con un ordenamiento apropiado que permita el intercambio responsable de ideas en igualdad de condiciones y mantenga en todo momento el imprescindible respeto por el disenso, bajo el connatural presupuesto de que constituye un foro de discusión por un tiempo predeterminado en función de las circunstancias del caso y no de decisión, que se mantiene inalterada en manos de la autoridad pública.

Y por último, este derecho compromete, precisamente, ese momento decisorio, pues todas las etapas anteriores constituirían puro ritualismo si la autoridad no considerara fundadamente en oportunidad de tomar las resoluciones del caso, las situaciones y argumentaciones que se expusieron en la audiencia y el modo en que ellas inciden en las medidas que se adoptan.

De todo lo dicho se desprende que la audiencia pública tiene raigambre constitucional. Se encuentra sustentada en los principios de la democracia participativa y republicana, y expresada –como se dijo– en el artículo 42 de la Constitución Nacional.

Por ello, deben formar parte de la audiencia pública, que debe realizarse en forma previa a la toma de decisiones en materia tarifaria, todos los usuarios y consumidores, sin distinción de categorías.

Esta audiencia pública, en las actuales circunstancias, debe realizarse para todos los tramos que componen la tarifa final: precio en boca de pozo (PIST), transporte y distribución del gas natural.

16) Que, a partir de lo expuesto, es menester examinar el agravio desarrollado por la demandada con sustento en que, en tanto en la resolución MINEM 28/2016 se determinó un nuevo precio en el punto de ingreso al sistema de transporte de gas (PIST), no era exigible la realización de audiencia pública por tratarse la producción y comercialización de este recurso de una actividad desregulada.

Sin desconocer que, de acuerdo con lo dispuesto en las leyes 17.319 y 24.076, y sus reglamentaciones, la producción y comercialización de gas es efectivamente una actividad económicamente desregulada y no fue calificada como servicio público, debe destacarse que, a partir de lo establecido en el decreto 181/2004 y las normas dictadas en consecuen-

cia, esa desregulación ha quedado absolutamente excepcionada. Ello es así, pues sobre la base del decreto citado, cuyo objetivo fue elaborar un esquema de normalización del precio del gas en el PIST hasta que se “reencauzara” la actividad y se llegara, nuevamente, a precios que debían resultar de la libre interacción de la oferta y la demanda, se facultó a la ex Secretaría de Energía del ex Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios para acordar con los productores de gas natural un ajuste del precio del producto, en el marco del cual además se suscribieron varios acuerdos.

En las condiciones descritas, parece razonable entender que, hasta el momento en que efectivamente el precio del gas en el PIST se determine sobre la base de la libre interacción de la oferta y la demanda, su análisis se efectúe conjuntamente con la revisión de tarifas para la cual es necesaria, como ya se dijo, la celebración de una audiencia pública.

17) Que, por último, tampoco se sostiene la negación de este derecho constitucional con asiento en la construcción que intenta el recurrente sobre la base de que se trata de una tarifa transitoria y de que ciertos textos normativos –en especial la ley 25.790– habrían desplazado, en tal circunstancia, la exigencia de audiencia pública.

En efecto, cuando el Estado Nacional pretende justificar su accionar en que se trata de un régimen transitorio, no es posible soslayar que, si bien la expresión remite semánticamente a un aspecto temporal del nuevo régimen tarifario, el incremento para el usuario implica un aumento sustancial de su factura en tanto el costo económico para su patrimonio se puede llegar a quintuplicar y, en caso de no poder afrontarlo, podría ser privado del goce del servicio. En tales condiciones, resulta intrascendente que se trate o no de un régimen transitorio.

Por lo demás, respecto de la audiencia pública invocada por el poder administrador –que data del año 2005–, no es legítimo señalar que sea “adecuada” a los fines informativos de los usuarios en las actuales circunstancias. Además, y frente a la magnitud que representó en numerosos casos, no es posible decir que les haya permitido tomar las debidas precauciones en el diseño razonable de sus economías familiares, comerciales o industriales.

18) Que, en consecuencia, en virtud de todo lo hasta aquí expuesto, resulta claro que las decisiones adoptadas por el Ministerio de Energía y Minería no han respetado el derecho a la participación de los usuarios bajo la forma de audiencia pública previa.

19) Que sentado ello, en uso de las atribuciones conferidas por el artículo 16 de la ley 48, corresponde delimitar que los sujetos que se verán alcanzados por el presente pronunciamiento serán –por las razones que se desarrollarán a continuación– exclusivamente los **usuarios residenciales del servicio**.

Es menester recordar que, en recientes precedentes, esta Corte reconoció que, de acuerdo a las disposiciones del artículo 43 de la Constitución Nacional, las asociaciones de usuarios y consumidores se encuentran legitimadas para iniciar acciones colectivas relativas a derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos, incluso de naturaleza patrimonial, en la medida en que demuestren: la existencia de un hecho único susceptible de ocasionar una lesión a una pluralidad de sujetos; que la pretensión esté concentrada en los “efectos comunes” para toda la clase involucrada; y que de no reconocerse la legitimación procesal podría comprometerse seriamente el acceso a la justicia de los integrantes del colectivo cuya representación se pretende asumir (confr. “Padec”,

Fallos: 336:1236; “Unión de Usuarios y Consumidores”, Fallos: 337:196 y “Consumidores Financieros Asociación Civil p/ su defensa”, Fallos: 337:753).

20) Que en el caso se cuestionan las resoluciones del Ministerio de Energía y Minería de la Nación que fijan nuevos precios y tarifas para el servicio de gas. De manera que se cumple con el recaudo relativo a que exista un hecho único susceptible de ocasionar una lesión a una pluralidad de sujetos.

La pretensión, por su parte, está concentrada en los “efectos comunes” para todo el colectivo, esto es, la necesidad de audiencia previa, lo que permite tener por configurado el segundo requisito expuesto en el considerando anterior. Al respecto debe repararse en que las resoluciones impugnadas alcanzan a todo el colectivo definido en la demanda.

21) Que, por el contrario, el recaudo de estar comprometido seriamente el “acceso a la justicia” –cuyo cumplimiento, según se expresó en “Halabi”, Fallos: 332:111, resulta ineludible para la viabilidad de una acción colectiva que tenga por objeto la defensa de intereses individuales homogéneos– no se encuentra cumplido respecto de todos los miembros del colectivo cuya representación se pretende asumir.

En efecto, como se señaló, en este caso la asociación actora se presentó, en el marco de un proceso colectivo, en representación de la totalidad de los usuarios de gas del país.

De la reseña efectuada surge que solo respecto de los “**usuarios residenciales**” (conforme decreto 2255/92 –Anexo “B”, Subanexo II–, decreto 181/2004 y resolución ENAR-GAS 409/2008) es posible sostener que el caso involucre un supuesto en el que se encuentre comprometido el acceso a la justicia. Ello es así, en tanto solo en relación al mencionado colectivo cabe aquí presumir una posición de mayor vulnerabilidad frente al efectivo cumplimiento de la garantía constitucional señalada (considerando 13, 4° párrafo, del precedente “Halabi” citado). A este respecto, el Tribunal ha resaltado en diversos precedentes la importancia del proceso colectivo como una forma de garantizar el acceso a la justicia, valor que cobra especial importancia en este supuesto toda vez que el costo que significaría demandar individualmente supera claramente el beneficio que cada uno de dichos usuarios podría obtener de la sentencia dictada en la causa respectiva. Una interpretación que restringiera a este grupo la posibilidad de demandar de manera colectiva en este caso equivaldría lisa y llanamente a negar efectividad a la tutela constitucional frente a un acto lesivo.

22) Que, sin embargo, respecto del resto de los **usuarios (no residenciales)** no se ha demostrado, ni resulta de manera evidente de las constancias de autos, que el ejercicio individual de la acción no aparezca plenamente justificado en atención a la entidad de las cuestiones planteadas (sentencia de esta Corte en la causa FMZ 82203891/2012/1/RH1 “Sociedad Rural Río V c/ AFIP s/ ordinario”, dictada el 4 de agosto de 2016).

Esta circunstancia impide tener por corroborada, con una certeza mínima, que se encuentre comprometida la garantía de acceso a la justicia que, conforme a la doctrina sentada en el precedente citado, resulta necesaria para habilitar la vía intentada respecto de tales usuarios, por lo que los efectos de esta sentencia no pueden alcanzarlos.

23) Que sin perjuicio de todo lo hasta aquí señalado, las decisiones tomadas por el Poder Ejecutivo Nacional en el corriente año en relación a la tarifa social y a la protección de los sectores más vulnerables tornan necesario que el Tribunal ponga de manifiesto una circunstancia que, pese a ser evidente, podría ser soslayada como consecuencia de

la oscura y compleja estructura tarifaria. Esto es, que la demanda de los usuarios residenciales ha sido acogida y, por lo tanto, han resultado vencedores en el campo jurídico. En consecuencia, y por aplicación del más elemental sentido de justicia, la tarifa final que se les aplique como consecuencia del presente pronunciamiento en ningún caso pueden arrojar como resultado sumas mayores a las que dichos actores hubiesen debido abonar por estricta aplicación del nuevo cuadro tarifario, considerando la mencionada tarifa social (conf. doctrina de Fallos: 336:607).

24) Que más allá de la decisión de este Tribunal en la presente causa, y en atención a las inusitadas consecuencias que han generado las resoluciones cuestionadas, cabe efectuar las siguientes consideraciones referidas a las pautas básicas que rigen las atribuciones de los poderes públicos en esta materia, así como las reglas fundamentales a que deben atenerse en su actuación los órganos jurisdiccionales, particularmente en el ámbito de los procesos colectivos.

25) Que, en los actos aquí cuestionados, el Poder Ejecutivo Nacional fijó un nuevo esquema de precios del gas natural en el punto de ingreso al sistema de transporte, con vigencia a partir del 1° de abril del corriente año, “para promover inversiones en exploración y explotación de gas natural a fin de garantizar su abastecimiento y de emitir señales económicas claras y razonables” (resolución MINEM 28/2016).

Por su parte, y en cuanto aquí interesa, instruyó al Ente Nacional Regulador del Gas (ENARGAS) para que efectuara una adecuación de las tarifas de los servicios de transporte y distribución de gas que les permitiera a sus licenciatarias cumplir con la ejecución del plan de inversiones, afrontar sus gastos de operación y mantenimiento, administración y comercialización, y dar cumplimiento a los vencimientos de las obligaciones contraídas.

A tal efecto, el Poder Ejecutivo remarcó que dicha adecuación tarifaria debía llevarse a cabo “sobre la base de la situación económico-financiera de las empresas Licenciatarias” (resolución MINEM 31/2016).

26) Que esta Corte, conforme a inveterada jurisprudencia, ha puesto de resalto que “siendo un principio fundamental de nuestro sistema político la división del Gobierno en tres departamentos, el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial, independientes y soberanos en su esfera, se sigue forzosamente que las atribuciones de cada uno le son peculiares y exclusivas; pues el uso concurrente o común de ellas haría necesariamente desaparecer la línea de separación entre los tres altos poderes políticos, y destruiría la base de nuestra forma de Gobierno” (Fallos: 1:32; 338:1060, entre muchos otros).

De este principio basal de la división de poderes se desprende la diferenciación de las potestades propias de los tres departamentos del Estado en la decisión de políticas públicas como las examinadas en la presente causa, es decir, entre lo que le incumbe al Congreso de la Nación, al Poder Ejecutivo Nacional y, finalmente, lo que puede dirimir el Poder Judicial, de tal manera que al primero le atañe la adopción de las pautas propias de la política tributaria federal; al segundo, la implementación de la política energética, que abarca la fijación de las tarifas del servicio público; y al último, el control de la razonabilidad de tales decisiones y su conformidad con los derechos fundamentales reconocidos por la Ley Suprema de la Nación.

A su vez, la distribución de competencias entre los poderes del Estado se instrumenta a través de un sistema de frenos y contrapesos, conforme al cual la división de los poderes

se asienta en el racional equilibrio de recíprocos controles (“Itzcovich, Mabel c/ ANSeS”, Fallos: 328:566, voto de los jueces Maqueda y Zaffaroni).

27) Que desde antiguo esta Corte ha reconocido que la potestad tarifaria reside en el poder administrador y que ella no se ve afectada por la concesión a particulares de un servicio público (Fallos: 184:306; 322:3008 y CSJ 280/2008 (44-E)/CS1 “Establecimiento Liniers S.A. c/ EN Ley 26.095 Ministerio de Planificación Resol. 2008/06”, sentencia del 11 de junio del 2013, dictamen de la Procuración General al que remite la mayoría).

La existencia y vigor de esa potestad estatal fue ratificada en varios pronunciamientos de esta Corte. Dijo al respecto, en Fallos: 262:555, que: “en todo régimen de prestación indirecta de tales servicios –es decir, por intermedio de concesionario–, las tarifas son fijadas o aprobadas por el poder público, como parte de la policía del servicio, lo que no obsta a la existencia de bases fijadas por ley, o como en el caso de autos, bajo forma contractual. Naturalmente que el Estado –lato sensu– dispone al respecto de una atribución y no de una mera facultad; o dicho en otros términos, a la par que le asiste el poder para hacerlo le incumbe la obligación de realizarlo” (confrontar también Fallos: 322:3008).

En este marco, la mencionada atribución tiene en miras consideraciones de interés público, tales como asegurar la prestación del servicio en condiciones regulares y la protección del usuario. Destacó este Tribunal, asimismo, que la autoridad del Estado concedente no se detiene en el momento del otorgamiento de la concesión y, por ello, resulta ilegítima la pretensión de que un régimen tarifario se mantenga inalterado a lo largo del tiempo si las circunstancias imponen su modificación, ya que ello implicaría que la Administración renunciara ilegítimamente a su prerrogativa de control de la evolución de las tarifas y, en su caso, de la necesidad de su modificación (Fallos: 262:555; 321:1784, “Establecimiento Liniers S.A.”, ya citada, voto de los jueces Highton de Nolasco y Zaffaroni). Dicho contralor permanente, tratándose de servicios cuya explotación ha sido concesionada, constituye la única defensa del público llamado a usar de él (Fallos: 184:306).

Finalmente, cabe recordar que el ingente papel que en la interpretación y sistematización de las normas infraconstitucionales incumbe a los jueces, no llega hasta la facultad de instituir la ley misma (Fallos: 308:1848; 317:1505), o de suplir en la decisión e implementación de la política energética al Poder Ejecutivo Nacional, siendo entonces la misión más delicada de la justicia la de saberse mantener dentro del ámbito de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que le incumben a los otros poderes (Fallos: 308:2268; 311:2553; 316:2732).

En consecuencia, debe distinguirse entre el ejercicio del control jurisdiccional de la legalidad, razonabilidad y proporcionalidad de las tarifas, y el ejercicio mismo de la potestad tarifaria, que no compete a los jueces, sino al poder administrador, al que no cabe sustituir en la determinación de políticas o criterios de oportunidad o, menos aún, en la fijación o aprobación de tarifas por la prestación del servicio (Fallos: 321:1252; 322:3008 y 323:1825).

28) Que la experiencia internacional ha demostrado, hasta el presente, que con frecuencia los servicios públicos no se financian exclusivamente con los precios y tarifas que se perciben de los usuarios y consumidores, sino que reciben subvenciones, beneficios y ayudas de la Administración; al tiempo que las tarifas de determinados servicios públicos

se han utilizado en muchas ocasiones para financiar otras actividades. También es habitual que las diferentes tarifas aplicadas a las diversas categorías de usuarios encubran “subsidiados cruzados” de una actividad rentable hacia otra deficitaria. En definitiva, estas prácticas suelen conducir a una opacidad de la tarifa que no permite conocer sus costos reales, con la consiguiente afectación de los derechos de los consumidores y usuarios de dichos servicios.

En el caso de nuestro país, el precio del gas quedó librado al libre acuerdo entre los participantes del mercado (leyes 17.319 y 24.076, y decreto 1738/92) hasta que, en el año 2004, se facultó a la ex Secretaría de Energía, dependiente del ex Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, para acordar con los productores el nivel de los precios del gas natural en el punto de ingreso al sistema de transporte (decreto 181/2004), lo que se instrumentó mediante diversas resoluciones (226/2014, 305/2014). Por otra parte, se creó un Fondo Fiduciario destinado a financiar las importaciones de gas natural necesarias para satisfacer los requerimientos del mercado interno, el que se integraría por cargos tarifarios a pagar por usuarios y consumidores, por recursos que se obtuvieran de programas especiales de crédito, y por otros sistemas de aportes específicos, a realizar por los sujetos activos del sector (decreto 2067/2008 y resolución 1451/2008 del ex Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios de la Nación).

En relación con la red de transporte y distribución de gas natural, se crearon cargos específicos –como aporte a los fondos fiduciarios organizados para el desarrollo de infraestructuras–, destinados a repagar las obras necesarias para su ampliación, al tiempo que se dispuso quiénes serían los sujetos de su percepción y los obligados a su pago, con exclusión de los consumidores residenciales y otros pequeños usuarios (decreto 1216/2006 y resoluciones 2008/2006 del ex Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios de la Nación y 3689/2007 del ENARGAS).

Finalmente, respecto de las tarifas de transporte y distribución del gas natural, en los últimos catorce años su evolución ha sido casi nula. Ante estos precios y tarifas deficitarias, el abastecimiento de gas a los usuarios de todo el país se sostuvo mediante una política de subsidios al consumo y a la oferta.

Como puede apreciarse, desde el dictado de la Ley de Emergencia 25.561 en enero del año 2002, el precio del gas pasó de un contexto de libre negociación de las partes a uno de intervención estatal, mientras que su importación, la ampliación de las redes de transporte y distribución y las tarifas que remuneraban dichos servicios fueron financiados, fundamentalmente, con recursos provenientes de cargos tarifarios, programas especiales de crédito, aportes específicos de determinados sujetos del sector y subsidios del Estado Nacional.

29) Que la Constitución Nacional, en miras a enfrentar las exigencias propias de la implementación de una política económica en el plano nacional, prevé diversas instituciones disponibles para los departamentos del Estado, cuya atribución a cada rama ha sido distribuida por la Norma Fundamental partiendo de la base de la naturaleza de cada herramienta en particular, conforme a lo ya reseñado.

Situado el análisis desde esta perspectiva, la Norma Suprema pone a disposición del Poder Ejecutivo, a fin de la implementación de la política económica y energética, instrumentos susceptibles de ser adoptados en el marco de su competencia, tales como la política tarifaria. Paralelamente, prevé otras herramientas, como reformas impositivas y exenciones,

regímenes promocionales y subsidios –entre otros–, que son atribuciones del Poder Legislativo (artículos 4, 17, 19, 52, 75 incisos 1, 2 y 18). La articulación conjunta de las diversas herramientas se plasma en el marco del principio de “colaboración sin interferencia” que debe guiar la relación entre los distintos poderes del Estado en el sistema republicano de división de poderes contemporáneo.

30) Que, sentado lo expuesto, este Tribunal estima necesario fijar los criterios rectores con relación a la razonabilidad de la política tarifaria a adoptarse respecto a servicios públicos esenciales, con la expectativa de que sean asumidos en el futuro para casos similares.

Corresponde a dichos efectos recordar que las actividades o servicios esenciales para la sociedad, reservados a la titularidad pública mediante la calificación de servicio público, son aquellos cuyas prestaciones se consideran vitales e indispensables para el conjunto de los ciudadanos, con el fin de asegurar su prestación. Se trata de sectores y actividades esenciales para la comunidad pues en ellos los ciudadanos satisfacen el contenido sustancial de los derechos y libertades constitucionalmente protegidos.

31) Que la política energética implementada en el período considerado (a partir del año 2002), según informa la demandada, tuvo como consecuencia la pérdida del autoabastecimiento, el aumento del gasto público, importaciones por parte del Estado Nacional, déficit de la balanza comercial, consumo de los “stocks” de recursos y capacidad disponibles, escasez del gas, deterioro de las infraestructuras de transporte y distribución y falta de inversiones en el desarrollo de sus redes.

Mediante las resoluciones aquí examinadas, como se adelantó, se determinaron precios y tarifas de transición a fin de –conforme surge de sus considerandos– regularizar el desequilibrio fiscal que generaba el mantenimiento del sistema en dichas condiciones, con el objetivo de subsanar su deterioro y colaborar en el reordenamiento de la economía.

32) Que las decisiones y objetivos de política económica implementadas, que implican un drástico cambio de financiamiento del sistema energético nacional, sumados a la situación de deterioro que sufre su abastecimiento –conforme a lo informado por la demandada– y a la variación de los precios de la economía, con una inercia de más de una década en el sentido descripto, imponen al Estado una especial prudencia y rigor a la hora de la determinación de las tarifas y de su transparencia, a fin de asegurar su certeza, previsibilidad, gradualidad y razonabilidad, es decir una relación directa, real y sustancial entre los medios empleados y los fines a cumplir, evitando que tales decisiones impongan restricciones arbitrarias o desproporcionadas a los derechos de los usuarios, y de resguardar la seguridad jurídica de los ciudadanos.

De tal modo, todo reajuste tarifario, con más razón frente a un retraso de magnitud inusitada como el que nos ocupa, debe incorporar como condición de validez jurídica –conforme con la previsión constitucional que consagra el derecho de los usuarios a la protección de sus “intereses económicos” (art. 42 de la Constitución Nacional)– el criterio de gradualidad, expresión concreta del principio de razonabilidad antes referido. En efecto, la aplicación de dicho criterio permitiría la recuperación del retraso histórico invocado y, a la vez, favorecería la previsión de los usuarios dentro de la programación económica individual o familiar, elemento que ha merecido la oportuna ponderación de este Tribunal (conf. arg. Fallos: 325:2059).

33) Que, como síntesis de lo expuesto a este respecto, el Estado debe velar por la continuidad, universalidad y accesibilidad de los servicios públicos, ponderando la realidad económico-social concreta de los afectados por la decisión tarifaria con especial atención a los sectores más vulnerables, y evitando, de esta forma, el perjuicio social provocado por la exclusión de numerosos usuarios de dichos servicios esenciales como consecuencia de una tarifa que, por su elevada cuantía, pudiera calificarse de “confiscatoria”, en tanto detraiga de manera irrazonable una proporción excesiva de los ingresos del grupo familiar a considerar. Por lo demás, no debe obviarse que un cálculo tarifario desmesurado o irrazonable generará altos niveles de incobrabilidad y terminará afectando al mentado financiamiento y, por vía de consecuencia de este círculo vicioso, a la calidad y continuidad del servicio.

En este sentido, el régimen implementado en la ley 24.076 tuvo por objetivos, entre otros, alentar inversiones para **asegurar el suministro** a largo plazo (artículo 2°, inciso b.); propender a una mejor operación, confiabilidad, **igualdad, libre acceso, no discriminación y uso generalizado de los servicios** e instalaciones de transporte y distribución de gas natural (artículo 2°, inciso c) y **asegurar que las tarifas** que se apliquen a esos servicios **sean justas y razonables** de acuerdo a lo normado en la ley (artículo 2°, inciso d). Acorde a ello se previó que, **en la determinación de la tarifa se aseguraría el mínimo costo para los consumidores**, compatible con la seguridad del abastecimiento (artículo 38, inciso d).

A estos fines adquiere especial significación el criterio que surge de la Observación General 4 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de Naciones Unidas, titulada “El derecho a una vivienda adecuada”, del 13 de diciembre de 1991, en la que se emitió opinión sobre el artículo 11.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional). En el punto 8.b se afirma que una vivienda adecuada debe contener ciertos servicios indispensables para la salud, la seguridad, la comodidad y la nutrición, y que todos *“los beneficiarios del derecho a una vivienda adecuada deberían tener acceso permanente a recursos naturales y comunes, a agua potable, a energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado (...)”*. En el punto 8.c. se expresa que los *“gastos personales o del hogar que entraña la vivienda deberían ser de un nivel que no impidiera ni comprometiera el logro y la satisfacción de otras necesidades básicas. Los Estados Partes deberían adoptar medidas para garantizar que el porcentaje de los gastos de la vivienda sean, en general, commensurados con los niveles de ingreso (...)”*.

En efecto, como ha sostenido este Tribunal, “resulta claro que el hombre no debe ser objeto de mercado alguno, sino señor de todos éstos, los cuales sólo encuentran sentido y validez si tributan a la realización de los derechos de aquél y del bien común. De ahí que no debe ser el mercado el que someta a sus reglas y pretensiones las medidas del hombre ni los contenidos y alcances de los derechos humanos. Por el contrario, es el mercado el que debe adaptarse a los moldes fundamentales que representan la Constitución Nacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos de jerarquía constitucional, bajo pena de caer en la ilegalidad” (Fallos: 327:3677).

34) Que es de público conocimiento que el aumento de tarifas cuestionado en el sub lite ha generado una gran cantidad de procesos colectivos radicados en distintas jurisdicciones federales a lo largo del país en los que se ventilan pretensiones idénticas o similares, advirtiéndose que, en su mayoría, los magistrados actuantes no han cumplido

con la acordada 32/2014 en tanto no surge del Registro Público de Procesos Colectivos que dichas causas hayan sido inscriptas.

35) Que esta Corte ha advertido en reiteradas oportunidades que la proliferación de acciones colectivas con idénticos o similares objetos que provienen de diferentes tribunales del país acarrea, además de dispendio jurisdiccional, el riesgo cierto –con la consiguiente gravedad institucional– de que se dicten sentencias contradictorias y de que las decisiones que recaigan en uno de los procesos hagan cosa juzgada respecto de las planteadas en otro. También favorece la objetable multiplicación de acciones procesales tendientes a ampliar las posibilidades de obtener alguna resolución –cautelar o definitiva– favorable a los intereses del legitimado activo o de intervenir en la decisión dictada en el marco de otro expediente (conf. doctrina de la causa “Halabi” citada; “Consumidores Financieros Asoc. Civil para su defensa c/ Banco Itaú Buen Ayre Argentina S.A. s/ ordinario”, Fallos: 337:753; “Municipalidad de Berazategui c/ Cablevisión”, Fallos: 337:1024 y acordada 32/2014, considerando 1°).

36) Que desde estas premisas y con el declarado propósito de favorecer el acceso a la justicia de todas las personas, el Tribunal creó un Registro Público de Procesos Colectivos destinado a la publicidad de los procesos colectivos en el que deben inscribirse todos los procesos de esa naturaleza que tramiten ante los tribunales nacionales y federales del país (acordada 32/2014, del 1° de octubre de 2014). Asimismo, la Corte aprobó el “Reglamento de actuación en procesos colectivos” al que deberán ajustar su actuación dichos tribunales, que tendrá vigencia a partir del primer día hábil de octubre del corriente año y hasta tanto el Poder Legislativo sancione una ley que regule la materia (acordada 12/2016, del 5 de abril de 2016).

37) Que este procedimiento destinado a la publicidad de los procesos colectivos tiene por objeto preservar un valor eminente como la seguridad jurídica, cuya jerarquía constitucional ha sido señalada por el Tribunal con énfasis y reiteración (Fallos: 317:218 y sus citas), en la medida en que propende a asegurar eficazmente los efectos expansivos que produce en esta clase de procesos la sentencia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada, además de perseguir la apropiada tutela de los derechos de todas las personas que no han tomado participación en el proceso.

38) Que con particular referencia al tema sub examine, y frente a una análoga dispersión de procesos colectivos también iniciados con motivo de un pasado aumento de la tarifa de gas, esta Corte hizo saber a los magistrados ante quienes tramitaban esas causas que debían proceder a su inscripción en el Registro Público de Procesos Colectivos y adoptar las medidas necesarias a los efectos de evitar que la multiplicidad de procesos denunciada redundara en un dispendio de recursos materiales y humanos o en el dictado de sentencias contradictorias. También en esa oportunidad la Corte ordenó a los jueces intervinientes que debían unificar el trámite de las causas en aquel tribunal que hubiera prevenido en la materia, de manera tal de conjurar el peligro de que grupos de personas incluidas en un colectivo obtuviesen el beneficio de ciertas pretensiones y otras, que también lo integraban, resultasen excluidas (CSJ 4878/2014/CS1 “García, José y otros el PEN y otros s/ amparo ley 16.986”, del 10 de marzo de 2015).

39) Que cabe remarcar que la multiplicidad de causas suscitada con motivo de las resoluciones MINEM 28/2016 y 31/2016 a la que se hizo referencia con anterioridad

se habría evitado, precisamente, si los magistrados actuantes hubiesen seguido los lineamientos desarrollados por este Tribunal en sus distintos pronunciamientos y hubiesen cumplido con la inscripción ordenada por la acordada 32/2014. Así, el criterio de preferencia temporal que consagró el Tribunal en la causa “Municipalidad de Berazategui” (Fallos: 337:1024) y en la citada acordada imponía a aquellos magistrados ante quienes se dedujeron demandas colectivas con pretensiones similares o idénticas que, una vez recibida la información por parte del Registro, remitiesen sus causas al magistrado que hubiese prevenido. De este modo, se hubiese evitado el escándalo jurídico que surge de la proliferación de procesos que se superponen en sus pretensiones con la posibilidad del dictado de sentencias contradictorias.

40) Que si bien es cierto que el proceso colectivo resulta una herramienta fundamental para garantizar los derechos de los usuarios, su admisibilidad se encuentra condicionada al cumplimiento ineludible de los requisitos descriptos en el considerando 19 a fin de resguardar el derecho de defensa en juicio de las partes. En tal sentido, esta Corte estableció que la admisión formal de toda acción colectiva requiere la verificación de ciertos recaudos elementales que hacen a su viabilidad y exigió que, de manera previa a su inscripción, los tribunales dicten una resolución que declare formalmente admisible la acción, identifique en forma precisa el grupo o colectivo involucrado en el caso, reconozca la idoneidad del representante y establezca el procedimiento para garantizar la adecuada notificación de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio (causa “Halabi” citada y acordada 32/2014, punto 3 del Reglamento de Registro Público de Procesos Colectivos).

41) Que este Tribunal no puede dejar de advertir que en buena parte de los procesos colectivos en los que se debatieron cuestiones referidas a la razonabilidad del aumento tarifario en cuestión, según surge de los pronunciamientos allí dictados, no se ha dado cumplimiento a los recaudos especificados en el considerando que antecede, en especial en lo atinente a la definición precisa del colectivo involucrado y la adecuada notificación a los integrantes del grupo.

Con relación a la definición del colectivo, cabe señalar que este incumplimiento por parte de los jueces actuantes en dichos procesos ha conllevado al dictado de decisiones sectoriales sin distinción de categorías de usuarios, tratando de manera igual situaciones heterogéneas.

Esta Corte ha expresado que la adecuada y detallada determinación del conjunto de perjudicados por una conducta o acto permite delimitar los alcances subjetivos del proceso y de la cosa juzgada y, además, aparece como un recaudo esencial para que los tribunales de justicia puedan verificar la efectiva concurrencia de los requisitos para la procedencia de la acción. Solo a partir de un certero conocimiento del colectivo involucrado (y de sus eventuales subcategorías) el juez podrá evaluar, por ejemplo, si la pretensión deducida se concentra en los efectos comunes que el hecho o acto dañoso ocasiona o si el acceso a la justicia se encuentra comprometido de no admitirse la acción colectiva (conf. doctrina de la causa “Asociación Protección Consumidores del Mercado Común del Sur c/ Loma Negra Cía. Industrial Argentina S.A. y otros”, Fallos: 338:40).

En cuanto a la adecuada notificación a los integrantes del colectivo, su falta de cumplimiento en los procesos antes mencionados, se traduce en la imposibilidad de que even-

tuales usuarios puedan excluirse del proceso, sea porque se consideren beneficiados por la reforma, como por ejemplo podría ser algún beneficiario de la tarifa social, o porque se encuentren conformes con el aumento registrado respecto de ellos.

42) Que el cumplimiento de todos estos recaudos debe extremarse cuando las decisiones colectivas puedan incidir –por sus efectos expansivos– en la prestación de un servicio público. Ello es así en tanto decisiones sectoriales en materia tarifaria pueden afectar la igualdad en el tratamiento de los usuarios, aplicando un aumento para algún sector de la sociedad y no para otro que se encuentra en igualdad de condiciones. Asimismo, decisiones de esta naturaleza pueden alterar el esquema contractual y regulatorio del servicio, afectando el interés general comprometido en su prestación.

43) Que, además, corresponde enfatizar que, no obstante que las decisiones de la Corte Suprema se circunscriben a los procesos concretos que le son sometidos a su conocimiento, la autoridad institucional de sus precedentes, fundada en la condición de este Tribunal de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia, da lugar a que en oportunidad de fallar casos sustancialmente análogos sus conclusiones sean debidamente consideradas y consecuentemente seguidas tanto por esta misma Corte como por los tribunales inferiores. Así, en Fallos: 183:409, se estableció que el Tribunal no podría apartarse de su doctrina sino sobre la base de causas suficientemente graves como para hacer ineludible un cambio de criterio.

Sería en extremo inconveniente para la comunidad si los precedentes no fueran debidamente considerados y consecuentemente seguidos (cf. Thomas M. Cooley citando al Canciller Kent, *Constitutional Limitations*, t. I, pág. 116). Y aun cuando ello no signifique que la autoridad de los antecedentes sea decisiva en todos los supuestos, ni que pueda en materia constitucional aplicarse el principio de *stare decisis* sin las debidas reservas –conf. Willoughby, *On the Constitution*, t. I, pág. 74–, no es menos cierto que, cuando de las modalidades del supuesto a fallarse no resulta de manera clara el error o la inconveniencia de las decisiones ya recaídas sobre la cuestión legal objeto del pleito, su solución debe buscarse en la doctrina de los referidos precedentes (conf. doctrina de Fallos: 183:409 citado).

44) Que, por otra parte, no puede dejar de señalarse que el cargo de Defensor del Pueblo de la Nación, institución creada por la Constitución Nacional como órgano específicamente legitimado en la tutela de los derechos de incidencia colectiva en los términos de sus artículos 86 y 43, se encuentra vacante, circunstancia que repercute negativamente en el acceso a la justicia de un número indeterminado de usuarios. En las condiciones reseñadas, y habida cuenta de las relaciones que deben existir entre los departamentos de Estado, corresponde exhortar al Congreso de la Nación para que proceda a su designación de acuerdo a lo establecido en el artículo 86 citado.

Por ello, y habiendo dictaminado la señora Procuradora General de la Nación, este Tribunal decide:

1º) Declarar admisible el recurso extraordinario y confirmar parcialmente la sentencia apelada en cuanto a la nulidad de las resoluciones 28/2016 y 31/2016 del Ministerio de Energía y Minería de la Nación, decisión que se circunscribe al colectivo de usuarios residenciales del servicio de gas natural, manteniéndose respecto de ellos, y en la medida

en que resulte más beneficiosa, la vigencia de la tarifa social correspondiente al cuadro tarifario aquí examinado;

2º) Poner en conocimiento del Congreso de la Nación la necesidad de dar cobertura al cargo de Defensor del Pueblo de la Nación; y

3º) Recordar a los tribunales federales y nacionales el riguroso cumplimiento de la acordada 32/2014 de esta Corte Suprema de Justicia y, oportunamente, de la acordada 12/2016.

Costas por su orden en todas las instancias en atención a la naturaleza de la cuestión debatida (artículo 68, segunda parte, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

JUAN CARLOS MAQUEDA.

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON HORACIO ROSATTI

Que el infrascripto comparte los argumentos vertidos en los considerandos 1º a 9º del voto que encabeza este pronunciamiento, a los que remite por razón de brevedad.

10) Que, en primer término corresponde señalar que, en el complejo marco jurisdiccional que será analizado en los considerandos siguientes, se apela a la inveterada jurisprudencia del Tribunal según la cual sus sentencias deben atender a las circunstancias existentes al momento de la decisión (conf. Fallos: 306:1160; 318:2438; 325:28 y 2275; 327:2476; 331:2628; 333:1474; 335:905, entre muchos otros), para lo cual no debe sentirse limitado por los argumentos del apelante o del a quo, decidiendo la causa conforme a derecho con el alcance que rectamente otorgue a las normas en debate (Fallos: 307:1457; 308:647; 311:2688; 312:2254; 323:1491, entre muchos otros).

11) Que el análisis jurídico de las cuestiones planteadas en la presente causa debe encuadrarse dentro de los principios y normas establecidos por la Constitución Nacional y, en particular, en lo referente al régimen gubernamental del Estado Argentino en cuanto República (artículo 1º, Constitución Nacional), dentro de cuyo marco se canaliza el poder político por medio de instituciones objetivas que se especializan funcionalmente y se controlan recíprocamente. Esta Corte, conforme tradicional jurisprudencia, ha puesto de resalto que *“siendo un principio fundamental de nuestro sistema político la división del Gobierno en tres departamentos, el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial, independientes y soberanos en su esfera, se sigue forzosamente que las atribuciones de cada uno le son peculiares y exclusivas, pues el uso concurrente o común de ellas haría necesariamente desaparecer la línea de separación entre los tres altos poderes políticos, y destruiría la base de nuestra forma de Gobierno”* (Fallos: 1:32; 338:1060, entre muchos otros).

12) Que a partir del principio republicano de división de poderes, debe desprenderse la diferenciación de las potestades propias de los tres departamentos del Gobierno Federal en la adopción de políticas públicas como las analizadas en la presente causa; es decir, entre lo que le incumbe al Congreso de la Nación, lo que le corresponde al Poder Ejecutivo Nacional y, finalmente, lo que puede dirimir el Poder Judicial. Al primero le atañe la determinación del marco regulatorio general de la materia, al segundo la implementación de

la política energética de conformidad con el régimen establecido al efecto por el Congreso y al Judicial el control procedimental de la toma de decisiones por parte de los otros dos poderes y el escrutinio sobre la razonabilidad de tales decisiones, como así su conformidad con los derechos fundamentales reconocidos por la Ley Suprema de la Nación.

En relación al tema que es objeto de la litis, corresponde al Poder Ejecutivo la competencia tarifaria propia de los servicios públicos, potestad que no se ve afectada por la concesión a particulares (Fallos: 184:306; 322:3008 y CSJ 280/2008 (44-E)/CS1 “Establecimiento Liniers S.A. c/ EN Ley 26.095 – Ministerio de Planificación – Resol. 2008/06 y otros”, dictamen de la Procuración General al que remite la mayoría, fallada el 11 de junio de 2013).

La existencia y vigor de esa potestad estatal fue ratificada en varios pronunciamientos de esta Corte, sin perjuicio de las diferencias que pudieran presentar, según el caso, las condiciones en que se concedía a particulares la prestación de un servicio público. Dijo al respecto este Tribunal en Fallos: 262:555 que *“en todo régimen de prestación indirecta de tales servicios –es decir, por intermedio de concesionario– las tarifas son fijadas o aprobadas por el poder público, como parte de la policía del servicio, lo que no obsta a la existencia de bases fijadas por ley o, como en el caso de autos, bajo forma contractual. Naturalmente que el Estado –latu sensu– dispone al respecto de una atribución y no de una mera facultad; o, dicho en otros términos, al par que le asiste el poder para hacerlo le incumbe la obligación de realizarlo”* (Fallos: 322:3008, considerando 10). La responsabilidad del Estado concedente y su autoridad no se detienen en el momento del otorgamiento de la concesión y, por ello, resulta ilegítima la pretensión de que un régimen tarifario se mantenga inalterado a lo largo del tiempo si las circunstancias imponen su modificación, ya que ello implicaría la renuncia de la administración a su prerrogativa de control de la evolución de las tarifas (Fallos: 262:555; 321: 1784, “Establecimiento Liniers S.A.”, cit., voto de los jueces Highton de Nolasco y Zaffaroni). Lo dicho no exime al Poder administrador del respeto de las exigencias constitucionales en lo que refiere a los derechos fundamentales, en particular los reconocidos en el artículo 42 de la Ley Suprema de la Nación, cuya tutela final corresponde a los tribunales de la Nación y, en modo definitivo, a la Corte Suprema de Justicia.

13) Que, en concreto, en el reparto de competencias sobre el tema en debate, el rol de la judicatura debe limitarse a dos aspectos: el “procedimental”, consistente en auscultar si cada uno de los otros poderes se ciñó al mecanismo previsto por la Constitución y las normas infra-constitucionales para actuar como lo hizo y el “sustantivo”, consistente en ponderar si con su actuación alguno de los otros dos poderes (e incluso el judicial, por la vía de la arbitrariedad de sentencia) alteró el contenido de algún derecho fundamental. Si interviene dentro de estos parámetros, la judicatura no sustituye al legislador (Fallos: 308:1848; 317:1505) ni define la política pública (en este caso política energética) reemplazando ilegítimamente al Poder Ejecutivo (Fallos: 322:3008), o invade el ámbito de facultades propias de las otras autoridades de la Nación (Fallos: 254:43; 321:1187).

14) Que, siguiendo la lógica expuesta precedentemente, corresponde adentrarse en el análisis del procedimiento seguido por el Poder Ejecutivo que derivó en el aumento tarifario cuestionado. Para ello deviene imprescindible recordar el texto del artículo 42 de la Constitución Nacional, destinado al reconocimiento de los derechos de usuarios y consumidores de bienes y servicios, cuyo tercer párrafo dispone que *“la legislación establecerá*

procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control”.

Proyectada al tema en examen, la cláusula constitucional plantea tres preguntas, cuyas respuestas se desarrollarán en los siguientes considerandos: a) ¿es necesaria una audiencia pública para concretar el aumento tarifario o puede satisfacerse el requisito participativo por otros medios?; b) la audiencia (o el mecanismo participativo que corresponda) ¿debe ser previa o puede ser posterior al aumento, a modo de ratificación?; y c) la audiencia (o el mecanismo participativo que corresponda) ¿es necesaria para todos los componentes tarifarios del servicio o puede obviarse para alguno de ellos?

15) Que, en relación al primer interrogante (¿es necesaria una audiencia pública para concretar el aumento o el requisito participativo puede satisfacerse por otros medios?) resulta conveniente iniciar el análisis recordando el debate del citado artículo 42 generado en la Comisión de Redacción de la Convención reformadora de la Constitución de 1994 (tratamiento de los despachos de mayoría y minoría dentro de la Comisión de Nuevos Derechos y Garantías, reuniones 31 y 32 –3ª Sesión Ordinaria– que se desarrollaron los días 16 y 17 de agosto de 1994; conf. www.hcdn.gov.ar, págs. 4168 y siguientes).

El despacho de mayoría de la Comisión de Nuevos Derechos y Garantías caracterizaba la participación que establecía como “nuevo derecho” adjetivándola como “consultiva”. El miembro informante, señor Irigoyen, sostenía en el recinto que “...[l]a interpretación que queremos dejar establecida es que ése es el umbral mínimo que la Constitución exige al Congreso respecto a la participación de los consumidores en los órganos de control de los servicios públicos. La legislación —que es la palabra exacta que establece el texto del dictamen— que está, naturalmente, a cargo del Congreso, definirá si la participación que se otorga a los consumidores estará por encima de lo aquí establecido. La Constitución plantea una cuestión mínima, cual es la exigencia de que los consumidores sean consultados. Por encima de ello, el Congreso podrá decidir de acuerdo con su propia competencia...” (sesión del 17 de agosto, pág. 4352).

Esta propuesta fue objetada inicialmente, dentro del debate en particular del texto, por el convencional Viyerio, quien propició la eliminación del término “consultiva” por entender que “...de esta manera no se establece un nivel mínimo de discusión sino que reduce absolutamente la intervención de los usuarios y consumidores en cualquier decisión de los organismos de control [...] Eliminando el término ‘consultiva’ y estableciendo y previendo la participación de los consumidores y usuarios en los organismos de control, quedaría abierta la puerta para que sea materia legal de cada administración el grado de participación que se dará en esos organismos de control” (sesión citada, pág. 4352).

La proposición modificatoria fue acompañada por diversos convencionales; en particular la señora Sánchez García expresó que: “...parece absolutamente equívoco plantear que la legislación podrá dar un carácter distinto a la participación consultiva, que queda limitado por esta redacción [...] lo que queremos es que se garantice la participación para que se puedan resolver fehacientemente los conflictos. No tengamos miedo, ante la desregulación de todos los organismos del Estado, a que la gente se organice, porque la organización y la participación garantizarán mayor eficiencia. No hay que tenerle miedo a la real participación de los usuarios. Por eso, sostengo que el término ‘consultiva’ es cercenante” (pág. 4355). La convencional Dressino, concordantemente, sostuvo que “aun cuando la voluntad de los

miembros de la comisión sea que la participación consultiva sirva de piso mínimo de participación, sostengo que de la lectura del texto ella se transforma en techo y no en piso. No imagino otro mecanismo inferior de participación que no sea el de la consulta” (pág. 4356). El convencional Serra formuló pareja observación, al afirmar que “...agregar el término ‘consultiva’ al concepto de participación es restrictivo. Quiere decir que se excluye cualquier otro tipo de participación. Si el espíritu de la comisión es abrir las distintas posibilidades de participación, a fin de que esa cuestión [la] resuelva una ley del Congreso ajustada a la coyuntura, lo lógico —en el raciocinio de la comisión— sería eliminar la palabra ‘consultiva’ para que sólo quede el término ‘participación’, que es mucho más general y establece un piso y un techo” (pág. 4357; conf. expresiones concordantes de los convencionales señor May Zubiría y señora Figueroa, págs. 4359 y 4360, respectivamente).

El debate concluyó con la intervención del Presidente de la Comisión de Redacción, señor Corach, quien se expresó en los siguientes términos: “...después del cuarto intermedio y de haber escuchado las sugerencias de los señores convencionales la Comisión de Redacción acepta la propuesta de eliminar la palabra ‘consultiva’, dejando constancia expresa de que es el Congreso de la Nación, a través de la correspondiente legislación, el que determinará qué nivel de participación tendrán las asociaciones de consumidores y de usuarios” (pág. 4361).

Sometido a votación el tercer párrafo del artículo 42 según la nueva redacción adoptada por el despacho de mayoría, fue finalmente aprobado por los convencionales constituyentes, registrándose ciento sesenta y nueve (169) votos por la afirmativa y siete (7) por la negativa.

Los antecedentes reseñados permiten concluir que el texto constitucional puesto en vigencia reconoce la participación ciudadana en la toma de decisiones públicas con un contenido mínimo de carácter “consultivo”, dejando en manos del legislador la elección del mecanismo que mejor asegure aquella participación en cada caso.

16) Que en la materia que nos compete el legislador ha dispuesto, en la ley 24.076 y con los alcances que luego se desarrollarán, la modalidad de las audiencias públicas como mecanismo de participación de los usuarios en torno al debate sobre las tarifas.

Se trata de una respuesta lógica, porque es un mecanismo participativo “abierto” (desde el punto de vista de los partícipes), “amplio” (desde el punto de vista temático) y “deliberativo” (desde el punto de vista actitudinal), requisitos que no se congregan en cualquiera otra modalidad participativa.

En efecto, la audiencia pública ha sido definida en el ámbito del Poder Ejecutivo, en relación al Acceso a la Información Pública (decreto 1172/03, Anexo 1) como “una instancia de participación en el proceso de toma de decisión, en la cual la autoridad responsable habilita a la ciudadanía un espacio institucional para que todo aquél que pueda verse afectado o tenga un interés particular o general, exprese su opinión” (artículo 3), siendo su finalidad “permitir y promover una efectiva participación ciudadana y confrontar de forma transparente y pública las distintas opiniones, propuestas, experiencias, conocimientos e informaciones existentes sobre las cuestiones puestas en consulta” (artículo 4), debiendo “garantizar el respeto de los principios de igualdad, publicidad, oralidad, informalidad y gratuidad” (artículo 5). El Ente Regulador del Gas adaptó la caracterización de las audiencias públicas referidas a su materia, para ponerla en línea con la definición precedente, al sostener que “la Audiencia Pública habilita la

participación ciudadana en el proceso de toma de decisiones a través de un espacio institucional en el que todos aquellos que puedan sentirse afectados, manifiesten su conocimiento o experiencia y presenten su perspectiva individual, grupal o colectiva respecto de la decisión a adoptarse” (conf. resolución 3158/05).

Desde el punto de vista gnoseológico la audiencia pública es el procedimiento que permite exponer, intercambiar y refutar opiniones técnicas y, como consecuencia, ratificar las percepciones iniciales de sus partícipes o bien modificarlas como consecuencia del debate. Es el mecanismo apto no solo para salir de la ignorancia sino también para construir alternativas que permitan formular una síntesis que dé cabida a la mayor cantidad posible de opiniones diferentes pero no contradictorias.

Desde el punto de vista democrático la audiencia expresa la concreción práctica de la deliberación pública, exigencia imprescindible para el ejercicio de los derechos de los ciudadanos en materia de servicios públicos. Se trata de un recaudo que, aunque procesal en su origen, es sustantivo por su consecuencia, en tanto formador de ciudadanía. En efecto, la participación deliberativa es lo que diferencia al usuario del mero administrado y es también lo que impregna de legitimidad a la decisión de la autoridad de aplicación. Finalmente, y no en menor grado, en la medida en que vincula fuertemente a la participación con la construcción de las decisiones públicas, la práctica de las audiencias contribuye a fortalecer “el valor epistemológico de la democracia” (Nino, Carlos Santiago, “La paradoja de la irrelevancia moral del gobierno y el valor epistemológico de la democracia”, en AA.VV., “En torno a la democracia”, Ed. Rubinzal-Culzoni, 1990, pág. 97 y ss.).

Esta vinculación entre la participación en las decisiones relacionadas a las políticas públicas y el fortalecimiento de la democracia ha sido remarcada en numerosos instrumentos internacionales suscriptos por la Argentina, entre los que cabe destacar a la Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana en la Gestión Pública (XI Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado, Lisboa, Portugal, 25 y 26 de junio de 2009, Capítulo primero, puntos 2 y 3) y el Código Iberoamericano del Buen Gobierno, respaldado por la XVI Cumbre Iberoamericana (Uruguay, noviembre de 2006, especialmente regla II.7 y regla IV.35).

De todo lo argumentado precedentemente se colige que la audiencia pública es el mecanismo participativo adecuado para garantizar la intervención de los usuarios en el tema debatido en esta causa; no solo porque así lo ha decidido el legislador en la ley 24.076 sino porque tal decisión es razonable (diríase la más “razonable” entre otras tantas posibles) conforme a los parámetros constitucionales.

17) Que, en relación al segundo interrogante (¿la audiencia debe ser previa o puede ser posterior al aumento, a modo de ratificación?) cuadra afirmar que –en el caso– la naturaleza del mecanismo participativo escogido resulta intrínsecamente incompatible con su utilización a posteriori. La audiencia no es un evento destinado a que se notifique lo ya decidido; ello implicaría convertirla en una formalidad y a los usuarios en meros espectadores. La participación de los interesados responde a dos motivos: a) los planteos que se formulan en la audiencia pública deben ser apreciados obligatoriamente por la autoridad de aplicación al momento de resolver y es obvio que no puede ponderarse algo que no ha ocurrido; b) la participación previa en un tema como la fijación de la tarifa de un servicio

público constituye un factor de previsibilidad, integrativo del derecho constitucional a una información “adecuada y veraz” (artículo 42, Constitución Nacional).

En esta línea se ha inclinado la doctrina especializada al afirmar que la protección de los intereses económicos del colectivo de usuarios en materia de servicios públicos, “se concretizan, a modo meramente enunciativo sin agotar tampoco el catálogo, en: ... imposibilidad por parte del Estado o el concesionario de aumentar la tarifa sin una previa audiencia pública que permita el libre debate de los **supuestos fácticos y legales invocados como causa de tal aumento**, con obligatoria participación de los usuarios...” (Jorge Luis Salomoni, Teoría General de los servicios públicos, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 2004, pág. 400, el destacado no es del original). En la misma dirección, cabe sostener que la audiencia pública es un mecanismo que integra el **proceso de preparación** de la voluntad estatal y que se concreta antes que una norma legal o reglamentaria sea dictada.

En tal sentido, respondiendo a un planteo específico formulado en la causa, debe señalarse que no es razonable admitir que la audiencia pública invocada por el poder administrador para validar el aumento tarifario, que data del año 2005, se erija en una instancia participativa “adecuada” a los fines informativos de los usuarios, ni que –debido a las vicisitudes económicas vividas desde esa fecha hasta ahora– haya podido permitirles tomar las debidas precauciones en el diseño de sus economías.

Tampoco es razonable que se recurra, como lo hace el Poder administrador, a los efectos de habilitar o inhabilitar la celebración de una audiencia pública, a una diferenciación como la de “aumento transitorio” y “revisión tarifaria integral”, porque tal clasificación –al menos en lo que aquí concierne– no encuentra sustento en el texto de la ley aplicable y es absolutamente ajena –y tal vez incomprensible– a la voluntad de los usuarios.

De modo que el segundo de los interrogantes planteados ut supra debe responderse en el sentido de que la audiencia debe ser “previa” a la modificación de la tarifa.

18) Que, en relación al tercer interrogante (¿la audiencia previa es necesaria para todos los componentes tarifarios o puede obviarse para alguno de ellos?) es necesario realizar una interpretación sistemática de las pautas brindadas por las diversas normativas vigentes en la materia.

En primer lugar, la ley 24.076, invocada por las partes y aplicable a la presente causa, establece que “**el transporte y distribución de gas natural** (...) constituyen un servicio público nacional, siendo regidos por la ley 17.319 la producción, captación y tratamiento”, y aclara a continuación que “la ley 17.319 solamente será aplicable a las etapas de transporte y distribución de gas natural, cuando la presente ley se remita expresamente a su normativa” (artículo 1º, el destacado no es del original).

Con relación a la exigencia de la celebración de la audiencia pública, las cláusulas pertinentes disponen lo siguiente: Artículo 46: “Los transportistas, distribuidores y consumidores podrán solicitar al Ente Nacional Regulador del Gas las modificaciones de tarifas, cargos, precios máximos, clasificaciones o servicios establecidos de acuerdo con los términos de la habilitación que consideren necesarias si su pedido se basa en circunstancias objetivas y justificadas. Recibida la solicitud de modificación, el ente deberá resolver en el plazo de sesenta (60) días previa convocatoria a audiencia pública que deberá celebrarse dentro de los primeros quince (15) días de la recepción de la citada solicitud”. Artículo 47: “Cuando el Ente Nacional Regulador del Gas

considere, como consecuencia de procedimientos iniciados de oficio o denuncias de particulares, que existen motivos para considerar que una tarifa, cargo, clasificación o servicio de un transportista o distribuidor es inadecuada, indebidamente discriminatoria o preferencial, notificará tal circunstancia al transportista o distribuidor y la hará pública convocando a tal efecto a una audiencia pública dentro de los primeros quince (15) días. Celebrada la misma, dictará resolución dentro del plazo indicado en el artículo 46 de esta ley” (el destacado no es del original). Conforme lo analizado hasta aquí, surge evidente que el Ministerio de Energía y Minería no ha dado cumplimiento al requisito de realizar audiencia pública previa para aumentar el precio de la tarifa de gas en los tramos de transporte y distribución, si bien se hallaba obligado legalmente a hacerlo (artículos 46 y 47 de la ley 24.076).

19) Que, seguidamente, es menester analizar el agravio desarrollado por la demandada con sustento en que, por tratarse de una actividad desregulada, al dictar la resolución 28/2016 el Ministerio de Energía y Minería estaba facultado para determinar un nuevo precio en el punto de ingreso al sistema de transporte de gas (PIST), sin realizar audiencia pública. Al respecto, debe adelantarse que el análisis de las distintas pautas aplicables permite concluir que dicha actividad se encuentra sometida a diversas regulaciones instrumentadas por el Poder Ejecutivo.

En la interpretación de las normas que rigen el caso debe recordarse que “los textos legales no deben ser considerados, a los efectos de establecer su sentido y alcance, aisladamente, sino correlacionándolos con los que disciplinan la misma materia, como un todo coherente y armónico, como partes de una estructura sistemática considerada en su conjunto, y teniendo en cuenta la finalidad perseguida por aquellos” (Fallos: 320:783; 338:962, entre muchos otros). Asimismo, tiene dicho esta Corte que “por encima de lo que las leyes parecen decir literalmente, es propio de la interpretación indagar lo que ellas dicen jurídicamente, es decir, en conexión con las demás normas que integran el ordenamiento general del país. En esta indagación no cabe prescindir de las palabras de la ley, pero tampoco atenerse rigurosamente a ellas, cuando la interpretación razonable y sistemática así lo requiere” (Fallos: 241:97; 244:129; 262:283; 315:2157, entre muchos otros).

Aun cuando a estar a los términos literales de las leyes 17.319 y 24.076 y sus reglamentaciones, la producción y comercialización de gas no fue expresamente calificada como servicio público, cabe puntualizar que ello encontró fundamento en tipificarla como una actividad económicamente desregulada.

Una comprensión teleológica y sistemática de las pautas normativas aplicables al presente caso exige considerar que, a partir de lo establecido en el decreto 181/2004 y las normas dictadas en su consecuencia, esa desregulación ha quedado fuertemente desvirtuada. Ello es así, pues sobre la base del decreto citado en último término –cuyo objetivo fue elaborar un esquema de normalización del precio del gas en el PIST hasta que se “reencauzara” la actividad y se llegara, nuevamente, a precios que debían resultar de la libre interacción de la oferta y la demanda–, se facultó a la ex Secretaría de Energía del ex Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios de la Nación para acordar con los productores de gas natural un ajuste del precio del producto en el marco del cual, además, se suscribieron varios acuerdos (resoluciones 226/14 y 305/14 de la ex Secretaría de Energía).

La interpretación de la ley 24.076 reseñada se sostiene en su artículo 83 que prevé expresamente que una vez finalizada una etapa de transición, “se desregularán los precios de

gas en punto de ingreso al sistema de transporte y las transacciones de oferta y demanda gasífera serán libres dentro de las pautas que orientan el funcionamiento de la industria, de acuerdo con el marco regulatorio”. En base a tal pauta, resultaba natural que la ley previera un régimen de audiencias públicas solo para aquellos supuestos en los que se estimara necesario modificar, entre otros casos, las tarifas y cargos que perciben los transportistas y distribuidores (conf. artículos 4, 46 y 47), mientras que la determinación del precio del gas natural, en cambio, quedara librada a la negociación entre los productores y los diversos adquirentes.

Sin embargo, el citado decreto 181/2004 alteró esta situación en los términos mencionados con anterioridad mediante la instrumentación de previsiones reglamentarias que encomendaban a la ex Secretaría de Energía acordar con los productores un ajuste del precio, que si bien constituye un régimen transitorio en un contexto de emergencia pública, debe ser ponderado de manera sistemática con las normas legales mencionadas. Es decir, durante la vigencia de este régimen transitorio la actividad no puede ser calificada como “desregulada”, ya que sobre ella repercuten diversas instancias regulatorias instrumentadas por el Poder Ejecutivo.

En las condiciones descriptas, parece razonable entender que, al encontrarse vigente la reglamentación instrumentada por el referido decreto 181/2004 y las regulaciones adoptadas en su consecuencia respecto de la producción y comercialización de gas, corresponde que el análisis del precio en el punto de ingreso al sistema de transporte (PIST) se efectúe conjuntamente con la revisión integral de tarifas, lo cual requiere necesariamente, como ya se señaló, la celebración de una audiencia pública. Ello así, por cuanto la conclusión arribada con relación a la situación actual resulta diversa de la que pudiera existir al momento en que, efectivamente, el precio del gas en el PIST se determinara sobre la base de la libre interacción de la oferta y la demanda, sin la intervención del Estado en su fijación en los términos señalados.

Incumbe a los poderes representativos y, en especial al Poder Ejecutivo como responsable de la elaboración de la política energética, recrear –si así lo estimara conveniente– las condiciones de libre mercado en la extracción del gas; en tal caso, reinstalado el soporte fáctico que avalaba la no celebración de la audiencia pública en el PIST, tal requisito dejaría de ser exigible. Dicho de otro modo: es el Poder Ejecutivo, no el Judicial, quien debe, si así lo desea, modificar el actual estado de situación. Esta Corte no puede discutir la decisión política de convertir a un mercado libre en un mercado regulado, o viceversa, pero lo que sí debe es considerar la razonabilidad y consecuencias jurídicas de esa decisión.

En tal sentido, conviene aclarar que la seguridad jurídica –requisito imprescindible para propiciar la afluencia de inversiones en materia energética– se ve necesariamente socavada tanto si se modifican injustificadamente las normas jurídicas que regulan la materia, cuanto si se alteran los presupuestos fácticos que han motivado la adopción de tales reglas.

Por ello, una interpretación armónica y sistemática de las leyes 17.319, 24.076 y el decreto 181/2004, permite concluir que la circunstancia de que la citada ley 17.319 no haga referencia a la actividad en estudio encuentra razón en que parte de un marco jurídico diverso al actual –conforme al cual el Poder Ejecutivo ha instrumentado regulaciones sobre la producción y comercialización de gas–, por lo que el plexo normativo aplicable al caso requiere que las exigencias relativas a la realización de una audiencia pública previa para

aumentar el precio de la tarifa de gas sean aplicables también al tramo de ingreso al sistema de transporte de gas (PIST).

Por lo demás, lo expuesto se ve reforzado si se considera que las variaciones del precio de adquisición del gas son trasladadas a la tarifa final del usuario de tal manera que no se producen beneficios ni pérdidas al distribuidor ni al transportista (artículos 37 ley 24.076 y 37, ap. 5, de su reglamentación). Específicamente respecto de la composición de las tarifas, la ley en cita dispone que *“la tarifa de gas a los consumidores será el resultado de la suma de: a) precio del gas en el punto de ingreso al sistema de transporte; b) tarifa de transporte; c) tarifa de distribución”* (artículo 37). Es decir, que la variación del precio del producto en el PIST influye, en principio, directamente en la tarifa final que paga el usuario.

20) Que examinado el aspecto “procedimental” de la actuación del Poder administrador, vinculado con su comportamiento en torno al cumplimiento de los mecanismos destinados –en el caso– a aumentar la tarifa de un servicio público, resta ahora adentrarse en el aspecto “sustantivo”, consistente en ponderar si con su actuación la autoridad de aplicación alteró (o no alteró) algún derecho fundamental que este Tribunal está obligado a defender.

Inicialmente podría afirmarse que habiéndose invalidado el procedimiento que derivó en el aumento tarifario, resultaría superfluo concentrarse en las consecuencias que se derivan de tal aumento. Empero, las consideraciones siguientes, de índole constitucional, podrán servir de orientación en lo sucesivo, de modo que hechos como los que generan este pronunciamiento puedan ser encauzados tempranamente por los poderes representativos y aun por el Poder Judicial, evitando y/o reduciendo la conflictividad y/o la litigiosidad.

21) Que, en el caso, es necesario partir de la situación fáctica descrita por el Poder Ejecutivo en relación a un período de casi diez años sin incrementos de tarifas para los usuarios del servicio de gas, lo que –se afirma–, pudo sostenerse gracias a subsidios otorgados por el propio Estado. La decisión de las actuales autoridades de disminuir tales subsidios y reemplazarlos por el incremento tarifario no puede ser discutida por este Tribunal pues se trata de una cuestión de naturaleza política económica, salvo que en su concreción –o sea como consecuencia de ella– se vulneren esencialmente derechos constitucionales.

En cualquier caso, tal como se detalló *ut supra*, conviene recordar que la Constitución Nacional prevé diversas herramientas para la implementación de las políticas gubernamentales, algunas de ellas depositadas en el Poder Ejecutivo (tal el caso de la política tarifaria) y otras en el Congreso de la Nación (reformas impositivas y exenciones, regímenes promocionales, subsidios, entre otros). A nivel infra-constitucional merece destacarse, por su pertinencia al tema en estudio, al artículo 48 de la ley 24.076, conforme al cual *“sin perjuicio que el cálculo de tarifas debe efectuarse de acuerdo a la metodología indicada en los artículos 38 y 39, el Poder Ejecutivo Nacional propondrá al Congreso Nacional otorgar subsidios, los que deberán ser explícitos y contemplados en el presupuesto nacional”*.

En consecuencia, el respeto al principio de la división de poderes exige cumplir la distribución de las potestades mencionadas sin que se procure otorgar a determinadas medidas la naturaleza de otras, especialmente cuando tal modulación puede implicar que un departamento del Gobierno Federal asuma las prerrogativas propias de otro.

La articulación conjunta de las diversas herramientas se plasma en el marco del princi-

pio de “colaboración sin interferencia” que debe guiar la relación entre los distintos poderes del Estado en el sistema republicano de división de poderes contemporáneo.

22) Que toda previsión tarifaria, con más razón cuando la autoridad de aplicación invoca la necesidad de recuperar un retraso histórico, como ha ocurrido en la presente causa, debe incorporar –como condición de validez jurídica conforme a la previsión constitucional que obliga a respetar el derecho de los usuarios a la protección de sus “*intereses económicos*”– el criterio de “gradualidad”, expresión concreta del principio de razonabilidad entre medios y fines que el Tribunal ha receptado en anteriores ocasiones (Fallos: 299:428, 430, considerando 5° y sus numerosas citas).

En efecto, en el marco técnico descrito por el poder administrador, la “gradualidad” permitiría recuperar el retraso histórico invocado y, a la vez, favorecería la previsión de los usuarios dentro de su programación económica individual o familiar, elemento que ha merecido la oportuna ponderación del Tribunal (*in re* “*Tobar, Leónidas c/ Estado Nacional –Ministerio de Defensa– Contaduría General del Ejército – Ley 25.453*”, Fallos: 325:2059). La gradualidad no se vincula necesariamente con porcentajes (aumentar diez veces el valor de un peso no tiene el mismo significado que aumentar dos veces el valor de mil) sino con la ponderación de los montos fijados en concepto de tarifa en función de la capacidad de pago de los usuarios.

De ahí que, al formular un control de razonabilidad de las medidas impugnadas, corresponde sostener que en materia de servicios públicos no es admisible desvincular el “costo global de la prestación” de la “capacidad de pago de los usuarios”, pues así como es lógico suponer que el monto de las tarifas se calcula en función del financiamiento del servicio, también lo es deducir que un cálculo tarifario desmesurado o irrazonable que deba ser solventado únicamente por los usuarios generará altos niveles de incobrabilidad y terminará afectando al mentado financiamiento y, por vía de consecuencia de este círculo vicioso, a la calidad y continuidad del servicio.

El razonamiento anterior no solamente es relevante desde un punto de vista económico sino también desde una perspectiva jurídica, que es la que a los tribunales concierne, pues una relación irrazonable entre monto y capacidad de pago en el cálculo de la tarifa puede convertir a una cuestión técnica, reservada al poder administrador, en una cuestión judicial por afectación de derechos constitucionales vinculados a la subsistencia o a una mínima calidad de vida de los usuarios. Ello así, al punto que existe un límite en el que toda ponderación entre el financiamiento del servicio y la capacidad de pago pierde sentido; se trata de la hipótesis en que la imposibilidad real de pago coloca al usuario frente al corte del servicio, circunstancia que debe merecer la tutela especial de la justicia pues, en este caso, no es posible rescatar técnicamente siquiera un umbral mínimo de un derecho esencial para la subsistencia.

Conforme a lo expresado, la aplicación del principio de “gradualidad” no debe verse como un obstáculo para compensar el retraso histórico en el valor de las tarifas sino como la condición de posibilidad para su concreción jurídica irreprochable.

23) Que la necesidad de incorporar como factor de ponderación los ingresos individuales o familiares del usuario para determinar la tarifa de los servicios públicos no significa consagrar una casuística individual que contemple las casi infinitas situaciones fácticas de

los usuarios del país, dificultando al extremo la tarea de cálculo propia del poder administrador, sino el establecimiento de categorías dentro de las cuales puedan agruparse conjuntos homogéneos, de modo de validar el criterio de igualdad que se expresa en el igual trato para quienes están en igualdad de circunstancias y que ha tenido seguimiento inveterado por parte de la Corte en distintas épocas y con distintas composiciones (Fallos: 115:111; 132:402; 200:424; 315:135; 329:4349; 338:1455, entre tantos otros).

De ahí que, en miras a garantizar la razonabilidad de la tarifa de un servicio público esencial es imprescindible que exista una clara diferenciación de sectores y regiones, con atención especial a los más vulnerables. En efecto, el artículo 16 de la Ley Fundamental no impone una rígida igualdad, por lo que tal garantía no impide que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considere diferentes, atribuyéndose a su prudencia una amplia libertad para ordenar y agrupar, distinguiendo y clasificando los objetos de la legislación (Fallos: 320:1166), en la medida en que las distinciones o exclusiones se basen en motivos razonables y no en un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas o en un indebido privilegio personal o de un grupo (Fallos: 315:839; 322:2346).

El imperativo igualitario aplicable en la presente causa no solo deriva de modo genérico del artículo 16 y cc. de la Constitución Nacional sino también, en particular en lo relativo a la prestación de un servicio público esencial, en lo dispuesto por el artículo 42 de la Constitución Nacional incorporado en la reforma constitucional de 1994, en tanto reconoce a los usuarios el derecho a un trato “equitativo”.

24) Que así como la ponderación de un principio de igualdad “situado” se proyecta para el Poder Administrador en la exigencia de conformar “categorías” de usuarios en función de la diferente utilización del servicio y de su nivel de ingresos, tal principio se exterioriza para el Poder Judicial en la exigencia de conformar “clases” a los efectos de no tratar de la misma manera a quienes no se encuentran en las mismas o similares condiciones o circunstancias. Dicho de otro modo: así como se ha sostenido en un considerando anterior de este voto que la falta de celebración de una audiencia pública legalmente obligatoria afecta a todos los usuarios por igual (sean estos residenciales, comerciales o industriales), porque lesiona su derecho a la participación, así también debe sostenerse que la fijación del monto de las tarifas no necesariamente incide a todos los usuarios por igual. O sea, que si en materia participativa el agravio es hacia todos los usuarios, en materia económica no necesariamente ocurre lo mismo.

25) Que, sentado que la falta de celebración de una audiencia pública obligatoria afecta a todos los usuarios del mismo modo —a diferencia de lo que ocurre con el perjuicio económico invocado por aquellos—, corresponde pasar a analizar los alcances de la presente sentencia a la luz de los requisitos establecidos por el Tribunal en torno a la tramitación de procesos colectivos, en particular las diferencias que pueden verificarse con respecto al acceso a la justicia. En tal sentido, se adelanta la conclusión respecto de que la decisión que aquí se adopta se limita —por las razones que se desarrollarán a continuación— exclusivamente a los usuarios residenciales del servicio.

26) Que a tal fin es menester recordar que, en recientes precedentes, la Corte reconoció que, de acuerdo a las disposiciones del artículo 43 de la Constitución Nacional, las asociaciones de usuarios y consumidores se encuentran legitimadas para iniciar acciones

colectivas relativas a derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos, incluso de naturaleza patrimonial, en la medida en que demuestren: la existencia de un hecho único susceptible de ocasionar una lesión a una pluralidad de sujetos; que la pretensión esté concentrada en los “efectos comunes” para toda la clase involucrada; y que de no reconocerse la legitimación procesal podría comprometerse seriamente el acceso a la justicia de los integrantes del colectivo cuya representación se pretende asumir (confr. “Padec”, Fallos: 336:1236; “Unión de Usuarios de Consumidores”, Fallos: 337:196 y “Consumidores Financieros Asociación Civil p/ su defensa”, Fallos: 337:753).

27) Que en el caso se cuestionan las resoluciones del Ministerio de Energía y Minería de la Nación que fijan nuevos precios y tarifas para el servicio de gas. De manera que se cumple con el recaudo relativo a que exista un hecho único susceptible de ocasionar una lesión a una pluralidad de sujetos.

La pretensión, por su parte, está concentrada en los “efectos comunes” para todo el colectivo, es decir, la necesidad de audiencia previa, lo que permite tener por configurado el segundo requisito expuesto en el considerando anterior. Al respecto debe repararse en que las resoluciones impugnadas alcanzan a todo el colectivo definido en la demanda.

28) Que, por el contrario, el recaudo de estar comprometido seriamente el “acceso a la justicia” –cuyo cumplimiento, según se expresó en “Halabi” (Fallos: 332:111), resulta ineludible para la viabilidad de una acción colectiva que tenga por objeto la defensa de intereses individuales homogéneos– no se encuentra cumplido respecto de todos los miembros del colectivo cuya representación se pretende asumir.

En efecto, como se señaló, en este caso la asociación actora se presentó, en el marco de un proceso colectivo, en representación de la totalidad de los usuarios de gas del país.

De la reseña efectuada surge que solo respecto de los “usuarios residenciales” (conforme decreto 2255/92 –Anexo “B”, Subanexo II–, decreto 181/2004 y resolución ENARGAS 409/2008) es posible sostener que el caso involucra un supuesto en el que se encuentre comprometido el acceso a la justicia. Ello es así, en tanto solo en relación al mencionado colectivo cabe aquí presumir una posición de mayor vulnerabilidad frente al efectivo cumplimiento de la garantía constitucional señalada (considerando 13, 4° párrafo del precedente “Halabi” citado). A este respecto, el Tribunal ha resaltado en diversos precedentes la relevancia del proceso colectivo como una forma de garantizar el acceso a la justicia, valor que cobra especial importancia en este supuesto toda vez que el costo que significaría demandar individualmente supera claramente el beneficio que cada uno de dichos usuarios podría obtener de la sentencia dictada en la causa respectiva. Una interpretación que restringiera a este grupo la posibilidad de demandar de manera colectiva en este caso equivaldría lisa y llanamente a negar efectividad a la tutela constitucional frente a un acto lesivo.

Sin embargo, respecto del resto de los usuarios (no residenciales) no se ha demostrado, ni resulta de manera evidente de las constancias de autos, que el ejercicio individual de la acción no aparezca plenamente justificado en atención a la entidad de las cuestiones planteadas (sentencia de esta Corte en la causa FMZ 82203891/2012/1/RH1 “Sociedad Rural Río V c/ AFIP s/ ordinario”, dictada el 4 de agosto de 2016).

Esta circunstancia impide tener por corroborada, con una certeza mínima, que se encuentre comprometida la garantía de acceso a la justicia que, conforme a la doctrina senta-

da en el precedente citado, resulta necesaria para habilitar la vía intentada respecto de los usuarios no residenciales, por lo que los efectos de esta sentencia no pueden alcanzarlos.

29) Que sin perjuicio de todo lo hasta aquí señalado, las decisiones tomadas por el Poder Ejecutivo Nacional en el corriente año en relación a la tarifa social y a la protección de los sectores más vulnerables tornan necesario que el Tribunal ponga de manifiesto una circunstancia que, pese a ser evidente, podría ser soslayada en virtud de la compleja estructura tarifaria. Esto es, que la demanda de los usuarios residenciales ha sido acogida y, por lo tanto, han resultado vencedores en el campo jurídico. En consecuencia, y por aplicación del más elemental sentido de justicia, la tarifa final que se les aplique en función del presente pronunciamiento en ningún caso puede arrojar como resultado sumas mayores a las que dichos actores hubiesen debido abonar por estricta aplicación del nuevo cuadro tarifario, considerando la mencionada tarifa social (conf. doctrina de Fallos: 336:607).

30) Que es de público conocimiento que el aumento de tarifas cuestionado en el sub lite ha generado una importante cantidad de procesos colectivos radicados en distintas jurisdicciones federales a lo largo del país, originando un escenario heterogéneo, donde se presentan conjuntamente situaciones fácticas disímiles, cuya ponderación específica exige la instrumentación de medidas que exceden el marco propio de actuación de un tribunal de justicia.

A modo de ejemplo, hay usuarios que han abonado las facturas con los incrementos tarifarios, y otros que no lo han hecho. A su vez, en ambos supuestos existirían personas para las cuales el incremento tarifario resultaría desproporcionado a su capacidad de pago y excedería las posibilidades reales de cumplimiento, por lo que las tarifas instrumentadas pondrían en riesgo concreto la posibilidad del pago de la factura pertinente y, en consecuencia, la accesibilidad y la continuidad del servicio público esencial. Habría asimismo otros sectores cuya capacidad de pago les permitiría asumir el incremento adoptado y –habiéndolo abonado o no la factura respectiva– se encontrarían en condiciones fácticas de responder a los aumentos resueltos.

31) Que esta Corte ha advertido en reiteradas oportunidades que la proliferación de acciones colectivas con idénticos o similares objetos que provienen de diferentes tribunales del país acarrea, además de dispendio jurisdiccional, el riesgo cierto –con la consiguiente gravedad institucional– de que se dicten sentencias contradictorias y que las decisiones que recaigan en uno de los procesos hagan cosa juzgada respecto de las planteadas en otro. Esta situación favorece asimismo la objetable multiplicación de acciones procesales tendientes a ampliar las posibilidades de obtener alguna resolución –cautelar o definitiva– favorable a los intereses del legitimado activo o de intervenir en la decisión dictada en el marco de otro expediente (conf. doctrina de la causa “Halabi”, Fallos: 332:111; “Consumidores Financieros Asoc. Civil para su defensa”, Fallos: 337:753; “Municipalidad de Berazategui c/ Cablevisión”, Fallos: 337:1024 y acordada 32/2014, considerando 1°).

32) Que desde estas premisas y con el declarado propósito de favorecer el acceso a la justicia de todas las personas, el Tribunal creó un Registro Público de Procesos Colectivos destinado a dar publicidad a los procesos colectivos en el que deben inscribirse todos los juicios de esa naturaleza que tramiten ante los tribunales nacionales y federales del país (acordada 32/2014, del 1° de octubre de 2014). Asimismo, aprobó el “Reglamento de Actuación en Procesos Colectivos” al que deberán ajustar su actuación dichos tribunales,

que tendrá vigencia a partir del primer día hábil de octubre del corriente año y hasta tanto el Poder Legislativo sancione una ley que regule la materia (acordada 12/2016, del 5 de abril de 2016).

33) Que este procedimiento, destinado a dar publicidad a los procesos colectivos, tiene por objeto preservar un valor eminente como es la seguridad jurídica, cuya jerarquía constitucional ha sido señalada por la Corte con énfasis y reiteración (Fallos: 317:218, y sus citas), en la medida en que propende asegurar eficazmente los efectos expansivos que produce en esta clase de procesos la sentencia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada, además de perseguir la apropiada tutela de los derechos de todas las personas que no han tomado participación en el proceso.

34) Que con particular referencia al tema sub examine, y frente a una análoga dispersión de procesos colectivos también iniciados con motivo de un pasado aumento de la tarifa de gas, esta Corte hizo saber a los magistrados ante quienes tramitaban esas causas que debían proceder a su inscripción en el Registro Público de Procesos Colectivos y adoptar las medidas necesarias a los efectos de evitar que la multiplicidad de procesos denunciada redundara en un dispendio de recursos materiales y humanos o en el dictado de sentencias contradictorias. También en esa oportunidad la Corte ordenó a los jueces intervinientes el deber de unificar el trámite de las causas en aquel tribunal que hubiera prevenido en la materia, de manera tal de conjurar el peligro de que grupos de personas incluidas en un colectivo obtuviesen el beneficio de ciertas pretensiones y otras, que también lo integraban, resultasen excluidas (conf. CSJ 4878/2014/CS1 “García, José y otros el PEN y otros s/ amparo ley 16.986”, fallada el 10 de marzo de 2015).

35) Que la multiplicidad de causas suscitada con motivo de las resoluciones 28/16 y 31/16 del Ministerio de Energía y Minería de la Nación, a las que se hizo referencia con anterioridad, se habría evitado, precisamente, si los magistrados actuantes hubiesen seguido los lineamientos desarrollados por este Tribunal en sus distintos pronunciamientos y hubiesen cumplido con la inscripción ordenada por la acordada 32/2014. Así, el criterio de preferencia temporal que consagró el Tribunal en la causa “Municipalidad de Berazategui” y en la acordada 32/14 imponía a aquellos magistrados ante quienes se dedujeron demandas colectivas con pretensiones similares o idénticas que, una vez recibida la información por parte del Registro, remitiesen sus causas al magistrado que hubiese prevenido en la inscripción. De este modo se hubiese evitado el escándalo jurídico que surge de la proliferación de procesos que se superponen en sus pretensiones con la posibilidad del dictado de sentencias contradictorias.

36) Que, más allá de lo señalado con relación a la presente causa, este Tribunal no puede dejar de advertir que es de público conocimiento que en buena parte de los procesos colectivos en los que se debatieron cuestiones referidas a la razonabilidad del aumento tarifario en cuestión, no se ha dado cumplimiento a los recaudos reseñados en los párrafos que anteceden, en especial en lo atinente a la definición precisa del colectivo involucrado y la adecuada notificación a los integrantes del grupo.

Con relación a la definición del colectivo cabe señalar que este incumplimiento por parte de los jueces actuantes ha conllevado al dictado de decisiones sectoriales (vinculadas con la magnitud del aumento tarifario y no a la ausencia de audiencia pública –pues en este caso el agravio es general–) sin distinción de categorías de usuarios, tratando de ma-

nera igual a situaciones heterogéneas. Esta Corte ha expresado que la adecuada y detallada determinación del conjunto de perjudicados por una conducta o acto permite delimitar los alcances subjetivos del proceso y de la cosa juzgada y, además, aparece como un recaudo esencial para que los tribunales de justicia puedan verificar la efectiva concurrencia de los requisitos para la procedencia de la acción. Solo a partir de un certero conocimiento del colectivo involucrado –y de sus eventuales subcategorías– el juez podrá evaluar, por ejemplo, si la pretensión deducida se concentra en los efectos comunes que el hecho o acto dañoso ocasiona o si el acceso a la justicia se encuentra comprometido de no admitirse la acción colectiva (conf. doctrina de la causa “Asociación Protección Consumidores del Mercado Común del Sur”, Fallos: 338:40).

En cuanto a la adecuada notificación a los integrantes del colectivo, su falta de cumplimiento se traduce en la imposibilidad de que eventuales usuarios puedan excluirse del proceso, sea porque se consideren beneficiados por la reforma, como tal vez algún beneficiario de la tarifa social, o porque se encuentren conformes con el aumento registrado respecto de ellos.

37) Que el cumplimiento de todos estos recaudos debe extremarse cuando las decisiones colectivas puedan incidir –por sus efectos expansivos– en la prestación de un servicio público. Ello es así en tanto decisiones sectoriales en materia tarifaria pueden afectar la igualdad en el tratamiento de los usuarios, aplicando un aumento para algún sector de la sociedad y no para otro que se encuentra en igualdad de condiciones. Asimismo, decisiones de esta naturaleza pueden alterar el esquema contractual y regulatorio del servicio, afectando el interés general comprometido en su prestación.

38) Que como surge de los considerandos anteriores, la Corte ha tenido oportunidad de pronunciarse respecto de las cuestiones de índole constitucional concernientes a los principios elementales de los procesos colectivos, como lo constituye el sub lite. La autoridad institucional de dichos precedentes, fundada en la condición de este Tribunal de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia (Fallos: 307:1094; 319:2061; 320:1660; 325:1227; “Martínez Vergara, Jorge Edgardo”, Fallos: 331:162; y “Arte Radiotelevisivo”, Fallos: 337:47), da lugar a que en oportunidad de fallar casos sustancialmente análogos, sus conclusiones sean debidamente consideradas y consecuentemente seguidas por los tribunales inferiores.

39) Que, finalmente, no puede dejar de señalarse que el cargo de Defensor del Pueblo de la Nación, institución creada por la Constitución Nacional como órgano específicamente legitimado en la tutela de los derechos de incidencia colectiva en los términos de sus artículos 86 y 43, se encuentra vacante, circunstancia que repercute negativamente en el acceso a la justicia de un número indeterminado de usuarios. En las condiciones reseñadas, y habida cuenta de las relaciones que deben existir entre los departamentos de Estado, corresponde poner en conocimiento del Congreso de la Nación lo expuesto para que proceda a su designación de acuerdo a lo establecido en el artículo 86 citado.

Por ello, y habiendo dictaminado la señora Procuradora General de la Nación, este Tribunal decide:

1º) Declarar admisible el recurso extraordinario y confirmar parcialmente la sentencia apelada en cuanto a la nulidad de las resoluciones 28/2016 y 31/2016 del Ministerio de

Energía y Minería de la Nación, decisión que se circunscribe al colectivo de usuarios residenciales del servicio de gas natural, manteniéndose respecto de ellos, y en la medida en que resulte más beneficiosa, la vigencia de la tarifa social correspondiente al cuadro tarifario aquí examinado;

2º) Poner en conocimiento del Congreso de la Nación la necesidad de dar cobertura al cargo de Defensor del Pueblo de la Nación; y

3º) Recordar a los tribunales federales y nacionales al riguroso cumplimiento de la acordada 32/2014 de esta Corte Suprema de Justicia y oportunamente de la acordada 12/2016.

Costas por su orden en todas las instancias en atención a la naturaleza de la cuestión debatida (artículo 68, segunda parte, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

HORACIO ROSATTI.



DERECHOS DE LOS VULNERABLES

“GARCÍA” (FALLOS: 342:411)

La Corte declaró la inconstitucionalidad del cobro a los jubilados del impuesto a las ganancias y ordenó no retener sumas en concepto de ganancias hasta tanto el Congreso legisle la exención a favor de los jubilados.

Tras recordar el alcance de los principios de igualdad y de razonabilidad en materia tributaria, destacó que la reforma constitucional de 1994 genera el deber del legislador de dar respuestas especiales y diferenciadas para los sectores vulnerables, entre los que se encuentran los jubilados, con el objeto de asegurarles el goce pleno y efectivo de todos sus derechos.

Enlaces destacados

» Ver más

- › Reseña
- › Citas del fallo
- › Otra información
- › Versión Word

» Dictamen

» Doctrina del fallo

La decisión se adoptó con el voto de la mayoría conformada por los jueces HIGHTON DE NOLASCO, MAQUEDA, LORENZETTI y ROSATTI y la disidencia del juez ROSENKRANTZ.

Principales ejes temáticos del fallo

» A partir de la reforma constitucional de 1994, cobra especial énfasis el deber del legislador de estipular respuestas especiales y diferenciadas para los sectores vulnerables, con el objeto de asegurarles el goce pleno y efectivo de todos sus derechos y dicho imperativo constitucional resulta transversal a todo el ordenamiento jurídico, proyectándose concretamente a la materia tributaria, ya que no es dable postular que el Estado actúe con una mirada humanista en ámbitos carentes de contenido económico inmediato (libertades de expresión, ambulatoria o tránsito, etc.) y sea insensible al momento de definir su política fiscal ya que, en definitiva, el sistema tributario no puede desentenderse del resto del ordenamiento jurídico y operar como un compartimento estanco, destinado a ser autosuficiente “a cualquier precio”, pues ello lo dejaría al margen de las mandas constitucionales.

» La sola capacidad contributiva como parámetro para el establecimiento de tributos a los jubilados, pensionados, retirados o subsidiados, resulta insuficiente si no se pondera la vulnerabilidad vital del colectivo concernido, ya que la falta de consideración de esta circunstancia como pauta de diferenciación tributaria supone igualar a los vulnerables con quienes no lo son, desconociendo la incidencia económica que la carga fiscal genera en la formulación del presupuesto de gastos que la fragilidad irroga, colocando al colectivo considerado en una situación de notoria e injusta desventaja.

» El análisis integral de la capacidad contributiva implica que la equiparación de un jubilado en condiciones de mayor vulnerabilidad con otro que no se encuentra en esa situación pasa por el alto el hecho evidente de que el mismo ingreso no impactará de igual manera en un caso que en otro, insumiendo más gastos en el primero que en el segundo; la misma capacidad económica está destinada a rendir en ambos casos de manera diferente, desiguallando en la realidad lo que el legislador igualó.

» Mediante acordada 5/2009 la Corte ha adherido a las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia para Personas en Condición de Vulnerabilidad, documento en el que se considera tales a quienes, por diversas razones, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

» Si bien el Poder Judicial tiene la atribución constitucional de pronunciarse sobre la constitucionalidad de las normas tributarias en casos concretos, no son los jueces quienes están llamados a concretar sus concepciones de justicia distributiva o social, por valiosas o defendibles que ellas fuesen, a través del desarrollo interpretativo de principios o valores generales contenidos en las normas bajo análisis (Disidencia del juez Rosenkrantz).

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 26 de marzo de 2019.

Vistos los autos: “García, María Isabel c/ AFIP s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad”.

Considerando:

1º) Que la Cámara Federal de Paraná confirmó la sentencia del juez de primera instancia que hizo lugar a la demanda y, en consecuencia, declaró la inconstitucionalidad del art. 79, inc. c), de la Ley de Impuesto a las Ganancias 20.628. En mérito a ello, ordenó a la demandada que procediera a reintegrar a la actora, desde el momento de la interposición de la demanda y hasta su efectivo pago, los montos que se le hubieren retenido por aplicación de la normativa descalificada. Asimismo, dispuso que cesara para el futuro la aplicación del tributo con relación a sus haberes previsionales.

2º) Que para decidir en el sentido indicado, el *a quo* remitió a los fundamentos expresados en un precedente de ese mismo tribunal, fallado el 29 de abril de 2015 (FPA 21005389/2013/CA1 “Cuesta, Jorge Antonio c/ AFIP s/ acción de inconstitucionalidad (sumarísimo)”). En esa oportunidad, la cámara señaló que resultaba contrario al principio constitucional de integralidad del haber previsional su reducción por vías impositivas y que, al abonar el impuesto a las ganancias durante la actividad laboral, existía una evidente doble imposición si se gravaba -con ese mismo tributo- el posterior haber previsional. Añadió que la naturaleza integral del beneficio fue reconocida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Cinco Pensionistas vs. Perú”, sentencia del 28 de febrero de 2003, en la que se expuso que “*los derechos económicos, sociales y culturales tienen una dimensión tanto individual como colectiva. Su desarrollo progresivo, sobre el cual ya se ha pronunciado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, se debe medir, en el criterio de este Tribunal, en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales, y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social...*”.

Afirmó que la interpretación y aplicación de las leyes previsionales debe hacerse de forma tal que no conduzcan a negar los fines superiores que ellas persiguen, armonizándose con el conjunto del ordenamiento jurídico. En consecuencia, entendió que el art. 79, inc. c), de la ley 20.628 resultaba inconstitucional pues afectaba los

arts. 14 bis, 16, 17, 31, 75 inc. 22 y conc. de la Constitución Nacional, el art. 26 de la Convención Americana, XVI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y el art. 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Finalmente, sostuvo que la jubilación no es una ganancia, sino un débito que tiene la sociedad con el jubilado que le permite gozar de un beneficio cuando la capacidad laborativa disminuye o desaparece. A partir de ello concluyó que, al ser el haber previsional una suma de dinero que se ajusta al parámetro de integralidad, no puede ser pasible de ningún tipo de imposición tributaria.

3°) Que contra lo así resuelto, la Administración Federal de Ingresos Públicos interpuso recurso extraordinario que fue denegado en lo relativo a las invocadas causales de arbitrariedad y de gravedad institucional, y concedido en cuanto a que la sentencia interpretó normas de carácter federal. Ante ello, el Fisco dedujo un recurso de queja respecto de la mencionada denegación.

4°) Que el recurso extraordinario es formalmente procedente toda vez que se ha cuestionado la validez de normas federales (arts. 1°, 2° y 79, inc. c, de la ley 20.628), bajo la pretensión de ser repugnantes a la Constitución Nacional y el fallo definitivo del superior tribunal de la causa ha declarado su inconstitucionalidad (art. 14, inc. 1°, ley 48). En cuanto a los agravios contenidos en el recurso de hecho relativos a la arbitrariedad de la sentencia apelada deben ser tratados conjuntamente, por estar indisolublemente ligados a los puntos de derecho federal *stricto sensu* controvertidos en el recurso extraordinario concedido (Fallos: 324:4307).

Asimismo, cabe recordar que cuando se encuentra en discusión la inteligencia que cabe asignar a normas de naturaleza federal, la Corte no se halla limitada por los argumentos del *a quo* o las posiciones de las partes, sino que le incumbe formular una declaración sobre el punto disputado según la interpretación que rectamente le otorgue (Fallos: 307:1457; 308:647; 311:2688; 312:2254; 314:529; 323:1491; 329:4628; 330:2416; 331:1369, entre otros).

5°) Que la ley 20.628 de Impuesto a las Ganancias (t.o. por decreto 649/97), dispone que “[t]odas las ganancias obtenidas por personas humanas, jurídicas o demás sujetos indicados en esta ley, quedan alcanzados por el impuesto de emergencia previsto en esta norma” (art. 1°, ley 27.430). A su turno, el art. 2°, en lo pertinente, prevé que “a los efectos de esta ley son ganancias, sin perjuicio de lo dispuesto especialmente en cada categoría y aun cuando no se indiquen en ellas: 1) Los rendimientos, rentas o enriquecimientos susceptibles de una periodicidad que implique la permanencia de la fuente que los produce y su habilitación”.

Concordemente, en el Título II, Capítulo IV, se enumeran las Ganancias de la Cuarta Categoría, esto es, la “Renta del Trabajo Personal” (denominación sustituida por la de “Ingresos del Trabajo Personal en Relación de Dependencia y Otras Rentas” en la reciente redacción dada por la ley 27.346, B.O. 27 de diciembre de 2016) y en el art. 79 se dispone que, entre otras, constituyen “...ganancias de cuarta categoría las provenientes: (...) c) De las jubilaciones, pensiones, retiros o subsidios de cualquier especie en cuanto tengan su origen en el trabajo personal [y en la medida que hayan estado sujeto al pago del impuesto] y de los consejeros de las sociedades cooperativas” (la expresión comprendida entre corchetes corresponde al agregado incorporado por la ley 27.346).

En consecuencia, la cuestión federal planteada por la Administración Federal de Ingresos Públicos radica en determinar la validez constitucional de las disposiciones de la ley 20.628 que gravan con el impuesto a las ganancias a las rentas provenientes de las jubilaciones, pensiones, retiros o subsidios de cualquier especie en cuanto tengan su origen en el trabajo personal (art. 79, inc. c).

6°) Que corresponde inicialmente dejar en claro que el acierto o error, el mérito o la conveniencia de las soluciones legislativas no son puntos sobre los que al Poder Judicial le quepa pronunciarse. Solo los casos que trascienden ese ámbito de apreciación para internarse en el campo de lo irrazonable, inicuo o arbitrario, habilitan la intervención de los jueces (conf. causas “*Bayer S.A.*” –Fallos: 340:1480- y CSJ 114/2014 (50-H)/CS1 “*Harriet y Donnelly S.A. c/ Chaco, Provincia del s/ acción declarativa de certeza*”, fallada el 31 de octubre de 2017).

Conforme al principio de división de poderes y lo reglado por los arts. 4°, 17 y 75 de la Constitución Nacional, es el Congreso quien tiene la atribución de elegir los objetos imposibles, determinar las finalidades de percepción y disponer los modos de valuación de los bienes o cosas sometidos a gravamen, siempre que -en tal labor- no se infrinjan preceptos constitucionales (Fallos: 314:1293; 332:1571; entre otros).

Sentado ello, la cuestión litigiosa involucra, por un lado, la legítima atribución estatal de crear tributos y, por el otro, el goce de derechos de la seguridad social en condiciones de igualdad entre los beneficiarios contribuyentes.

7°) Que, en el caso de los beneficiarios de prestaciones de la seguridad social, comprensivo de los **jubilados, pensionados, retirados o subsidiados de cualquier especie siempre que su status se origine en el trabajo personal**, el legislador ha asumido que se trata de un colectivo uniforme al que diferencia de otra categoría, la de **trabajador activo**, a la que aplica, a partir del dictado de la ley 27.346, una escala de deducciones más gravosa. Tal proceder conlleva un reconocimiento de la distinta naturaleza de la renta sujeta a tributo, esto es el salario y la prestación previsional, otorgando mayor tutela a esta última.

8°) Que sin perjuicio del tratamiento diferenciado que ha realizado el legislador respecto del colectivo de los *beneficiarios de prestaciones de la seguridad social*, en relación al colectivo de los *trabajadores activos*, corresponde preguntarse si todos aquellos se encuentran en las mismas circunstancias -como para recibir un tratamiento fiscal igualitario- o si existen condiciones especiales, basadas en un estado de mayor vulnerabilidad (producto de la avanzada edad u otras situaciones particulares como la discapacidad) que permitirían distinguir algunos jubilados, pensionados, retirados o subsidiados de otros.

A tal efecto, resulta dirimente definir en la causa los alcances de los principios de igualdad y de razonabilidad en materia tributaria, límites constitucionales a la potestad estatal.

9°) Que esta Corte ha dicho que la garantía de igualdad ante la ley radica en consagrar un trato legal igualitario a quienes se hallan en una razonable igualdad de circunstancias (Fallos: 16:118; 95:327; 117:22; 124:122; 126:280; 137:105; 138:313; 151:359; 182:355; 199:268; 270:374; 286:97; 300:1084, entre muchos otros), lo que no impide que el legislador contemple de manera distinta situaciones que considere diferentes, en la medida en que dichas distinciones no se formulen con criterios arbitrarios, de indebido favor o desfavor, privilegio o inferioridad personal o clase, ni importen ilegítima persecu-

ción de personas o grupos de ellas (Fallos: 115:111; 123:106; 127:167; 182:398; 236:168; 273:228; 295:455; 306:1560; 318:1256).

10) Que, en materia impositiva, el principio de igualdad no solo exige la creación de categorías tributarias razonables (Fallos: 150:189; 160:247) sino que también prohíbe la posibilidad de unificar las consecuencias tributarias para situaciones que en la realidad son distintas (Fallos: 149:417; 154:337; 156:352; 195:270; 184:592; 209:431; 210:322; 234:568). En efecto, desde el punto de vista constitucional, hacer prevalecer el principio de igualdad supone reconocer que es tan injusto gravar en distinta forma a quienes tienen iguales medios como imponer la misma contribución a quienes están en desigual situación.

La cláusula constitucional del art. 16 deriva a la prudencia y sabiduría del Poder Legislativo una amplia libertad para ordenar, agrupar, distinguir y clasificar los objetos de la legislación; no obstante, el establecimiento de categorías para la percepción de los impuestos debe ser estrictamente compatible con el principio de igualdad, no solo a condición de que todos los que sean colocados en una clase o categoría reciban el mismo tratamiento (Fallos: 98:67; 320:1166), sino también -y es lo esencial- que la clasificación misma tenga razón de ser, esto es que corresponda razonablemente a distinciones reales (conf. argumentos de las causas “*Bayer S.A.*” y “*Harriet y Donnelly S.A. c/ Chaco, Provincia del*”, ya citadas).

11) Que no pueden caber dudas acerca de la naturaleza eminentemente social del reclamo efectuado por la actora, afirmación que encuentra amplísimo justificativo en el reconocimiento de los derechos de la ancianidad receptados por la Constitución Nacional y examinados por la jurisprudencia de esta Corte Suprema.

En efecto, la Argentina otorgó jerarquía constitucional a los derechos sociales al reformar su Constitución Federal en 1949. A su vez, la Constitución reformada en 1957 se hizo eco de estas conquistas sociales al acuñar las normas que en el art. 14 bis establecen los derechos de la seguridad social en nuestro país. La idea fundamental que emerge de este texto –al establecer que el Estado otorgará los beneficios de la seguridad social que tendrá carácter de integral e irrenunciable– es la de procurar a los trabajadores los medios para atender a sus necesidades cuando en razón de su avanzada edad evidencien una disminución de su capacidad de ganancia.

En este orden de ideas, en sintonía con los conceptos que inspiran el constitucionalismo social, hace ya casi cuarenta años, esta Corte Suprema destacó en el precedente “*Berçaitz*” que es “de equidad y aún de justicia apartarse del rigor del derecho” cuando resultan involucrados los sectores sociales más necesitados (Fallos: 289:430). Desde esta perspectiva preferentemente social, no pueden caber dudas entonces que la incorporación de los derechos de la seguridad social al catálogo de los derechos del trabajador en la Constitución Federal apunta a dignificar la vida de los trabajadores para protegerlos en la incapacidad y en la vejez.

12) Que la reforma constitucional introducida en 1994 dio un nuevo impulso al desarrollo del principio de igualdad sustancial para el logro de una tutela efectiva de colectivos de personas en situación de vulnerabilidad, estableciendo “medidas de acción positiva” -traducidas tanto en “discriminaciones inversas” cuanto en la asignación de “cuotas benéficas”- en beneficio de ellas. Es que, como se ha dicho, “*en determinadas circunstancias, que con suficiencia prueben el test de razonabilidad, resulta constitucional favorecer a determina-*

das personas de ciertos grupos sociales en mayor proporción que a otras, si mediante esa 'discriminación' se procura compensar y equilibrar la marginación o el relegamiento desigualitarios que recaen sobre aquellas (...) se denomina precisamente discriminación inversa porque tiende a superar la desigualdad discriminatoria del sector perjudicado..." (Bidart Campos, Germán, "Tratado elemental de derecho constitucional Argentino", 2000-2001, Editorial Ediar, Buenos Aires, Tomo I B, pág. 80).

La citada reforma introdujo "discriminaciones inversas" y "cuotas benignas" en materias muy variadas, tales como la representación política de las mujeres (art. 37 y cláusula transitoria segunda), la identidad cultural y el arraigo territorial de las comunidades originarias (art. 75, inc. 17) y, de modo especial, con los niños en situación de desamparo -desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental-, las madres durante el embarazo y el tiempo de lactancia, los ancianos y las personas con discapacidad. Sobre ellos la Norma Fundamental argentina encomienda al Congreso de la Nación "*Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos...*" (art. 75, inc. 23).

13) Que el envejecimiento y la discapacidad -los motivos más comunes por las que se accede al status de jubilado- son causas predisponentes o determinantes de vulnerabilidad, circunstancia que normalmente obliga a los concernidos a contar con mayores recursos para no ver comprometida seriamente su existencia y/o calidad de vida y el consecuente ejercicio de sus derechos fundamentales.

Por ello, las circunstancias y condicionantes de esta etapa del ciclo vital han sido motivo de regulación internacional, generando instrumentos jurídicos específicos de relevancia para la causa que se analiza.

En la Primera Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento de 1982 (convocada por la Asamblea General de Naciones Unidas), se elaboró el Plan de Acción Internacional de Viena sobre el Envejecimiento, con 62 puntos, promoviendo acciones específicas en temas tales como la salud y la nutrición, la protección de los consumidores de mayor edad, la vivienda y el medio ambiente, la familia y el bienestar social, entre otros. Expresamente se incluyó la seguridad de los ingresos.

En la Segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento, celebrada en Madrid, España, en 2002, se adoptó la *Declaración Política y el Plan de Acción Internacional sobre el Envejecimiento*. Ello dio lugar a la Resolución del Parlamento Europeo sobre el Envejecimiento que, en lo que orientativamente aquí interesa, consideró necesario un cambio de actitud a efectos de lograr una sociedad para todas las edades, distinguiendo entre quienes pertenecen a la tercera edad, llevan vidas saludables, activas e independientes y participan plenamente del ámbito en el que viven y quienes pertenecen a la cuarta edad, cuya independencia y salud son más delicadas y merecen atención y cuidados específicos con el fin de que puedan vivir dignamente (conf. inciso F de la mencionada resolución).

Especial mención merece la participación y compromiso de nuestro país con la problemática en el ámbito internacional. En el contexto de la Asamblea General de Naciones Unidas, la Argentina ha presidido el Grupo de Trabajo de composición abierta sobre Envejecimiento, establecido por la Resolución 65/182 (21 de diciembre de 2010) con la misión

de aumentar la protección de los derechos humanos de las personas adultas mayores, examinando el marco internacional en vigor en materia de derechos humanos de las personas de edad y determinando posibles deficiencias y la mejor forma de corregirlas. Idénticas iniciativas se verifican en el ámbito regional y del Mercosur.

14) Que el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (documento que goza de jerarquía constitucional conforme al art. 75 inc. 22 de la Norma Fundamental), establece el derecho a la seguridad social, disponiendo que toda persona debe gozar de *“la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa...”* (art. 9 del Protocolo Adicional; el énfasis es agregado). A tales efectos, el Protocolo dispone la obligación de los Estados Partes de adoptar todas las medidas necesarias, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el documento (art. 1°).

A su turno, la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (CIPDHPM), adoptada por la Organización de Estados Americanos durante la 45ª Asamblea General de la OEA, el 15 de junio de 2015, e incorporada a nuestro ordenamiento jurídico mediante ley 27.360 (en vigor desde el 22 de noviembre de 2017), consagra el compromiso de los Estados Partes para adoptar y fortalecer *“todas las medidas legislativas, administrativas, judiciales, presupuestarias y de cualquier otra índole, incluido un adecuado acceso a la justicia a fin de garantizar a la persona mayor un trato diferenciado y preferencial en todos los ámbitos”* (el énfasis es agregado), así como también las medidas necesarias a fin de lograr, progresivamente, la plena efectividad de los derechos económicos. Contempla, asimismo, el derecho que tiene toda persona mayor a la seguridad social que la proteja para llevar una vida digna (arts. 4°, incs. c y d, y 17). Este instrumento hace hincapié en el *“enfoque diferencial para el goce efectivo de los derechos de la persona mayor”* (el énfasis es agregado) como uno de los principios generales aplicables respecto de los derechos reconocidos en la Convención (art. 3°, punto l).

15) Que de lo anteriormente reseñado se desprende que, a partir de la reforma constitucional de 1994, cobra especial énfasis el deber del legislador de estipular respuestas especiales y diferenciadas para los sectores vulnerables, con el objeto de asegurarles el goce pleno y efectivo de todos sus derechos.

Dicho imperativo constitucional resulta transversal a todo el ordenamiento jurídico, proyectándose concretamente a la materia tributaria, ya que no es dable postular que el Estado actúe con una mirada humanista en ámbitos carentes de contenido económico inmediato (libertades de expresión, ambulatoria o tránsito, etc.) y sea insensible al momento de definir su política fiscal. Es que, en definitiva, el sistema tributario no puede desentenderse del resto del ordenamiento jurídico y operar como un compartimento estanco, destinado a ser autosuficiente “a cualquier precio”, pues ello lo dejaría al margen de las mandas constitucionales.

16) Que el control judicial del cumplimiento de este imperativo constitucional no implica desconocer el principio de división de poderes, ni el origen representativo del tributo, toda vez que *“...la falta de causa en la ley no es óbice para que se examine, por vía*

*‘jurisdiccional’ principalmente, la existencia de una causa legítima en todo impuesto o contribución establecido por la ley. Pero para eso es preciso diferenciar siempre el criterio político del objeto del ‘control jurisdiccional’ (...) Todos los principios y preceptos expresos o implícitos de la Constitución evidencian que el sistema legal impositivo no deriva solamente de la ley, sino que toda contribución tiene su ‘causa constitucional’. No basta, pues, decir que el pago del impuesto es definitivo o incontestable porque el Estado al ejercer el poder impositivo procede como poder público, o como poder político soberano, ya que sin el pago del impuesto el Estado no podría subsistir. Esto último, es, sin duda, cierto en cualquier régimen. Pero lo que debe diferenciarse, según el régimen político, es el impuesto constitucional -es decir, jurídico- del impuesto inconstitucional -es decir, antijurídico-. En los gobiernos absolutos no hay por qué examinar la causa. El monarca es el legislador máximo: ‘quid principi placuit, legis habet vigorem’. Pero en los gobiernos constitucionales la solución es bien distinta: los poderes deben obrar ‘en la órbita de su competencia y de acuerdo con la Constitución’, que es la ley suprema. Las Constituciones de los estados constitucionales por antonomasia, además de las reglas que limitan la competencia de los poderes, contienen normas establecidas en defensa de los administrados y contribuyentes; esas normas constituyen garantías de orden jurídico” (Bielsa, Rafael, *La noción de causa con particular referencia al derecho financiero*, Anuario del Instituto de Derecho Público, N° 1, Rosario, 1938, ps. 154/155). En esa inteligencia, “en toda contribución especialmente impuesta ‘puede haber’ una razón política superior y ‘debe haber’ una razón jurídica (causa jurídica). La primera escapa al control de legitimidad (lato sensu de constitucionalidad), a menos que lesione una garantía constitucional. Entonces el control jurisdiccional surge y se coloca sobre la propia discrecionalidad política” (Bielsa, ídem, p. 156).*

17) Que lo expuesto pone en evidencia que la sola capacidad contributiva como parámetro para el establecimiento de tributos a los jubilados, pensionados, retirados o subsidiados, resulta insuficiente si no se pondera la vulnerabilidad vital del colectivo concernido. La falta de consideración de esta circunstancia como pauta de diferenciación tributaria supone igualar a los vulnerables con quienes no lo son, desconociendo la incidencia económica que la carga fiscal genera en la formulación del presupuesto de gastos que la fragilidad irroga, colocando al colectivo considerado en una situación de notoria e injusta desventaja.

En esas condiciones el estándar de revisión judicial históricamente adoptado por esta Corte, según el cual los términos cuantitativos de la pretensión fiscal solo deben ser invalidados en caso de confiscación, no permite dar una adecuada respuesta a la protección constitucional de contribuyentes como los anteriormente descriptos. Ello no supone desterrar el criterio de la “no confiscatoriedad” del tributo como pauta para evaluar la adecuación cuantitativa de un gravamen a la Constitución Nacional, sino advertir que tal examen de validez, centrado exclusivamente en la capacidad contributiva potencial del contribuyente, ignora otras variables necesarias, fijadas por el propio texto constitucional, para tutelar a quienes se encuentran en tan excepcional situación.

18) Que, en ese orden argumentativo, el análisis integral de la capacidad contributiva implica que la equiparación de un jubilado en condiciones de mayor vulnerabilidad con otro que no se encuentra en esa situación, pasa por alto el hecho evidente de que el mismo ingreso no impactará de igual manera en un caso que en otro, insumiendo más gastos en el primero que en el segundo. Dicho de otro modo: la misma capacidad económica –convertida sin más por el legislador en capacidad contributiva- está destinada a rendir en ambos casos de manera diferente, desigualando en la realidad lo que el legislador igualó.

Se advierte entonces que la estructura tipificada por el legislador (hecho imponible, deducciones, base imponible y alícuota) termina por *subcategorizar mediante un criterio estrictamente patrimonial* (fijando un mínimo no imponible) a un universo de contribuyentes que, de acuerdo a una realidad que la Constitución obliga a considerar, se presenta heterogéneo. La opción legislativa elaborada originariamente en un contexto histórico diferente, con un marco constitucional previo a la última reforma de la Norma Fundamental, y reiterada casi automáticamente a través de los años ha devenido, pues, insuficiente y -en el específico caso bajo examen- contraria al mandato constitucional.

19) Que en el caso bajo examen ha quedado comprobado que: a) la actora contaba en 2015, al deducir la demanda, con 79 años de edad (fs. 6); b) padecía problemas de salud que no fueron controvertidos (fs. 56/56 vta.); y c) los descuentos realizados en su beneficio jubilatorio oscilaron en el período marzo a mayo de 2015 entre el 29,33% y el 31,94%, (fs. 41), y fueron reconocidos por la propia demandada.

Tales circunstancias, comprobadas en la causa, convierten a la tipología originaria del legislador, carente de matices, en una manifestación estatal incoherente e irrazonable, violatoria de la Constitución Nacional.

Es probable que la falta de percepción fina respecto de la subcategorización de los jubilados, incorporando los elementos relevantes de la vulnerabilidad a la capacidad económica inicial, se explique por la reiteración de un standard patrimonial escogido varias décadas atrás en las que era tecnológicamente imposible distinguir -dentro del universo rotulado como “jubilados”- entre quienes son vulnerables en mayor o menor medida. Hoy esta diferenciación puede extraerse -cuanto menos en sus trazos más notorios, que es lo que busca el legislador- a partir de la propia información registral en poder del Estado. Bastaría con cruzar los datos de los departamentos previsionales y asistenciales estatales competentes para generar subclasificaciones que conformaran estándares impregnados de justicia y simplificaran la tarea revisora de los tribunales.

20) Que debe quedar en claro que no se pretende desde el Poder Judicial establecer, a los efectos del pago del impuesto a las ganancias, cuál debe ser la capacidad contributiva de cada jubilado en concreto, pues ello equivaldría -desde el punto de vista lógico- a consagrar la insensatez de promover tantas categorías como beneficiarios existan en el sistema, y -desde el punto de vista jurídico- asumir una tarea propia del legislador, violentando el principio republicano de la división de poderes. Lo que se pretende, ejerciendo competencias que son propias, es analizar -cuando un caso llega a la decisión del poder encargado de resolver- si en la causa el standard genérico utilizado por el legislador cumple razonablemente con los principios constitucionales o si, por el contrario, su aplicación concreta vulnera derechos fundamentales. En tal hipótesis, lo que corresponde hacer a la magistratura es declarar la incompatibilidad de la norma con la Constitución en el caso concreto, sin perjuicio de poner en conocimiento del Congreso la situación, para que este -ejerciendo sus competencias constitucionales- identifique situaciones y revise, corrija, actualice o complemente razonablemente el criterio genérico originario atendiendo al parámetro establecido por la justicia.

21) Que por lo demás, la decisión que se adopta en la presente causa se enrola dentro de la jurisprudencia de esta Corte Suprema en materia de seguridad social, en las que el Tribunal se ha manifestado particularmente sensible a las cuestiones que atañen al res-

guardo de los créditos pertenecientes a la clase pasiva, grupo vulnerable e históricamente postergado, procurando con sus decisiones hacer efectiva la protección que la Constitución Nacional garantiza a la ancianidad (art. 75, inc. 23). Con este objetivo, declaró la inconstitucionalidad de normas procesales que conspiraban contra la celeridad de los procesos previsionales (Fallos: 328:566 “Itzcovich”); reconoció el derecho al reajuste de las prestaciones previsionales y la movilidad jubilatoria (Fallos: 328:1602 “Sánchez” y 329:3089 “Badaro”); admitió la actualización de las remuneraciones a los fines de los cálculos de los haberes jubilatorios (Fallos: 332:1914 “Elliff” y 341:1924 “Blanco”); reconoció el derecho a la devolución de los aportes voluntarios efectuados al sistema de capitalización (Fallos: 337:1564 “Villarreal”); reconoció la naturaleza previsional de la renta vitalicia extendiéndole la garantía de la movilidad y garantizó la percepción de una suma equivalente al haber mínimo del régimen ordinario (Fallos: 338:1092 y 339:61 “Etchart” y “Deprati”, respectivamente), y tomó diversas decisiones en materia de atribución de competencia judicial con el objeto de evitar la postergación injustificada en la tramitación de las causas (Fallos: 337:530 y 339:740 “Pedraza” y “Constantino”, respectivamente).

22) Que en los términos citados es deber de esta Corte, cabeza del Poder Judicial de la Nación, expedirse en el caso, recordando que mediante acordada 5/2009 este Tribunal ha adherido a las *100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia para Personas en Condición de Vulnerabilidad*, documento en el que se considera tales a quienes, por diversas razones, “*encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico*” (confr. regla 3).

23) Que habida cuenta de la relación de colaboración que debe existir entre los departamentos de Estado, corresponde hacer saber a las autoridades que tienen asignadas las atribuciones para efectuar las correcciones generales necesarias, que la omisión de disponer un tratamiento diferenciado para aquellos beneficiarios en situación de mayor vulnerabilidad que se encuentran afectados por el tributo (en especial los más ancianos, enfermos y discapacitados), agravia la Constitución Nacional en los términos citados precedentemente.

24) Que dado que la misión más delicada del Poder Judicial es la de saberse mantener dentro del ámbito de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes ni suplir las decisiones que deben adoptar para solucionar el problema, corresponde ordenar que, hasta que el Congreso Nacional legisle sobre el punto, no podrá retenerse suma alguna en concepto de impuesto a las ganancias a la prestación previsional de la demandante. Asimismo, corresponde confirmar la sentencia apelada en cuanto ordenó el reintegro de los importes abonados por la actora con sustento en las normas declaradas inconstitucionales.

Por todo lo expuesto, y oída la señora Procuradora Fiscal en la causa FPA 21005389/2013/CA1-CS1, “*Cuesta, Jorge Antonio c/ AFIP s/ acción de inconstitucionalidad (sumarísimo)*” se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario, y se resuelve:

I. Declarar en el presente caso, y con el alcance indicado, la inconstitucionalidad de los arts. 23, inc. c); 79, inc. c); 81 y 90 de la ley 20.628, texto según leyes 27.346 y 27.430.

II. Poner en conocimiento del Congreso de la Nación la necesidad de adoptar un tratamiento diferenciado para la tutela de jubilados en condiciones de vulnerabilidad por ancianidad o enfermedad, que conjugue este factor relevante con el de la capacidad contributiva potencial.

III. Confirmar la sentencia apelada en cuanto ordena reintegrar a la actora desde el momento de la interposición de la demanda y hasta su efectivo pago, los montos que se hubieran retenido por aplicación de las normas descalificadas. Hasta tanto el Congreso legisle sobre el punto, no podrá descontarse suma alguna en concepto de impuesto a las ganancias de la prestación previsional.

Costas por su orden, en atención a la naturaleza de la cuestión debatida. Agréguese la queja al principal. Exímase al recurrente de efectuar el pago del depósito previsto en el art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, cuyo pago se encuentra diferido de conformidad con lo prescripto en la acordada 47/91. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ (*en disidencia*) – ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO – JUAN CARLOS MAQUEDA – RICARDO LUIS LORENZETTI – HORACIO ROSATTI.

DISIDENCIA DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON CARLOS FERNANDO
ROSENKRANTZ

Considerando que:

1º) María Isabel García de Cano se desempeñó en su vida activa como diputada y docente y obtuvo su jubilación de la Caja de Jubilaciones y Pensiones de la Provincia de Entre Ríos. En tal carácter, solicitó que se declare la inconstitucionalidad de los arts. 1º, 2º y 79, inc. c, de la ley 20.628 (en adelante, la “Ley de Impuesto a las Ganancias”), en tanto, al gravar sus haberes jubilatorios, se violarían los arts. 14 bis, 16, 17, 31, 33, 75, inc. 22, de la Constitución Nacional. Asimismo, requirió que se ordene oficiar a la AFIP, la ANSeS y/o la Caja de Jubilaciones de la Provincia de Entre Ríos a efectos de que no se apliquen más retenciones sobre sus haberes jubilatorios en concepto de impuesto a las ganancias.

2º) El Juzgado Federal de Concepción del Uruguay n° 2 hizo lugar a la demanda, sentencia que fue confirmada por la Cámara Federal de Paraná. La cámara fundamentó su decisión remitiendo a su sentencia en autos “Cuesta, Jorge Antonio”, de fecha 29 de abril de 2015. Sostuvo allí que resultaba contrario al principio constitucional de integralidad del haber previsional su reducción por vías impositivas y que, al haber abonado el impuesto a las ganancias durante la actividad laboral del jubilado, existe una evidente doble imposición si se grava con ese mismo tributo su posterior haber previsional. La cámara afirmó, asimismo, que la jubilación no es una ganancia sino el cumplimiento de un débito que tiene la sociedad hacia el jubilado que fue protagonista del progreso social en su ámbito y en su época. Tachó de inconstitucional el art. 79, inc. c, de la Ley de Impuesto a las Ganancias por afectar la integralidad del beneficio previsional consagrada en el art. 14 bis de la Constitución Nacional y por ser contrario a los arts. 16, 17, 31, 75, inc. 22, de esa Norma Fundamental y a los arts. 26 de la Convención Americana, XVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 22 y 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

3º) Contra lo así resuelto, la Administración Federal de Ingresos Públicos interpuso recurso extraordinario federal. El recurso fue concedido en orden a la interpretación de normas federales pero denegado en lo atinente a la arbitrariedad y gravedad institu-

cional invocadas, denegación que originó la presentación de la queja que será resuelta conjuntamente con el presente.

De acuerdo con el recurrente, el carácter integral de las jubilaciones no puede ser entendido como sinónimo de intangibilidad de los haberes previsionales sino que, por el contrario, debe entenderse como referido a que el beneficiario de una jubilación debe tener una cobertura global de todas las contingencias que pudieran afectarlo. Asimismo, afirma que el tribunal *a quo* no reparó en que el derecho de gozar de los beneficios de la seguridad social no excluye la obligación, en tanto exista capacidad contributiva, de proveer a los gastos del Estado. Destaca que en el caso, conforme surge de la prueba documental acompañada por la propia actora, los haberes jubilatorios superan ampliamente los montos no sujetos a imposición y exceden, significativamente, lo que es considerado necesario para una vida digna. Por otro lado, afirma que, para que se verifique un supuesto de doble imposición, el destinatario legal del tributo debe ser gravado dos o más veces por el mismo hecho imponible, en el mismo período y por parte de dos o más sujetos con poder de imposición tributaria y explica que, en este caso, las obligaciones tributarias nacen en momentos diferentes. Arguye que la alegada violación a las normas constitucionales y a los tratados internacionales con jerarquía constitucional carece de toda referencia fáctica o legal y se basa exclusivamente en la voluntad de los jueces que la suscriben, razón por la cual la sentencia recurrida no constituye una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias de la causa.

4°) El recurso extraordinario es formalmente admisible toda vez que se ha cuestionado la validez de normas federales (arts. 1°, 2° y 79, inc. c, de la Ley de Impuesto a las Ganancias) bajo la pretensión de ser repugnantes a la Constitución Nacional y el fallo definitivo del superior tribunal de la causa ha sido contrario a su validez (art. 14, inc. 1°, ley 48). Por otra parte, los agravios contenidos en el recurso de hecho relativos a la arbitrariedad de la sentencia apelada se encuentran indisolublemente ligados a los puntos de derecho federal controvertidos en el recurso extraordinario concedido, por lo cual serán tratados de manera conjunta (Fallos: 324:4307; entre muchos otros).

5°) El Congreso de la Nación es el órgano donde encuentran su representación natural las diversas opiniones, valores, convicciones y preferencias sostenidas por el pueblo de la Nación (arts. 22, 37, 45 y 54 de la Constitución Nacional). Es en ese carácter que la Constitución atribuye al Congreso la compleja función de articular los muchos derechos y objetivos sociales que deben ser honrados en la regulación del sistema de seguridad social del país. Esta Corte lo ha confirmado en el caso “Busquets de Vitolo” (Fallos: 321:2181), donde se decidió que:

“[...] la garantía consagrada en el art. 14 bis de la Carta Magna no especifica el procedimiento a seguir para el logro del objetivo propuesto [...] dejando librado el punto al criterio legislativo. [...] [E]l contenido y alcance de esa garantía no son conceptos lineales y unívocos que dan lugar a una exégesis única, reglamentaria e inmodificable sino que, por el contrario, son susceptibles de ser moldeados y adaptados a la evolución que resulte de las concepciones políticas, jurídicas, sociales y económicas dominantes que imperan en la comunidad en un momento dado” (subrayado añadido).

Por lo anterior, es claro que corresponde al Poder Legislativo la función primaria de dar contenido a las garantías del art. 14 bis de la Constitución Nacional, tal como lo

ha decidido constante jurisprudencia de esta Corte (cfr. Fallos: 329:3089; entre otros), estando reservado al Poder Judicial el rol de evaluar, en los casos concretos sometidos a su juzgamiento, solo si aquella atribución ha sido ejercida sin desnaturalizar los derechos reconocidos en el texto constitucional (art. 28 de la Constitución Nacional).

6°) Sin lugar a dudas, la Constitución Nacional impone al Estado el deber de garantizar los beneficios de la seguridad social con carácter integral e irrenunciable (art. 14 bis de la Constitución Nacional). Ahora bien, esta tarea es interdependiente de otros cometidos igualmente exigidos por la norma constitucional que también requieren la imposición de cargas y la asignación de recursos a distintos individuos o sectores de la sociedad. Por ello, el deber de garantizar los beneficios de la seguridad social del modo indicado por la Constitución no puede satisfacerse en aislamiento. Por el contrario, solo puede llevarse adelante guiado por una concepción de la justicia distributiva o justicia social que articule dicho deber con la satisfacción de todos los cometidos que también son constitucionalmente exigidos. Efectivamente, como tiene dicho esta Corte, la justicia social es la que nos permite “[...] ordenar la actividad intersubjetiva de los miembros de la comunidad y los recursos con que ésta cuenta con vistas a lograr que todos y cada uno de sus miembros participen de los bienes materiales y espirituales de la civilización” (Fallos: 289:430; 327:3753; entre otros).

La justicia distributiva o social ha sido consagrada por nuestra Constitución como un mandato imperativo para los poderes del Estado. Así, por ejemplo, según la Constitución, corresponde al Congreso la imposición de contribuciones directas coparticipables y distribuibles entre las distintas entidades del entramado federal. En esta tarea deben contemplarse “criterios objetivos de reparto” dando “prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional” y a una distribución “equitativa y solidaria” (art. 75, inc. 2, de la Constitución Nacional). El Congreso debe, además, proveer lo conducente a la “prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias” (art. 75, inc. 18, de la Constitución Nacional) y, especialmente, aquello conducente al “desarrollo humano, al progreso económico con justicia social”, teniendo como objetivo el “crecimiento armónico de la Nación” y promoviendo “políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones” (art. 75, inc. 19, Constitución Nacional).

7°) Por lo anterior, la evaluación de la constitucionalidad de las medidas legislativas que aspiran a realizar el mandato constitucional de la justicia distributiva en el sistema jubilatorio, único cometido que la Constitución otorga al Poder Judicial en relación a dicho sistema, no puede llevarse a cabo sino teniendo en cuenta el modo en que los órganos representativos de la voluntad popular han decidido que aquel sistema se financie. No puede nunca perderse de vista la división de responsabilidades entre los distintos poderes del Estado que impone la Constitución y el rol preponderante que en esa división le cabe al Congreso de la Nación. Es allí donde, por las razones expresadas en el considerando 5°, deben adoptarse las normas que estructuran la concepción de justicia distributiva que la Constitución ordena realizar. Es por ello que esta Corte debe ser especialmente prudente al analizar la concreción de las mandas constitucionales por parte del órgano deliberativo diseñado para consensuar el modo en que los diversos componentes de una solución distributivamente justa se articulan (arg. Fallos: 219:343; 225:331; 329:3089; entre otros).

8º) Teniendo en cuenta que esta Corte no puede prescindir en sus sentencias de las circunstancias existentes al momento de decidir, incluyendo las nuevas normas dictadas durante el curso del proceso (Fallos: 330:640; 338:1216; 340:1433; 341:124; entre muchos otros), corresponde analizar la normativa vigente para identificar el modo concreto en que el Congreso de la Nación ha diseñado el esquema tributario aplicable a las jubilaciones, pensiones, retiros o subsidios de cualquier especie.

En este sentido, debe destacarse que los arts. 2º y 79, inc. c, de la Ley de Impuesto a las Ganancias (texto actual) consideran “renta” sujeta al impuesto a las ganancias, las “jubilaciones, pensiones, retiros o subsidios de cualquier especie en cuanto tengan su origen en el trabajo personal y en la medida en que hayan estado sujeto al pago del impuesto”.

En el año 2016, a los efectos de morigerar la sensible situación de los jubilados, pensionados, retirados o subsidiados el Congreso sancionó la ley 27.346 que introdujo modificaciones a la Ley de Impuesto a las Ganancias. En efecto, el Congreso estableció una deducción especial en virtud de la cual las jubilaciones o pensiones de aquellos beneficiarios del régimen general, con ingresos exclusivamente de naturaleza previsional, son gravadas recién a partir de una suma igual a 6 veces el monto de los haberes mínimos garantizados definidos en el art. 125 de la ley 24.241, siempre que esta última suma resulte superior a las deducciones previstas en los incisos a y c del art. 23 de la Ley de Impuesto a las Ganancias (texto según ley 27.346).

El haber mínimo garantizado es actualmente de \$ 10.410,37 (de conformidad con el art. 1º de la resolución de la ANSeS 74/2019, publicada en el Boletín Oficial el 6 de marzo de 2019) por lo que, en virtud de lo dispuesto por la ley 27.346, los jubilados y pensionados que solo tienen ingresos jubilatorios tributan únicamente cuando perciben haberes superiores a \$ 62.462,22. De acuerdo con las estadísticas oficiales, esta cifra es, además, más de 4 veces superior al haber medio jubilatorio del país y sólo es percibida por menos del 10% de los jubilados y pensionados del Sistema Integrado Previsional Argentino (décimo decil, fuente: ANSeS Datos Abiertos, disponible en: <https://www.anses.gob.ar/informacion/datos-abiertos-pasivos>, último acceso 21 de marzo de 2019), es decir, aquellos que tienen los ingresos jubilatorios más altos del sistema. En consecuencia, en virtud de lo dispuesto por la ley, solo los jubilados con haberes más elevados tributan impuesto a las ganancias.

La deducción especial referida con anterioridad, de acuerdo con la ley sancionada, procederá cuando los beneficiarios no hubieran obtenido en el período fiscal que se liquida ingresos distintos a los previsionales y siempre que no se encuentren obligados a tributar el impuesto sobre los bienes personales, excepto que la obligación surja exclusivamente de la tenencia de un inmueble para vivienda única (art. 23 de la Ley de Impuesto a las Ganancias -texto según ley 27.346- y anexo II.E, Resolución General AFIP E 4003/2017).

El propósito de la ley 27.346 fue generar un beneficio especial para los jubilados y pensionados de menores ingresos y gravar únicamente las jubilaciones más elevadas. Así lo expuso con claridad el senador Abal Medina cuando, en el transcurso del debate legislativo previo a la sanción de la ley 27.346, afirmó que “para los jubilados –este es otro gran avance– **solo pagan las jubilaciones de privilegio** los que superen seis veces el haber mínimo” (Cámara de Senadores de la Nación, 22ª reunión - 2ª sesión extraordinaria - 21 de diciembre de 2016, el destacado no corresponde al texto original). La referida ley fue

aprobada con amplio consenso por representantes de todo el espectro político (167 votos afirmativos, 4 votos negativos y 3 abstenciones en la Cámara de Diputados y 56 votos afirmativos, 2 negativos y 12 abstenciones en la Cámara de Senadores).

9º) Con estos datos en mente, que sin duda patentizan —al menos desde el punto de vista impositivo— que el Estado argentino ha prestado especial atención a la situación de sus jubilados y pensionados más desaventajados, corresponde analizar la sentencia apelada. Como se dijo precedentemente, la Cámara Federal de Paraná fundó la inconstitucionalidad del impuesto en tres tipos de consideraciones: (i) que la jubilación no es renta; (ii) que el cobro del impuesto importa un supuesto de doble imposición ya que el jubilado tributó el impuesto a las ganancias durante su vida laboral activa; y (iii) que el impuesto a las ganancias afecta la integralidad del haber previsional garantizada por el art. 14 bis de la Constitución Nacional y los tratados internacionales aplicables.

10) En primer lugar, contrariamente a lo sostenido por el tribunal *a quo*, es claro que las jubilaciones son renta tal como ella es definida por la Ley de Impuesto a las Ganancias y que, en tanto tal, se encuentran gravadas por dicho impuesto. La Ley de Impuesto a las Ganancias dispone que son ganancias, “sin perjuicio de lo dispuesto especialmente en cada categoría y aun cuando no se indiquen en ellas (...) los rendimientos, rentas o enriquecimientos susceptibles de una periodicidad que implique la permanencia de la fuente que los produce y su habilitación” (art. 2º, inc. 1º, Ley de Impuesto a las Ganancias, el subrayado no pertenece al original). En efecto, al regular la cuarta categoría de ganancias, se establece de manera expresa y especial que “constituyen ganancias [...] las provenientes: [...] (c) de las jubilaciones, pensiones, retiros o subsidios de cualquier especie en cuanto tengan su origen en el trabajo personal y en la medida que hayan estado sujeto al pago del impuesto” (art. 79, Ley de Impuesto a las Ganancias, texto actual). Por ello, los haberes jubilatorios cobrados por la actora constituyen renta alcanzada por la Ley de Impuesto a las Ganancias.

De manera concordante y a modo ilustrativo, es de destacar que la ley 24.241, que establece el régimen general de jubilaciones y pensiones, dispone que “las jubilaciones, retiros por invalidez, pensiones por fallecimiento y demás prestaciones otorgadas conforme a esta ley estarán sujetas en cuanto corresponda al impuesto a las ganancias” (art. 115).

Sostener, como lo hace la sentencia recurrida, que la jubilación no es, conceptualmente, renta o ganancia y, por ello, no podría ser gravada por la Ley de Impuesto a las Ganancias contradice, además, dos doctrinas sustentadas desde antiguo por esta Corte.

En primer lugar, esta Corte ha interpretado que el legislador goza de amplia discreción para determinar los hechos imponibles (Fallos: 318:676; 329:2152; entre otros). Es el legislador quien pondera los diversos intereses en juego (por ejemplo, la relación existente entre quienes deben contribuir al sostenimiento económico del Estado y quienes son beneficiarios del sistema de la seguridad social; el nivel de ingresos a partir del cual es justo exigir que los beneficiarios del sistema contribuyan a su mantenimiento; etc.) y determina, en ejercicio de la potestad constitucional de establecer tributos, qué es lo que gravará. En virtud de ello, ninguna objeción constitucional cabe formular por el mero hecho de que el legislador, como sucede en este caso, haya establecido que los beneficios jubilatorios pueden ser gravados.

La segunda doctrina de esta Corte que es contradicha por la decisión recurrida se refiere a la naturaleza del haber jubilatorio. La sentencia apelada sostiene que las jubilaciones y los salarios resultan sustancialmente diferentes y que, por ello, aunque los últimos puedan ser gravados, la prestación previsional “no puede ser pasible de ningún tipo de imposición tributaria” (sentencia de la Cámara Federal de Paraná en la causa “Cuesta, Jorge Antonio c/ AFIP s/ acción de inconstitucionalidad”, a la que remite en su sentencia en la presente causa). Ahora bien, de acuerdo con lo decidido por esta Corte, el haber previsional es análogo a toda otra remuneración que haya recibido su beneficiario, en tanto constituye la prolongación de esta después del cese regular y definitivo de la actividad laboral del individuo, como débito de la comunidad por el servicio que el beneficiario del haber previsional ha prestado durante la vida activa (“Berçaitz”, Fallos: 289:430; entre otros). La analogía entre remuneración y haber jubilatorio establecida por esta Corte quita sustento al razonamiento de la sentencia recurrida y, por ello, a la inconstitucionalidad del impuesto aquí analizado.

11) La afirmación que realiza el tribunal *a quo* en el sentido de que el cobro del impuesto a las ganancias a los jubilados configuraría un supuesto de doble imposición es técnicamente errónea.

Ello es así por dos razones. En primer lugar, desconoce que los aportes previsionales realizados por quien luego obtiene un beneficio previsional no son gravados por el impuesto a las ganancias que tributa quien se encuentra en actividad dado que dichos aportes son deducibles de los ingresos gravados con dicho impuesto.

En efecto, el art. 81, inc. d, de la Ley de Impuesto a las Ganancias textualmente dispone que se podrán deducir las “contribuciones o descuentos para fondos de jubilaciones, retiros, pensiones o subsidios, siempre que se destinen a cajas nacionales, provinciales o municipales”. De manera concordante y a modo ilustrativo, el art. 112 de la ley 24.241 dispone que la porción de la remuneración y renta destinada al pago de los aportes previsionales es deducible de la base imponible sobre la que se tributa el impuesto a las ganancias. Por lo tanto, gravar los beneficios jubilatorios no implica gravar un ingreso que ya fue gravado con anterioridad.

En segundo lugar, la afirmación que realiza el tribunal *a quo* en el sentido de que el cobro del impuesto a las ganancias a los jubilados configuraría un supuesto de doble imposición desconoce que el impuesto a las ganancias que se paga en actividad y el que se paga por recibir beneficios jubilatorios responden a hechos imposables distintos que gravan distintas manifestaciones de riqueza. Así, el impuesto a las ganancias que se paga sobre la remuneración obtenida en actividad grava los ingresos que son fruto del trabajo. En cambio, el impuesto a las ganancias que se paga sobre los beneficios jubilatorios grava los beneficios que el jubilado obtiene del sistema nacional de seguridad social, beneficios que, en un sistema de reparto asistido, no se conforman solo con los aportes realizados por el jubilado cuando se encontraba en actividad.

12) En tercer lugar, no se puede afirmar -como lo hace la sentencia recurrida- que el impuesto a las ganancias afecte el principio de integralidad del haber previsional. Más aun, esta afirmación evidencia un desconocimiento del contenido y alcance de la garantía del art. 14 bis de la Constitución Nacional.

El art. 14 bis dispone que “El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna”.

La “integralidad” de los beneficios de la seguridad social que la Constitución garantiza en modo alguno implica que dichos beneficios no puedan ser gravados. Esa “integralidad” a la que se refiere la Constitución, tal como surge del debate en la Convención Constituyente del año 1957, no implica ni tiene que ver con la imposibilidad de que las jubilaciones sean objeto de gravámenes —la no-gravabilidad—, como dogmáticamente sostiene la sentencia recurrida. Por el contrario, la noción de “integralidad” expresa la convicción del constituyente de que la seguridad social debe abarcar muchos otros beneficios diferentes a la jubilación amparando a los habitantes de la Nación de contingencias diversas.

El debate constituyente así lo demuestra. En efecto, al momento de discutirse la incorporación del último párrafo del art. 14 bis, varios convencionales aclararon el significado que tenía la palabra “integralidad” y lo entendieron como una noción que expresa que la seguridad social es un objetivo constitucional compuesto de muchos elementos distintos. Así, el convencional Jaureguiberry explicó que un sistema de “seguridad social integral” comprende, entre otros, “[la] seguridad e higiene en el trabajo; [la] rehabilitación integral de los incapacitados, [la] medicina preventiva del trabajo, y [las] cajas de jubilaciones” (Convención Nacional Constituyente, 24ª reunión, 24 de octubre de 1957, p. 1480); el convencional Corona Martínez sostuvo que la seguridad social incluye “todos los riesgos de toda la población sin excepción” (Convención Nacional Constituyente, 24ª reunión, 24 de octubre de 1957, p. 1477) y el convencional Shaposnik afirmó que “la seguridad social es integral y no comprende solo al asalariado. Nosotros pretendemos con este concepto, que es mucho más amplio, hacer partícipe [sic] de este seguro social a todos los habitantes del país” (Convención Nacional Constituyente, 24ª reunión, 24 de octubre de 1957, p. 1473).

De estas intervenciones se desprende que no hay elementos ni en el debate constituyente ni en el texto que fue finalmente consagrado que permitan interpretar que la integralidad de la seguridad social establecida por el art. 14 bis de la Constitución Nacional supone, como afirma la sentencia recurrida, la imposibilidad de gravar las jubilaciones.

La conclusión anterior se ve reforzada por el uso del vocablo “integral” que realizó el constituyente al reformar la Constitución Nacional en 1994. En efecto, en el inciso 23 del art. 75 se indicó que corresponde al Congreso “dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia”. El carácter integral de la seguridad social es demostrativo de que esta protege vicisitudes de la vida distintas a la vejez. En modo alguno se desprende que la noción de integralidad pueda ser asociada a la imposibilidad de gravar las prestaciones de la seguridad social.

Lo anteriormente dicho no se ve afectado por la interpretación efectuada por esta Corte en diversos precedentes en los que se asoció la noción de integralidad con la necesidad de que exista una relación justa y proporcional entre el salario de los trabajadores en actividad y los haberes de los jubilados y pensionados (Fallos: 328:1602; 337:1277; entre otros). Resulta claro que la interpretación recordada no impide que las jubilaciones y pensiones sean gravadas si se respeta dicha relación justa y proporcional.

13) La posibilidad de gravar las jubilaciones y pensiones está, además, positivamente presupuesta por firmes doctrinas desarrolladas por esta Corte y mantenidas hasta la actualidad.

En efecto, es jurisprudencia consolidada que las garantías del art. 14 bis de la Constitución Nacional no impiden que, en ciertas circunstancias, los haberes previsionales sean reducidos. En este sentido, esta Corte ha decidido reiteradamente que las reducciones en los montos de las jubilaciones están constitucionalmente justificadas cuando: 1) fueran impuestas por ley; 2) respondieran al interés público; y 3) no fueran confiscatorias ni padecieran de una arbitraria desproporcionalidad (Fallos: 278:232; 300:616; 303:1155; 321:2181; entre otros).

La doctrina de esta Corte Suprema respecto de las reducciones de los montos de las jubilaciones y otros beneficios previsionales implica que la “integralidad” de la seguridad social no impide que los beneficios jubilatorios sean reducidos. Por lo tanto, una reducción de los beneficios previsionales producida como consecuencia de impuestos que pudieran aplicárseles no puede ser tachada de inconstitucional en tanto se satisfagan los tres requisitos mencionados, como sucede en el presente caso.

14) Desde el punto de vista de la justicia distributiva la gravabilidad de las jubilaciones no responde a una política socialmente regresiva. Una política social progresiva no impide que se graven las jubilaciones más elevadas.

A modo de ejemplo, el sistema nacional de previsión social de nuestro país constituye un régimen de reparto asistido, basado en el principio de solidaridad (art. 1º, ley 24.463). Las prestaciones del sistema previsional público se financian exclusivamente de: (i) los aportes personales de los afiliados comprendidos en el régimen previsional público; (ii) las contribuciones a cargo de los empleadores; (iii) los aportes de los trabajadores autónomos; (iv) la recaudación del Impuesto sobre los Bienes Personales no incorporados al Proceso Económico o aquel que lo sustituya en el futuro, y otros tributos de afectación específica al sistema jubilatorio; (v) los recursos adicionales que anualmente fije el Congreso de la Nación en la Ley de Presupuesto; (vi) intereses, multas y recargos; (vii) rentas provenientes de inversiones; y (viii) todo otro recurso que legalmente corresponda ingresar al régimen previsional público (art. 18, ley 24.241).

En el año 2017, los recursos provenientes de tributos representaron el 27,8% del total de recursos corrientes y de capital de la ANSeS (fuente: ANSeS Datos Abiertos Financiero, disponible en: <https://www.anses.gob.ar/informacion/datos-abiertos-financiero>, último acceso 21 de marzo de 2019), lo que demuestra la relevancia que tienen los recursos tributarios en el financiamiento y sustentabilidad del sistema nacional de previsión social argentino. Por lo tanto, el impuesto a las ganancias responde a motivos de interés general y a las exigencias de la justicia distributiva ya que los recursos que mediante este impuesto

se obtienen son destinados, por imperativo constitucional, a la promoción del bienestar general (Preámbulo, arts. 4 y 75, inc. 2°, 18 y 19, Constitución Nacional) lo que incluye el pago de los beneficios concedidos por el sistema de seguridad social.

Por ello, la sustentabilidad y el buen funcionamiento del sistema previsional que provee los beneficios de la seguridad social es una condición *sine qua non* para la promoción de la justicia distributiva y el bienestar general. Esta verdad ha llevado a esta Corte a señalar que debe protegerse el esfuerzo contributivo realizado por el conjunto de los afiliados para financiar ese sistema (Fallos: 340:411), sobre la base de principios de solidaridad intra-generacional (Fallos: 256:67; 313:1100; entre otros) y que lo que la ley regula, al gravar las jubilaciones a partir de cierto monto, “no es solo el derecho de los beneficiarios sino también la contribución colectiva con que se los sostiene” (Fallos: 219:343). Por las razones anteriormente expuestas, el cobro del impuesto a las ganancias a las jubilaciones más elevadas se encuentra justificado por motivos de justicia distributiva e interés general.

15) Sentado lo que antecede, corresponde examinar las referencias genéricas a la afectación del derecho de propiedad que, a juicio de la actora, produciría la aplicación del impuesto a las ganancias a sus haberes jubilatorios.

En autos la actora inició la demanda el 16 de junio de 2015 cuando tenía 79 años de edad. Acompañó con la demanda prueba documental y, en subsidio, ofreció prueba informativa. La prueba documental consistió en (a) copias de recibos de haberes previsionales y (b) copias fieles de documentación que, según la actora, “acreditan los gastos normales que posee el actor, justificativos de la confiscatoriedad que implica el inconstitucional descuento tributario en el haber previsional” (cfr. fs. 11 vta.).

En el rubro (a), la actora acompañó tres comprobantes de pago previsional de la Caja de Jubilaciones y Pensiones de la Provincia de Entre Ríos que demuestran que la reducción en concepto de impuesto a las ganancias fue, en los tres meses de los comprobantes, del orden del 29 al 31% y que, en el mes de mayo de 2015, la actora percibió un monto total en concepto de haberes jubilatorios de \$ 81.503,42 (fs. 1 a 3).

En relación con el rubro (b) antes indicado, la actora acompañó únicamente una factura de telefonía por un monto de \$ 558,22 con fecha de vencimiento 27 de mayo de 2015 y un comprobante de un pago a una empresa telefónica por un monto de \$ 561,71 efectuado el 8 de junio de 2015 (fs. 4 y 5).

Luego de que se trabara la litis, la actora presentó un escrito en el que realizó ciertas aclaraciones y solicitó que se declarara la causa como de puro derecho y se dictara sentencia (fs. 55 a 57). En dicha oportunidad, la actora indicó que, al tratarse “de un Ser Humano muy mayor de edad (...) necesita disponer de los fondos que se le están confiscando mes a mes en forma inmediata, atento a su avanzada edad, los problemas de salud obvios y normales para la edad, los que se agravan día a día” (ver fs. 56 vta.).

Este Tribunal ha señalado de manera invariable que, para que la confiscatoriedad exista, debe producirse una absorción por parte del Estado de una porción sustancial de la renta o el capital, que debe ser acreditada de manera concluyente por quien la alega (Fallos: 332:1571 y jurisprudencia allí citada).

En el caso, no se ha acreditado que una retención del orden del 30% en concepto de impuesto a las ganancias sea confiscatoria ni irrazonable. Por el contrario, la actora

solo ofreció prueba relativa al pago de un servicio de telefonía, cuyo costo representaba el 0,68% del haber jubilatorio percibido en el mes de mayo de 2015. Debe destacarse, además, que la actora, en mayo de 2015 -tal como ella misma ha documentado- percibió un monto total en concepto de haberes jubilatorios de \$ 81.503,42, época en la cual el haber medio de jubilaciones y pensiones del país era de \$ 5.179 (fuente: ANSeS Datos Abiertos, disponible en: <https://www.anses.gob.ar/informacion/datos-abiertos-pasivos>, último acceso 21 de marzo de 2019) . Por lo tanto, el haber de la actora era más de 15 veces superior al haber medio de nuestro país, lo que muestra elocuentemente que se encuentra en una mejor situación que la mayoría del colectivo de jubilados y pensionados.

En relación con la invocación de problemas de salud, la actora no aportó prueba alguna de cuáles serían los gastos normales asociados a los problemas de salud ni indicó qué problema de salud específico la afectaría. De hecho, entendió que no hacía falta hacerlo pues ella misma consideró que la cuestión era de puro derecho.

En definitiva, la prueba concluyente requerida por esta Corte a los fines de demostrar la confiscatoriedad o irrazonabilidad del tributo no permite admitir la pretensión de la actora, máxime cuando la causa fue declarada como de puro derecho (fs. 54), y la actora no aportó los elementos probatorios que permitan tener por configurada una afectación a su derecho de propiedad.

16) Conviene aclarar que la reforma constitucional de 1994, al incorporar el art. 75, inc. 22, no altera en modo alguno las consideraciones precedentes y tampoco puede brindar sustento a lo decidido por el tribunal *a quo*.

Los tratados internacionales de derechos humanos que, a tenor del art. 75, inc. 22, gozan de jerarquía constitucional, no constituyen fuente de un derecho constitucional a que las jubilaciones estén exentas del impuesto a las ganancias. En efecto, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales menciona explícitamente el derecho a la seguridad social (arts. 9 y 10.2 del Pacto) pero no contiene ninguna norma que determine que las jubilaciones, como principio, no puedan ser gravadas. Lo mismo cabe decir de los restantes tratados internacionales sobre derechos humanos de los que Argentina es parte. Así, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“Protocolo de San Salvador”) se limita a garantizar el derecho a la seguridad social que proteja a las personas de las contingencias de la vejez y les permita llevar una vida digna y decorosa (art. 9). La Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, de modo similar, solo establece que toda persona mayor tiene derecho a un ingreso que la proteja para llevar una vida digna a través de los sistemas de seguridad social (art. 17) pero nada dice de la imposibilidad de gravar los beneficios de la seguridad social.

La jurisprudencia en materia de derechos humanos en el ámbito interamericano tampoco sustenta la prohibición de que el Congreso de la Nación grave las jubilaciones con el impuesto a las ganancias. En efecto, contrariamente a lo sostenido por el tribunal *a quo*, no surge del caso “Cinco Pensionistas vs. Perú”, (sentencia del 28 de febrero de 2003) que la naturaleza integral del beneficio jubilatorio no sea “pasible de ser afectada en su monto ni desarrollo progresivo”. Antes bien, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido en ese mismo caso que “los Estados pueden poner limitaciones al goce del derecho de propiedad por razones de utilidad pública o interés social. En el caso de los efectos pa-

trimoniales de las pensiones (monto de las pensiones), los Estados pueden reducirlos únicamente por la vía legal adecuada y por los motivos ya indicados” (párrafo 116). La Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoce a los Estados la posibilidad de reducir los montos de las pensiones por razones de utilidad pública o interés social que, por otro lado, son las mismas razones que justifican los impuestos. La referida atribución presupone la posibilidad de gravar los montos de las pensiones.

17) Como se advierte, el derecho a la seguridad social, tal como se encuentra consagrado en las normas referidas en el considerando anterior, no permite fundar una prohibición constitucional absoluta de gravar las jubilaciones y pensiones. No cabe inferir de las normas redactadas en el nivel de generalidad recién reseñado una restricción a la facultad constitucional expresa del Congreso de gravar ciertas manifestaciones de riqueza (arts. 4, 17, 52, 75, incs. 1° y 2°, y concordantes de la Constitución Nacional). Más aun, la facultad de gravar manifestaciones de riqueza, como puede ser el haber jubilatorio de quienes perciben las jubilaciones más altas del sistema y no han probado el carácter confiscatorio o irrazonable del impuesto a las ganancias, es necesaria, como los impuestos en general, justamente para adoptar medidas que desarrollen los derechos sociales enunciados de modo general en las normas constitucionales e internacionales mencionadas. Sin recursos ningún Estado puede satisfacer derechos de ningún tipo y, menos aun, derechos sociales que son aquellos cuya satisfacción más recursos requieren.

18) El art. 75, inc. 23, de la Constitución Nacional tampoco constituye fundamento suficiente para la declaración de inconstitucionalidad. En efecto, esta norma dispone que corresponde al Congreso dictar medidas que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución Nacional y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, “en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”.

En palabras del señor Convencional por Buenos Aires Juan Pablo Cafiero, miembro informante del despacho de mayoría en la reforma constitucional de 1994, la inclusión del inciso vinculado a las acciones positivas respondió a “la necesidad de reconocer que en nuestra sociedad hay sectores que viven postergados aun frente a la igualdad jurídica. Falta conectar esa igualdad jurídica con la igualdad real para dejar de lado definitivamente la discriminación y la desigualdad” (Convención Nacional Constituyente, 22 reunión, 2 de agosto de 1994, Obra de la Convención Nacional Constituyente, tomo V, p. 5182).

La mención en el texto constitucional de ciertas categorías de personas o la vulnerabilidad con la que a ellas comúnmente se asocia no exime a dichas personas, por esa sola circunstancia, de la obligación de pagar los tributos que el Congreso establezca para afrontar los gastos del Estado. Ello es así pues la mención en el texto constitucional de una determinada categoría de sujetos no implica de ninguna manera reconocer a dichos sujetos derecho constitucional alguno a un tratamiento impositivo preferente, distinto al del resto de los contribuyentes. Si la mera pertenencia a las categorías de personas mencionadas en el art. 75, inc. 23 requiriese un tratamiento impositivo preferente debería admitirse una conclusión que parece inaceptable, por ejemplo, que las mujeres, por el solo hecho de ser mujeres, deberían estar eximidas de pagar cualquier tributo o deberían pagar un porcentaje menor que los hombres.

Por consiguiente, en el presente caso, aun cuando la edad de la actora al momento de iniciar la demanda (79 años) pueda determinar que, en la mejor interpretación del art. 75 inc. 23, deba incluírsele en la categoría de “persona anciana” y que, por lo tanto, puedan tomarse medidas de acción positiva a su respecto, no implica que la actora tenga, por el hecho de pertenecer a esa categoría, un derecho a no tributar.

En conclusión, la imposibilidad de extraer consecuencia alguna para resolver esta causa mediante referencias al art. 75, inc. 23, de la Constitución Nacional, sumada a la ausencia de prueba del carácter confiscatorio o irrazonable del gravamen en las particulares circunstancias de la actora, justifica la revocación de la declaración de inconstitucionalidad realizada por el *a quo*.

19) Por otro lado, el Estado argentino ha adoptado diversas medidas orientadas todas ellas a maximizar la probabilidad del pleno goce y ejercicio de los derechos constitucionales de los jubilados. En este sentido cabe recordar, entre otras medidas adoptadas, las siguientes. A partir de la sanción de la ley 27.346, tal como se destacó precedentemente, los jubilados tributan ganancias de modo diferenciado pues son beneficiarios de deducciones especiales que los trabajadores en actividad no tienen; los jubilados son beneficiarios de una tarifa social federal de transporte mediante la cual acceden a un 55% de descuento en boletos de trenes y colectivos (Resolución del Ministerio de Transporte 975/2012); los jubilados y pensionados que perciban una remuneración bruta menor o igual a dos (2) Salarios Mínimos Vitales y Móviles son beneficiarios de una tarifa social federal de gas natural y electricidad (Resoluciones 7/2016 y 474-E/2017 del Ministerio de Energía y Minería); los jubilados y pensionados que cumplen ciertas condiciones son beneficiarios de una tarifa social federal de agua (Resolución 30/2016 del Ente Regulador de Agua y Saneamiento), entre otras medidas adoptadas por el Estado en favor de los jubilados.

Las medidas descriptas en el párrafo precedente muestran que el Estado Nacional ha establecido un sistema multidimensional en el que los jubilados y pensionados con haberes elevados, como todos los demás contribuyentes, contribuyen al mantenimiento del Estado y del propio sistema jubilatorio y, a la vez, todos los jubilados reciben beneficios que varían en función de la cuantía de sus haberes. Ni la realización de los objetivos de justicia distributiva que la Constitución fija ni la determinación del alcance de los beneficios de la seguridad social pueden concebirse como tareas lineales ni mecánicas. El mero hecho de que consideremos que el Estado no ha hecho por los jubilados lo que cada uno de nosotros desearía no puede convertirse en un argumento para fulminar con la inconstitucionalidad un régimen que necesariamente depende de valoraciones, hechos, estrategias y criterios de oportunidad cuya articulación corresponde primariamente al Congreso de la Nación. No debemos olvidar que vivimos en una democracia y que las razones que nos convencen a cada uno de nosotros no se convierten, por ello, en derecho vigente.

20) En nuestra democracia constitucional, como se dijo, es el Congreso, dentro de los amplios límites que la Constitución le fija (arts. 14 bis, 16, 17, 28, 75, incs. 2, 18, 19 y 23, de la Constitución Nacional), quien debe tomar las medidas necesarias para, en última instancia, concretar los mandatos de promover el bienestar general y realizar la justicia distributiva. En materia tributaria, ello se traduce -dentro de los límites de la razonabilidad impuestos por la Constitución Nacional (art. 28 de la Constitución Nacional)- en la libertad del Poder Legislativo para establecer clasificaciones a los fines de

imponer la obligación de tributar. Como ha afirmado de manera sostenida esta Corte, “la recta interpretación de la garantía de igualdad asigna al legislador la facultad de contemplar en forma distinta situaciones que considere diferentes, con tal de que la discriminación no sea arbitraria ni importe ilegítima persecución o indebido privilegio de personas o de grupo de personas, aunque su fundamento sea opinable” (Fallos: 325:11; 327:4206; 323:2395, entre muchos otros).

Si bien el Poder Judicial tiene la atribución constitucional de pronunciarse sobre la constitucionalidad de las normas tributarias en casos concretos, no son los jueces quienes están llamados a concretar sus concepciones de justicia distributiva o social, por valiosas o defendibles que ellas fuesen, a través del desarrollo interpretativo de principios o valores generales contenidos en las normas bajo análisis.

Como lo ha sostenido esta Corte, “la configuración del gravamen decidida por el legislador involucra una cuestión ajena a la órbita del Poder Judicial, a quien no compete considerar la bondad de un sistema fiscal para buscar los tributos que requiere el erario público y decidir si uno es más conveniente que otro, sino que sólo le corresponde declarar si repugna o no a los principios y garantías contenidos en la Constitución Nacional” (arg. Fallos: 223:233; 318:676; 332:1571, entre otros). Por ello, el Poder Judicial “no tiene facultades para invalidar los gravámenes en razón de su injusticia o inconveniencia, del exceso de su monto o de las formas de percepción, mientras de ellos no resulte una violación de las disposiciones constitucionales” (Fallos: 181:264; 188:464; entre otros). Tampoco el Poder Judicial se encuentra facultado para establecer categorías tributarias o distinciones no previstas en las leyes sometidas a su consideración.

21) Finalmente, nada de lo dicho hasta aquí implica cerrar la posibilidad de que se demuestre, en un caso concreto y mediando pruebas adecuadas, la inconstitucionalidad de la aplicación del tributo a un demandante en particular, de conformidad con la jurisprudencia y normas reseñadas a lo largo de este pronunciamiento.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal en la causa FPA 21005389/2013/CA1-CS1 “Cuesta, Jorge Antonio c/ AFIP s/ acción de inconstitucionalidad (sumarísimo)”, dictamen cuya copia deberá incorporarse a la presente causa, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario interpuesto, se revoca la sentencia apelada y se rechaza la demanda. Costas por su orden. Exímase al recurrente de efectuar el pago del depósito previsto en el art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, cuyo pago se encuentra diferido de conformidad con lo prescripto en la acordada 47/91. Notifíquese, agréguese la queja al principal y, oportunamente devuélvase.

CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ.



DISCRIMINACIÓN LABORAL

“ÁLVAREZ” (FALLOS: 333:2306)

La Corte confirmó una sentencia que había considerado que el despido sin causa de los trabajadores había configurado un acto discriminatorio motivado por sus actividades sindicales e hizo lugar al reclamo de éstos condenando a la empresa demandada a reincorporarlos en el empleo.

Sostuvo el Tribunal que el ingreso del principio de igualdad y prohibición de discriminación al dominio del jus cogens revela que éste se emplaza en uno de los estándares más elevados de la comunidad internacional, produciendo, a su vez, un efecto disuasivo, por cuanto señala a todos sus miembros y a los individuos sometidos a las jurisdicciones estatales, que el principio exhibe un valor absoluto del cual nadie puede desviarse.

El fallo fue decidido por el voto de los jueces FAYT, PETRACCHI, MAQUEDA y ZAFFARONI y con la disidencia parcial de los jueces LORENZETTI, HIGHTON DE NOLASCO y ARGIBAY.

Principales ejes temáticos del fallo

» La reinstalación guarda singular coherencia con los principios que rigen a las instancias jurisdiccionales internacionales en materia de derechos humanos, tendientes a la plena reparación de los daños irrogados por un despido, ya que el objetivo primario de las reparaciones (remedies) en esta materia debería ser la rectificación o restitución en lugar de la compensación, en tanto esta última sólo proporciona a la víctima algo equivalente a lo que fue perdido, mientras que las primeras reponen precisamente lo que le fue sacado o quitado.

» Sólo un entendimiento superficial del art. 14 bis llevaría a que la “protección contra el despido arbitrario” implicara una suerte de prohibición absoluta y permanente a toda medida de reinstalación, ya que a la interpretación evolutiva y el principio pro homine, conviene agregar que las leyes no pueden ser interpretadas sólo históricamente, sin consideración a las nuevas condiciones y necesidades de la comunidad, porque toda ley, por naturaleza, tiene una visión de futuro, está predestinada a recoger y regir hechos posteriores a su sanción y esta conclusión se impone con mayor fundamento respecto de la Constitución Nacional que tiene la virtualidad necesaria de poder gobernar las relaciones jurídicas nacidas en circunstancias sociales diferentes a las que existían en tiempos de su sanción.

» Cuando el legislador ha sancionado despidos discriminatorios con la reinstalación del trabajador lo ha dispuesto de manera expresa y siempre que el despido sin causa tenga lugar dentro de un plazo cuyo inicio y culminación se encuentra determinado por la ley respectiva, conciliando así los derecho de una y otra parte del contrato de trabajo, pero nada sucede

Enlaces destacados

» Ver más

- › Reseña
- › Citas del fallo
- › Versión Word

» Doctrina del fallo

con la ley 23.592 que, en razón de su carácter general y transversal a todas las ramas del derecho, requiere de una aplicación apropiada que no distorsione el equilibrio de derechos al que responde cada sector del ordenamiento jurídico, sea público o privado (Disidencia parcial de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco y Argibay).

» Ante la negativa del empleador de reinstalar al trabajador discriminado en su puesto de trabajo, corresponde reconocer a este último el derecho a una compensación adicional que atienda a esta legítima expectativa, de tal forma, que sin perjuicio del resarcimiento previsto en el art. 1° de la ley 23.592, el trabajador tendrá derecho a percibir una suma adicional igual a la prevista en la Ley de Contratos de Trabajo para otros supuestos de discriminación, es decir, la contemplada en el art. 245 con más de un año de remuneraciones según dispone en su art. 182 (Disidencia parcial de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco y Argibay).

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 7 de diciembre de 2010

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A. s/ acción de amparo”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1°) Que los seis actores iniciaron la presente acción de amparo contra Cencosud S.A., propietaria de locales comerciales que giran bajo el nombre de fantasía “Easy”, sosteniendo que prestaban servicios para aquélla bajo la “pseudo categoría” de asesores, la cual estaba destinada a emplazarlos fuera del ámbito del convenio colectivo 130/75 de empleados de comercio. Toda vez que el sindicato de esta última actividad les habría negado la afiliación, crearon, junto con otros trabajadores, el Sindicato de Empleados Jerárquicos de Comercio —que fue inscripto por la Dirección Nacional de Asociaciones Sindicales el 30 de marzo de 2006— y pasaron a integrar la comisión directiva de la institución. En tales condiciones, el presidente de dicha comisión, invocando ese carácter, intimó a la demandada al pago de diferencias salariales correspondientes a la categoría, a lo que siguió que uno de los gerentes de la empresa, pedido mediante, obtuviera de aquél la lista de los integrantes de la comisión (noviembre de 2006). En ese contexto, entre otras circunstancias, los actores consideraron que el despido sin expresión de causa del que fueron objeto pocos días después, resultó un acto discriminatorio motivado en sus actividades sindicales, por lo que reclamaron la reinstalación en sus cargos y una reparación económica. La Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, por mayoría, al confirmar el fallo de primera instancia favorable a las dos pretensiones, tuvo por acreditados los hechos invocados por los actores y mantuvo la aludida reincorporación y reparación económica, con fundamento en el art. 1° de la ley 23.592. Ello dio lugar al recurso extraordinario de la vencida, cuya denegación origina la presente queja.

2°) Que la apelación es admisible sólo en la medida en que pone en juego la interpretación de normas de índole federal (art. 14.3 de la ley 48). En lo restante —violación del principio de congruencia y valoración del hecho de que los actores habrían percibido

las indemnizaciones por despido con anterioridad a la demanda— se impone su rechazo (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). La cuestión federal a ser juzgada por esta Corte reside, de consiguiente, en determinar si la citada ley 23.592 es aplicable a la relación de trabajo privada, más específicamente, al distracto producido en el caso, y si la reinstalación dispuesta a la luz de su art. 1° resulta compatible con los derechos que la empleadora demandada arguye sobre la base de los arts. 14, 14 bis y 16 de la Constitución Nacional.

3°) Que las mencionadas cuestiones requieren, inicialmente, precisar el estado en el que se encuentran los dos ámbitos del derecho constitucional de los derechos humanos que confluyen en su examen y solución: por un lado, el principio de igualdad y prohibición de discriminación, y el fundamento de éste, la dignidad de la persona humana y, por el otro, la proyección de esos contenidos tanto sobre la ley 23.592 cuanto sobre el terreno de la relación laboral y el derecho a trabajar, mayormente cuando en todos estos ámbitos jurídicos se ha producido una marcada evolución legislativa y jurisprudencial.

En tal sentido, el principio de igualdad y prohibición de toda discriminación, presente en la Constitución Nacional desde sus orígenes (art. 16), no ha hecho más que verse reafirmado y profundizado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y los instrumentos de éste que, desde 1994, tienen jerarquía constitucional (Constitución Nacional, art. 75.22, segundo párrafo): Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. II); Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 2° y 7°); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 2.1 y 26); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC, arts. 2° y 3°), y Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 1.1 y 24), además de los destinados a la materia en campos específicos: Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (esp. arts. 2°, 3° y 5° a 16) y Convención sobre los Derechos del Niño (art. 2°). Se añaden a este listado, en el plano suprallegal (art. 75.22 cit., primer párrafo), vgr., la Convención relativa a la Lucha contra la Discriminación en la Esfera de la Enseñanza (UNESCO, 1960), el Protocolo en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Protocolo de San Salvador, art. 3°); la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid (1973); la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará, art. 6°.a) y la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad. Todo ello, por cierto, como corolario de que igual principio se encuentra sustentado por las organizaciones internacionales en el marco de las cuales fueron elaborados los instrumentos: Carta de la Organización de los Estados Americanos (art. 3.1) y Carta de las Naciones Unidas (art. 1.3 y concs.): “[e]l hecho de establecer e imponer distinciones, exclusiones, restricciones y limitaciones fundadas únicamente sobre la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico y que constituyen una denegación de los derechos fundamentales de la persona humana es una violación flagrante de los fines y principios de la Carta [de las Naciones Unidas]” (Corte Internacional de Justicia, *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l’Afrique du Sud en Namibie (SudOuest africain) notwithstanding la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, opinión consultiva del 21 de junio de 1971, *Recueil 1971*, párr. 131).

Para la Carta Democrática Interamericana, “[l]a eliminación de toda forma de discriminación” contribuye “al fortalecimiento de la democracia y la participación ciudadana” (art. 9°).

Cabe sumar a lo indicado, atento el contenido material del caso, lo proveniente de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), como lo es el Convenio N° 111 sobre Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación (1958, ratificado en 1968), de jerarquía supralegal dada su naturaleza (*Milone*, Fallos: 327:4607, 4616), por el cual el Estado se obligó a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con el objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto (art. 2°). El Convenio N° 111, asimismo, se inscribe en el cuadro de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo (1998), la cual expresó que todos los Miembros de la OIT, aun cuando no hubiesen ratificado los convenios respectivos, “tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios, es decir: [...] d) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación”. Se trata, además, de objetivos que, antes que atenuados, han resultado plenamente convalidados en nuestros días ante cualquier modalidad que pretenda imponerse a la disciplina laboral con motivo de eventuales requerimientos de la organización de las empresas o de la producción de bienes y servicios: los valores fundamentales de libertad, dignidad humana, justicia social, seguridad y no discriminación son esenciales para un desarrollo y una eficacia sostenibles en materia económica y social (*Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa*, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su nonagésima séptima reunión, Ginebra, 10 de junio de 2008). La Declaración Socio-Laboral del Mercosur (1998), de su lado, después de prever que todo trabajador “tiene garantizada la igualdad efectiva de derechos, tratamiento y oportunidad en el empleo y ocupación [...] en conformidad con las disposiciones legales vigentes”, dispone que los Estados Partes “se comprometen a garantizar la vigencia de este principio de no discriminación [...]” (art. 1°).

4°) Que, ciertamente, el mencionado *corpus iuris*, al enunciar y reiterar el principio de igualdad y prohibición de discriminación, resulta el persistente eco de una noción que, por un lado, se desprende directamente “de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona” y que, por el otro, “posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, Opinión Consultiva OC18/03, 1792003, Serie A N° 18, párrs. 87/88 —y sus citas— y 100). La referencia a este antecedente, y el seguimiento del que será objeto, son más que apropiados en el sub lite por cuanto, en esa oportunidad, el tribunal regional asentó una doctrina de importancia mayor para la conceptualización del principio en estudio, no debiéndose pasar por alto, asimismo, que lo hizo con motivo de examinar una cuestión de neta índole laboral, aun cuando su proyección excede esta esfera.

De tal suerte, cuadra poner de relieve que el principio de igualdad y prohibición de discriminación ha alcanzado, actualmente, un nivel de máxima consagración y entidad:

pertenece al *jus cogens*, “puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico”. Así, por su carácter “imperativo”, rige en el “derecho internacional general”, en cuanto es aplicable a todo Estado, ya sea a “nivel internacional o en su ordenamiento interno”, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional, por todos los actos jurídicos de cualesquiera de sus poderes, e incluso de los particulares que actúen bajo su tolerancia, aquiescencia o negligencia. El principio, así considerado, acarrea, naturalmente, obligaciones *erga omnes* de protección que vinculan a todos los Estados y a los particulares. Respecto de los primeros, dichas obligaciones, así como les imponen un deber de abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación *de jure* o *de facto*, también les exigen la adopción de “medidas positivas” para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, lo cual implica, *inter alia*, el ejercicio de un “deber especial” de protección con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias. Esta última perspectiva, también se basa en que los Estados son los que determinan su ordenamiento jurídico, el cual regula las relaciones entre particulares y, por ende, el derecho privado, de manera que deben también velar para que en esas relaciones se respeten los derechos humanos, ya que de lo contrario el Estado resultaría responsable de la violación de los derechos, y en un grado tanto más grave en la medida en que ese incumplimiento viola normas “perentorias” del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Luego, pesa sobre el Estado, “independientemente de cualquier circunstancia o consideración”, la obligación de no tolerar situaciones de discriminación en perjuicio de los trabajadores en las relaciones laborales privadas, ni permitir que los empleadores violen los derechos de los trabajadores o que la relación contractual vulnere los estándares mínimos internacionales. En cuanto a los particulares, el mentado carácter *erga omnes* establece una obligación de respeto de los derechos humanos en los vínculos *inter privatos*, la cual, desarrollada por la doctrina jurídica y, particularmente, por la teoría del *Drittwirkung*, se especifica en el marco de la relación laboral en el deber del empleador de respetar los derechos humanos de sus trabajadores (*Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes*, cit., párrs. 100/101, 103/106, 109/110, 139/140, 146, 148/149, y 151).

El ingreso del principio de igualdad y prohibición de discriminación al dominio del *jus cogens* revela, desde otra fuente, que éste se emplaza en uno de los estándares más fundamentales de la comunidad internacional, produciendo, a su vez, un efecto disuasivo, por cuanto señala a todos los miembros de dicha comunidad y a los individuos sometidos a las jurisdicciones estatales, que el principio exhibe un valor absoluto del cual nadie puede desviarse (doctrina del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, caso *Furundzija* —“Prosecutor v. Anto Furundzija”—, sentencia del 10121998, párr. 154, en *International Human Rights Reports*, 2002, vol. 9, n° 3, p. 783; asimismo: Cassese, Antonio, *International Law*, Oxford University Press, 2002, ps. 144 y 147 *in fine* 148).

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), a su turno, previó la nulidad de los tratados que estén en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general —*jus cogens*—, o ante la aparición de una de éstas (arts. 53 y 64; asimismo: art. 71), dejando a la práctica de los Estados y a la “jurisprudencia de los tribunales internacionales” la identificación de las que hayan adquirido dicho carácter de *jus cogens*

(Comisión de Derecho Internacional, “Projet d’articles sur le Droit des traités et commentaires”, 1966, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1996, p. 270). De ello ya han dado muestra variados tribunales en el nivel nacional e internacional, incluso en contextos no limitados a la validez de tratados (“Text of the draft articles on Responsibility of States for internationally wrongful acts and commentaries”, adoptados por la Comisión de Derecho Internacional en su sesión 53ª, 2001, *Report of the International Law Commission*, A/56/10, p. 208 y sus citas). La Corte Interamericana, mediante “*Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*”, suma una nueva perspectiva a esos antecedentes.

5º) Que de lo expuesto precedentemente se sigue que la interdicción de discriminación y la exigencia internacional de realizar, por parte de los Estados, acciones positivas dirigidas a evitar y sancionar dicha discriminación, deben reflejarse en los órdenes internos en un doble sentido, al menos: el de su legislación, “de lo cual es un ejemplo la ley 23.592” y, también, el “de la interpretación que de tales leyes hagan los tribunales” (*Partido Nuevo Triunfo*, Fallos: 332:433, 439). Puede resultar difícil luchar con éxito contra la discriminación, advierte el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “si se carece de una base legislativa sólida para las medidas necesarias” (*Observación general N° 3. La índole de las obligaciones de los Estados Partes —párrafo 1 del artículo 2 del Pacto—*, HRI/GEN/1/Rev.9 —Vol. I—, párr. 3).

Al respecto, es notorio que la ley 23.592 ha tendido a conjurar un particular modo de menoscabo del pleno ejercicio de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional: el acto discriminatorio. Y ha previsto, por vía de imponer al autor la obligación de “dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y [...] reparar el daño moral y material ocasionados” (art. 1º), una reacción legal proporcionada a tamaña agresión pues, y sobre ello cabe poner el acento, el acto discriminatorio ofende nada menos que el fundamento definitivo de los derechos humanos: la dignidad de la persona, al renegar de uno de los caracteres ínsitos de ésta: la igualdad en dignidad de todos y cada uno de los seres humanos, de la cual deriva, precisamente, el principio de igualdad y prohibición de toda discriminación, destinado a proteger en la existencia dicha igualdad en esencia, intrínseca o inherente a aquéllos (v. Declaración Universal de Derechos Humanos, preámbulo, primer párrafo, y art. 1º; PIDESC, preámbulo, primer párrafo; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ídem y art. 10.1, y Convención Americana sobre Derechos Humanos, preámbulo, párrafo segundo y arts. 5.2 y 11.1, entre otros instrumentos de jerarquía constitucional). Mortificación, la antedicha, de grado nada menor, ya que las violaciones a la dignidad de la persona humana así como pueden mortificar su espíritu, también pueden dañar su cuerpo, constituyendo una fuerza patológica y destructiva del bienestar de las personas al menos igual que la de los virus y las bacterias (Mann, Jonathan, “Health and Human Rights”, en *Reflections on The Universal Declaration of Human Rights. A Fiftieth Anniversary Anthology*, La Haya/ Boston/Londres, M. Nijhoff, 1998, p. 176). Sobre el punto, es significativa la citada Convención de Belém do Pará, en cuanto reconoce que el derecho de toda mujer a una “vida libre de *violencia*” incluye, entre otros, el derecho de “ser libre de toda forma de discriminación” (art. 6º.a, *itálica agregada*).

No es por azar que el Anexo II del Pacto Federal del Trabajo, ratificado por la ley 25.212, emplazó, entre las infracciones “muy graves”, las “decisiones del empleador que impliquen cualquier tipo de discriminación en el empleo o la ocupación por motivos de: raza, color, ascendencia nacional, religión, sexo, edad, opinión política, origen social, gre-

miales, residencia o responsabilidades familiares” (art. 4°.a), haciéndolas pasibles de las multas más elevadas (art. 5°), y previendo que, en caso de reincidencia, pueda ser clausurado el establecimiento y quedar el empleador inhabilitado para acceder a licitaciones públicas y suspendido de los registros de proveedores o aseguradores de los estados nacional y provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 5°.5.a y b).

6°) Que este orden de ideas conduce, sin hesitación, a descartar de plano la pretendida inaplicabilidad de la ley 23.592 al ámbito del derecho individual del trabajo, por tres razones, además de la que será expresada en el considerando siguiente. Primeramente, nada hay en el texto de ley ni en la finalidad que persigue que indique lo contrario. Seguidamente, “la proscripción de la discriminación no admite salvedades o ámbitos de tolerancia, que funcionarían como ‘santuarios de infracciones’: se reprueba en todos los casos” (*Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes*, cit., voto del juez García Ramírez, párr. 20). En tercer lugar, revista una circunstancia que hace a la norma por demás apropiada y necesaria en dicho ámbito. En efecto, la relación laboral, si algo muestra a los presentes efectos, es una especificidad que la distingue de manera patente de muchos otros vínculos jurídicos, puesto que la prestación de uno de los celebrantes, el trabajador, está constituida nada menos que por la actividad humana, la cual resulta, *per se*, inseparable de la persona humana y, por lo tanto, de su dignidad (*Pérez, Aníbal Raúl c/ Disco S.A.*, Fallos: 332:2043, 2054). Ello explica que dignidad y trabajo se relacionen en términos “naturalmente entrañables” (*Madorrán*, Fallos: 330:1989, 2004), tal como, con claridad, lo destaca el art. 14 bis de la Constitución Nacional —“las leyes asegurarán al trabajador: condiciones dignas [...] de labor”— y lo reitera el art. 7° del PIDESC, así como ya lo habían hecho, entre otros antecedentes, los arts. XIV y 23.3 de las recordadas Declaración Americana y Universal de 1948, y la Declaración de los Fines y Objetivos de la Organización Internacional del Trabajo (1944, Declaración de Filadelfia), que asienta los principios que deben inspirar la política de sus Miembros: “todos los seres humanos [...] tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades” (II, a). Ello explica, al unísono, que garantizar la no discriminación configura para el Estado una “obligación fundamental mínima” y de cumplimiento “inmediato”, cuya inobservancia, por acción u omisión, lo haría incurrir en un acto ilícito internacional (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación general N° 18. El Derecho al Trabajo*, 2005, E/C.12/GC/18, párrs. 31 y 18), cuanto más que aquél ha asumido la obligación de “proteger” los derechos humanos, lo cual le exige la adopción de “medidas que impidan a terceros interferir en el disfrute del derecho al trabajo” (*idem*, párr. 22).

Por lo demás, el decidido impulso hacia la progresividad en la plena efectividad de los derechos humanos que reconocen, propia de todos los textos internacionales antes aludidos y muy especialmente del PIDESC (art. 2.1), sumado al principio *pro homine*, connatural con estos documentos, determina que el intérprete deba escoger, si la norma lo posibilita, el resultado que proteja en mayor medida a la persona humana (*Cardozo*, Fallos: 329:2265, 2272/2273, y *Madorrán*, cit., p. 2004). Y esta pauta se impone aun con mayor intensidad, cuando su aplicación no entrañe colisión alguna del derecho humano, así interpretado, con otros valores, principios, atribuciones o derechos constitucionales (*Madorrán*, cit., p. 2004). Ya el precedente *Berçaitz*, de 1974, tuvo oportunidad de censurar toda inteligencia restrictiva de los derechos humanos, puesto que contrariaba

la jurisprudencia de la Corte, “concordante con la doctrina universal”: el “principio de favorabilidad” (Fallos: 289:430, 437; asimismo: Fallos: 293:26, 27).

7º) Que en respuesta al supuesto de colisión que acaba de ser indicado, cabe juzgar que tampoco puede verse incompatibilidad alguna entre la reinstalación del trabajador víctima de un distracto discriminatorio y el derecho a contratar y ejercer toda industria lícita del art. 14 de la Constitución Nacional, que invoca el apelante con arreglo al caso *De Luca*, de 1969 (Fallos: 273:87). Esto es así, por muy variados motivos. En primer lugar, la *ratio decidendi* del precedente se circunscribe, sin dudas, a una cuestión distinta de la antedicha, como lo fue la relativa al art. 17 de la Constitución Nacional y el derecho de propiedad en su nexa con los “salarios” o “remuneraciones” materia de examen en esa oportunidad. En segundo término, el sub examine, contrariamente a *De Luca*, no pone en la liza un régimen general de estabilidad propia o absoluta como protección contra todo despido arbitrario, sino la reincorporación, para el litigio y en el litigio, derivada del singular motivo de ruptura del contrato de trabajo: la discriminación.

En todo caso, vale decir, al margen de lo que pudiera seguirse del antecedente citado, añádesse a lo anterior, en tercer término, una consideración determinante: el marco normativo constitucional, en la actualidad, difiere del vigente para la época de *De Luca*. En efecto, es doctrina permanente de esta Corte que la Constitución Nacional debe ser entendida como una unidad, esto es, como un cuerpo que no puede dividirse sin que su esencia se destruya o altere, como un conjunto armónico en el que cada uno de sus preceptos ha de interpretarse de acuerdo con el contenido de los demás (*Galassi*, Fallos: 310:2733, 2737, entre otros). Luego, dada la jerarquía constitucional que tienen los instrumentos internacionales de los que se ha hecho mérito, dicho cuerpo no es otro que el “bloque de constitucionalidad federal”, comprensivo de aquéllos y de la Constitución Nacional (*Dieser*, Fallos: 329:3034), por manera que la mentada armonía habrá de ser establecida dentro de ese contexto. Así, además de cuanto ha sido expresado en los considerandos 3º a 6º, cobra todo su sentido y significación otro esclarecimiento, ya alcanzado por el Tribunal en el caso *Madorrán*: la protección del “derecho a trabajar” previsto en el art. 6.1 del PIDESC, al incluir el derecho del empleado a no verse privado arbitrariamente de su empleo, “si bien no impone la reinstalación, tampoco la descarta” (cit., p. 2003; v. asimismo: Craven, Matthew, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Oxford, Clarendon, 1998, p. 223). El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, intérprete autorizado del PIDESC en el plano universal (*Torrillo*, Fallos: 332:709, 713), ratifica esa doctrina: todas las víctimas de violaciones del derecho al trabajo, “tienen derecho a una reparación adecuada, que puede adoptar la forma de una restitución [...]” (*Observación general N° 18*, cit., párr. 48; en igual sentido, del mismo Comité: *Observación general N° 16. La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales — artículo 3— del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, 2005, párr. 21). Corresponde agregar, aun cuando la República no ha ratificado el Convenio N° 158 sobre la terminación de la relación de trabajo (OIT, 1982), que el mentado Comité no ha dejado de considerar que los alcances del derecho al trabajo del PIDESC son determinables a la luz del instrumento citado, al menos en cuanto “impone, en particular, la necesidad de ofrecer motivos válidos para el despido así como el derecho a recursos jurídicos y de otro tipo en caso de despido improcedente” (*Observación general N° 18*, cit., párr. 11). Y, es de importancia subrayarlo, dicho Convenio, además de excluir los motivos discriminatorios

como causa justificada para la terminación de la relación de trabajo (art. 5.d), prevé, dentro de la sección aludida anteriormente por el Comité, que los tribunales llamados a resolver sobre el carácter justificado o injustificado de dicha terminación puedan, en este último supuesto, “anular la terminación” y ordenar la “readmisión” del trabajador (art. 10).

A conclusiones análogas conduce el abanico de instrumentos internacionales que también enuncian y resguardan el “derecho a trabajar” (Declaración Universal de Derechos Humanos —art. 23.1—, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre —art. XIV— y Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial —art. 5.e.i—), el cual debe ser considerado “inalienable de todo ser humano” en palabras expresas de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 11.1.a). No huelga observar que el citado Protocolo de San Salvador contempla a la “readmisión en el empleo” como una de las consecuencias admisibles para la legislación interna en casos de despido injustificado (art. 7°.d).

Más todavía. El atinente a la relación de trabajo ha resultado, desde antiguo, uno de los ámbitos en los que esta Corte ha reconocido validez constitucional a una dilatada e intensa actividad legislativa protectoria del trabajador dependiente en su confrontación con el derecho de contratar y el derecho de propiedad del empleador. Así, en *Rusich, Elvira c/ Cía. Introdutora de Bs. As.* (Fallos: 181:209), de 1938, al persistir en la línea que trazara tanto en *Saltamartini c/ Compañía de Tranways “La Nacional”*, en cuanto a la imposición de la indemnización por despido y por falta de preaviso (Fallos: 176:22), cuanto en *Quinteros, Leónidas S. c/ Cía. de Tranvías Anglo Argentina* (Fallos: 179:79), desestimó que el pago de las vacaciones pudiera ser impugnado constitucionalmente con fundamento en que resultaba un salario sin contraprestación del trabajador, al paso que justificó, por obedecer al “ritmo universal de la justicia”, otras normas protectoras de aquél que imponían al empleador obligaciones de naturaleza análoga a la anterior (Fallos: 181:209, 212/214; asimismo: *Dordal, José c/ Calderón y Roperó*, Fallos: 189:234; *Vizzotti*, Fallos: 327:3677, 3689, y *Aquino*, Fallos: 327:3753, 3770). Sobre bases análogas se emplaza con vigor la *ratio decidendi* de *Prattico, Carmelo y otros c/ Basso y Cía.*: “toda vez que la *libertad de contratar* del empleador entre en conflicto con la *libertad contra la opresión* del empleado u obrero, esta última debe prevalecer sobre aquélla, porque así lo requieren los principios que fundan un ordenamiento social justo. No otro es el sentido de la cláusula que los Constituyentes de 1957 agregaron a continuación del art. 14 de la Ley Fundamental” (Fallos: 246:345, 349, con cita de la sentencia *West Coast Hotel Co. v. Parrish* de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América). Y ello también condujo, en *Roldán c/ Borrás*, a rechazar las invocaciones del derecho de propiedad y la libertad de contratar formuladas para impugnar constitucionalmente las prestaciones impuestas al empleador en favor del empleado en razón de los hijos de éste, destacando el Tribunal que “el fundamento valorativo de la solución” reposaba “en inexcusables principios de justicia social (Fallos: 181:210; asimismo: Fallos: 189:234; 246:345 y otros) y en la ponderada estimación de las exigencias éticas y condiciones económicosociales de la colectividad a la que se aplica” (Fallos: 250:46, 48/50).

Y, ciertamente, son el mencionado “ritmo universal de la justicia”, la “ponderada estimación” de las “exigencias éticas” y “condiciones sociales”, cuando no la “libertad contra la opresión” que ejerce la discriminación, los elementos que acreditan, desde hace ya tiempo, que el repudio a todas las formas de aquélla, y el emplazamiento de su prohibición en el elevado campo del *jus cogens*, resulta, lisa y llanamente, una reacción de

la conciencia jurídica universal (*opinio juris communis*), lo cual, así como trasciende las fuentes formales del derecho de gentes, anima los procesos de elaboración de éste y condiciona su interpretación y aplicación.

8º) Que la reinstalación, por lo demás, guarda singular coherencia con los principios que rigen a las instancias jurisdiccionales internacionales en materia de derechos humanos, tendientes a la plena reparación (*restitutio in integrum*) de los daños irrogados, vgr., por un despido (v. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, sentencia del 222001, Serie C N° 72, párrs. 202/203 —y su cita— y 214.7, y “Madorrán”, cit., p. 2005). El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que enuncia, con carácter autónomo (esto es, no limitado a los derechos previstos en el Pacto), que “[t]odas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley” (art. 26), también requiere, por vía de su art. 2.3, que los Estados Partes otorguen una reparación a las personas que han visto violados sus derechos, la cual puede materializarse por vía de la “restitución” (Comité de Derechos Humanos, *Observación general N° 31. La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto*, 2004, párr. 16). El objetivo primario de las reparaciones (*remedies*) en materia de derechos humanos, es preciso destacarlo, debería ser la rectificación o restitución en lugar de la compensación; esta última sólo proporciona a la víctima algo equivalente a lo que fue perdido, mientras que las primeras reponen precisamente lo que le fue sacado o quitado. El intercambio de violaciones de derechos humanos con dinero, además, entraña un conflicto con el carácter inalienable de aquellos (aun cuando no puede ser descartado cuando la pérdida ha ocurrido y es irreparable) (Shelton, Dinah, *Remedies in International Human Rights Law*, Oxford University Press, 1999, ps. 43 y 55). En este orden de ideas, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas interpretó que el art. 6 de la Directiva 76/207/CEE (921976) —por la cual los Estados Miembros debían introducir en su ordenamiento jurídico las medidas necesarias para que cualquier persona que se considerara perjudicada por la no aplicación del principio de igualdad de trato pudiera hacer valer sus derechos por vía jurisdiccional— requería “medidas apropiadas para restablecer dicha igualdad cuando no ha sido respetada”, las cuales debían “garantizar una protección jurisdiccional efectiva y eficaz y surtir un efecto disuasorio real frente al empresario”. Así, apuntó, en el supuesto de un despido discriminatorio (art. 5.1 de la Directiva), una de las modalidades para restablecer la situación de igualdad se presentaba cuando la persona discriminada “recupera su puesto de trabajo” (Asunto C271/91, *M.H. Marshall c. Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority*, sentencia del 281993, Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia. Parte I. Tribunal de Justicia, 19938, ps. 4407/4408, párrs. 24/25).

Es del caso recordar que, ya para 1928, la Corte Permanente de Justicia Internacional, en el famoso caso *Chorzów Factory / Usine de Chorzów*, tuvo ocasión de sostener que “[e]l principio esencial que deriva de la noción misma de acto ilícito y que se desprende de la práctica internacional, especialmente de la jurisprudencia de los tribunales arbitrales, es que la reparación debe, de ser posible, borrar todas las consecuencias de dicho acto y restablecer la situación que verosíblemente habría existido si éste no hubiera sido cometido” (fondo, sentencia del 1391928, Serie A, N° 17, p. 47). Incluso en los marcos internos, la Comisión de Expertos en Convenios y Recomendaciones de la OIT, en su estudio general *Igualdad en el empleo y la ocupación* (1988), que guarda relación directa con el ya citado

Convenio N° 111 de la OIT, advirtió que “la prohibición de discriminaciones injustificadas con respecto a la ley se traduce en una mayor protección a las personas por parte de los tribunales y por el establecimiento de sanciones de diversa naturaleza. El papel de los tribunales y de la jurisprudencia ha sido muy a menudo considerable para determinar los derechos individuales”. Aclaró, entonces, que las sanciones habían adoptado distintas formas, entre otras, la “reintegración en la empresa” (Capítulo IV, Aplicación de los principios, párr. 163; asimismo: párr. 227). Al respecto, la Suprema Corte de los Estados Unidos tiene juzgado que las reparaciones (*remedies*) a las “víctimas de una conducta discriminatoria” deben orientarse lo más cerca posible para “reponer” a éstas “en la posición que hubiesen ocupado en ausencia de dicha conducta” (*Milliken v. Bradley*, 433 U.S. 267, 280 1977).

9°) Que con arreglo a todo ello, sólo un entendimiento superficial del art. 14 bis llevaría a que la “protección contra el despido arbitrario” implicara una suerte de prohibición absoluta y permanente a toda medida de reinstalación. A lo antes afirmado sobre la interpretación evolutiva y el principio *pro homine*, conviene agregar que las “leyes no pueden ser interpretadas sólo históricamente, sin consideración a las nuevas condiciones y necesidades de la comunidad, porque toda ley, por naturaleza, tiene una visión de futuro, está predestinada a recoger y regir hechos posteriores a su sanción”, y esta conclusión se impone, “con mayor fundamento”, respecto de la Constitución Nacional que “tiene la virtualidad necesaria de poder gobernar las relaciones jurídicas nacidas en circunstancias sociales diferentes a las que existían en tiempos de su sanción. Este avance de los principios constitucionales, que es de natural desarrollo y no de contradicción, es la obra genuina de los intérpretes, en particular de los jueces, quienes deben consagrar la inteligencia que mejor asegure los grandes objetivos para que fue dictada la Constitución”. Esta enseñanza, expresada por el Tribunal en el señero caso *Kot* (1958), es de oportuna cita, puesto que el precedente, así como entrañó una de las primeras aplicaciones de una norma internacional que, a la sazón, ni siquiera había alcanzado el grado de vinculación que hoy universalmente le es reconocido: la Declaración Universal de Derechos Humanos, también tuvo como objeto la “protección constitucional de los derechos humanos” (Fallos: 241:291, 300 y 302). De ahí que, además, el art. 14 bis, tanto en su extensión como en su comprensión, ha de ser entendido al modo de lo que ocurre con los preceptos que enuncian derechos humanos (vgr. PIDESC, art. 5.2), vale decir, como una norma de contenidos mínimos (v. *Rodríguez, Luis Guillermo s/ recurso de queja*, Fallos: 329:1794, y *García Méndez*, Fallos: 331:2691, 2700/2701), no excluyente de “otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano” (Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 29.c), sobre todo ante la amplitud de miras que le confiere el mencionado principio protectorio que lo encabeza, y la referencia, en general, a las “condiciones de trabajo”. Esta exégesis, por lo pronto, impone una ingente labor legislativa en aras de dar plenitud a las mandas constitucionales y, así, garantizar “el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por [la] Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos (Constitución Nacional, art. 75 inc. 23)” (*Vizotti*, cit., p. 3688).

10) Que los razonamientos expuestos hasta aquí también vuelven inatendible la defensa de la demandada relativa a que, de acuerdo con el precedente *Figueroa, Oscar Félix y otro c/ Loma Negra Cía. SA*, de 1984 (Fallos: 306:1208), la reinstalación del empleado conlleva una supresión de las facultades “discrecionales” del empleador de organización y dirección de la empresa e integración del personal. Con todo, cumple agregar que, a

la luz de *corpus iuris* de los derechos humanos reiteradamente citado, el contenido y alcances de dichas facultades y de la discrecionalidad de su ejercicio, por más amplios que hipotéticamente fuesen, en ninguna circunstancia y lugar podrían dejar de estar limitados por el inquebrantable respeto de la dignidad del trabajador y el *jus cogens* que informa al principio de igualdad y prohibición de discriminación, según ha sido visto. Subordinar las exigencias fundamentales que de esto último se siguen a un ejercicio sin taludes ni medidas de los señalados poderes, resultaría desbaratar la natural jerarquía de los valores asentados por el bloque de constitucionalidad, máxime cuando la dignidad humana, además de todo cuanto ha sido dicho a su respecto, es el centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales de nuestro orden constitucional y del orden internacional adoptado (Aquino, cit., p. 3778, y Madorrán, cit., p. 2004). Incluso en el orden legal, el empleador, al ejercer dichas facultades, “[s]iempre se cuidará de satisfacer las exigencias de la organización del trabajo en la empresa y el respeto debido a la dignidad del trabajador y sus derechos patrimoniales, excluyendo toda forma de abuso del derecho” (LCT, art. 68, itálica agregada). Suele pasar inadvertido, en esta cuestión, que los poderes invocados, para ser válidos, por un lado, no pueden desentenderse de que “el trabajo debe ser una forma de realización y una oportunidad para que el trabajador desarrolle sus aptitudes, habilidades y potencialidades, y logre sus aspiraciones, en aras de alcanzar su desarrollo integral como ser humano” (Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes, cit., párr. 158), ni dejar de asumir, por el otro, como lo prevé la LCT, que “[e]l contrato de trabajo tiene como principal objeto la actividad productiva y creadora del hombre en sí”, de manera que “[s]ólo después ha de entenderse que media entre las partes una relación de intercambio y un fin económico en cuanto se disciplina por esta ley” (art. 4°). Y todo ello pesa sobre el empleador, pues así lo impone, además de lo expresado sobre el *Drittwirkung* o los efectos horizontales de los derechos humanos, el precepto de jerarquía constitucional, según el cual, los hombres “deben comportarse fraternalmente los unos con los otros” (Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 1°; asimismo: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, preámbulo, primer párrafo), lo cual supone, al menos, el cumplido respeto y realización de los derechos humanos en las relaciones laborales: la obligación de respeto y garantía de esos derechos, que normalmente tiene sus efectos en las relaciones entre los Estados y los individuos sometidos a su jurisdicción, “también proyecta sus efectos en las relaciones interindividuales”, lo cual alcanza al “marco de la relación laboral privada, en la que el empleador debe respetar los derechos humanos de sus trabajadores” (Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes, cit., párr. 146; asimismo: párr. 151. “El *jus cogens*, al acarrear obligaciones *erga omnes*, las caracteriza como siendo dotadas de un carácter necesariamente objetivo, y por lo tanto abarcando a todos los destinatarios de las normas jurídicas (*omnes*), tanto a los integrantes de los órganos del poder público como a los particulares” —ídem, voto concurrente del juez Cançado Trindade, párr. 76; asimismo: párr. 77—). Después de todo, si la persona cuyos derechos y libertades hayan sido violados, tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, “aun” cuando la violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 2.3.a; Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 25.1), *a fortiori*, dicho recurso también corresponde si la comisión proviene de personas privadas (Vasak, Karel, “Les principes fondamentaux d’interprétation et d’application des Droits de l’homme”, en Boutros BoutrosGhali *Amicorum discipulorumque liber*, Bruselas, Bruylant, 1998, p. 1425, a propósito de análoga norma

—art. 13— contenida en la Convención Europea de Derechos Humanos). “Nada hay, ni en la letra ni en el espíritu de la Constitución, que permita afirmar que la protección de los llamados ‘derechos humanos’ —porque son los derechos esenciales del hombre— esté circunscripta a los ataques que provengan sólo de la autoridad” (*Kot*, cit., p. 299).

La defensa en estudio, sustancialmente, parece responder a una concepción instrumental del trabajador, análoga a la que fue materia de terminante censura por esta Corte en el precedente *Vizotti* citado. Esto es así, pues admitir que los poderes del empleador determinen la medida y alcances de los derechos humanos del trabajador importaría, pura y simplemente, invertir la legalidad que nos rige como Nación organizada y como pueblo esperanzado en las instituciones, derechos, libertades y garantías que adoptó a través de la Constitución Nacional. Por lo contrario, son dichos poderes los que habrán de adaptarse a los moldes fundamentales que representan la Constitución Nacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos de jerarquía constitucional, bajo pena de caer en la ilegalidad (cit., ps. 3691/3692). El éxito de una empresa, por cierto, de ningún modo podría hacerse depender, jurídicamente, de la subsistencia de un régimen inequitativo de despidos arbitrarios (*Mata, José María c/ Ferretería Francesa*, Fallos: 252:158, 163/164), puesto que tampoco es admisible la confrontación entre el derecho a no ser discriminado con otros derechos y libertades constitucionales de sustancia predominantemente económica, entre los cuales se hallan los invocados por la demandada. El ser humano es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo —más allá de su naturaleza trascendente— su dignidad intrínseca e igual es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (doctrina de *Reynoso, Nilda Noemí c/ I.N.S.S.J.P.*, Fallos: 329:1638; *Mosqueda, Sergio c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados*, Fallos: 329:4918, y *Aquino*, cit., p. 3766 y su cita).

11) Que, en consecuencia, nada hay de objetable a la aplicación en esta causa de la ley 23.592, que reglamenta directamente un principio constitucional de la magnitud del art. 16 de la Constitución Nacional (*Ganem*, Fallos: 324:392), sobre todo cuando, por un lado, la hermenéutica del ordenamiento infraconstitucional debe ser llevada a cabo con “fecundo y auténtico sentido constitucional” (*Municipalidad de Laprida c/ Universidad de Buenos Aires*, Fallos: 308:647, 653) y, por el otro, el trabajador es un sujeto de “preferente tutela” por parte de la Constitución Nacional (*Vizzoti*, cit., ps. 3689 y 3690; *Aquino*, cit., ps. 3770 y 3797; *Arostegui, Pablo Martín c/ Omega Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A.*, Fallos: 331:570, y *Bernald, Darío c/ Bertoncini Construcciones S.R.L.*, Fallos: 331:1488). Si bien la Constitución Nacional es individualista en el sentido de reconocer a la persona “derechos anteriores al Estado, de que éste no puede privarlo (art. 14 y siguientes)”, no lo es “en el sentido de que la voluntad individual y la libre contratación no puedan ser sometidas a las exigencias de las leyes reglamentarias”, tal como rezan los arts. 14 y 17 de la Constitución, invocados por la demandada (*Quinteros*, cit., ps. 81 y 82). Esta conclusión resulta plenamente robustecida en este debate, ni bien se repare en que el vínculo laboral supone, regularmente, una desigualdad entre las partes, en disfavor del trabajador (Fallos: 181:209, 213/214; 239:80, 83 y 306:1059, 1064, entre muchos otros).

Por ello, y lo concordemente dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar a la queja y al recurso extraordinario con los alcances señalados y, en igual medida,

se confirma la sentencia apelada, con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Hágase saber, devuélvase el depósito (fs. 2), acumúlese la queja al principal y, oportunamente, remítase.

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

DISIDENCIA PARCIAL DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON RICARDO LUIS LORENZETTI, DE LA SEÑORA VICEPRESIDENTA DOCTORA DOÑA ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO Y DE LA SEÑORA MINISTRA DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

1º) Que los actores iniciaron la presente acción de amparo contra Cencosud S.A. —titular de los comercios que giran bajo el nombre de fantasía “Easy” — con el objeto de que se declarara la nulidad de los despidos de los que fueron objeto, se los reinstalara en sus puestos de trabajo y se les abonara una reparación económica.

Alegaron que prestaban servicios para la demandada bajo la “pseudo categoría” de asesores, la cual —según dijeron—, estaba destinada a dejarlos fuera del ámbito del convenio colectivo 130/75 de empleados de comercio.

Señalaron que el sindicato de esta última actividad les había negado la afiliación por lo cual crearon el Sindicato de Empleados Jerárquicos de Comercio —que fue inscripto ante la Dirección Nacional de Asociaciones Sindicales el 30 de marzo de 2006— y pasaron a integrar la comisión directiva de la institución. En tales condiciones, agregaron que el presidente de dicha comisión intimó a la demandada al pago de diferencias salariales a lo que siguió que uno de los gerentes de la empresa pidiera una lista de los integrantes de aquélla. En ese contexto, entre otras circunstancias, finalmente consideraron que el despido sin expresión de causa del que fueron objeto pocos días después resultó un acto discriminatorio motivado en sus actividades sindicales.

2º) Que la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo —por mayoría— confirmó el fallo de primera instancia que tuvo por acreditados los hechos invocados por los actores y ordenó, con fundamento en el art. 1 de la ley 23.592, su reincorporación, a la vez que dispuso tener a las sumas por ellos percibidas con anterioridad a la promoción del pleito como cancelatorias de cualquier reclamo pecuniario derivado de este conflicto (fs. 316/340).

Para así decidir, el tribunal a quo entendió que la pretensión se había basado en las disposiciones de la ley 23.592. Afirmó que dicha norma prescribe la posibilidad de declarar la ineficacia del acto reprochable, lo cual estaría equiparado al acto jurídico de objeto prohibido (art. 953 del Código Civil) o, incluso, a la figura del abuso del derecho (art. 1071 del Código Civil), de modo que la rescisión decidida por la empleadora no tendría eficacia en razón de su finalidad discriminatoria.

En otro orden de cosas, descartó que la aplicación de la ley 23.592 al caso pudiese afectar el principio de congruencia, porque en el escrito de inicio se habían aportado la

totalidad de los presupuestos fácticos que habilitaban el ejercicio del *iura novit curia* para encuadrar el caso en la citada ley antidiscriminatoria.

Ello dio lugar al recurso extraordinario de la demandada, cuya denegación origina la presente queja.

3°) Que la apelación es admisible sólo en la medida en que pone en juego la interpretación de normas de índole federal (artículos 14, 14 bis, 16, 17 de la Constitución Nacional; tratados internacionales afines y la ley 23.592 de “Actos Discriminatorios”). Los restantes agravios —incluido aquél por el que se cuestiona el carácter discriminatorio atribuido a los despidos—, conducen al examen de cuestiones fácticas, probatorias y de derecho común y procesal ajenas —por principio— a esta instancia de excepción por lo que, en este aspecto, el remedio se declara inadmisibile (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

4°) Que establecidos los puntos que habilitan la intervención de este Tribunal corresponde analizar el principio de igualdad y la no discriminación en el marco de la relación laboral y la libertad de contratar del empleador. Al respecto, y como pauta interpretativa, cabe recordar que la exégesis de la Constitución no debe efectuarse de tal modo que queden frente a frente los derechos y deberes por ella enumerados, para que se destruyan recíprocamente. Antes bien, ha de procurarse su armonía dentro del espíritu que les dio vida; cada una de sus partes ha de entenderse a la luz de las disposiciones de todas las demás, de modo de respetar la unidad sistemática de la Carta Fundamental (Fallos: 167:211; 171:348; 181:343; 240:311; 251:86; 255:293; 272:99; 280:311; 301:771, entre muchos otros).

5°) Que, a fin de abordar esta cuestión, se debe tener particularmente presente que el derecho genérico de las personas a ser tratadas de modo igual por la ley no implica una equiparación rígida entre ellas, sino que impone un principio genérico de igualdad ante la ley de todos los habitantes que no impide la existencia de diferenciaciones legítimas. La igualdad establecida en la Constitución no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que en iguales circunstancias se concede a otros. El criterio de distinción no debe ser arbitrario o responder a un propósito de hostilidad a personas o grupos de personas determinados, o tratar desigualmente a personas que están en circunstancias de hecho esencialmente equivalentes (causa P.1469.XLI “Partido Nuevo Triunfo s/ reconocimiento Distrito Capital Federal”, sentencia del 17 de marzo de 2009 y sus citas).

6°) Que el derecho constitucional argentino contiene, en especial a partir de la incorporación de diversos tratados internacionales sobre derechos humanos, la prohibición expresa de utilizar criterios clasificatorios fundados en motivos de “raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social” (art. 1° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Por ende, la interdicción de la discriminación en cualquiera de sus formas y la exigencia internacional de realizar por parte de los Estados acciones positivas tendientes a evitar dicha discriminación debe reflejarse en su legislación, de lo cual es un ejemplo la ley aquí en juego como también el art. 17 de la Ley de Contrato de Trabajo en cuanto “prohíbe cualquier tipo de discriminación entre los trabajadores por motivo de sexo, raza, naciona-

lidad, religiosos, políticos, gremiales o de edad”, y en la interpretación que de tales leyes hagan los tribunales (conf. causa “Partido Nuevo Triunfo” antes citada).

7º) Que, por lo demás, dado el contenido material del caso, cabe destacar lo señalado por la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Así, en el Convenio N° 111 sobre Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación (1958, ratificado en 1968) de jerarquía supralegal dada su naturaleza (conf. causa *Milone*, Fallos: 327:4607) el Estado se obligó a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacional, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con el objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto (art. 2º). Asimismo, en la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo (1998), se expresó que todos los Miembros de la OIT, aun cuando no hubiesen ratificado los convenios respectivos, “tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios, es decir (...) d) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación”.

Se trata, además, de objetivos que han resultado convalidados en la Declaración de la OIT sobre la Justicia Social para una Globalización Equitativa, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su nonagésima séptima reunión, Ginebra, 10 de junio de 2008. Por su parte, la Declaración Socio Laboral del Mercosur (1998), después de prever que todo trabajador “tiene garantizada la igualdad efectiva de derechos, tratamientos y oportunidad en el empleo y ocupación (...) en conformidad con la disposiciones legales vigentes”, dispone que los Estados Partes “se comprometen a garantizar la vigencia de este principio de no discriminación (...)” (art. 1).

8º) Que, por otro lado, la libertad de contratar integra en nuestro ordenamiento el complejo de la libertad como atributo inherente al concepto jurídico de persona, y —en principio— comporta la posibilidad de elegir la clase de comercio que más conviniese a su titular y la de ejecutar los actos jurídicos necesarios para el ejercicio de ese comercio.

En el ámbito del contrato de trabajo esta libertad de contratar se encuentra reglamentada por normas de carácter imperativo que generan restricciones al contenido de la relación laboral, es decir, a las condiciones a las que está sujeta dicha relación.

Así, establecido el vínculo contractual, tanto las bases como la forma en que el trabajo ha de realizarse y cómo habrán de ser resueltos los conflictos que se susciten durante su prestación, no están librados a la voluntad de las partes sino a la reglamentación que dicte el poder público, en cumplimiento de los deberes de justicia distributiva y del fin inmediato de la autoridad, que es el establecimiento y resguardo del orden público y de la paz social.

Sin embargo, esta reglamentación no alcanza, salvo en casos excepcionales, a la facultad de contratar o de no hacerlo y, en su caso, de elegir con quien. Al respecto, la garantía constitucional a la libertad de contratar incluye su aspecto negativo, es decir, la libertad de no contratar que es un aspecto de la autonomía personal a la que todo ciudadano tiene derecho (art. 19 de la Constitución Nacional) y un supuesto del derecho a ejercer una industria lícita (art. 14 de la Constitución Nacional).

9º) Que en esta línea, este Tribunal ha señalado que no se puede obligar a un empleador —contra su voluntad— a seguir manteniendo en su puesto a empleados que no gozan de la confianza que debe presidir toda relación de dependencia. También manifestó que una vez rota la relación laboral a raíz de un despido injusto se debe reconocer al trabajador el derecho a reclamar una indemnización razonablemente proporcionada al perjuicio sufrido (conf. doctrina de Fallos: 273:87, *De Luca*, 306:1208, *Figueroa* y 321:3081, *Agnese*).

10) Que una vez delineados los aspectos fundamentales de los principios de igualdad ante la ley y a la no discriminación y libertad de contratar, corresponde abordar la cuestión federal planteada: si la ley 23.592 es aplicable a la relación de trabajo privada y, en caso afirmativo, cuál es el alcance del remedio que cabe otorgar de configurarse la hipótesis prevista en su artículo 1º.

11) Que para decidir la primer cuestión cabe señalar que en dicha disposición se establece que “[Q]uien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados. A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos”.

12) Que los inequívocos términos de la norma transcrita no permiten exceptuar el ámbito de las relaciones laborales de las previsiones de la ley citada. Una conclusión contraria implicaría desconocer la generalidad de su alcance y la finalidad perseguida por el legislador con su dictado.

13) Que, sentado lo expuesto, corresponde ahora analizar cuál es el alcance del remedio que cabe otorgar de configurarse la hipótesis prevista en el art. 1º. Como se desprende del texto normativo transcrito, el afectado —discriminado— tiene derecho a que se “deje sin efecto” el acto discriminatorio y se le resarzan los daños y perjuicios sufridos.

En lo que atañe a este tipo de actos adoptados en el ámbito laboral es menester distinguir entre aquellos cuyos efectos se proyectan sobre la relación sin extinguirla, de aquellos orientados a ponerle fin. En la primera de las hipótesis el afectado podrá reclamar tanto el cese de los efectos de la conducta discriminatoria como la reparación pertinente sin que el tracto relacional sufra alteración alguna. En cambio, cuando, como en el caso, el acto discriminatorio se endereza a dar por terminado el vínculo corresponde establecer si, como lo ha resuelto el tribunal a quo, es pertinente ordenar la continuación forzosa del contrato laboral. Es en el contexto de esta segunda alternativa en que se plantea la controversia que el recurrente trae a consideración del Tribunal sobre el balance entre el derecho del trabajador a no ser despedido por motivos discriminatorios y la libertad de contratar del empleador, dentro de la cual se encuentra la facultad de dar por terminado el vínculo contractual afrontando, en la medida establecida por la ley, los costos que ello genera al trabajador.

14) Que, en lo concerniente a las situaciones especiales en que se verifica un despido por motivos discriminatorios, si bien la legislación regulatoria del contrato de trabajo tu-

tela el derecho anteriormente mencionado a no sufrir discriminaciones prohibidas, lo hace dentro de ciertos límites que tienden a armonizar los derechos de ambas partes.

En tal sentido, la legislación específica contiene soluciones para el supuesto de despidos discriminatorios que implican una protección más intensa para el trabajador que la otorgada para el supuesto general de despido sin justa causa, pero que no llega a suprimir por completo la posibilidad de que el empleador ponga fin a la relación laboral. De esta manera, los remedios elegidos consisten, para algunos casos, en elevar considerablemente el costo que debe afrontar el empleador por la decisión de despedir sin causa al trabajador (despido motivado en el matrimonio del trabajador, artículo 182 LCT; o en el embarazo de la trabajadora, artículo 178 LCT), mientras que, en otras situaciones, la respuesta prevista por la ley es la de cancelar, por tiempo determinado, la posibilidad de despido directo sin causa (artículo 177 LCT; artículos 48 y 50 de la Ley de Asociaciones Sindicales, 23.551). En ambos supuestos, la política legislativa tiene un componente común: la presunción de que el despido es discriminatorio tiene vigencia por un plazo determinado (tres meses anteriores y seis posteriores al matrimonio —artículo 181 LCT—; por el tiempo que dure la gestación —artículo 177, tercer párrafo, LCT—; siete meses y medio anteriores y posteriores al parto —artículo 178 LCT—; por el tiempo que dure el cargo gremial, más un año —artículo 48 de la Ley de Asociaciones Sindicales—; seis meses a partir de la postulación —artículo 49 de la Ley de Asociaciones Sindicales—). Fuera de esos márgenes temporales, recupera vigencia el régimen general previsto en la LCT sobre el despido sin justa causa.

15) Que, en línea con lo que se acaba de exponer, cabe señalar que en el precedente *Madorrán* (Fallos: 330: 1989), esta Corte precisó que, tras la reforma que incorporó el art. 14 bis, la Constitución Nacional prevé un distinto grado de estabilidad en el empleo según el ámbito público o privado en que se desarrolle la relación. En el primero de esos ámbitos la regla es la estabilidad, comúnmente denominada propia o absoluta, donde la cesantía solo tiene cabida ante la configuración de alguna causal expresamente prevista por la ley comprobada en el curso del pertinente sumario administrativo donde el interesado pueda ejercer su defensa. En cambio, en la esfera privada, rige la llamada estabilidad impropia o relativa que, sin desconocer la vocación de permanencia o continuidad del contrato de trabajo, admite la extinción por despido mediante el pago de una indemnización. Como ya se dijo, el derecho vigente, con carácter temporal y de modo excepcional, confiere una protección mayor ante supuestos de despido discriminatorio.

16) Que, en vista de todo lo expuesto cabe concluir que cuando el legislador ha sancionado despidos discriminatorios con la reinstalación del trabajador lo ha dispuesto de manera expresa y siempre que el despido sin causa tenga lugar dentro de un plazo cuyo inicio y culminación se encuentra determinado por la ley respectiva. Este es el modo en que se ha llegado a conciliar los derechos de una y otra parte del contrato de trabajo.

Nada de esto sucede, sin embargo, con la ley 23.592 que, en razón de su carácter general y transversal a todas las ramas del derecho, requiere de una aplicación apropiada que no distorsione el equilibrio de derechos al que responde cada sector del ordenamiento jurídico, sea público o privado. Por lo tanto, las consecuencias jurídicas que debe tener la comprobación de un acto discriminatorio han de ser definidas en consideración del contexto que ofrece la relación de trabajo privada y el principio de estabilidad impropia que gobierna el derecho laboral argentino que, como se ha establecido *ut supra*, contempla una

reparación agravada para estos supuestos y no incluye la reinstalación forzosa del trabajador en la relación laboral, salvo previsión expresa y siempre por un plazo determinado.

Ahora, ante la ausencia de previsiones legislativas expresas para otros supuestos de despidos discriminatorios, debe acudirse a una solución que, por analogía, repare debidamente los perjuicios sufridos por el trabajador. A tal fin, la aplicación de los parámetros previstos en la LCT para otros supuestos de despidos discriminatorios (por maternidad o matrimonio, artículos 177/178 y 182 respectivamente), a los que se ha hecho ya referencia, resulta —a criterio de este Tribunal— la medida más adecuada para armonizar los derechos en juego.

17) Que la solución aquí propuesta no resulta incompatible con la interpretación que respecto de esta problemática se ha efectuado en el ámbito del derecho internacional. En efecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha establecido que las víctimas de violaciones al derecho del trabajo “...tienen derecho a una reparación adecuada, que **[puede] adoptar** la forma de restitución (...)” (*Observación General N° 18. El Derecho del Trabajo*, 2005, E/C.12/GC/18, párr. 48). En igual sentido, se ha pronunciado en la *Observación General N° 16* acerca de “La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales” (año 2005, párr. 21).

Por su parte, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas apuntó que en el supuesto de un despido discriminatorio **una de las modalidades** para restablecer la situación de igualdad se presenta cuando la persona discriminada “recupera su puesto de trabajo” (Asunto C271/91, *M. Helen Marshall c. Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority*, sentencia del 2/8/1993, Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia. Parte I. Tribunal de Justicia, 19938, ps. 4407/ 4408, párrs. 24/25).

18) Que, en tales condiciones, ante la negativa del empleador de reinstalar al trabajador discriminado en su puesto de trabajo, corresponde reconocer a este último el derecho a una compensación adicional que atienda a esta legítima expectativa. De tal forma, que sin perjuicio del resarcimiento previsto en el artículo 1° de la ley 23.592 (daños y perjuicios), el trabajador tendrá derecho a percibir una suma adicional igual a la prevista en la LCT para otros supuestos de discriminación, es decir, la contemplada en el art. 245 con más un año de remuneraciones según dispone en su artículo 182.

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar parcialmente al recurso de queja, se declara procedente el recurso extraordinario de fs. 344/359 vta. y se revoca el pronunciamiento con el alcance indicado. Costas por su orden en atención a la forma en que se decide y a la naturaleza de las cuestiones propuestas. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo expuesto. Agréguese la queja al principal. Reintégrese el depósito de fs. 2. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

RICARDO LUIS LORENZETTI – ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO – CARMEN M. ARGIBAY.





CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA NACIÓN ARGENTINA

ISBN 978-987-1625-67-3



9 789871 625673