

CRONICA 2017 DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA ARGENTINA

Argentina Supreme Court of Justice. Report 2017

SERGIO DÍAZ RICCI¹
Universidad Nacional de Tucumán
serdiricci@gmail.com.ar

Cómo citar/Citation

Díaz Ricci, S. (2018).

Crónica 2017 de la Corte Suprema de Justicia Argentina.

Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 22, 201-234.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.22.07>

SUMARIO

I. PANORAMA INTRODUCTORIO. II. DERECHOS FUNDAMENTALES: 1. Enseñanza religiosa en las escuelas públicas. 2. Derecho a la propia imagen e internet. 3. Beneficios penales por delitos de lesa humanidad. 4. Prescriptibilidad de la acción civil de indemnización por daños y perjuicios por delitos de lesa humanidad. 5. Libertad de expresión y límite al seguimiento de sentencias de la Corte Interamericana. 6. Derecho ambiental. III. ORGANOS ESTATALES: 1. Límite de edad de magistrados judiciales. 2. Inmunidad de arresto de parlamentarios del Mercosur. IV. OTROS CASOS. 1. Prohibición de sindicalización de las fuerzas policiales provinciales. 2. Responsabilidad civil por daños de un evento en espacio público. 3. Libertad de empresa y tributación.

¹ Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad Nacional de Tucumán, Universidad de San Pablo-Tucumán.

I. PANORAMA INTRODUCTORIO

El pasado 2017 fue un año intenso que dio a la Corte Suprema de Justicia argentina (en adelante CSJA) notable protagonismo, tanto en lo institucional como en lo jurídico.

En lo institucional, tal como lo habíamos anticipado, el ingreso en 2016 de dos nuevos miembros de la Corte, Horacio Rosatti y Carlos Rosencrantz, imprimió una mayor dinámica al cuerpo en 2017 que hasta ese momento se había integrado con solo tres de sus cinco miembros: Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Juan Carlos Maqueda.

Aclaraciones previas: previendo que haya nuevos lectores del AAIJ, aún a riesgo de redundancia, resulta conveniente reproducir algunas indicaciones previas que permitan comprender el sistema de control de constitucionalidad en Argentina y la posición de la jurisprudencia emanada de la CSJA.

En primer lugar, la CSJA no interviene de manera directa. Argentina es el país que sigue de manera más fiel el modelo norteamericano de control «difuso». Por tanto, siempre es necesario que exista un juicio o pleito concreto donde surja una cuestión de constitucionalidad. Si es una cuestión de constitucionalidad relativa a la Constitución de una provincia el asunto concluye en el ámbito provincial. Si en el proceso judicial, tanto provincial como federal, se presenta una «cuestión de constitucionalidad federal», entonces el caso puede llegar por vía de recurso extraordinario a conocimiento de la CSJA. Es decir, por regla general, estas causas llegan a decisión del máximo tribunal luego de tramitarse un proceso que se inició en primera instancia y que debe ascender respetándose las sucesivas etapas procesales locales previstas por vía recursiva, hasta agotarse. En suma, para que un asunto pueda llegar a manos de la CSJA por «recurso extraordinario» no solo es necesario que en ese juicio se haya controvertido una cuestión federal, sino, además, que deben haberse agotado todas las instancias judiciales inferiores, sean federales o provinciales. Recordemos que estamos ante un sistema de control de constitucionalidad difuso en el que puede intervenir cualquier juez o tribunal judicial, de cualquier fuero, provincial o federal, con alcance interparte.

Esta crónica, además, se limita a hacer una reseña de la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema de Justicia argentina más relevante durante el año 2017, no porque sea la única jurisprudencia de importancia constitucional que se dicta en el país sino porque por su posición de máximo y último tribunal del sistema del control jurisdiccional de la Constitución

federal argentina², sus decisiones tienen valor ejemplaridad, sin la fuerza vinculante del *stare decisis* norteamericano, pero con una exigencia de seguimiento por razones de seguridad jurídica.

En segundo lugar, consideramos conveniente recordar como dato valioso que solo existen cuatro vías procesales para obtener un pronunciamiento judicial en materia constitucional: a) acción de amparo, b) *habeas corpus*, c) acción declarativa de constitucionalidad y, d) dentro de un juicio común, cuando en el mismo surge una cuestión de constitucionalidad federal.

Los casos que vamos citar aquí son sentencias (denominadas en la jerga judicial argentina «fallos») dictadas por la CSJA que llegan a su conocimiento por medio del recurso extraordinario contra sentencias que tuvieron origen en cualquiera de los cuatro procesos arriba indicados. Muy excepcionalmente (solo en dos casos) se puede acceder directamente a la CSJA³ como tribunal de única instancia, pues en el resto de los casos se llega a ella en juicios iniciados en primera instancia a través de las cuatro vías antes señaladas. Por ello, la regla general es que la Corte Suprema argentina únicamente revisa una decisión una vez agotadas todas las instancias procesales existentes en el caso, por ello suele ocuparse de sentencias que provienen del último tribunal de la causa —sea este federal o provincial— o, excepcionalmente, de una sentencia que, por sus efectos, resulte equiparable a definitiva. Es decir, solo se accede a la decisión de la CSJA por vía de apelación de sentencias finales a través del recurso extraordinario. Téngase también en cuenta la siguiente peculiaridad: este recurso se presenta ante el mismo tribunal provincial o federal que dictó esa última sentencia donde cuestionó la constitucionalidad. De este modo se evita que el recurrente tenga que desplazarse a la capital federal, no es necesario trasladarse a la ciudad de Buenos Aires, donde tiene sede la CSJA, para presentar el escrito de recurso extraordinario. Es entonces ante el mismo y en la sede del tribunal que dictó la última sentencia donde debe presentarse el

² Caso *Anadon, Tomás Salvador c/ Comisión Nacional de Comunicaciones s/despido* (Fallos 338-2:735): «Que cabe recordar que la efectividad del principio de supremacía constitucional —consagrado en el artículo 31 de la Constitución— demanda un régimen de control de la constitucionalidad de las leyes, normas y actos de los gobernantes, que en nuestro sistema es judicial y difuso, y que está depositado en todos y cada uno de los jueces. A su vez, la eficacia y uniformidad de ese control requiere la existencia de un tribunal especialmente encargado de revisar las decisiones dictadas al respecto, órgano que, en el régimen de la Constitución, no es otro que la Corte Suprema de Justicia de la Nación» (2015).

³ Siguiendo a su modelo norteamericano, solo pueden presentarse directamente ante la CSJA dos cuestiones: cuando una provincia o un Estado extranjero es parte (art. 117 CA).

recurso extraordinario para ante la CSJA, y es este mismo tribunal final quien decide la procedencia del recurso, o sea, ahora se limita a analizar (pues no se vuelve sobre el fondo del asunto) si se reúnen, además de los requisitos formales previstos en el reglamento dispuesto por la Acordada 4/2007, en especial dos requisitos: que se haya suscitado una cuestión federal suficiente y que la decisión haya sido en contra del derecho federal invocado. Si considera que se cumplimentan estas condiciones, abre el recurso y remite el expediente a la CSJA, en Buenos Aires. Por el contrario, si entiende que no se reúnen estos dos recaudos, no habilita el recurso extraordinario. Esto último no cierra definitivamente las puertas al afectado, pues este dispone todavía de la posibilidad de acudir directamente ante la CSJA a la capital federal presentando un recurso directo de queja (también denominado recurso de hecho) contra esa denegatoria de aquel tribunal final que no aceptó no dar curso al recurso extraordinario por entender que no se reunieron las condiciones formales habilitantes.

Las sentencias de la CSJA se publican en una colección impresa que se denomina *Fallos*. Su publicación comenzó en 1861, con el tomo I de *Fallos*, que contiene desde la primera sentencia, de fecha de 15 de octubre de 1863, hasta la actualidad, sin solución de continuidad. Cada tomo de *Fallos* se identifica con un número secuencial que se corresponde a cada año. Sin embargo, a partir de la Acordada 37/2003, en esta colección de *Fallos* solo se publican las sentencias de mayor trascendencia emitidas por el CSJA, por tanto, es mucho mayor el número de sentencias que anualmente dicta la CSJA.

La CSJA se reúne habitualmente una vez por semana, en ese día que se vota, se suscriben y se fechan las sentencias. Aproximadamente son un promedio de 110 sentencias por semana, por tanto, en una semana dictan más sentencias que el centenar de su homóloga norteamericana en todo un año.

Las sentencias de la CSJA del año 2017 se publicaron en el tomo número 340 de la colección de *Fallos* formado por dos volúmenes: volumen I (955 pp., abarca desde el 07/02 al 11/07) y volumen II (pp. 979, del 03/08 a p. 2100).

Empecemos señalando que durante 2017 la CSJA tuvo protagonismo de trascendencia social con cuatro sentencias que marcaron ese año jurisprudencial: a) el caso *Muiña*, sobre cómputo de plazo detención a un acusado de delitos de lesa humanidad, b) el caso *Castillo*, sobre la educación religiosa en escuelas públicas, c) el caso *Schiffirin*, sobre nueva interpretación de una cláusula constitucional sobre inamovilidad de jueces, y d) el conocido como caso *Fontevicchia*, sobre cumplimiento de decisiones de la Corte Interamericana. Los dos primeros vinculados a derechos humanos y los dos segundos, más relacionados a cuestiones institucionales.

II. DERECHOS FUNDAMENTALES

1. ENSEÑANZA RELIGIOSA EN LAS ESCUELAS PÚBLICAS

El caso *Castillo* es quizás el más meduloso en materia de derechos humanos porque la CSJA abordó una temática novedosa que hasta entonces no había sido objeto de atención: la enseñanza de religión en las escuelas públicas.

El caso *Castillo, Carina Viviana y otros c/Provincia de Salta - Ministerio de Educación de la Prov. de Salta s/amparo*, de fecha de 12 de diciembre de 2017 (Fallos 340:1795), llega a conocimiento de la CSJA por recurso extraordinario contra una sentencia del Tribunal Superior de la Provincia de Salta, que había rechazado el amparo presentado por padres de alumnos y asociaciones de derechos humanos que cuestionaron la constitucionalidad a) de un artículo de la Constitución de Salta (art. 49)⁴ y de unas disposiciones de la ley provincial de educación (el 8 inc. m y el art. 27 inc. n⁵ de la ley 7546) y b) de las actividades de los funcionarios escolares de la provincia de Salta, que en la aplicación concreta de esas normas solo suministraban enseñanza de la religión católica en las escuelas públicas provinciales dentro del horario escolar, lo que era considerado por los actores como violatorio 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.

La CSJA, en aplicación de la Acordada 30/2007, realizó una serie de audiencias públicas informativas donde expusieron amigos del tribunal (Acordada 7/2013) y las partes.

La primera cuestión a dilucidar es el alcance e interpretación del art. 2 de la Constitución argentina (en adelante CA), sancionado en 1853, que expresa que «el gobierno federal sostiene el culto católico apostólico romano». La CSJA va a reiterar el principio general de que la Constitución no consagra una religión oficial de Estado, y que de la norma debe interpretarse que el Estado coadyuva al sostén y protección económica de los gastos de ese culto a cargo del Tesoro nacional, según estén incluidos en el presupuesto aprobado por el Congreso (Fallos 312:122 y conc. precedente Sejean de Fallos 308:2268).

⁴ El art. 49 de Constitución provincial dispone: «El 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».

⁵ 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».

El siguiente punto disputado es el alcance del principio de neutralidad del Estado en materia religiosa en el ámbito de la educación. La CSJA va a apoyarse en los principios introducidos por el inciso 19 del art. 75 por el constituyente de 1994, que reforzando los contenidos del inciso 18 del mismo artículo (cuya redacción originaria se mantuvo), según los cuales la educación pública argentina tiene carácter neutral y gratuito, y debe asegurar la igualdad real de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna en el acceso a la educación. En suma, la Constitución federal garantiza el 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.

Este principio de neutralidad, que comprende la posibilidad de profesar o no libremente su culto en el ámbito escolar, se halla recogido en diversos tratados que integran el bloque de constitucionalidad que contemplan el derecho de los padres a que sus hijos reciban enseñanza religiosa que esté de acuerdo con sus convicciones o creencias (art. 12.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 18.4. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y art. 13.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). «En conclusión —expresa la CSJA—, 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» (§14).

El asunto ahora se traslada a determinar si las normativas provinciales guardan correspondencia con los principios constitucionales federales. La Constitución argentina dispone en ese art. 75 inc. 19 que corresponde al Congreso dictar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales, que las provincias complementan con el dictado de leyes locales. En suma, la cuestión se desplaza a determinar si el art. 49 de la Constitución de Salta contraviene las pautas fijadas por la normativa federal. La CSJA concluye que dicha norma constitucional provincial respeta los principios de neutralidad del Estado en el ámbito religioso y de igualdad y no discriminación contemplados en el inc. 19 del art. 75 CA. De modo análogo tampoco cabe cuestionar el art. 8, inc. m de la ley 7546, que es una reproducción del texto constitucional local.

Entonces al asunto ahora se desplaza a determinar la constitucionalidad del inciso ñ del art. 27 de la ley 7546 reglamentaria de aquella cláusula constitucional («[...] 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») si lesiona los derechos a la igualdad y a la no discriminación.

La Corte va tomar como perspectiva del principio de igualdad del art. 16 CA su interpretación 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 que, a la luz del art. 75, inc. 23, y de los tratados internacionales sobre derechos humanos, buscan garantizar la igualdad real de los habitantes.

Entiende que el resguardo al principio de no discriminación debe analizarse desde una perspectiva estructural que ha de tener en cuenta al individuo en cuanto integrante de un grupo, es decir, considerar el contexto social en el que se aplican las disposiciones, las políticas públicas y las prácticas que de ellas se derivan y el modo que impactan en los grupos desventajados, si es que efectivamente lo hacen, lo que conlleva la utilización de criterios de control de constitucionalidad más estrictos que el enfoque tradicional. Para ello va acudir a la noción de «categorías sospechosas» en estos términos:

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 medio 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).

Y citando una sentencia de la Corte Interamericana (caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile* del 24-02-2012), termina señalando: «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» (§19).

Pero advierte de que, no obstante, a veces existen normas que en apariencia no contienen una distinción sospechosa en sentido estricto, que por sí solas no ofrecen ningún reparo de constitucionalidad, pero sin embargo, puede ocurrir que *prima facie* la norma —aplicada en un contexto social— produzca un impacto desproporcionado en un grupo determinado, por ello, concluye, que, cuando una norma *prima facie* neutral genere un impacto desmedido en los miembros de un grupo, debe analizarse la manera en que dicha

norma se ha implementado, o sea, los efectos que su aplicación ha generado en la realidad.

Para la CSJA la aplicación concreta de la norma en cuestión tiene lugar en un contexto social que se caracteriza por una preponderancia de población que profesa la religión católica y ha causado un efecto desproporcionado hacia grupos religiosos minoritarios cuyo credo no se enseña en las aulas, además, tampoco se brindaron alternativas para los no creyentes. La Corte concluye que la educación religiosa en las escuelas públicas del credo católico 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 las niñas que no integran el grupo religioso predominante. Los hechos indican que algunos alumnos cuyos padres habían exteriorizado a través de un formulario la voluntad de que sus hijos no recibieran educación religiosa, o bien manifestado de forma expresa que no profesaban religión alguna, permanecían en esas clases por razones de seguridad o de no segregación, otros participaban en una clase de música, o concurrían en esos horarios a la biblioteca o al patio. En algunos casos incluso se llevaron a cabo prácticas religiosas fuera del espacio curricular demarcado (rezos, bendiciones, fiestas patronales). Con base en estos hechos la Corte determinó que por la forma en que se ha venido implementando la enseñanza religiosa en el sistema educativo público de la provincia de Salta existen patrones sistemáticos de trato desigualitario hacia grupos religiosos minoritarios y hacia los no creyentes. Por tanto, va a concluir que la norma «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 [...] aumentando la situación de desventaja en que se encuentran los grupos religiosos minoritarios y los no creyentes», en consecuencia, procede a declarar la inconstitucionalidad del inciso ñ del art. 27 de la ley de educación de la provincia de Salta y de las prácticas referidas porque se está en presencia de una norma irrazonable por contener discriminación encubierta (§27).

Finalmente, la Corte va a ocuparse de otro asunto: la obligación impuesta a los padres por la provincia de Salta de suscribir un formulario donde deben manifestar si quieren que sus hijos reciban «educación religiosa» y, en caso afirmativo, en qué creencia desean que sean instruidos; habiéndose previsto, asimismo, que esta manifestación sea archivada en el legajo personal del alumno y forme parte de la documentación institucional según un procedimiento contenido en la Disposición n.º 45/09 de la Dirección General de Educación Primaria y Educación Inicial de la provincia de Salta. La Corte termina calificando este formulario como «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» (§32), en consecuencia, considera inconstitucional la disposición administrativa de marras.

Esta sentencia como *obiter dictum* incurre en una digresión referida al ejercicio del derecho de aprender y al derecho de cada habitante de la provincia de Salta de profesar libremente el culto. Sobre lo primero declara que «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 [como fenómeno sociocultural] dentro del plan de estudios y en horario escolar, expuestos de manera objetiva y neutral» (§35). Respecto de lo segundo, admite que el derecho de cada habitante de profesar su culto en la escuela pública salteña es plenamente aceptable fuera del horario escolar.

En síntesis: partiendo de afirmar el principio de neutralidad religiosa en el ámbito de la educación pública, se declara 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 —he aquí una gran novedad— de *las prácticas religiosas* tal como se han venido desarrollando en las escuelas públicas de la citada provincia.

Corresponde dejar señalado un dato notable del voto concurrente del juez Rosatti, que, si bien llega a análoga resolución, introduce algunas consideraciones significativas como el principio de «margen de apreciación provincial» que seguramente será fuente de inspiración de jurisprudencia constitucional futura.

2. DERECHO A LA PROPIA IMAGEN E INTERNET

Nuevamente este año se presentó un conflicto entre el derecho a la propia imagen y su difusión por internet. En el caso *Gimbutas, Carolina Valeria c/ Google Inc. s/daños y perjuicios - Gimbutas, Carolina Valeria c/Google Inc. s/hábeas data*, del 12 de septiembre de 2017 (Fallos 340:1236), la CSJA tuvo que volver a analizar hechos que guardan cierta semejanza con el caso *Rodríguez, María Belén* (Fallos 337:1174). En aquel precedente de 2014 la Corte rechazó la pretensión contra Google y Yahoo porque interpretó que la actividad de estos buscadores

importa el ejercicio pleno y regular de la libertad de expresión constitucionalmente protegida y que, conforme a las características propias de internet, resulta razonable admitir que los motores de búsqueda —que carecen de control sobre el contenido proveniente de un tercero potencialmente dañoso y, por lo tanto, de evitar la consumación de un perjuicio derivado de su difusión— solo responden civilmente por

el contenido que les es ajeno cuando toman efectivo conocimiento de la ilicitud de ese contenido y ese conocimiento no es seguido de un actuar diligente (art. 1109 del anterior Código Civil). En consecuencia, sólo la indiferencia y pasividad convierte al buscador en responsable de los daños derivados de su actividad, pues con su deliberada conducta omisiva contribuye al mantenimiento del evento dañoso que, en un primer momento, desconoce y le es ajeno.

A partir de esta aseveración concluye:

Idéntica situación se presenta cuando el buscador deja de actuar como un mero intermediario del contenido proveniente de un tercero y adopta una postura activa con relación a él, ya sea modificándolo, editándolo o, directamente, creándolo. Resulta evidente que en estos casos la responsabilidad no encuentra razón de ser en la mayor o menor posibilidad de evitar el daño producido por el contenido de un tercero, sino en una conducta antijurídica propia que suscita la obligación de reparar el daño por ella ocasionado (art. 1109 del citado Código Civil).

En resumen, la CSJA entiende que para determinar la responsabilidad tiene especial trascendencia el concepto de «efectivo conocimiento» en la medida en que constituye *prima facie* el punto de partida de la gestación de la obligación de responder por parte de los motores de búsqueda, de lo que concluye que «solo habrá responsabilidad cuando los motores de búsqueda tomen efectivo conocimiento de que las vinculaciones a contenidos de terceros lesionan derechos personalísimos de un sujeto y no adopten medidas que, dentro de las posibilidades que ofrece el sistema, eliminen o bloqueen los enlaces pertinentes» (§ 4).

En síntesis, aunque se rechaza la pretensión de la actora con base en el citado precedente, es interesante referir los dos votos particulares que, sobre la premisa de que la imagen debe ser protegida como parte de un derecho a la identidad, reconocen el derecho a la imagen como derivado de la dignidad humana, valor supremo sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales. El art. 53 del nuevo Código Civil y Comercial dispone que tanto la captación como la reproducción de la imagen de una persona requieren el consentimiento del sujeto titular del derecho. Para el caso en estudio, el voto particular entiende que se ha utilizado una fotografía de la actora sin su consentimiento expreso o tácito, circunstancia que configuró una invasión ilegítima a su esfera íntima que debe ser reparada.

3. BENEFICIOS PENALES POR DELITOS DE LESA HUMANIDAD

3.a. El computo de prisión preventiva a un condenado por delitos de lesa humanidad dio lugar al caso *Muiña*, por el nombre del sujeto afectado.

El caso se identifica como «Recurso de hecho deducido por la defensa de Luis Muiña en la causa *Bignone, Reynaldo Benito Antonio y otro s/recurso extraordinario*», dictado el 3 de mayo de 2017 (Fallos 340:549). Esta persona fue un civil que integró un grupo de represores dentro de un hospital de Buenos Aires durante la dictadura, en 1976. La justicia federal lo condenó en 2012 como autor de delitos de lesa humanidad (torturas y secuestro) a 13 años de prisión. La cuestión giró sobre si le correspondía a Muiña un beneficio en el cómputo de prisión dispuesto por una ley que había regido entre los años 1994 y 2001, que disponía que luego de transcurridos los dos primeros años de prisión preventiva se deben computar como dos días de prisión por cada día de encarcelamiento cautelar efectivamente cumplido (art. 7 Ley 24.390). El *quid* de la cuestión es la aplicabilidad de una ley más favorable a hechos que tuvieron lugar con anterioridad a su sanción (1976) y que, además, ya no regía cuando fue detenido (2007) y condenado (2012) el sujeto implicado. El código penal argentino recoge en el art. 2 como principio general: «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. Si durante la condena se dictare una ley más benigna, la pena se limitará a la establecida por esa ley. En todos los casos del presente artículo, los efectos de la nueva ley se operarán de pleno derecho». Seguidamente el art. 3 dispone: «En el cómputo de la prisión preventiva se observará separadamente la ley más favorable al procesado». Concordantemente, el principio de la ley más benigna, también, consagrado en el art. 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos y en el art. 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, forma parte del bloque de constitucionalidad federal (conf. art. 75, inc. 22 de la CA).

Que la cuestión que esta Corte debe decidir es si el cómputo de la detención y de la pena que debe cumplir el recurrente debe realizarse de acuerdo con lo previsto en el derogado art. 7º de la ley 24.390, que reformó el art. 24 del Código Penal y reguló de modo más favorable al imputado el cómputo de la prisión preventiva, o si dicha ley no es aplicable sea en virtud de que el hecho fue cometido con anterioridad a su entrada en vigencia (B.O. 22/11/1994) y el encarcelamiento y la condena tuvieron lugar con posterioridad a que el art. 7 fuera derogado y sustituido por la ley 25.430 (B.O. 1/6/2001) o por cualquier otra razón (§ 5).

La CSJA, en voto dividido, tres a dos, interpretó que ese beneficio sí era aplicable al caso por tratarse de una norma más benigna que estuvo en vigor en el «tiempo intermedio», tal como lo señala el Código.

Sin embargo, los tribunales inferiores se negaron a aplicar la ley más benigna en el cómputo de la prisión cumplida basándose en que hubo un

cambio de valoración social de la conducta imputada. Este argumento es rechazado por la CSJA porque «en un estado democrático los cambios de valoraciones se documentan mediante la sanción de nuevas leyes de acuerdo con el procedimiento constitucional establecido» y «porque contradice el claro texto del art. 2 del Código Penal. Además, viola el principio de legalidad, en tanto el texto de dicho artículo no condiciona su aplicación en el presente caso a circunstancia alguna» (§ 7).

La CSJA recuerda que aquella Ley 24.390, que fue sancionada en 1994, precisamente procuró dar operatividad a la Convención Americana DD. HH., que adquirió estatus constitucional por aquella reforma de 1994, por tanto debe tenerse como reglamentaria del art. 7.5 de dicha Convención, y que «buscó compensar a quienes fueron privados de su libertad sin sentencia firme más allá del plazo en que razonablemente debió cesar el encarcelamiento provisorio» (§ 8).

Por cierto, la mayoría de la Corte reconoce, por un lado, que los delitos por cuya comisión se condenó a Muiña tienen carácter permanente, porque, a tenor de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas de 1994 con jerarquía constitucional (Ley 24.820), el delito de desaparición forzada de personas es continuado mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima; y, por otro, que la interpretación adecuada del principio establecido en el art. 2 del Código Penal es que la solución más benigna debe aplicarse a todos los delitos, inclusive los de carácter permanente, sin distinciones. Y con base en la premisa que la inconsecuencia en el legislador no se presume, entonces, «si el legislador, a quien le compete realizar las distinciones valorativas que pudieran corresponder, hubiera considerado que el art. 2 del Código Penal no debía aplicarse a los delitos permanentes por cualquier razón, habría hecho la salvedad pertinente que no hizo y que el Poder Judicial, en virtud de la materia que aquí se trata -penal- no puede hacer» (§ 10). Seguidamente, reafirmará el principio de legalidad (art. 18 CA), que en este caso indica que «debe resolverse en favor del imputado debido a que en el proceso interpretativo en materia penal debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos» (§ 11). Para abonar esta posición alude al principio de ley penal más benigna establecido en el art. 24.2 del Estatuto de Roma, constitutivo de la Corte Penal Internacional, que Argentina adhirió por Ley 26.200. También hizo referencia al Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY), en los casos *Dragan Nikolic* (18 de diciembre de 2003) y *Miroslav Deronjic* (caso n.º IT-02-61-A).

En suma, la CSJA interpretó, respecto de esta ley penal intermedia más benigna:

Que según nuestro orden jurídico, las leyes penales intermedias promulgadas después de la comisión del delito pero derogadas y reemplazadas por otra ley antes de dictarse condena, se aplica retroactivamente cuando son más benignas, y tendrán ultraactividad cuando son intermedias, siempre que fueran más benignas que las posteriores. A los efectos de determinar la procedencia de la aplicación ultraactiva del art. 7 de la ley 24.390 al caso de autos, cabe consignar que la norma en cuestión estuvo vigente en un tiempo intermedio entre la comisión de los hechos materia de la causa y el dictado de la sentencia condenatoria, que Muiña estuvo detenido preventivamente desde ello de octubre de 2007 y que dicho estado superó el plazo de dos años mencionado en la ley referida.

Para determinar que, «[...] consecuentemente, debe concluirse que el cómputo punitivo relativo a Muiña debe practicarse conforme con lo dispuesto en el art. 7° de la ley 24.390 por ser una norma intermedia más benigna que tuvo vigencia entre la comisión de los hechos y el dictado de la condena, de acuerdo con el arto 2° del Código Penal» (§14).

No se puede dejar de referir a la reacción social que produjo esta decisión, hasta el punto que provocó manifestaciones multitudinarias en repudio de la Corte, con la singularidad de que este rechazo no hizo acepción de partidos y corrientes políticas. Más llamativo fue que esta extraña y espontánea conmoción colectiva provocó que el Congreso reaccionara rápidamente y procediese a sancionar en apenas unos días una singular ley de «interpretación auténtica». La Ley 27.362, publicada el 10 de mayo de 2017, dispuso que esta fórmula de cómputo no sería aplicable a los delitos de lesa humanidad con excepción de 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. En conclusión, se trató de una situación excepcional e inédita en la historia reciente de la democracia: que una sentencia de la Corte Suprema por mayoría generase una movilización general de repudio colectivo a partir de un tópico que no reparaba en las razones jurídicas, sino en unas consideraciones sociales metajurídicas que, instaladas como opinión general, rechazan que los autores de delitos de lesa humanidad puedan acceder a los beneficios que confieren algunas normas basadas en principios generales sobre ejecución de la pena.

3.b. La CSJA ya había tenido ocasión de pronunciarse, anticipando esta posición, sin que esta decisión hubiera generado las movilizaciones que provocó el caso *Muiña*. Este precedente, de apenas un mes anterior, se ocupa de un excoronel de 85 años, acusado de delitos de lesa humanidad, a quien un tribunal inferior le revocó la prisión domiciliaria de la que estaba gozando. El caso *Alespeiti, Felipe Jorge s/ incidente de recurso extraordinario*, del 18 de abril de 2017 (Fallos 340:437) refiere a un anciano valetudinario condenado (con

sentencia no firme) a la pena de veintidós años de prisión por delito de privación de libertad agravada y otros dieciséis hechos calificados como delitos de lesa humanidad. Los tribunales inferiores le habían denegado la solicitud de detención domiciliaria que permitía el art. 33 de la Ley 24.660 ante el acentuado deterioro de su estado de salud (patologías cardíacas, trastorno senil con pérdida de la visión e hipoacusia).

Así el caso llegó en revisión a la CSJA, que va a reafirmar el principio de la impostergable e irrenunciable «obligación de investigar y sancionar las violaciones de los derechos humanos lo es en el marco y con las herramientas del Estado de Derecho, y no con prescindencia de ellas» (Fallos: 330:3074), en especial de aquellos hechos vinculados al inconcebible horror que primó durante la última dictadura militar, y a reiterar el deber del Estado de investigar los gravísimos atentados contra la vida, integridad física y libertad ocurridos durante el último Gobierno dictatorial. Sin embargo, la Corte argentina recurre en apoyo a estándares internacionales sobre la materia, como la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la prohibición absoluta de trato inhumano o degradante en las sociedades sin admitir ninguna clase de excepción o derogación (véanse sentencias *Sochichiu vs. Moldavia*, del 15 de mayo de 2012, y *Hagyo vs. Hungría*, del 23 de julio de 2013), y el Estatuto de Roma sobre prohibición de trato inhumano respecto de todo imputado de los crímenes de lesa humanidad, y trae a colación la censura a Argentina por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (11 de abril de 2014). También refiere al deber del Estado de garantizar la salud de las personas bajo su custodia en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (sentencias casos *Vera Vera y otra vs. Ecuador*, del 19 de mayo de 2011, e *Yvon Neptune vs. Haití*, del 6 de mayo de 2008). Con fundamento en la incorrecta apreciación del informe médico realizada por el tribunal inferior que revoco la prisión domiciliaria y la falta de control del afectado sobre esta prueba, la CSJA revocó la decisión y ordenó que el tribunal interviniente acoja el pedido de prisión domiciliaria.

4. PRESCRIPTIBILIDAD DE LA ACCIÓN CIVIL DE INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS POR DELITOS DE LESA HUMANIDAD

En el caso *Villamil, Amelia Ana c/ Estado Nacional s/ daños y perjuicios*, del 28 de marzo de 2017 (Fallos 340:345), la actora promovió demanda civil de resarcimiento de los daños y perjuicios contra el Estado, como consecuencia de la desaparición de su hijo y de su nuera, Jorge Ayastuy y Marta Elsa Bugnone, ocurrida en el año 1977 por un grupo de personas uniformadas. Con anterioridad la actora había obtenido en 1993 sentencia que declaró

la muerte presunta del hijo y de la nuera de la señora Villamil. El Estado opuso prescripción liberatoria de la acción pecuniaria. La cuestión es si la imprescriptibilidad de las acciones penales derivadas de delitos de lesa humanidad, reconocida por la Corte argentina en diversos pronunciamientos (Fallos 327:3312; 328:2056; entre otros), resulta extensible al ámbito de la prescripción de la acción pecuniaria resarcitoria de daños derivados de tales delitos.

La Corte va a pronunciarse en contra de la extensión de la imprescriptibilidad de las acciones penales derivadas de delitos de lesa humanidad al ámbito del reclamo indemnizatorio. Para ellos va a acudir a un precedente propio, el caso *Larrabeiti Yáñez* (Fallos: 330:4592), donde sostuvo la prescripción de la acción para reclamar el resarcimiento patrimonial en contraposición a la imprescriptibilidad del reproche penal por delitos de lesa humanidad, porque la primera atañe a materia disponible y renunciable, mientras que la segunda, relativa a la persecución de los delitos de lesa humanidad, se funda en la necesidad de que los crímenes de esa naturaleza no queden impunes, es decir, en razones que exceden el interés patrimonial de los particulares afectados. Pues lo que diferencia un caso del otro es que en uno está en juego el interés patrimonial exclusivo de los reclamantes, mientras que en el otro está comprometido el interés de la comunidad internacional, que Argentina es parte en que tales delitos no queden impunes.

Apunta que en el derecho interno argentino no existe norma alguna que establezca la imprescriptibilidad de las acciones indemnizatorias por daños derivados de delitos de lesa humanidad. Asimismo, entiende que Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas tampoco dispone la imprescriptibilidad de las acciones indemnizatorias derivadas de dicho delito, sino únicamente la de las acciones penales. Asimismo, sostiene que tampoco puede concluirse que la prescripción de las acciones indemnizatorias de daños derivados de delitos de lesa humanidad viole obligación internacional, sobre todo cuando el Estado argentino ha establecido diversos regímenes indemnizatorios especiales para cumplir con la obligación de asegurar a la víctima una adecuada reparación.

En conclusión, la CSJA hizo lugar a la excepción interpuesta por el Estado de prescripción liberatoria de la acción de reparación pecuniaria por daños y perjuicios originados en delitos de lesa humanidad.

5. LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LÍMITE AL SEGUIMIENTO DE SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA

Este caso tiene una enorme trascendencia porque delimita un nuevo parámetro de relación con las decisiones de la Corte Interamericana de DD. HH., cuyas sentencias eran hasta entonces de seguimiento obligatorio.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos por sentencia del 29 de noviembre de 2011 condenó a Argentina en el caso *Fontevecchia y D'Amico vs Argentina* por violación de la libertad de pensamiento y de expresión (art. 13 CADH), exigiendo en carácter de reparación: la publicación de la sentencia interamericana, la restitución de la indemnización a la que fueron condenados los afectados, y que se deje sin efecto aquella sentencia de la Corte argentina que había confirmado la condena civil a estos periodistas de abonar una suma en concepto de indemnización.

En efecto, en el año 2001 la CSJA había dictado sentencia en la causa *Menem, Carlos Saúl c/Editorial Perfil S.A. y otros s/daños y perjuicios sumario* (Fallos: 324: 2895), confirmando la condena de daños y perjuicios promovida por el expresidente Carlos Saúl Menem contra Editorial Perfil S.A., Jorge Fontevecchia y Héctor D'Amico.

Para dar cumplimiento con lo dispuesto por la Corte Interamericana, el Estado argentino procedió como se había mandado a publicar en periódicos de amplia difusión la sentencia de la Corte Interamericana. En este marco, el Ministerio de Relaciones Exteriores argentino se dirigió a la Corte a fin de que diera cumplimiento con el tercer punto: la revocación de la sentencia de la propia CSJA en el juicio que originó el reclamo interamericano, lo que dio origen al caso *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* (Fallos 340:47), del 3 de febrero de 2017.

El problema surge a partir de la imposición de la sentencia interamericana que dispuso que el Estado argentino debía «dejar sin efecto la condena civil impuesta a Jorge Fontevecchia y Héctor D'Amico, así como todas sus consecuencias», lo que en concreto significaba que la Corte debía revocar una propia sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada.

La Corte argentina procede a delimitar el cuadro interpretativo en estos términos:

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) (Fallos: 327:5668). 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 (§ 6).

Sobre la base de esta premisa la CSJA rehusó revocar su anterior sentencia por dos principales argumentos:

a) El sistema interamericano de protección de derechos humanos se autodefine como subsidiario, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados, de donde surge la exigencia convencional de agotamiento de los recursos internos en forma previa al acceso al sistema regional, de lo que se concluye que la Corte Interamericana no constituye una «cuarta instancia» que revisa o anula decisiones jurisdiccionales estatales (caso *Perozo y otros v. Venezuela*, 28 de enero de 2009). El mismo tribunal en el caso *Genie Lacayo* (29 de enero de 1997) señaló: «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» (§ 94). Este rol subsidiario concuerda con la posición sostenida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con sus doctrinas del margen de apreciación nacional (casos *Lawless v. Ireland*, 01-07-1961; *Handyside v. The United Kingdom*, 07-12-1976, y más recientemente, *Lautsi and Others v. Italy*, 18-03-2011) y de la «cuarta instancia» (*Schenk v. Switzerland*, 12-07-1988; *Tautkus v. Lithuania*, 27-11-2012).

La Corte Interamericana no es un tribunal de cuarta instancia revisor de sentencias de tribunales nacionales, por un lado, no es una instancia judicial superior con capacidad de revisar las decisiones del inferior y, en su caso, dejarlas sin efecto, y, por otro lado, tampoco interviene en un proceso que sea de continuidad con el desarrollado por esta Corte, porque son diferentes sus elementos fundamentales, las partes y la prueba.

b) Los tribunales internacionales son órganos con competencias limitadas a las prescriptas por los instrumentos que los han constituido, por tanto, la pretensión de la Corte Interamericana al ordenar dejar sin efecto una sentencia de la Corte argentina pasada en autoridad de cosa juzgada ha recurrido a un mecanismo restitutivo que no se encuentra previsto por el texto convencional. En efecto, el art. 63.1 de la Convención Americana de DD. HH. dispone: «Cuando 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». La CSJA interpreta que dicha norma no contempla la posibilidad de que la Corte Interamericana disponga que se deje sin efecto una sentencia dictada en sede nacional.

Finalmente, la Corte argentina considera que tal pretensión es supuesto de restitución imposible, ya que dejar sin efecto una sentencia propia pasada en autoridad de cosa juzgada es, a la luz de los principios fundamentales

del derecho público argentino, jurídicamente imposible, porque «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» (§ 17 *in fine*). Por otra parte, indica que el art. 27 CA establece que los tratados deben interpretarse conforme a los principios establecidos en la Constitución, y esta ha atribuido a la Corte el carácter de órgano supremo y cabeza del Poder Judicial (art. 108 CA), lo que resultaría trastocado si se admitiese que un tribunal convencional pueda modificar esa posición institucional. Para abonar esta perspectiva la Corte recuerda que el constituyente argentino de 1994 otorgó jerarquía constitucional a la CADH y aclaró (y condicionó) expresamente que sus normas «no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución» (art. 75, inc. 22 CA), supeditando la validez de los tratados internacionales a la plena vigencia de los principios de derecho público establecidos en la norma fundamental (doctrina de Fallos: 317:1282). De esta manera concluye la CSJA que la competencia de la Corte Interamericana debe circunscribirse a la materia establecida por el art. 68.1 de la Convención, dentro de la cual no se incluye la revocación de sentencias dictadas por el máximo tribunal de justicia argentino.

La trascendencia de esta decisión adoptada por la mayoría de los miembros de la Corte argentina, con un solo voto en disidencia, significa un cambio notable del criterio de amplia receptividad de las sentencias de la Corte Interamericana que hasta este entonces habían tenido en los tribunales argentinos.

Lo que depare el futuro en este sentido es una incógnita. Sin duda, ha puesto a la Corte Interamericana en un intrínquilis, pues mantiene como pendiente de cumplimiento la obligación impuesta a Argentina, así, con fecha 18 de octubre 2017 dictó una resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia manifestando que «el Estado no ha dado cumplimiento a la reparación relativa a dejar sin efecto la condena civil impuesta a los señores Jorge Fontevecchia y Héctor D'Amico, así como todas sus consecuencias».

6. DERECHO AMBIENTAL

Este año 2017 la CSJA se ocupó de un par de casos relevantes en materia ambiental.

6.a. El primero (*La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/uso de aguas*; Fallos: 340:1695, del 1 de diciembre de 2017) se trata del uso de un río interjurisdiccional que atraviesa dos estados provinciales, Mendoza y La Pampa (río Atuel, afluente del río Colorado que desagua en el océano Atlántico). La Corte argentina tomó intervención en el conflicto en virtud del

art. 127 CA, que establece la competencia originaria del máximo Tribunal para resolver los conflictos entre ellas.

La provincia de La Pampa demandó a la provincia de Mendoza por incumplimiento de la obligación impuesta por una sentencia anterior de la CSJA de celebrar de buena fe convenios sobre los usos del río Atuel⁶, pidiendo, además, que se ordenase el cese del daño ambiental y la recomposición del ambiente, se la condenase a indemnizar los perjuicios sufridos con motivo de los incumplimientos, se estableciese un caudal de agua mínimo a ingresar en su territorio, y teniendo en cuenta el derecho humano al agua, al crecimiento armónico y equilibrado entre las provincias. La Corte corrió traslado de la demanda a la provincia de Mendoza y citó al Estado nacional como tercero y, además, dispuso llevar a cabo una audiencia pública que contó con la participación y exposición de los amigos del tribunal, los gobernadores y letrados de las partes y funcionarios del Ministerio de Energía y Minería de la nación.

Esta sentencia adquiere especial relevancia porque colocó el conflicto suscitado por el uso de un río interprovincial dentro de un contexto ambiental más amplio y general. En efecto, la sentencia amplía el enfoque ubicándolo como un problema ambiental. Va a introducir la noción de que el ambiente, como un bien colectivo de pertenencia comunitaria, es un «macrobien» que supera un microbien ambiental relativo al conflicto por el uso del agua y, por lo tanto, presenta caracteres de derecho de incidencia colectiva, uso común e indivisible. En suma, demanda una visión policéntrica y una consideración de intereses que exceden el conflicto bilateral, ya que son numerosos los derechos afectados. El paradigma jurídico que ordena la regulación del agua es ecocéntrico o sistémico, y no tiene en cuenta solamente los intereses privados o estaduales, sino los del mismo sistema que se concreta en la noción de «cuenca hídrica».

El fallo realiza valiosas definiciones sobre federalismo y sobre materia ambiental. En relación a lo primero desarrolla la idea de federalismo de cooperación. En respecto a la cuestión ambiental va a abordar el tema del agua, agua potable, desertificación, y cuenca hidrográfica.

Define el federalismo como

[...] 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

⁶ La CSJA por sentencia de 1987 (Fallos: 310:2478) había impuesto a las partes la obligación de negociar y celebrar de buena fe los convenios para regular los usos del río Atuel, y generó la suscripción de convenios.

debe ser ponderado como una interacción articulada [...]. 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* (§ 6).

En este marco, concluye la Corte argentina, «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» (§ 7), y a tal objeto la Constitución incluyó en el art. 127 como previsión de reaseguro que la Corte Suprema cumpla un rol proactivo en procura de solución de los conflictos suscitados entre estados provinciales, o sea, ha conferido al más Alto Tribunal de la República la trascendente misión de dirimir los conflictos interprovinciales.

Resulta muy revelador que la Corte argentina perciba la naturaleza de su intervención y sus implicancias como una competencia dirimente que es diversa a la jurisdiccional. En este sentido el Tribunal debe ejercer una función de carácter prudencial revestida de las potestades necesarias para arribar a la resolución del conflicto, lo que implica reconocer al órgano amplias facultades para determinar el derecho aplicable al litigio y modular la estructura procesal de su ejercicio, de acuerdo con las particulares características de la situación concernida. Entiende que en el ejercicio de la discrecionalidad propia de la naturaleza prudencial de esta competencia dirimente la Corte 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. Además, las resoluciones que adopte el Tribunal deberán ser aplicadas por las partes conforme al criterio de «buena fe» (§ 9).

Seguidamente procede a ocuparse de cuestiones específicamente ambientales. En primer lugar, define el acceso al agua potable como derecho humano que 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 (caso *Kersich, Juan y otros c/Agua Bonaerenses SA y otros slamparo*, en Fallos: 337:1361). Concluye, citando documentos internacionales y sentencias de la Corte Interamericana, que «el

derecho al agua potable, se especifica en el presente caso, en el derecho a un caudal de agua para la sustentabilidad del sistema» (§ 11).

A continuación enlaza esta cuestión con la problemática de la desertificación, advirtiendo de que «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» (§ 12), para lo cual considera como obligación del Estado nacional 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. En este punto, pasa a ocuparse de la cuestión como un asunto de «cuenca hídrica».

Va a recurrir al concepto jurídico de cuenca como ámbito de competencia de la actuación dirimente de la Corte. El abordaje del problema debe hacerse, entonces, bajo el presupuesto de «cuenca hídrica» como unidad que comprende el ciclo hidrológico en su conjunto, ligado a un territorio y a un ambiente en particular. La cuenca hidrográfica como espacio geográfico delimitado por la línea divisoria de las aguas que fluyen hacia una salida o depósito común, como un ámbito de la acción que debe estar a cargo de un organismo regulador de la 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. Debe tratarse este problema como un «sistema hidrológico» integrado por distintos componentes a través de los cuales fluye el agua, tanto de superficie como subterránea, en una interrelación entre sus componentes, que hace del curso de agua un verdadero sistema.

Así logra integrar su función de competencia dirimente con el abordaje sistémico del problema, para arribar de este modo la Corte a una solución dirimente del conflicto, para lo cual asume una función de cooperación, control y monitoreo, sin 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, reconociendo 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.

A tal efecto va a resolver que debe fijarse un caudal hídrico apto para la recomposición del ecosistema afectado en el noroeste de la provincia de La Pampa, para lo cual las provincias deberán poner en funcionamiento la Comisión Interprovincial del Atuel Inferior (C.I.A.I.), a través de la cual las provincias involucradas, 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.

6.b. Un segundo asunto ambiental fue el caso *Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Mamani, Agustín Pío y otros c/ Estado Provincial – Dirección Provincial de Políticas Ambientales y Recursos Naturales y la Empresa Cram S.A. s/ recurso* (Fallos 340:1193), del 5 de setiembre de 2017.

Mediante una resolución de la Dirección Provincial de Políticas Ambientales y Recursos Naturales de la provincia de Jujuy, se había autorizado el desmonte de 1470 hectáreas en la finca La Gran Largada, ubicada en la localidad de Palma Sola, departamento de Santa Bárbara de dicho estado provincial. Un juez provincial de primera instancia había declarado la nulidad de dicha resolución, pero esta sentencia fue revocada por el Tribunal Superior de Justicia local. Los actores invocaron irregularidades en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental.

La Corte argentina abrió el recurso por entender afectados los principios precautorio y preventivo establecidos por la ley federal de presupuestos mínimos de protección ambiental de bosques nativos (Ley 26.331). En concordancia, el art. 4 de la Ley General del Ambiente 25.675 establece que el principio precautorio supone que «cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente».

La Corte decide intervenir porque advierte irregularidades en la tramitación de la evaluación de impacto ambiental:

1. La importancia de la previa evaluación ambiental. Advierte la Corte que

[...] en cuestiones de medio ambiente, cuando se persigue la tutela del bien colectivo, tiene prioridad absoluta la prevención del daño futuro. Para ello, como se sostuvo en «Martínez» (Fallos: 339:201) cobra especial relevancia la realización de un estudio de impacto ambiental previo al inicio de las actividades, que no significa una decisión prohibitiva, sino antes bien una instancia de análisis reflexivo, realizado sobre bases científicas y con participación ciudadana (§ 7).

2. No solo los estudios de evaluación de impacto ambiental y su aprobación deben ser previos a la ejecución de la obra o actividad, sino que además no puede haber una autorización estatal que se expida en forma condicionada. Para la Corte una aprobación condicionada o, tal como lo justifica el fallo del superior tribunal provincial, «con sugerencias o recomendaciones», no se ajusta al marco normativo aplicable.
3. Las resoluciones cuestionadas hicieron caso omiso a las observaciones que surgen de las inspecciones previas realizadas en el predio.

4. La autorización de desmonte comprende una superficie mayor (1470 ha) a la detallada en el estudio de impacto ambiental (1200 ha) y solo se fiscalizaron 600 ha. (menos del 50 % de lo solicitado), sin contar con planos, subdivisiones, medidas exactas, ni determinaciones reales de las pendientes superiores al 2 %.
5. Asimismo, constata que no surge de la causa que se hayan celebrado las audiencias públicas antes del dictado de las resoluciones cuestionadas, lo que constituye un recaudo del derecho de participación de los ciudadanos en esta materia garantizada tanto por normativas federales (ley general del ambiente) como provinciales.

En vista de que los actos administrativos impugnados exhiben una clara contradicción frente a los antecedentes de hecho y derecho que precedieron a su dictado, la Corte, en una decisión sin precedentes, procede a declarar la nulidad de un par de actos administrativos provinciales (resoluciones 271-DPPAyRN-2007 y 239-DPPAyRN-2009 de la Dirección Provincial de Políticas Ambientales y Recursos Naturales de la Provincia de Jujuy).

III. ÓRGANOS ESTATALES

1. LÍMITE DE EDAD DE MAGISTRADOS JUDICIALES

Quizá el fallo de más sustancia en materia constitucional dictado por la Corte en el año 2017 fue el caso *Schiffirin, Leopoldo Héctor c/Poder Ejecutivo Nacional slacción meramente declarativa*, del 28 de marzo de 2017 (Fallos 340:257), no solo porque implicó un cambio de posición respecto de un precedente anterior (caso *Fayt*), sino porque realiza unas consideraciones muy valiosas para la teoría constitucional.

La cuestión fue la interpretación al art. 99, inc. 4, último párrafo agregado por la reforma constitucional de 1994 («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»).

Esta norma había sido declarada nula por la Corte en 1999 en el caso *Fayt* (Fallos: 322:1616) por considerar que la convención constituyente de 1994 se había extralimitado en su cometido al introducir esta cláusula, que, según interpreta, no había sido habilitada por la ley del Congreso que impulsó la reforma constitucional (Ley 24.309), y que, además, lesionaba la garantía

de inamovilidad de los jueces resguardada por el art. 110 de la Constitución (que estaba excluido de ser modificado), afectando a los magistrados judiciales que ya se encontraban en funciones al tiempo de esa reforma. La consecuencia de aquella sentencia de 1999 fue que muchos jueces federales permanecieron en su función más allá de los 75 años, algunos en actividad hasta los 98 años de edad, como el propio juez de la Corte, Carlos Fayt, actor de aquel fallo.

En el ínterin, sin embargo, hubo magistrados judiciales que se retiraron cuando cumplieron los 75 años de edad, como lo prevé la norma constitucional, incluso un miembro de la Corte (Zaffaroni) renunció cuando alcanzó esa edad respetando ese límite constitucional.

La Corte, que ahora se integraba con dos miembros que habían sido convencionales en la reforma constitucional de 1994 (Maqueda, 2002, y Rosatti, 2016), más las situaciones extremas que se presentaron en la justicia nacional, seguramente influyó para modificar el precedente Fayt.

El caso *Fayt* es quizá una de las más graves y erróneas decisiones de la Corte argentina porque en lo concreto llegó a invalidar una norma constitucional introducida por el poder constituyente reformador, dejando un regusto francamente corporativo, porque era desde el propio Poder Judicial que se reaccionaba en resguardo de la privilegiada posición de inamovilidad judicial a favor de la permanencia *sine die* en el cargo.

El control de constitucionalidad en Argentina sigue el modelo difuso, por tanto, las sentencias de este género solo benefician a las partes, o sea, tienen efecto interpartes. A un magistrado federal, Leopoldo Schiffrin, que había traspuesto los 75 años de edad, le asaltó la duda sobre la aplicabilidad respecto de su persona del límite impuesto por el art. 99., inc. 4 *in fine*, razón por la cual deduce una acción declarativa de certeza que es acogida favorablemente por el juez de primera instancia y por la Cámara de Apelaciones con base en los argumentos expuestos en el caso *Fayt*.

El caso *Schiffrin*, que llegó a la Corte argentina por recurso extraordinario, brindó la ocasión para corregir el desaguizado del precedente *Fayt*, que, como se señaló, fue algo más que un simple control de constitucionalidad sobre una norma legal, pues significó, nada más y nada menos, que la invalidación de una norma constitucional. Obviamente, se recurrió al artilugio de invalidarla por nulidad porque era un contrasentido lógico declarar la inconstitucionalidad de una norma constitucional,

Precisamente el primer escollo que debía sortear esta nueva composición era justificar el apartamiento de tal precedente. La Corte es consciente de que debe respetar los precedentes por razones de seguridad jurídica, en consecuencia, «la carga argumentativa de modificarlo corresponde a quien pretende apartarse del precedente, debiendo ser excepcional y fundada» (§ 9). En este sentido, recuerda la Corte que en numerosos casos se ha apartado de precedentes con el

fin de dar plena aplicación a la reforma constitucional de 1994, es decir, estos apartamientos encontraron justificación en el cambio sustancial en el ordenamiento constitucional.

Pone de resalto la Corte que fue el único caso de inaplicación de la reforma constitucional en este asunto del límite de 75 años para magistrados judiciales, y además, el tiempo transcurrido desde entonces no permite afirmar que esta disposición haya tenido el propósito de afectar la situación de independencia de los jueces.

Seguidamente aparece la novedad: «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, caso *Soria de Guerrero*)», con base en el cual formula como nuevo estándar:

[El] 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 (§ 10),

cuyo fundamento se encuentra en que «implica un alto riesgo de interferir en el proceso democrático, alterando el equilibrio que la Constitución Nacional ha diseñado [...] 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» (§ 11). Si bien incurre en un error conceptual al separar, por un lado, la labor del Congreso como poder constituido (al que asigna funciones preconstituyentes) de la Convención reformadora, por el otro, como titular del poder constituyente reformador (cuando en realidad ambos integran como un acto múltiple y complejo la misma función constituyente de tipo francés)⁷, sin embargo, acierta sobre las consecuencias respecto de la función del Poder Judicial en estos términos: «El Poder Judicial no puede analizar la conveniencia

⁷ Véase Díaz Ricci, Sergio (2004), *Teoría de la reforma constitucional*, Buenos Aires: Ediar, 2004, pp. 436 y ss. También «Comentario al Artículo 30 CN (Reforma Constitucional)», en VV. AA. (2009), *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial* (dir.: Daniel Sabsay, coord.: Pablo Manili), Buenos Aires, Hammurabi-J. L. Depalma Editor, tomo I, pp. 1145-1191 (ISBN 978-950-741-430-5).

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». Y agrega: «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 ordenamiento 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» (§ 12). Aquí se produce un cambio en el giro interpretativo, pues se aplica el principio de deferencia, no ya al legislador ordinario, sino a una fuente normativa superior: el «legislador constituyente».

Como demostración de la trascendencia de esta nueva orientación interpretativa, la Corte trae a colación nueve puntos (§ 13) donde se advierte un apartamiento de la Convención reformadora respecto de los puntos habilitados por la ley del Congreso, cuyo cuestionamiento acarrearía un retroceso y un escándalo jurídico superlativo. En consecuencia, constata que en relación a las reformas constitucionales introducidas en 1994 «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» (§ 15). Concluyendo, finalmente, que «no es procedente en esta materia aplicar un criterio de interpretación restrictivo sino amplio y extensivo respecto de las facultades de la Convención Constituyente» (§ 16).

Por último, la CSJA elabora el siguiente estándar del control judicial de una reforma constitucional⁸ en estos términos:

[...] solo cabría descalificar la actividad de la Convención Constituyente en dos supuestos: (a) 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, (b) 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 pético de la Constitución (§ 16).

En relación a lo primero, entendemos que tiene una explicación lógica, en cambio, eso no ocurre con la segunda, que es una afirmación apodíctica,

⁸ Puede ampliarse en Díaz Ricci, Sergio, «Control judicial de la reforma constitucional», en VV. AA. (dir.: Pablo Manili), *Tratado de derecho procesal constitucional*, Buenos Aires: La Ley, 2010, tomo II, pp. 623-653. (ISBN 978-987-03-1735-7)

alude a contenidos pétreos⁹, que en el caso de la Constitución argentina choca con la disposición del art. 30 que permite que «la Constitución puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes». Pero esto es harina de otro costal, que nos conduce a la cuestión de los límites implícitos de una reforma constitucional, asunto que no es tratado en esta causa¹⁰.

En relación al límite de edad para los jueces introducido por la reforma, la CSJA modifica su anterior posición para aseverar con fundamento que «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» que «no es posible sostener con fundamentos consistentes que la Convención Constituyente transgredió los límites de la habilitación conferida por el Congreso de la Nación» (§ 20).

Emerge aquí, además, una novedad jurisprudencial: la noción de «garantía institucional», una categoría jurídico-constitucional escasamente aplicada a casos y conflictos que involucran a órganos del Estado. En relación a la garantía de inamovilidad de los jueces interpreta la Corte que «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» (§ 22), para concluir, finalmente, «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» (§ 23).

2. INMUNIDAD DE ARRESTO DE PARLAMENTARIOS DEL MERCOSUR

Caso *Sala, Milagro Amalia Ángela y otros s/asociación ilícita, fraude a la administración pública y extorsión*, CSJ 119/2017/CS1 (Fallos 340:1785), del 5 de diciembre de 2017. Se trata del caso de una conocida dirigente social que había sido elegida por voto popular miembro del Parlamento del Mercosur.

⁹ La siguiente afirmación reviste tal apariencia: «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» (§ 17), con cita del precedente *Colegio de Abogados de Tucumán c/H. Convención Constituyente de Tucumán* (Fallos: 338: 249).

¹⁰ Puede ampliarse en Díaz Ricci, S., *Teoría de la reforma constitucional*, *ob. cit.*, pp 557 y ss.

Antes de asumir la misma fue detenida y procesada penalmente por varios delitos. La afectada considera que no procedía detención porque gozaba de la prerrogativa de inmunidad de arresto conferida a los parlamentarios del Mercosur por la Ley 27.120, que los asimila a los diputados nacionales¹¹, lo que impacta sobre los órganos de gobierno del Mercosur y los sistemas de integración en general cuyos tratados gozan de jerarquía superior a las leyes conferida por el art. 75, inc. 24 CA. El Superior Tribunal de Justicia provincial había declarado la inconstitucionalidad de dicha norma legal federal, razón por la cual la cuestión llegó a conocimiento de la Corte argentina por recurso extraordinario, pues se trata no solo de una ley federal sino que además está vinculada a asuntos internacionales.

La detenida invocó, por su parte, que la asimilación a los legisladores nacionales en cuanto a «privilegios» es corriente en los distintos sistemas comunitarios y de integración tales como las normas del Parlamento Andino y del Parlamento de la Unión Europea.

En suma, la CSJA señala que la cuestión a examinar se circunscribe a decidir si la actora, en su condición de parlamentaria electa del Mercosur, goza de la inmunidad de arresto que le otorgan los instrumentos internacionales de ese ámbito comunitario y el art. 69 CA, que, función de lo previsto en la Ley 27.120, confiere a los diputados nacionales tal prerrogativa.

La Corte advierte que mientras la inmunidad de opinión de estos parlamentarios está resguardada por Protocolo Constitutivo del Parlamento del Mercosur (art. 12.2, aprobado por Ley 26.146) y recogida por el Reglamento Interno del Parlamento del Mercosur (art. 16), en cambio, la inviolabilidad personal o inmunidad de arresto se halla consignada solo en el Acuerdo de Sede entre la República Oriental del Uruguay y el Mercosur para el funcionamiento del Parlamento del Mercosur (Decisión CMC n.º 34/07, art. 10.1 y art. 11.a), pero como una prerrogativa circunscrita al territorio de Uruguay, por ser este Estado Sede del Parlamento del Mercosur.

Además, la Corte entiende que esta medida de detención en un proceso penal tampoco se encuentra comprendida en la prohibición de «restricciones legales o administrativas» a la libertad de circulación y desplazamiento establecida por el Protocolo Constitutivo del Parlamento, en resguardo de los miembros del Parlamento en sus movimientos y tránsitos para comparecer a su local de reunión y regresar, a efectos del ejercicio de sus funciones (art. 12.3, y art. 15 de Reglamento), mientras que la detención en un proceso penal es

¹¹ Art. 16: «[...] Serán aplicables a su respecto, siempre que no hubiere disposición específica, las disposiciones que regulan la condición de aquéllos en cuanto a inmunidades parlamentarias, regímenes remuneratorios, laborales, previsionales y protocolares».

ajena a la labor parlamentaria, además, se había producido con anterioridad a la sesión constitutiva del Parlamento, donde debía verificarse y aceptarse su incorporación. En suma, el impedimento de «restricciones legales o administrativas» no incluye aquellas restricciones que provengan de procedimientos judiciales civiles o penales que no tengan vinculación por las opiniones y votos emitidos en el ejercicio de sus funciones parlamentarias. Por el contrario, se considera el «arresto» como una medida de cautela personal dirigida a salvaguardar la buena marcha del «juzgamiento penal», en tanto que al momento de concretarse no afecte ninguna «inmunidad, prerrogativa o exención», lo que condice con un necesario criterio de hermenéutica restrictivo de las inmunidades (cita en abono análoga posición del Tribunal de Primera Instancia, del Tribunal Europeo de Justicia en el caso *Ashley Neil Mote c. Parlamento europeo*, de fecha 15 de octubre de 2008).

Finalmente, en relación con la constitucionalidad del art. 16 de la Ley 27.120, reafirma la premisa que, acorde con el diseño constitucional, las inmunidades de proceso y de arresto son excepcionales y no pueden extenderse a supuestos que no fueron previstos en la Constitución nacional. Con cita de un precedente de 1893 (caso *Alem*, Fallos: 54:432), la Corte expone la siguiente doctrina: la inmunidad de arresto se erige en una clara excepción al principio republicano según el cual todos los ciudadanos son iguales ante la ley (art. 16 CA), esta excepción es admisible únicamente en razón de la necesidad de garantizar el funcionamiento de los poderes del Estado recogidos en la Constitución, de ello se sigue que debe descartarse que el legislador pueda conferirle inmunidad de arresto a autoridades distintas a las establecidas en la Constitución nacional. En conclusión, declara la inconstitucionalidad del art. 16 de la Ley 27.120 porque el legislador no estaba constitucionalmente habilitado para otorgarle a los parlamentarios del Parlasur las inmunidades que la Constitución confiere a los diputados nacionales.

Sin embargo, la detención de la actora adquirió trascendencia internacional cuando la Comisión Interamericana el 27 de julio de 2017, mediante Resolución 23/17¹², otorgó medidas cautelares a la señora Milagro Sala para garantizar su vida e integridad personal en el contexto de la detención preventiva que se encuentra. El incumplimiento del Estado argentino de estas medidas cautelares agudizó la situación de riesgo para la señora Sala. Con fecha 3 de noviembre de 2017, la Comisión sometió a la Corte Interamericana de Derechos Humanos una solicitud de medidas provisionales para garantizar la vida e integridad personal de la señora Milagro Sala, indígena, líder social y

¹² CIDH, Resolución 23/2017, MC 25-16 – Milagro Amalia Ángela Sala, Argentina, 27 de julio de 2017. Disponible en: <https://bit.ly/2FjiIRd>.

parlamentaria del Mercosur, en el marco de la privación de la libertad en que se encuentra. La Corte Interamericana aceptó el pedido y dictó una resolución de medida provisional con fecha 23 de noviembre de 2017 —o sea, días antes de la sentencia de la CSJA que comentamos— haciendo una serie de requerimientos al Estado argentino, tales como sustituir la prisión preventiva de la señora Sala por la medida alternativa de arresto domiciliario en su residencia o lugar donde habitualmente vive, o por cualquier otra medida alternativa a la prisión preventiva que sea menos restrictiva de sus derechos que el arresto domiciliario, como realizar las gestiones pertinentes para la atención médica y psicológica.

Esta resolución de medida provisional de la Corte Interamericana dio lugar a un pronunciamiento de la CSJA en la misma fecha (05-12-2017) que el anterior (*Sala, Milagro Amalia Ángela y otros s/asociación ilícita, fraude a la administración pública y extorsión*, CSJ 120/2017/CS1; Fallos 340:1764) en el cual, luego de descartar arbitrariedad y confirmar la decisión de mantener la prisión preventiva dispuesta por el tribunal inferior, se hace eco de la resolución de la Corte Interamericana para expresar que «se requiere a las autoridades judiciales a cuya disposición está detenida la recurrente que adopten con carácter de urgente las medidas del caso para dar cabal cumplimiento a lo ordenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la referida resolución», con un llamativo agregado al § 11 de Lorenzetti y Highton a modo de reserva:

Este ingente requerimiento dirigido a los tribunales locales, por cierto, en nada compromete las diversas opiniones sostenidas por los miembros de esta Corte en el pronunciamiento dictado en el precedente de Fallos: 340:47 *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*, ante la ostensible diversidad de las situaciones. En efecto, en el referido precedente había una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, dictada por esta propia Corte Suprema como última instancia, mientras que, en el presente, se trata de medidas consustancialmente.

IV. OTROS CASOS

1. PROHIBICIÓN DE SINDICALIZACIÓN DE LAS FUERZAS POLICIALES PROVINCIALES

Recurso de hecho deducido por el actor en la causa Sindicato Policial Buenos Aires c/ Ministerio de Trabajo s/ ley de asociaciones sindicales (Fallos 340:437), del 11 de abril de 2017. El caso se inicia por la negativa del Ministerio de

Trabajo de otorgar simple inscripción gremial al Sindicato de Policías de Buenos Aires, decisión que fue confirmada por las instancias judiciales.

La Corte argentina convocó a una audiencia informativa donde las partes fueron interrogadas sobre la controversia.

La cuestión debatida consiste en establecer si la parte actora tiene un derecho colectivo a constituirse en una organización sindical a tenor del art. 14 bis CA. La Corte interpretó que esta norma constitucional no implica que todo grupo de trabajadores tenga un derecho incondicionado a formar un sindicato, sino que, incluso, ha excluido a ciertos grupos de trabajadores de ese derecho, tales como los miembros de la fuerza policial. Esta posición guarda correspondencia con instrumentos internacionales específicos como los convenios 87 y el 98 de la OIT, ratificados por Argentina.

Incluso la legislación nacional excluyó expresamente a la Policía Federal del derecho a la sindicalización (Ley 21.965 de 1979 modificada en 2003 por la Ley 26.884 en el mismo sentido), lo que guarda correspondencia con los convenios 151 y 154 de la OIT, que reconocen esta excepción para las fuerzas policiales. Incluso la parte actora en 2003 sometió la cuestión a consideración del Comité de Libertad Sindical de la OIT, que expidió diciendo que la Argentina no violó el derecho a la sindicalización de los miembros de la policía.

Algunos instrumentos internacionales (el art. 8 PIDESC, el art. 22 PID-CP, el art. 16 CADH y el art. 8 del Protocolo de San Salvador) condicionan el derecho de los miembros de la policía a sindicalizarse a que los Estados signatarios no hubiesen adoptado medidas restrictivas al respecto.

En suma, la CSJA entiende que el derecho a sindicalizarse de los miembros de la policía está sujeto a las restricciones o a la prohibición que surjan de la normativa interna. En relación con la legislación interna argentina, las hay nacionales (las leyes del Congreso que aprueban los convenios internacionales, y la autoridad administrativa, que confiere o deniega la inscripción pertenece la jurisdicción federal), pero también existe normativa provincial que puede establecer restricciones o prohibir la actividad sindical en relación a los miembros de las fuerzas de policía locales.

Tal es el caso de Ley 13.982 de la provincia de Buenos Aires, que dispone que los miembros de la policía bonaerense no pueden desarrollar actividades incompatibles con el desempeño de las funciones policiales, que guarda correspondencia con el Decreto Reglamentario 1050/09 específico.

En el fondo, la CSJA concibe el vínculo entre el Estado y los funcionarios policiales como una relación de especial sujeción que justifica algunas restricciones (Fallos 319:3040).

Si bien el art. 14 bis de la Constitución nacional consagra un derecho general a la sindicalización, no impide que dicho derecho sea restringido cuando se trata de personal policial. A tal efecto, sostiene la CSJA que la normativa

local ha prohibido válidamente la sindicalización de los miembros de la policía provincial, por lo que concluye que es constitucionalmente admisible la restricción o la prohibición de la sindicalización de los miembros de las fuerzas de policía provinciales si es dispuesta por una ley local. Por ende, la parte actora carece del derecho a obtener la inscripción que pretende.

2. RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS DE UN EVENTO EN ESPACIO PÚBLICO

El caso *Arregui, Diego Maximiliano c/ Estado Nacional* (Fallos 340:1940) trata sobre la demanda de un espectador damnificado durante un evento organizado por una asociación civil sin fines de lucro en un espacio público cedido por la ciudad de Buenos Aires. El afectado por un daño recibido en el rostro y en la cabeza durante tal festival demandó al Estado nacional, a la Ciudad de Buenos Aires y la asociación organizadora. La Corte entendió que la ciudad de Buenos Aires no puede desligarse de su responsabilidad, razón por la que sobre la asociación organizadora no recae un deber de seguridad sobre las personas que concurrieron al evento, sino que solo pesaba un deber relacionado con el cuidado del espacio público. La Corte entendió que «la autoridad local no impuso a la Comunidad Homosexual Argentina un deber de seguridad sobre las personas que concurrieron al evento. Las obligaciones que pesaban sobre la asociación, según el acto administrativo de autorización, se vinculaban con el cuidado del espacio público en el cual se desarrolló la campaña Stop Sida» (§ 6). Por estas razones la Corte procedió a descalificar el pronunciamiento impugnado con arreglo a la doctrina de arbitrariedad de sentencia por considerar que esta no ponderó que la obligación de brindar seguridad estaba a cargo del Estado, razón por la cual entiende que existió un incumplimiento por parte del Gobierno de la ciudad de Buenos Aires al no notificar el acto a la Policía Federal.

3. LIBERTAD DE EMPRESA Y TRIBUTACIÓN

En varios fallos de ese año la CSJA se ha ocupado de asuntos relacionados con la unidad del mercado nacional, sobre gravámenes a transacciones o empresas transnacionales,

En el caso *Bayer S.A. c/ Santa Fe, Provincia de s/ acción declarativa de certeza* (Fallos 340:1480), del 31 de octubre de 2017, la CSJA ha declarado inválido un tributo local que gravaba de manera diferencial según si el producto había sido fabricado en la provincia o proviniese de otra diferente. La Corte argentina ha reiterado un principio general:

Es indudable que una provincia puede gravar con impuestos las mercaderías que ha introducido de otra y se encuentran ya incorporadas a su riqueza general, pero desde el momento en que el gravamen se basa en esa procedencia o establece diferencias en perjuicio de las mismas y en beneficio de las de origen local, sale de su esfera propia de acción y afecta el comercio interprovincial cuya reglamentación ha sido atribuida al Congreso de la Nación.

Y en concreto: «La discriminación que genera la legislación provincial en función del lugar de radicación del contribuyente, en tanto lesiona el principio de igualdad (art. 16 CA), y altera la corriente natural del comercio (arts. 75, inc. 13 y 126 CA), instaurando así una suerte de “aduanas interiores” vedada por la Constitución (arts. 9 a 12 CA)» (§ 27).

El caso *Telecom S. A. Argentina c/Corrientes, Provincia de s/acción declarativa*, del 26 de diciembre de 2017, trata sobre el reclamo de la empresa telefónica por el pago del impuesto a los ingresos brutos con que la provincia de Corrientes grava las llamadas telefónicas internacionales. La Corte argentina entiende que la percepción de ese tributo no incide sobre el territorio de otro estado y, además, que las cobranzas se realizan en domicilios situados dentro del ámbito nacional y tampoco se invade la jurisdicción territorial de otra provincia.

La Corte define: «El impuesto sobre los ingresos brutos, vigente por disposición de leyes provinciales, es un gravamen que recae en general sobre toda actividad habitual a título oneroso y que, al tomar como base (salvo excepción expresa) la facturación bruta del contribuyente, incluye en ese monto todos los costos de producción del bien o servicio de que se trate, sin distinguir entre insumos de origen nacional e importado» (§ 12), por tanto, el mismo no grava la actividad de exportación ni la porción de actividad que se realiza fuera del territorio nacional; lo gravado es el servicio, por lo que la Corte considera válida dicha carga fiscal provincial.

En el caso *Pirelli Neumáticos SAIC (TF 24.943-I) y otro c/ DGI y otro s/ recurso directo a cámara*, del 6 de mayo de 2017 (Fallos 340:644), se planteó si la empresa debía pagar o podía deducir impuestos sobre unas transferencias de regalías realizadas a la casa matriz, y la Corte interpretó que, en virtud del Convenio de doble imposición y su anexo suscrito entre Argentina e Italia:

[...] el pago de las prestaciones a favor del proveedor domiciliado en el exterior (Italia) pueden ser deducidas a los fines impositivos como gastos por el receptor domiciliado en el país sin necesidad de la aprobación o presentación de los actos jurídicos a que se refiere la ley de transferencia de tecnología [...] no halla impedimento alguno para considerar que las regalías abonadas a Pirelli Pneumatici SPA de Italia son deducibles en las mismas condiciones que si hubieren sido pagadas a un residente de la República Argentina (§ 17).

Bibliografía

- Díaz Ricci, S. (2004). *Teoría de la reforma constitucional*. Buenos Aires: Ediar.
- (2009). Comentario al Artículo 30 CN (Reforma Constitucional). En Daniel Sabsay (dir.) y Pablo Manili (coord.) *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial* (t. I, pp. 1145-1191). Buenos Aires: Hammurabi-J. L. Depalma Editor.