

The background of the cover is a detailed, golden-toned map of South America, showing major cities, rivers, and geographical features. The map is partially obscured by a dark blue rectangular box with a red border, which contains the main title.

ANUARIO IBEROAMERICANO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL

17
2013

Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional

ISSN: 1138-4824, Madrid

2013, núm. 17

CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES

CONSEJO DE REDACCIÓN

DIRECTOR: Francisco Fernández Segado
SECRETARIO: Alberto Oehling de los Reyes

VOCALES

Raúl Canosa Usera. *Universidad Complutense de Madrid*
Domingo García Belaunde. *Pontificia Universidad Católica del Perú*
Ricardo Haro. *Universidad Nacional de Córdoba, Argentina*
Jorge Miranda. *Universidad de Lisboa*

CONSEJO ASESOR

ARGENTINA

Walter F. Carnota. Univ. Buenos Aires
Alberto R. Dalla Via. Univ. Buenos Aires
Antonio María Hernández. Univ. Nal. Córdoba
Juan Carlos Hitters. Univ. de La Plata
Dardo Pérez Guillhou. Univ. Nal. del Cuyo
Daniel Alberto Sabsay. Univ. Buenos Aires
Néstor Pedro Sagués. Univ. Buenos Aires
Jorge Reinaldo Vanossi. Univ. Buenos Aires
Alberto Zarza Mensaque. Univ. Nal. Córdoba

BOLIVIA

Jorge Asbun Rojas. UPSA
Pablo Dermizaky Peredo. Univ. San Simón
Benjamin Miguel Harb. Univ. San Andrés
Luis Ossio Sanjinés. Univ. Andina
José Antonio Rivera Santiviáñez. Univ. San Simón

BRASIL

José Afonso da Silva. Univ. São Paulo
Celso Antônio Bandeira de Mello. Univ. Católica São Paulo
José Carlos Barbosa Moreira. Univ. Rio de Janeiro
Luís Roberto Barroso. Univ. Rio de Janeiro
Paulo Bonavides. Univ. F. Ceará
Dalmo A. Dallari. Univ. São Paulo
Ivo Dantas. Univ. F. Pernambuco
Gilmar Ferreira Mendes. Supremo Tribunal Fed.
Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Univ. São Paulo
Eros Roberto Grau. Supremo Tribunal Fed.
Regina María Macedo Nery Ferrari. Univ. Curitiba
José M.^a Othon Sidou. Academia Brasileira Letras Jurídicas
Lenio Luiz Streck. UNISINOS, Porto Alegre.

COLOMBIA

Manuel José Cepeda Espinosa. Univ. los Andes
Eduardo Cifuentes Muñoz. Univ. los Andes
Augusto Hernández Becerra. Univ. Externado
Fabio Morón Díaz. Corte Constitucional
Julio César Ortiz. Univ. Externado
Carlos Restrepo Piedrahita. Univ. Externado
Álvaro Tafur Galvis. Corte Constitucional
Jaime Vidal Perdomo. Corte Constitucional

COSTA RICA

Rubén Hernández Valle. Univ. de Costa Rica
Luis Paulino Mora Mora. Tribunal Supremo

CUBA

Diego F. Cañizares Abeledo. Univ. La Habana
Eduardo Lara Hernández. Unión Nac. Juristas

CHILE

José Luis Cea Egaña. Univ. Católica
Humberto Nogueira Alcalá. Univ. Talca
Lautaro Ríos Álvarez. Univ. Valparaíso
Fernando Saenger Gianoni. Univ. Católica de Concepción
Alejandro Silva Bascuñán. Univ. Central

ECUADOR

Rodrigo Borja. Univ. de Quito
Oswaldo Cevallos Bueno. Tribunal Consti.
Hernán Salgado Pesantes. Univ. Católica

EL SALVADOR

Salvador Enrique Anaya. Univ. El Salvador
Mario Antonio Solano Ramírez. Trib. Supremo

ESPAÑA

Eliseo Aja. Univ. Barcelona
Óscar Aizaga. UNED
Miguel Ángel Aparicio. Univ. Barcelona
Manuel Aragón Reyes. Trib. Constitucional
Roberto L. Blanco Valdés. Univ. Santiago
José Luis Cascajo. Univ. Salamanca
Javier Corcuera Atienza. Univ. País Vasco
Pedro Cruz Villalón. Univ. Autónoma Madrid
Eduardo Espín Templado. Tribunal Supremo
Teresa Freixes Sanjuán. Univ. Autónoma de Barcelona
Manuel B. García Álvarez. Univ. León
Mariano García Canales. Univ. Murcia
Javier García Fernández. Univ. Alicante
Javier García Roca. Univ. Valladolid
Ángel Garrorena Morales. Univ. Murcia
Pedro J. González-Trevijano. Univ. Rey Juan Carlos
Javier Jiménez Campo. Tribunal Constitucional
Manuel Jiménez de Parga. Univ. Complutense
Juan Fernando López Aguilar. Univ. Las Palmas
Luis López Guerra. Univ. Carlos III
Pablo Lucas Murillo de la Cueva. Tribunal Supremo
Raúl Morodo Leoncio. Univ. Complutense
Joan Oliver Araújo. Univ. Islas Baleares
Alberto Pérez Calvo. Univ. Pública Navarra
Pablo Pérez Tremps. Tribunal Constitucional
Antonio Porras Nadales. Univ. Sevilla
Francisco Rubio Llorente. Consejo Estado
Pedro de Vega. Univ. Complutense
Jaume Vernet i Llobet. Univ. Tarragona

GUATEMALA

Jorge Mario García Laguardia. UNAM-Univ. de San Carlos
Carmen M.^a Gutiérrez de Colmenares. Tribunal Constitucional

HONDURAS

José Rolando Arriaga M. Tribunal Supremo

MÉXICO

José Barragán Barragán. UNAM
José Ramón Cossío D. Suprema Corte de Just.
Eduardo Ferrer Mac-Gregor. UNAM.
Héctor Fix-Zamudio. UNAM
Sergio García Ramírez. Corte Interamericana
Mario Melgar Adalid. UNAM

J. Jesús Orozco Henríquez. Tribunal Electoral Federal
José Ovalle Favela. UNAM
José Luis Soberanes Fernández. Comisión Nacional de Derechos Humanos
Diego Valadés. UNAM
Salvador Valencia Carmona. UNAM
Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. UNAM

NICARAGUA

Iván Escobar Fornos. Tribunal Supremo

PANAMÁ

Arturo Hoyos. Tribunal Supremo
Francisco Rodríguez Robles. Univ. de Panamá

PARAGUAY

Luis Lezcano Claude. Tribunal Supremo
Jorge Seall-Sasiain. Univ. de la República

PERÚ

Enrique Bernales Ballesteros. Univ. Católica del Perú
Alberto Borea Odria. Univ. del Perú
Francisco J. Eguiguren Praeli. Univ. Católica
César Landa Arroyo. Univ. Católica
Marcial Rubio Correa. Univ. Católica del Perú

PORTUGAL

José J. Gomes Canotilho. Univ. Coimbra
Vital M. Moreira. Univ. de Coimbra
Afonso d'Oliveira Martins. Univ. Os Lusíadas
María Fernanda Palma. Tribunal Constitucional
Marcelo Rebelo de Sousa. Univ. de Lisboa

URUGUAY

Rubén Correa Freitas. Univ. de la Empresa
Eduardo Esteve Gallicchio. Univ. Católica
Daniel Hugo Martins. Univ. de Punta del Este
Martín Risso Ferrand. Univ. Católica de Uruguay

VENEZUELA

Asdrúbal Aguiar Aranguren. Univ. Cat. Andrés Bello
José Guillermo Andueza. Univ. Central de Venezuela
Carlos M. Ayala Corao. Univ. Católica Andrés Bello
Allan R. Brewer-Carías. Univ. Central de Venezuela
Josefina Calcaño de Temeltas. Academia de Legislación y Jurisprudencia
Ricardo Combellas. Univ. Central de Venezuela

CRÓNICA 2012 DE LA CORTE SUPREMA ARGENTINA

SERGIO DÍAZ RICCI*

SUMARIO

I. ASUNTO «CLARÍN».—II. ABORTO NO PUNIBLE DE MUJER VIOLADA.—
III. APLICACIÓN DE CONVENCIONES INTERNACIONALES: PLAZO RAZONABLE.—IV. DERECHOS HUMANOS: 1. Derecho a la vida y salud frente a una decisión personal. 2. Derecho a la atención médica de salud. 3. Derecho a una vivienda digna.—V. TEMÁTICA AMBIENTAL: 1. Otra vez la cuenca del riachuelo. 2. La problemática minera.—VI. ATRIBUCIONES PROVINCIALES: 1. Destitución de un Magistrado de Tribunal Superior de Provincia. 2. Regulación de la actividad pesquera por los Estados provinciales. 3. Facultades impositivas de los Estados provinciales.

El 2012 no fue año de cierta atonía, carente de sentencias de trascendencia constitucional dictadas por la Corte Suprema de Justicia argentina (CSJA). Sin embargo, algunos asuntos de relevancia constitucional motivaron la atención la Corte argentina como tribunal final con jurisdicción constitucional.

I. ASUNTO «CLARÍN»

Este asunto constituyó el principal tema judicial del año que constituyó un tema de alto voltaje político. Se origina por la sanción de una ley (Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual n° 26.522 del 10/10/09) que dispuso que las empresa de mass-media sólo podían ser propietarias de una cantidad limitada de medios de comunicación. La ley establecía además el plazo de un año para cumplimentar con las disposiciones legales, o sea, que los titulares de licencias para adecuarse a sus previsiones debían, en consecuencia, desprenderse de aquellos medios que excedan las pautas establecidas. El plazo vencía el 07/12/2011.

* Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Tucumán (Argentina). Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid.

El Grupo Clarín SA es un poderoso multimedia, titular de licencias de televisión abierta, de radiodifusión sonora, de radiodifusión por suscripción que, además, presta servicio de televisión por cable e Internet y de señales de contenido para televisión.

Se produjeron una serie de incidencias procesales que provocaron la intervención de la CSJA en varias oportunidades sin haber aún intervenido en una sentencia de fondo.

En primer término, esta empresa como afectada solicitó una medida cautelar de suspensión del plazo de un año fijado por la ley, la que fue acogida por el juez de primera instancia (07/12/2009) y ratificada por la Cámara de Apelaciones (13/05/2010). Esta medida fue recurrida por el gobierno ante la Corte Suprema que, por sentencia del 05/10/2010 confirmó la medida cautelar, apartándose de su reiterada jurisprudencia de no aceptar recursos extraordinarios que no sean sobre sentencias definitivas, sin embargo, aquí dispuso —además— que el tribunal inferior establezca fije un plazo para la resolución del fondo del asunto a fin de que no se prolongue *sine die* el efecto suspensivo de la medida cautelar.

En segundo lugar, surgió el problema del plazo de finalización de la medida cautelar. Para dar cumplimiento a lo ordenado y poner fin al transcurso del tiempo que por dilaciones procesales prolongaban el *status quo* creado por la medida de no innovar en curso, la Cámara de Apelaciones fijó un duración de 36 meses de vigencia de aquélla desde la notificación de la demanda (17/11/2010). La fecha de inicio de este plazo para la demandante Clarín (día de notificación de la demanda) fue cuestionada por el gobierno nacional, llevando nuevamente el asunto a la CSJA quien, por sentencia del 22/05/2012, retrotrae el inicio del plazo a la fecha establecida fijada por la ley: el 07/12/2009, en consecuencia, el plazo de 36 meses de vigencia de la cautelar vencería el 07/12/2012 en lugar del 17/11/2013 que lo había establecido la Cámara.

Un tercer incidente se dio en relación al tribunal federal competente: si correspondía al fuero civil y comercial o al fuero contencioso administrativo. El gobierno planteó una excepción de incompetencia del fuero civil y comercial a favor del fuero contencioso administrativo. El planteo fue rechazado por el juez de primera instancia y confirmado por el tribunal de apelaciones. Esta cuestión fue llevada a la Corte por recurso directo (por denegatoria del recurso extraordinario) que rechazó el planteo por sentencia del 26/06/2012 por no tratarse de una sentencia definitiva o equiparable.

A consecuencia de las incidencias procesales que dilataban desde hacía dos años el dictado de la sentencia de fondo, el actor Clarín hizo una presentación ante la corte por denegación justicia, lo que motivó una sentencia de fecha 27/11/2012 que instó al juez de primera instancia el inmediato dictado de la sentencia de fondo y a las partes y tercero el cumplimiento de estricto del deber de buena fe procesal.

Un quinto momento fue la interposición por el gobierno de un *Per saltum* ante la Corte para que ésta dicte sentencia definitiva, haciendo uso de una ley sancionada por el Congreso a fines de 2012 (04/12/2012) que abre la posibilidad de recurrir un fallo de primera instancia directamente (recurso extraordinario por salto de instancia) ante la CSJA saltando, así, la intervención del tribunal de segunda instancia¹. El gobierno empleó esta vía, interponiendo un recurso de *per saltum* ante la CSJA a fin de que sea este Tribunal quien resuelva el fondo del asunto, pero la Corte el 27/12/12 rechaza el *per saltum* por cuanto aún no se había dictado una sentencia de primer instancia que habilite este recurso como lo estipula la previsión legal.

Un día antes de la fecha de vencimiento, el 06/12/12, el Tribunal de alzada, prorrogó la vigencia de la medida cautelar de suspensión del plazo a favor del Grupo Clarín hasta el dictado de la sentencia definitiva. Pero resulta que apenas unos días después, el 14/12/2012, el juez de primera instancia de la causa, dicta sentencia de fondo declarando la constitucionalidad de las disposiciones legales cuestionadas. Esta sentencia, encontrándose aún vigente la medida de suspensión, fue apelada al Tribunal de Alzada revocando la sentencia de primera instancia declarando la inconstitucionalidad de la norma. Esta decisión fue recurrida ante la CSJA quien todavía tiene que resolver el asunto de fondo, encontrándose suspendida la aplicación de ley respecto del Grupo Clarín por efecto de la medida cautelar aún vigente.

Este embrollo procesal exhibe la confrontación pública mantenida entre el gobierno de la presidenta Fernandez de Kirchner con este conglomerado de grupos mediáticos en manos de la Empresa Clarín.

II. ABORTO NO PUNIBLE DE MUJER VIOLADA

La CSJA en el caso «F., A.L.» por sentencia del 13/03/12, resolvió un recurso contra la sentencia del Superior Tribunal de la provincia de Chubut que había autorizado el aborto a una menor embarazada como consecuencia de una violación.

¹ Publicada el 04/12/12, se incorporó en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (arts. 257 bis y 257 ter, «en aquellas causas de competencia federal en las que se acredite que entrañen cuestiones de notoria gravedad institucional, cuya solución definitiva y expedita sea necesaria, y que el recurso constituye el único remedio eficaz para la protección del derecho federal comprometido, a los fines de evitar perjuicios de imposible o insuficiente reparación ulterior. Existirá gravedad institucional en aquellas cuestiones sometidas a juicio que excedan el interés de las partes en la causa, proyectándose sobre el general o público, de modo tal que por su trascendencia queden comprometidas las instituciones básicas del sistema republicano de gobierno o los principios y garantías consagrados por la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales por ella incorporados. La Corte habilitará la instancia con alcances restringidos y de marcada excepcionalidad».

La relevancia constitucional del caso se manifiesta en dos puntos:

a) Aunque la cuestión a esclarecer era si el aborto no punible estaba supeditado a algún trámite judicial, la Corte, como *obiter dictum*, hace una interpretación extensiva del aborto no punible regulado en el art. 86² del Código Penal argentino [previsto sólo para los casos de aborto terapéutico (peligro a la vida de la mujer) y eugenésico (mujer demente violada)], reconociendo el «derecho al aborto» en todos los casos de menor violada, actuando así, en cierto modo, como legislador positivo. En efecto, apoyándose en el principio de no discriminación convierte una causal de inimputabilidad, o sea, de excepción al régimen general (causal de exculpación de mujer demente violada) en un «derecho al aborto» de toda mujer violada. En suma, se produce una mutación interpretativa sobre la base que sería discriminatorio reconocer este derecho a una mujer violada con incapacidad mental (art. 86 inc. 2 CP) y no a los demás casos de mujeres violadas. En lo formal, resolvió la innecesariedad de solicitar una autorización judicial para interrumpir el embarazo respecto de las mujeres que se encuentren en las condiciones descriptas en el art. 86, inc. 2 del Código Penal.

b) Lo novedoso es que la CSJA se expide en un caso abstracto, porque el aborto se había consumado dos años atrás. No obstante la Corte se va a pronunciar con carácter interpretativo, lo que le otorga un efecto *erga omnes* al pronunciamiento.

La cuestión de los recaudos a cumplir por los médicos ante la solicitud de práctica de un aborto no punible, fue objeto de nueva decisión de la CSJN en el caso «Pro Familia Asociación Civil v. GCBA y otros» (11/1012), a raíz de un conflicto de competencias entre los tribunales de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (que habían rechazado la suspensión de la práctica) y juzgado nacional en lo civil de la Capital Federal (que había dictado una medida cautelar suspendiendo la misma). Esta circunstancia habilitó la intervención de la CSJN que dispuso que «ante el pedido de realizar el aborto no punible de que se trata, deberán proceder a la realización de la práctica prescindiendo de la resolución judicial que suspendió su realización» exhortando a los tribunales «que se abstengan de judicializar el acceso a los abortos no punibles».

² Artículo 86.—Incurrirán en las penas establecidas en el artículo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperaren a causarlo.

El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible:

1° Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios.

2° Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto».

III. APLICACIÓN DE CONVENCIONES INTERNACIONALES: PLAZO RAZONABLE

En el caso «Losicer, Jorge Alberto y otros c/ BCRA -Resol. 169/05» del 26/06/2012, la CSJA va a invalidar una sanción administrativa pecuniaria impuesta por el Banco Central contra directores de una entidad financiera, luego que habían pasado dieciocho años desde el acaecimiento de los hechos imputados. Consideró que el irrazonable y dilatado trámite de las actuaciones administrativas vulneró la garantía de defensa en juicio (art. 18 CA) y el derecho a obtener una decisión en el «plazo razonable» (el inc. 1, art. 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), por lo tanto resulta incompatible con la garantía del debido proceso amparado por el art. 18 de la Constitución Nacional y por el art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Asimismo, en concordancia con la jurisprudencia de la Corte Interamericana (Sentencias caso *Genie Lacayo v. Nicaragua*, *Lopez Alvarez v. Honduras*), dirá que las garantías procesales establecidas en el art. 8 no se limitan a los procesos judiciales sino que, por ser propias de un Estado de Derecho, deben ser respetadas por todo órgano o autoridad pública al que le hubieran sido asignadas funciones materialmente jurisdiccionales, quienes deben cuidar el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos. En consecuencia, el «plazo razonable» de duración del proceso al que se alude en el inciso 1 del art. 8, constituye, entonces, una garantía exigible en toda clase de proceso, defiriéndose a los jueces la casuística de determinar de si se ha configurado un retardo injustificado de la decisión.

IV. DERECHOS HUMANOS

1. Derecho a la vida y salud frente a una decisión personal

El caso reproduce el conflicto entre el derecho a la salud de una persona en situación crítica y la voluntad expresada por ésta misma de no recibir ciertos tratamientos de salud (transfusión de sangre). El caso «Albarracini Nieves, Jorge Washington s/medidas precautorias» (01/06/2012) se origina en el pedido de medida cautelar formulado por el padre a favor de su hijo mayor de edad, para que se autorice a los médicos a realizar una transfusión de sangre necesaria para el restablecimiento de su salud. El hijo había ingresado en estado crítico con graves heridas de pronóstico reservado y se encontraba impedido de expresarse por sí mismo. Sin embargo, éste había expresado en el 2008 por un documento escrito certificado por escribano público, su pertenencia al credo «Testigos de Jehova»

y que no acepta transfusiones de sangre por ningún concepto aunque peligrase su vida. La colisión se produce por el pedido de transfusión presentado por el padre del afectado y la voluntad expresada por éste en sentido contrario. La esposa del lesionado se opuso a la medida solicitada por el padre de su cónyuge malherido, y que exigió que se respetase la voluntad expresada por su marido.

En suma, un conflicto entre derecho a la vida y a la salud, por un lado, y la autonomía individual, libertad religiosa y de conciencia, por el otro.

El juez de primera instancia concedió la medida precautoria de ordenar la transfusión solicitada por el padre pero el tribunal de alzada revocó la decisión, denegándola. La cuestión llegó a conocimiento de la CSJA que, apartándose del requisito de reservar su intervención a casos de sentencias definitivas, va a hacer una excepción a dicha regla en este caso por tender que lo resuelto causa un agravio que, por su magnitud o circunstancias de hecho, pueda ser de tardía, insuficiente o imposible reparación ulterior, dando al decisorio el carácter de definitivo a los efectos de la apelación extraordinaria del art. 14 de la ley 48 y, además, porque ha sido cuestionada la inteligencia de cláusulas constitucionales y la decisión ha sido contraria al derecho fundado en aquéllas (inc. 3 art. 14 ley 48)

Aunque la CSJA ya había intervenido en un caso análogo (Fallos 316: 479 Caso «Bahamondez») éste presentaba dos peculiaridades: por un lado, el sujeto había ingresado al establecimiento sanitario en estado de inconsciencia que le impedían manifestar a los médicos cuáles eran las terapias o procedimientos que estaba dispuesto a aceptar de acuerdo a las creencias de su culto y, por otro lado, había dejado manifestación expresa de su voluntad de no aceptar «transfusiones de sangre completa, glóbulos rojos, glóbulos blancos, plaquetas o plasma bajo ningún concepto aunque el personal médico las crea necesarias para salvarme la vida» mediante documento escrito de puño y letra certificado ante notario, que despeja toda duda que sobre la validez de este acto pues se realizó con discernimiento, intención y libertad.

El fallo va a discurrir sobre la esfera de la libertad individual con fundamento en el art. 19 CA («Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados») que reconoce al individuo un ámbito de libertad en el cual éste 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. Haciendo aplicación de los principios sentados en el *leading case* «Ponzetti de Balbin, Indalia c. Editorial Atlántida S. A. s/ daños y perjuicios» (Fallos 306: 1892), va a señalar que en el presente caso «se encuentran comprometi-

dos, precisamente, las creencias religiosas, la salud, la personalidad espiritual y física y la integridad corporal, mencionadas en el citado precedente. Y es con sustento en ellos que es posible afirmar que la posibilidad de aceptar o rechazar un tratamiento específico, o de seleccionar una forma alternativa de tratamiento hace a la autodeterminación y autonomía personal; que los pacientes tienen derecho a hacer opciones de acuerdo con sus propios valores o puntos de vista, aun cuando parezcan irracionales o imprudentes, y que esa libre elección debe ser respetada». Esta facultad fue receptada expresamente por el legislador en la Ley 26.529 sobre Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud que otorga al paciente el derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos «con o sin expresión de causa» (art. 2 inc. e) y de disponer directivas anticipadas sobre su salud, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y decisiones relativas a su salud, las que deberán ser aceptadas por el médico a cargo, salvo las que impliquen desarrollar prácticas eutánicas, las que se tendrán como inexistentes (art. 11). Va a buscar, también, apoyo en una interpretación análoga realizada por el Tribunal Europeo de Derecho Humanos en un caso análogo (*Case of Jehova's witnesses of Moscow and others vs. Russia*, en referencia a *In re T. Adult: Refusal of Treatment*, 3 *Weekly Law Report* 782 (Court of Appeal)).

En suma, consideró que las «directivas anticipatorias» del aquejado debían ser respetadas priorizando la voluntad del paciente fundada en su derecho a la autodeterminación, sus creencias religiosas y su dignidad, ya que se encuentran comprometidos precisamente, las creencias religiosas, la salud, la personalidad espiritual y física y la integridad corporal.

Luego de hacer una reserva: «la libertad de una persona adulta de tomar las decisiones fundamentales que le conciernen a ella directamente, puede ser válidamente limitada en aquellos casos en que exista algún interés público relevante en juego y que la restricción al derecho individual sea la única forma de tutelar dicho interés, circunstancias que claramente no aparecen configuradas en el caso» porque entiende que «no resultaría constitucionalmente justificada una resolución judicial que autorizara a someter a una persona adulta a un tratamiento sanitario en contra de su voluntad, cuando la decisión del individuo hubiera sido dada con pleno discernimiento y no afectara directamente derechos de terceros. Así —concluye—, mientras una persona no ofenda al orden, a la moral pública, o a los derechos ajenos, sus comportamientos incluso públicos pertenecen a su privacidad, y hay que respetarlos aunque a lo mejor resulten molestos para terceros o desentonen con pautas del obrar colectivo», en consecuencia, confirmó la sentencia del tribunal de apelación que revoca la medida cautelar solicitada por el padre del paciente.

2. Derecho a la atención médica de salud

En el caso «Recurso de hecho deducido por Quinteros, Virginia en la causa Quinteros, Virginia s/su presentación» del 23/02/2012, la CSJA tomo intervención en un caso de denegación por una obra social de la solicitud de reafiliación del hijo mayor de edad del afiliado titular obligatorio, afectado por una patología crónica preexistente, que había estado cubierta durante veinte años por dicha obra social a raíz de una hidrocefalia que la afecta con una minusvalía permanente y parcial convirtiéndola en una paciente válvulo dependiente. La demanda fue rechazada por la justicia provincial, pero la afectada recurrió ante la Corte Suprema que abrió el recurso por considerar un excesivo ritualismo su denegatoria, en particular, cuando se hallan comprometidos derechos constitucionales como la vida y la salud, por tanto, la sentencia que rechaza el amparo es asimilable a definitiva cuando se demuestra que produce agravios de imposible o dificultosa reparación ulterior, «por la presencia de arbitrariedad manifiesta, al incurrir en un injustificado rigor formal o no se exhibiese como derivación razonada del derecho aplicable», entonces, la urgencia en el restablecimiento de lo solicitado y el hecho no discutido que la obra social negó el pedido de la actora, ponen de manifiesto que el fallo irroga al demandante agravios de difícil o improbable reparación posterior. La Corte consideró insuficientes para justificar la no reafiliación de la accionante los argumentos referidos a condicionamientos presupuestarios y potestades privativas y a la responsabilidad del Estado Provincial en estos casos a través de su red de hospitales públicos y de los restantes servicios de salud. Tampoco fue aceptable la separación entre el Estado y dicha obra social porque el derecho a la preservación de la salud —comprendido dentro del derecho a la vida y reafirmado en los tratados internacionales (art. 75. incs. 22 y 23 CA)— involucra no sólo a las autoridades públicas sino. También, en la medida de sus obligaciones, a las jurisdicciones locales. obras sociales y entes de medicina prepaga. Finalmente, la CSJA ordenó la reafiliación de la persona afectada de esta dolencia crónica, hija de una afiliada titular obligatoria, porque la obra social al cesar en la prestación de los beneficios de que disfrutaba la actora y al negarse a restablecerlos por la vía de incorporarla como adherente voluntaria —hijo mayor de edad del titular obligatorio u otra categoría análoga— faltó al compromiso que, como ente de la seguridad social, contrajo con su afiliada, al punto tal de comprometer sus derechos constitucionales.

3. Derecho a una vivienda digna

Un caso notable es el reclamo por una vivienda formulado por una madre con un hijo discapacitado («Fallo Q.C., S. Y. vs. Gobierno de la

Ciudad de Buenos Aires» del 24/04/2012). El caso se origina en un amparo deducido por una mujer en «situación de calle» con un hijo con discapacidad mental contra la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. El juez de primera instancia concedió el amparo y el tribunal de apelaciones confirmó la decisión, pero el Tribunal Superior de la Ciudad revocó la sentencia, lo que motivó el recurso ante la CSJA.

El caso es interesante porque se trata del acceso a un derecho de contenido social reconocido por el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que en Argentina goza de jerarquía constitucional por imperio del art. 75 inc. 22 de la Constitución federal. Por cierto, este tipo de derecho por su naturaleza prestacional, está sometido a su progresivo desarrollo y a la disponibilidad de recursos presupuestarios, pero también a la obligación de garantizar un contenido mínimo y al principio de no regresividad.

La afectada va a sostener que las normas constitucionales e internacionales reconocen y garantizan el derecho a una vivienda digna y que la existencia de paradores estatales no es suficiente para garantizar el umbral mínimo del derecho a la vivienda exigido por el PIDESC. Por un lado, sostuvo que los refugios y albergues de la Ciudad de Buenos Aires sólo ofrecen alojamiento nocturno, no reúnen condiciones dignas de salubridad, seguridad e higiene, y no permiten gozar de privacidad o aislamiento. Por otro lado, manifiesta que el programa de subsidios vigente no es adecuado para atender situaciones de desamparo como la suya, porque se trata de medidas de emergencia que sólo se otorgan por un plazo máximo de diez meses y por montos que no alcanzan para costear un lugar para vivir. Finalmente, considera que la demandada no realizó el máximo esfuerzo para lograr, progresivamente y con los recursos económicos disponibles, la plena efectividad del derecho reclamado y que las invocadas carencias presupuestarias no han sido debidamente acreditadas.

La Corte convocó a las partes a una Audiencia que se celebró el 15/09/2011. Comenzará delimitando el marco normativo de este caso en los art. 14 bis, art. 75 inc. 23 CA. También en el art. 25 apartado 2 de la Declaración Universal de los derechos humanos; el art. 11. 1 del PIDESC; el art. XI de la Declaración americana de los Derechos y Deberes del hombre, y, especialmente, la Convención de los derechos del niño (arts. 23, 24, 27.1, 27.3 conc. art. 3), todas con jerarquía constitucional. Y, finalmente, en los arts. 7 apartado 1 y 2 y 28 ap.2.d de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ley 26.378/2008), y en el art. 31 de la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (ley 25.280/2000). Por último, va a citar a la Constitución de la ciudad de Buenos Aires (art. 31.1 y 4 inc. a y c) y a las normativas locales dictadas

para regular esta materia. Sobre la base de este plexo normativo concluye en el reconocimiento de un derecho de acceso a una vivienda digna y el deber de protección de sectores especialmente vulnerables como las personas con discapacidad y los niños en situación de desamparo.

Sobre esta problemática la CSJA va a desarrollar su reflexión sobre tres puntos:

1.) una primera afirmación: «la primera característica de esos derechos y deberes es que no son meras declaraciones, sino normas jurídicas operativas con vocación de efectividad».

2.) Le sigue otra reflexión: «Que el segundo aspecto que cabe considerar es que la mencionada operatividad tiene un carácter derivado en la medida en que se consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado» ... «Este grado de operatividad –continúa— significa que, en principio, su implementación requiere de una ley del Congreso o de una decisión del Poder Ejecutivo que provoque su implementación. Ello es así porque existe la necesidad de valorar de modo general otros derechos, como por ejemplo la salud, las prestaciones jubilatorias, los salarios, y otros, así como los recursos necesarios», para concluir que «que las normas mencionadas no consagran una operatividad directa, en el sentido de que, en principio, todos los ciudadanos puedan solicitar la provisión de una vivienda por la vía judicial».

3.) Sin embargo, puntualiza «Que la tercera característica de los derechos fundamentales que consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado con operatividad derivada, es que están sujetos al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial», y aclara que «la razonabilidad significa entonces que, sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, los poderes deben atender a las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad»... «ello significa que hay una garantía mínima del derecho fundamental que constituye una frontera a la discrecionalidad de los poderes públicos. Para que ello sea posible, debe acreditarse una afectación de la garantía, es decir, una amenaza grave para la existencia misma de la persona» para concluir que «estos requisitos se dan en el caso, ya que es difícil imaginar un estado más desesperante: hay un niño discapacitado, con una madre en situación de calle».

Luego de analizar las distintas posibilidades que ofrece el régimen existente, concluye la CSJA «que resulta evidente que el esfuerzo estatal realizado para garantizar los derechos económicos, sociales y culturales que las normas constitucionales garantizan a la señora y a su hijo no es suficiente o adecuado ya que ni siquiera atiende a las mínimas necesidades que la situación del grupo familiar demandante requiere...» pues «si bien puede admitirse que no hay una única manera de responder al derecho de

vivienda, lo cierto es que las alternativas implementadas por la ciudad no dan una respuesta adecuada, definitiva y acorde a las extremas circunstancias que debe afrontar la recurrente».

La CSJA acude al Protocolo Facultativo del PDESC (aprobado por ley 26.663/2011) para hacer presente «cómo puede entenderse el compromiso de los estados «...de adoptar medidas... hasta el máximo de los recursos de que disponga... con el objeto de lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos», a tal efecto recurre a la interpretación del Comité de DESC de Naciones Unidas que afirmó en primer término «la ‘disponibilidad de recursos’ aunque condiciona la obligación de adoptar medidas, no modifica el carácter inmediato de la obligación, de la misma forma que el hecho de que los recursos sean limitados no constituye en sí mismo una justificación para no adoptar medidas. Aunque se demuestre que los recursos disponibles son insuficientes, sigue en pie la obligación del Estado Parte de velar por el disfrute más amplio posible de los derechos económicos, sociales y culturales, habida cuenta de las circunstancias reinantes ... los Estados Partes tienen el deber de proteger a los miembros o grupos más desfavorecidos y marginados de la sociedad aun en momentos de limitaciones graves de recursos, adoptando programas específicos de un costo relativamente bajo» (punto 4 de la Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el «máximo de los recursos que disponga» de conformidad con el Protocolo Facultativo del Pacto: Declaración del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, E/C. 12/2007/1). Y en segundo término, «advirtió que la garantía de los derechos reconocidos ‘no exige forzosamente importantes asignaciones de recursos (punto 7); más precisamente, estableció que en el caso de que un Estado aduzca limitaciones de recursos, el comité consideraría una serie de criterios objetivos para examinar el argumento entre los que vale mencionar tres de ellos: a.) el nivel de desarrollo del país; b.) la situación económica del país en ese momento, teniendo particularmente en cuenta si atraviesa un periodo de recesión económica; y c.) si el estado intentó encontrar opciones de bajo costo’ (punto 10 de la Declaración cit.)».

Así concluye que en este caso, en relación al cumplimiento de las obligaciones del Estado, que «la intervención estatal hasta el presente, no obstante reconocer que es costosa para el Estado, no parece ser adecuada para resolver la grave problemática que en el sub examine se plantea. Esta no sólo obedece a las condiciones del pequeño, sino a la imposibilidad de que su madre trabaje sin que deba separarse de la criatura o dejarla en manos de terceros sin preparación para su adecuada atención, lo que requiere una intervención estatal en forma de atención global y especializada para el caso, o sea, de asistencia al niño y a su madre, en forma que esta última pueda ejercer alguna actividad rentable sin perjudicar ni poner

en peligro la integridad física y la salud del niño como tampoco su aspecto emocional —elemental para su calidad de vida, considerando su padecimiento—, y que, además, le permita en algún momento acceder a condiciones de convivencia adecuadas a las particularidades del caso».

En suma, la CSJA «resuelve ordenar al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que: 1) Intervenga con los equipos de asistencia social y salud con los que cuenta para asegurar que el niño disponga de la atención y el cuidado que su estado de discapacidad requiere y provea a la actora del asesoramiento y la orientación necesarios para la solución de las causas de su problemática habitacional... 2) Garantice a la actora, aun en forma no definitiva, un alojamiento con condiciones edilicias adecuadas a la patología que presenta el niño, sin perjuicio de contemplar su inclusión en algún programa de vivienda en curso o futuro para la solución permanente de la situación de excepcional necesidad planteada. Asimismo, y hasta tanto la demandada cumpla con lo ordenado, se dispone mantener la medida cautelar».

V. TEMÁTICA AMBIENTAL

1. Otra vez la cuenca del riachuelo

La Ciudad Autónoma de Buenos Aires cuestionó el concepto de cuenca definido por juez federal de Quilmes a cargo de la ejecución de la sentencia «Mendoza, Beatriz y otros vs. Estado Nacional y otros». En consecuencia, por sentencia del 27/12/12 la CSJA definirá que el concepto de «cuenca» en un sentido amplio, sólo deberá ser el territorio que abarca la misma y aquél que pueda tener relación directa o indirecta con su saneamiento, de este modo limita la resolución del Juzgado Federal de Quilmes, de fecha 28/12/2010, que decidió extender «el concepto de Cuenca, teniendo en cuenta los factores de riesgo ambiental en su totalidad, a toda situación que tenga incidencia directa e indirecta con el saneamiento de la misma... tomando como concepto de Cuenca, la totalidad de cada partido que la compone», no obstante que en algunos partidos, las márgenes del Matanza Riachuelo bañan una pequeña porción, por entender que este concepto amplio es funcional para limitar y proteger totalmente el área de la Cuenca propiamente dicha desde el punto de vista geográfico. La CSJA, por el contrario, consideró que con esta amplitud «la definición dejaría de ser funcional y se convertiría en un riesgo para las autonomías de las distintas jurisdicciones que componen la Autoridad de la Cuenca, pudiendo resultar *prima facie* contradictorio tomar como ejes para definir la cuenca, la vinculación con el saneamiento y la totalidad del partido —con asunción expresa por parte del juez de ejecución de que en algunos casos, no

todo el territorio resulta bañado por las costas del Matanza-Riachuelo—, o sea cuando se expande a la totalidad del territorio político, sin que exista Cuenca».

2. La problemática minera

La actividad minera extractiva en Argentina ha empezado a recibir variados cuestionamientos ambientales a través de acciones judiciales. Tal el caso de la Comunidad del Pueblo Diaguita de Andalgalá que promovió acción de amparo ambiental (conf. los arts. 27 y 30 de la ley nacional 25.675 General del Ambiente y 41 y 43 CA) contra Minera Agua Rica LLC (sucursal Argentina) por el inminente inicio de una explotación a cielo abierto de oro, cobre y molibdeno en el yacimiento, «Agua Rica» situado a 17 kilómetros de la Ciudad de Andalgalá en la Provincia de Catamarca. Se demanda a la provincia de Catamarca porque autorizó la explotación del yacimiento ubicado en su jurisdicción ya que considera que la explotación ubicada en Campo del Arenal provocará daño en las cuencas hidrográficas del río Andalgalá con impacto en el Salar de Pipanaco de la provincia de La Rioja y del río Juramento que atraviesa las provincias de Tucumán, Catamarca y Salta. También se demanda al Estado Nacional por omisión de una adecuada gestión ambiental.

La CSJA admitió la acción de amparo «Comunidad del Pueblo Diaquita de Andalgalá c./Catamarca, Provincia, s/ amparo ambiental» (17/04/2012), por tratarse de un caso de competencia originaria dado que es parte una provincia y la causa reviste naturaleza exclusivamente federal, por configurarse la interjurisdiccionalidad prevista en la Ley General del Ambiente 25.675 (art. 7, párrafo 2°) que establece la competencia de los tribunales federales cuando «el acto, omisión o situación generada provoque efectivamente degradación o contaminación en recursos ambientales interjurisdiccionales». La CSJA había establecido que para determinar la procedencia de la competencia federal en razón de la materia ambiental, en primer término debe delimitarse el ámbito territorial afectado, pues, debe tratarse de un recurso ambiental interjurisdiccional o de un área geográfica que se extienda más allá de la frontera provincial, o sea, que abarque a más de una jurisdicción estatal, provincial, de la Ciudad de Buenos Aires o internacional, puesto que debe tratarse de un asunto que incluya problemas ambientales compartidos por más de una jurisdicción. Además, entiende que la definición de la naturaleza federal del pleito debe ser realizada con especial estrictez, por lo que, es preciso demostrar, con alguna evaluación científica, la efectiva contaminación o degradación de tal recurso ambiental interjurisdiccional, esto es, la convicción al respecto debe necesariamente surgir de los términos en que se formule la demanda y de los

estudios ambientales que la acompañen, lo que permitirá afirmar la pretendida interjurisdiccionalidad o, en su defecto, de alguna otra evidencia que demuestre la verosímil afectación de las jurisdicciones involucradas.

La Corte considera que hay que distinguir entre el impacto que producirá, por un lado, la explotación del yacimiento «Agua Rica» en la Provincia de Catamarca, y, por el otro, los efectos negativos que surjan de las restantes etapas del proyecto que la empresa realizará en las otras jurisdicciones, es decir, que según la etapa de la actividad de la que se trate, el poder de policía ambiental deberá ser ejercido por las distintas jurisdicciones en que éstas se concreten, porque la potestad en materia de protección ambiental está en cabeza de las autoridades provinciales (art. 41, tercer párrafo CA).

La CSJA consideró que se trataba de un asunto ajeno a la competencia originaria de ese Tribunal porque el reclamo contra las provincias se refiere al ejercicio del poder de policía ambiental, cuestión que es materia de derecho público provincial que materia de competencia de las autoridades locales, por tanto no es asunto de competencia federal por razón de las personas (provincias) involucradas. En suma, por tratarse de una relación jurídica escindible entre los sujetos pasivos demandado en el pleito, la demanda debiera entablarse ante los tribunales competentes de la respectiva jurisdicción (locales en caso de provincia, federal en caso del Estado nacional). Finalmente, considera que el requisito de la interjurisdiccionalidad no ha quedado demostrado no obstante que el proyecto pudiese producir modificaciones negativas sobre la geomorfología, las aguas superficiales y subterráneas, la atmósfera, el suelo, la flora, la fauna, el ámbito sociocultural y visual de la región.

En conclusión, el ejercicio del poder de policía ambiental es, en principio, potestad provincial, por tanto, no habilita la competencia originaria del Tribunal supremo. Por esta razón la CSJA rechazó el amparo presentado en esta instancia.

Comunidad aborígen santuario tres pozos y otros /c Provincia de Jujuy y otros /s amparo (18/12/2012). Una comunidad aborígen interpone ante la CSJA acción de amparo con el objeto de subsanar omisiones de las provincias de Jujuy y Salta y del Estado Nacional, solicitando se les ordene arbitrar las medidas necesarias para que puedan hacer efectivos sus derechos de participación y consulta y, en consecuencia, expresar su consentimiento libre, previo e informado sobre los programas de prospección o explotación de los recursos naturales existentes en los territorios que ocupan en la zona de Laguna de Guayatayoc (Salinas Grandes), en particular en relación a aquellos expedientes administrativos en trámite vinculados con el otorgamiento de permisos de exploración y explotación de

litio y borato. La CSJA celebra una audiencia entre las partes el 28/03/2012 de donde resulta que derecho esgrimido no es de índole ambiental, sino de naturaleza indígena, ya que la pretensión tiene por objeto la implementación de un proceso de consulta a la comunidades indígenas, con fundamento en la propiedad comunitaria sobre las tierras que ocupan, y no se vincula de manera inmediata con la prevención de un eventual perjuicio que pudiera causarse al ambiente o con la reparación de un daño producido.

La pretensión de las comunidades aborígenes demandantes tiene por objeto obtener un reconocimiento judicial de los derechos de participación y consulta en los expedientes administrativos que existieren en trámite en la órbita provincial, vinculados con permisos de exploración y explotación de litio y borato en las zonas en las que habitan, a los fines de poder expresar eventualmente el respectivo consentimiento libre, previo e informado.

La CSJA consideró, por tanto, que no se ha configurado una «causa» que habilite su intervención porque no se trata de un caso en el que pretende, de modo efectivo, la determinación del derecho debatido entre partes adversas, el que debe estar fundado en un interés específico, concreto y atribuible al litigante. La Corte consideró que las comunidades demandantes no lograron justificar un «interés jurídico» suficiente.

También la CSJA entendió que no se trata de un caso de competencia originaria, pues éste procede no sólo cuando una provincia es parte sino, además, resulta necesario examinar la materia sobre la que versa, es decir, que se trate de una causa de manifiesto contenido federal o de naturaleza civil, en este último caso resulta esencial la distinta vecindad o nacionalidad de la contraria. Tampoco el caso reviste el carácter de causa civil porque es un supuesto que requiere para su solución la aplicación de normas de derecho público provincial o el examen y revisión, en sentido estricto, de actos administrativos o legislativos de carácter local.

La competencia originaria de la Corte en razón de la materia procede tan solo cuando la acción entablada se basa «directa y exclusivamente» en prescripciones constitucionales de carácter nacional, ley del congreso o tratados, de tal suerte que la cuestión federal sea predominante en la causa pero no cuando, como sucede en el caso, se incluyen también temas de índole local y de competencia de los poderes locales. De este modo concluye la Corte, al igual que el caso Comunidad del pueblo diaguita de Catamarca citado, la incompetencia de esta Corte para entender en las acciones que se intentan acumular por vía de su instancia originaria, la demandante deberá interponer esas pretensiones ante las jurisdicciones que correspondan, según la persona que, en uno u otro caso, opte por demandar.

En otros casos análogos la CSJA rechazó su intervención en competencia originaria (Asociación de superficiarios de la patagonia (ASSUPA)/

c Alianza petrolera argentina S.A. y otros /s Daño ambiental del 20/03/2012; ASSUPA /c Y.P.F. S.A. y otros /s daño ambiental, 20/03/2012; ASSUPA /c Braspetro y otras /s daño ambiental, del 20/03/2012).

Conflicto de la actividad minera con Ley de Presupuestos Mínimos sobre glaciares. En el año 2010 el Congreso sancionó la ley 26.639 de Presupuestos Mínimos para la Preservación de los Glaciares y del Ambiente Periglacial. Ésta provocó algunas presentaciones de empresas mineras por considerar que dicha normativa alteraba derechos adquiridos y las condiciones pactadas originariamente. Se generó una situación de incertidumbre jurídica que motivó el planteo de acciones declarativas de certeza para que se esclarezcan estas dudas. La primera acción fue entablada ante el juez federal de la provincia de San Juan por la empresa Barrick Exploraciones Argentinas S.A. que solicitó se declare la inconstitucionalidad de las normas ambientales y se dicte una medida cautelar preventiva. Esta demanda recibió la adhesión de la Provincia de San Juan, por encontrarse en su territorio el emprendimiento minero de Pascua Lama, razón por la cual el Estado Nacional demandado requirió la intervención de la Corte Suprema, la cual en sentencia del 07/06/2012 aceptó su competencia originaria por hallarse involucrada una provincia («Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otro c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad»). El juez federal de San Juan interviniente había dictado como medida precautoria la suspensión de la aplicación de algunos artículos de la ley ambiental. Llevada esta cuestión ante la CSJA, ésta revocó la decisión ordenando el levantamiento de la cautelar dispuesta por considerar que «el juez debió haber tenido en cuenta que una cautelar que suspende la vigencia de la parte esencial de la ley 26.639 tiene una significativa incidencia sobre el principio constitucional de división de poderes, por lo que su procedencia, debió ser evaluada con criterios especialmente estrictos», además, porque de una decisión serneante se desprenderían los mismos efectos que se persiguen con el pronunciamiento definitivo y ello implicaría un adelanto temporal que, de por sí, resulta inaceptable. Recuerda que los jueces deben valorar de forma equilibrada los hechos del caso, así como las normas y principios jurídicos en juego, y resolver las tensiones entre ellos mediante una ponderación adecuada, que logre obtener una realización lo más completa posible de las reglas y principios fundamentales del derecho, en el grado y jerarquía en que estos son valorados por el ordenamiento jurídico. A la luz de los principios señalados, la medida precautoria dispuesta por el a quo no aparece como un remedio proporcionado a la naturaleza y relevancia de la hipotética ilegitimidad que se denuncia («Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otro c/Estado Nacional s/acción declarativa de inconstitucionalidad» del 03/07/2012). En

igual sentido, aceptando la competencia originaria se expidió en otro caso análogo: «Xstrata Pachón S.A. c/Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad» del 03/07/2012.

En otro caso análogo, la Corte no admitió su competencia originaria porque no había tenido intervención la provincia afectada, razón por la cual defirió la competencia del juez federal de primera instancia («Asociación Obrera Minera Argentina Seccional Jujuy c/Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad. Asociación Obrera Minera Argentina Seccional Jujuy c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad, del 15/05/2012).

VI. ATRIBUCIONES PROVINCIALES

1. Destitución de un Magistrado de Tribunal Superior de Provincia

En las provincias argentinas el sistema de destitución de magistrados de tribunales superiores, en general, sigue el modelo norteamericano del juicio político por el Parlamento local en razón de la jerarquía cimera de este tribunal de justicia.

Llegó a la CSJA el planteo de un magistrado del superior tribunal de justicia de la provincia de Neuquén destituido por la Legislatura local («Recurso de hecho deducido por Eduardo José Badano en la causa Badano, Eduardo José s/ juicio político»). El afectado interpuso recurso extraordinario ante la Corte Suprema contra la sentencia del Tribunal superior de Justicia de Neuquén que había rechazado la impugnación a su destitución por la Legislatura local. Este tribunal superior local rechazó el recurso extraordinario lo que motivó la presentación directa del afectado ante la CSJA («recurso de hecho o de queja»), que abrió el recurso rechazando mediante sentencia del 14/02/2012 el planteo del recurrente con diversos argumentos:

1. Citando el precedente «Graffigna Latino» (Fallos: 308:961) la Corte recordó que ha sostenido de modo invariable la doctrina según la cual las decisiones en materia de los llamados juicios políticos o enjuiciamiento de magistrados en la esfera provincial, cuyos trámites se efectúan ante órganos ajenos a los poderes judiciales locales, constituyen un ámbito en el que sólo es posible la intervención judicial en la medida que se aduzca y demuestre inequívocamente por el interesado la violación de alguno de los derechos o garantías establecidos en el art. 18 CA.

2. Recordará que el objetivo del juicio político, antes que sancionar al magistrado o funcionario, es determinar si éste ha perdido los requisitos que la ley y la Constitución exigen para el desempeño de la función para la que ha sido designado, en consecuencia, el sentido de un proceso de esta naturaleza es muy diverso al de las causas de naturaleza judicial, por

lo que sus exigencias revisten una mayor laxitud. En efecto, se entiende que no puede aplicarse al juicio político el mismo estándar de imparcialidad que el que se desarrolla en sede judicial, en consecuencia, no se puede admitir múltiples recusaciones por prejuzamiento, enemistad o presunto interés en la destitución del funcionario pues esto llevaría a desintegrar el órgano establecido por la Constitución para efectuar el control entre los poderes. Y por ello, una situación de esta naturaleza frustraría el apropiado funcionamiento del sistema al sustraer el conocimiento de la causa al poder controlante previsto en el ordenamiento normativo —constitucional o infraconstitucional— vigente, sea porque cualquier modo alternativo de reemplazo que se hubiera elegido podría ser tachado de inconstitucional, o fuera por impedir derechamente la constitución del órgano.

3. Además, quien pretenda el ejercicio de aquel escrutinio deberá demostrar en forma nítida, inequívoca y concluyente, con flagrantia, un grave menoscabo a las reglas del debido proceso y a la garantía de defensa en juicio que, asimismo, exhiba relevancia bastante para variar la suerte de la causa en función de la directa e inmediata relación que debe tener la cuestión federal invocada con la materia del juicio. Para dar lugar a un supuesto de inequívoco carácter excepcional como es la arbitrariedad se debe demostrar que la equivocación del pronunciamiento impugnado es tan grosera que aparece como algo inconcebible dentro de una racional administración de justicia.

Concluye la CSJA que el recurrente no logra demostrar que se hayan transgredido en forma nítida, inequívoca y concluyente las reglas estructurales del debido proceso, en consecuencia, por no haber materia federal que habilite la intervención de la Corte en el marco de los rigurosos límites de su competencia que, para asuntos de esta naturaleza, le impone la Constitución, va a rechazar el recurso interpuesto.

2. Regulación de la actividad pesquera por los Estados provinciales

Una empresa pesquera, de capital mixto argentino-español, dedicada a la captura, procesamiento y comercialización de diversas especies marinas, va a demandar a la Provincia de Santa Cruz a fin obtener la declaración de inconstitucionalidad de una ley provincial por la cual se impuso las obligaciones de contratación de personal con residencia con «mas de dos años» y de incluir un 10% de personal sin experiencia. Bajo el apercibimiento de sanciones que al final conllevan la suspensión de permisos de pesca por 6 meses. La causa «Arbumasa S.A. c/ Santa Cruz, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad» se inicia directamente ante la CSJA que, por demandarse a una provincia, es de competencia originaria *ratione personae*. La empresa cuestiona la ley provincial por ser con-

trapuesta a la ley nacional de pesca y, además, porque sus actividades pesqueras operan en aguas jurisdiccionales de la Nación y de la provincia de Chubut. Finalmente, apunta a la irrazonabilidad de la medida porque lo relevante en orden a la tripulación no es el mero hecho de la residencia en la Provincia sino la idoneidad o aptitud técnica del eventual tripulante.

El *thema ad decidendum* consiste en dilucidar si la Provincia de Santa Cruz puede imponer, con base en las disposiciones de una ley provincial a una empresa cuyo objeto es la pesca y procesamiento de distintas especies, un cupo determinado de tripulación domiciliada en ese estado local, y si el ejercicio de esa pretensa facultad vulnera el régimen federal de pesca, en suma, la concordancia entre los preceptos constitucionales invocados, la norma federal vigente en la materia, y la ley provincial cuestionada.

La CSJA aplicó el precedente análogo «Argenova S.A. c/ Santa Cruz, Provincia de s/ acción declarativa» del 14/12/2010, donde va a aclarar que, por un lado, los actos de las legislaturas provinciales no pueden ser invalidados sino en casos en que la Constitución concede al Congreso Nacional, en términos expresos, un poder exclusivo o en el que el ejercicio de idénticos poderes ha sido expresamente prohibido a las provincias, o cuando hay una absoluta y directa incompatibilidad en el ejercicio de ellas por éstas últimas, en consecuencia, la atribución que tiene el Tribunal de declarar inaplicables leyes o actos emanados de otros poderes del Estado Nacional o provincial, como contrarios a la Constitución o a las leyes nacionales, debe ejercerse con suma prudencia, porque «cabe tener presente que el diseño del sistema federal en la Constitución Nacional reconoce la preexistencia de las provincias y la reserva de todos los poderes que éstas 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».

Por su parte, la ley nacional de pesca encuentra su fundamento en expresas disposiciones constitucionales que delegaron en el Congreso nacional la facultad de dictar normas dirigidas a promover el desarrollo económico del conjunto de la nación (art. 75 inc. 18 CA). Esta normativa federal ha establecido reglas generales relativas a la tripulación. Sin embargo, la ley sancionada por la Provincia de Santa Cruz —en aras de asegurar fuentes laborales en las tareas de pesca que generalmente se realizan en las aguas provinciales— ha introducido un privilegio a favor de sus habitantes y de aquellas personas que acrediten más de dos años de residencia en ella, que no sólo afecta a la empresa sino que no se concilia con la igualdad de derechos que consagra la Constitución Nacional entre los habitantes de las distintas provincias (art. 28 CA).

La ley provincial con las obligaciones impuestas crea una condición para la renovación de los permisos de pesca que en su aplicación traspasa

la esfera de competencia provincial, ya que importa una fuerte restricción a la libertad de contratar y a la igualdad de trato que no puede ser convalidada. Por lo demás, tal restricción se contrapone a los lineamientos establecidos en la normativa nacional, según la cual aquéllos sólo pueden estar condicionados a la contratación por parte de las empresas que los solicitan, de un mayor porcentaje de «mano de obra argentina», la que no necesariamente tiene que ser local de una provincia con litoral marítimo. Por estas consideraciones la CSJA declaró la inconstitucionalidad de la ley provincial, privándole de validez a la norma por el principio de supremacía federal contenido en el artículo 31 CA.

3. Facultades impositivas de los Estados provinciales

Un establecimiento hotelero reclama por el cobro de un gravamen nacional y, simultáneamente, de impuestos provinciales dentro de un parque nacional. Esto llevo a la empresa Lago Espejo Resort S.A. a iniciar ante la CSJA, como de competencia originaria, una acción declarativa de certeza contra la Provincia del Neuquén y contra la Administración de Parques Nacionales (APN), a fin de hacer cesar el estado de incertidumbre respecto del poder de imposición que ambas demandadas alegan tener sobre el establecimiento de su propiedad que explota como hotel, ubicado en el Parque Nacional Nahuel Huapi, a orillas del Lago Espejo («Lago Espejo Resort S.A. c/ Provincia de Neuquén y Estado Nacional s/acción meramente declarativa (impuesto inmobiliario e ingresos brutos» del 20/03/12). Reclama que, por un lado, la APN le exige el pago de una tasa anual en concepto de «habilitación para actividades turísticas» y que, por otro lado, la provincia de Neuquén le exige el pago de impuestos provinciales (inmobiliario e ingresos brutos). Según la demandante esto configuraría un caso de doble imposición sobre el mismo hecho imponible, prohibido por la ley fiscal nacional (art. 19 Ley 23548).

La singularidad del caso surge del hecho que el inmueble se encuentra emplazado dentro del Parque Nacional Nahuel Huapi lo que constituye una circunstancia relevante a los fines de decidir la cuestión planteada, dada la regulación constitucional que gobierna esos enclaves considerados como «establecimientos de utilidad nacional». El art. 75 inc 30 CA resuelve la cuestión, al decidir que los «establecimientos de utilidad nacional» ubicados en territorio provincial no cuentan con inmunidad absoluta ante la potestad de imposición general que corresponde a las provincias, por tanto, debe considerarse que las actividades desarrolladas en los establecimientos de utilidad nacional no se hallan excluidas de la potestad de imposición general que se reconoce a las provincias; y el menoscabo al fin público federal ha de ser efectivamente demostrado por quien lo alega. En

consecuencia, la CSJA va a resolver que el impuesto inmobiliario y el impuesto a los ingresos brutos establecidos por la provincia no son incompatibles con la satisfacción del propósito de interés público característico de un parque nacional. Que estos gravámenes refieren a hechos imponibles relacionados el uno con la titularidad del inmueble y el otro al ejercicio habitual y a título oneroso de una actividad comercial. Que tampoco existe superposición tributaria por el un canon anual que se abona a la Administración de Parques Nacionales por el aprovechamiento o explotación comercial que se le permite dentro de un área protegida, porque se beneficia la actora por la infraestructura operativa y de recursos humanos que se da en el área protegida. Tampoco, existe una doble imposición en razón de la diversa naturaleza de ambos gravámenes (ingresos brutos y canon). En conclusión, la CSJA va a rechazar la demanda incoada por la empresa hotelera admitiéndose que deba abonarse tanto el canon nacional como los impuestos provinciales.

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

1. Temas de interés.—El *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* publica trabajos de investigación originales sobre la Constitución y el sistema de las fuentes, el control de la constitucionalidad y la justicia constitucional, la tutela de los derechos y libertades y el orden axiológico constitucional, así como la interpretación por los Tribunales Constitucionales u órganos equivalentes de las normas de la Constitución, con particularísima preferencia a los países del mundo iberoamericano.

2. Envío de originales.—Los originales, que deberán ser inéditos o en todo caso no haber sido publicados en lengua española, se enviarán en lengua española, portuguesa o inglesa, escritos en microsoft word o en formato compatible, y se harán llegar por correo electrónico, a la dirección public@cepc.es o, si ello no fuera posible, en soporte electrónico (CD-ROM), a nombre del Secretario de la Revista, a la dirección: CEPC, Plaza de la Marina Española, 9, 28071 MADRID.

3. Formato.—Los originales deberán ir escritos a espacio y medio, en letra Times New Roman, tamaño 12. La extensión total no podrá superar las 30 páginas (10.000 a 12.000 palabras), incluidos notas a pie de página, bibliografía y apéndices en su caso. La primera página incluirá el título, nombre el autor o autores, filiación académica, direcciones de correo ordinario y electrónico y teléfono de contacto. En una segunda página se presentarán dos resúmenes, en español e inglés, de unas 120 palabras cada uno y entre tres y cinco palabras clave (en los dos idiomas).

4. Normas de edición:

a) **Bibliografía.**—Las referencias bibliográficas, que se limitarán a las obras citadas en el trabajo, se ordenarán alfabéticamente por el primer apellido, en mayúsculas, del autor, bajo el título «Bibliografía» al final del original. Ejemplo:

LÓPEZ LÓPEZ, JUAN (2005): «La reforma de la Constitución», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 80, págs. 20-35.

LÓPEZ LÓPEZ, JUAN (2004): *Derecho Constitucional*, Madrid, CEPC.

Si se citan dos o más obras de un determinado autor publicadas en el mismo año, se distinguirán por medio de una letra. Ejemplo: LÓPEZ LÓPEZ (2005a) y LÓPEZ LÓPEZ (2005b).

b) **Notas a pie de página.**—Todas las notas irán a pie de página, numeradas mediante caracteres arábigos y en formato superíndice. No se incluirán las referencias bibliográficas completas, sino solamente su forma abreviada. Ejemplo: LÓPEZ LÓPEZ (2005): 90.

c) **Citas.**—Las citas irán entrecomilladas. Si exceden de tres líneas irán separadas del cuerpo principal del texto, sangradas y a espacio sencillo. Cualquier cambio introducido en la cita original deberán indicarse encerrándolo entre corchetes.

5. Proceso de publicación.—El *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* acusará recibo de todos los originales en el plazo de treinta días desde su recepción. El Consejo de Redacción decidirá la publicación de los trabajos sobre la base, en su caso, de informes de evaluadores externos. La publicación podrá quedar condicionada a la introducción de cambios con respecto a la versión original. La decisión sobre la publicación no excederá de un año. Los autores de artículos aceptados para su publicación podrán, en su caso, ser requeridos para la corrección de pruebas de imprenta, que habrán de ser devueltas en el plazo de un mes. No se permitirá la introducción de cambios sustanciales en las pruebas, quedando éstos limitados a la corrección de errores con respecto a la versión aceptada.

6. Copyright.—Es condición para la publicación que el autor o autores ceda(n) a la *Revista*, en exclusiva, los derechos de reproducción. Si se producen peticiones de terceros para reproducir o traducir artículos o partes de los mismos, la decisión corresponderá al Consejo de Redacción.

7. Advertencia.—Cualquier incumplimiento de las presentes Normas constituirá motivo para el rechazo del original remitido.

COMENTARIOS BIBLIOGRÁFICOS

El *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* no acepta reseñas o comentarios bibliográficos no solicitados. Agradece, por el contrario, sugerencias sobre libros para su revisión.

ISSN 1136-4824



9 771138 482402



0 0 0 1 7

26,00