

SESIONES ORDINARIAS
2004
ORDEN DEL DIA N° 1755

COMISION DE JUICIO POLITICO

Impreso el día 23 de noviembre de 2004

Término del artículo 113: 2 de diciembre de 2004

SUMARIO: **Juicio** político al ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, doctor Antonio Boggiano.

1. **Carrió.** (5.245-D.-2003.)
2. **Mínguez y Damiani.** (289-D.-2004.)

Dictamen de comisión

Honorable Cámara:

La Comisión de Juicio Político ha considerado el pedido formulado por los señores diputados Mínguez y Damiani (D.-289-04) y la señora diputada Carrió (D.-5.245-03) de promoción de causa de responsabilidad del señor ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, doctor Antonio Boggiano, con arreglo a lo prescrito por el artículo 53 de la Constitución Nacional; y, por las razones expuestas en el informe que se acompaña y las que dará el miembro informante, aconseja la aprobación del siguiente

Proyecto de resolución

La Cámara de Diputados de la Nación

RESUELVE:

1° Acusar ante el Honorable Senado de la Nación al señor ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, doctor Antonio Boggiano, por mal desempeño en el ejercicio de sus funciones.

2° Autorizar a la Presidencia a designar una comisión con el objeto de que, en representación de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, sostenga la acusación correspondiente ante el Honorable Senado de la Nación.

3° La comisión designada deberá gestionar ante el Honorable Senado de la Nación la suspensión inmediata del juez acusado, mientras se sustancia el juicio político.

Sala de la comisión, 11 de noviembre de 2004.

José R. Falú. – Nilda C. Garré. – Juan J. Mínguez. – Carlos A. Martínez. – Héctor T. Polino. – Juan J. Alvarez. – Alberto J. Beccani. – Miguel Bonasso. – José M. Cantos. – Pascual Cappelleri. – Gerardo A. Conte Grand. – Hernán N. L. Damiani. – Silvia G. Esteban. – María A. González. – Julio C. Gutiérrez. – Guillermo E. Jonhson. – Araceli A. Méndez Ferreyra. – José A. Mirabile. – Osvaldo M. Nemirovski. – José A. Pérez. – Rodolfo Roquel. – Gerónimo Vargas Aignasse. – Daniel A. Varizat.

INFORME

Honorable Cámara:

Resumen general

A fin de ayudar a la lectura del presente se formula un resumen general del informe a manera de índice temático.

1. *El juicio político*

El juicio político parlamentario es un proceso de responsabilidad política, casi administrativa, pues tiene por único objeto remover al funcionario, y no el aplicar penas. No es un proceso penal. Actúan dos órganos típicamente políticos, como son la Cámara de Diputados, que acusa, y el Senado, que juzga. En cada etapa del proceso es necesario el voto afirmativo de las dos terceras partes de los miembros presentes. Es decir que, para remover a un funcionario –un juez de la Corte en este caso– se requiere un consenso altísimo, mayor que para la sanción de una ley, por ejemplo.

La decisión del Congreso es definitiva y final, in susceptible de ser revisada por el Poder Judicial.

2. El mal desempeño

El mal desempeño es la causal más importante del juicio político, pues ella no admite reglamentación infraconstitucional y sólo el Congreso –cada Cámara en cada etapa– puede determinar qué es mal desempeño. Es una valoración técnica y política de la conducta del funcionario imputado.

Se trata de la evaluación de la conducta funcional del magistrado. El análisis de la conducta del juez, como en este caso, obviamente abarca su actividad como tal, es decir, en los procesos judiciales. Ello no implica ni una censura ideológica ni, tampoco, la posibilidad de modificar sus sentencias. Sí, obviamente, juzgar si ha actuado conforme a una buena conducta o ha incurrido en mal desempeño, lo que se determina a través de mayorías calificadas de votación en ambas ramas del Congreso.

3. Los casos

a) Meller

La empresa Meller reclamó tardíamente una rendición de cuentas a la Empresa Nacional de Telecomunicaciones –en liquidación– a resultas de la cual la liquidadora Alsogaray dictó la resolución 146/96, que le reconoció un crédito por \$ 28.942.839 (actualmente más de \$ 400.000.000 en bonos) en concepto de publicidad publicada en las guías telefónicas de los años 1988, 1989 y 1990.

Pero ese crédito era inexistente, porque había sido cancelado y, a todo evento, renunciado por la misma empresa.

Cuando una funcionaria del Ministerio de Economía advirtió esa escandalosa maniobra, debió expedirse el procurador del Tesoro –máxima autoridad jurídica de la administración pública–, quien dictaminó que esa resolución era nula de nulidad absoluta e insanable y debía ser declarada lesiva al interés público, pues Meller ya había percibido todo lo adeudado y renunciado a los reclamos vinculados al tema.

Pero la liquidadora María Julia Alsogaray no hizo caso al procurador del Tesoro y sólo dictó otra resolución (18/96) mediante la cual “suspendió” (sic) el pago ordenado y solicitó la opinión de letrados para que lo contradijeran. En tal sentido opinaron el abogado Cassagne (presidente de Aguas Argentinas S.A., donde Meller tuvo participación) y el ex ministro Rodolfo Barra.

El caso llegó al –ya derogado– Tribunal de Obras Públicas, que ordenó que la resolución 146/96 que mandaba pagar los millones a Meller “debía ser cumplida”.

El Estado interpuso recurso extraordinario contra ese escandaloso absurdo. La Corte –que integraba Boggiano– lo rechazó en una actuación que ya el Honorable Senado en el precedente “Moliné O’Connor” del 2003 calificó de mal desempeño.

En efecto, por este caso fue acusado y removido por el Senado el ex juez Moliné O’Connor.

El imputado Boggiano pretende diferenciarse de Moliné. Es un esfuerzo vano.

Su situación es idéntica en su base y agravada por las particularidades que se pormenorizarán más adelante. En primer lugar porque ambos componen la mayoría que rechaza el recurso del Estado. Y, fundamentalmente, porque para los cargos por los que se removió a Moliné O’Connor es absolutamente irrelevante cuáles fueron los argumentos (*rectius*: “excusas”) para fundar el fallo, sino que lo relevante es el fallo en sí atento la manifiesta ilegitimidad del reclamo y escandaloso trámite defraudatorio desarrollado en sede administrativa.

Por eso, a Boggiano le caben los mismos cargos que a Moliné O’Connor, más otros que se le suman como consecuencia de nueva prueba aportada a su respecto.

Como se dijo, la situación de Boggiano es aún más grave.

Ocurre que el fallo de la mayoría tiene fecha 5 de noviembre de 2002, a días de la renuncia del juez Bossert y del rechazo del juicio político de 2002. Y hasta el día anterior Boggiano y Nazareno iban a votar por la revocación del insostenible fallo del tribunal arbitral.

El removido Moliné, si se quiere dentro de la mala conducta, al menos tuvo una posición y la mantuvo manifestándola abiertamente: siempre estuvo en favor de Meller, mientras que Boggiano cambió de opinión de modo más que sospechoso: escandaloso. No cabe reproche por el cambio de opinión de un magistrado, pero sí es obligación que la funde acabadamente su mutación de criterio jurídico, y no que sea obra de un puro voluntarismo, como ocurrió en la especie, de acuerdo a las pruebas coleccionadas.

Es preciso dejar enfáticamente destacado que las causales por las que fue destituido Moliné son suficientes para dar igual tratamiento y solución a este juicio político a Boggiano, con independencia de las nuevas pruebas y cargos referidos a sus contradicciones internas en el caso Meller y externas con respecto al precedente Aión que él mismo firmó.

Empero serán materia de tratamiento estas especiales circunstancias que envuelven y rodean la conducta de Boggiano, pues es obligación analizar *in totum* su desempeño, que a la postre resulta más grave que el de Moliné. En cualquier caso, se subraya, basta el antecedente “Moliné” para su remoción, aun sin la hipotética ponderación de las contradicciones que se señalarán.

En efecto, en setiembre de 2002 Boggiano había afirmado con argumentos fuertes y contundentes que iba a suscribir un fallo donde: i) se hacía lugar al recurso del Estado y se dejaba sin efecto la sentencia que favorecía a Meller; ii) se imponían las cos-

tas a Meller; iii) se ponderaba el precedente Aion como precedente –el que luego calificó de “resto indeliberado”–; iv) se ponderaban los “sólidos fundamentos del dictamen” de la Procuración del Tesoro en los que el Estado fundamentó su recurso; v) se adjetivaban de “dogmáticas” las afirmaciones del tribunal arbitral, y vi) se calificaba al fallo del tribunal arbitral que favorecía a Meller de no constituir “una derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las circunstancias comprobadas de la causa”.

Pero sorpresivamente, cambió pocos días después para formar la mayoría que permitió a Meller ganar el caso.

Pues con el cambio de su voto y el de Nazareno un día antes de la sentencia, conformó la mayoría en favor de Meller que en dos años y medio de debate jamás había tenido.

Ya antes había impedido, en marzo de 2000 (como él mismo reconoce pues dice que ello no hubiera ocurrido de no ser por “mi iniciativa fundada”: descargo del 21/10/04, página 7), que fuera sentencia un primer proyecto, donde el recurso iba a ser rechazado, pero porque se consideraba que no se estaba ante una sentencia definitiva, pues el Poder Ejecutivo podía revocarla en su sede, y ello i) sellaba la suerte de Meller, ya que el procurador del Tesoro se había pronunciado en su contra, y ii) dejaba abierta la puerta para una posterior intervención de la Corte, cuando el caso fuera “definitivo”.

Así vemos que Boggiano ayuda a Meller desde el principio, cuando hizo abortar un primer proyecto que no favorecía a Meller, al pedir que opine el procurador de la Nación. Luego, como Meller no iba a lograr mayoría –y existía una fuerte presión pública sobre su conducta por el juicio político de 2002, lo que exigía que aparentara al menos buena conducta–, en septiembre de ese año se pronunció por hacer lugar al recurso del Estado. Pero, como la presión pública había disminuido cuando se rechazó el juicio político y, al renunciar el juez Bossert, si él y Nazareno cambiaban el voto se podía fallar a favor de Meller, cambió sin razón suficiente su criterio y se sumó a uno de los desfalcos más escandalosos de los últimos años: el pago de un crédito que no existía.

Por último esta Cámara y el Senado no pueden dejar de ponderar las provocadoras excusas que Boggiano exhibe en su voto, para justificar el escándalo de mandar pagar un crédito por \$ 400 millones, inexistente, al haber afirmado:

–Que el Estado puede dirimir sus conflictos patrimoniales no sólo ante un tribunal arbitral sino por medios como el azar, un juego, apuesta o echar suertes (textual: “...al azar acudiendo al vestido arbitral, que puede ser de un juego, apuesta o un echar suertes de modo que las partes disponen también renunciar a los recursos judiciales aún pactando

duras penas de multa para quien quisiera abandonar aquel camino”).

–Que el caso “Aión” –que él suscribió– era un fallo sin sentido y “un resto indeliberado” (sic).

–Que es admisible que el Estado pueda someter sus conflictos a la resolución por el azar o un juego porque el servicio que ofrece el Poder Judicial patrio no es más equitativo que aquellos métodos. Cabe recordar que la Corte Suprema que él integra es cabeza de ese Poder Judicial (textual: “...no es dable afirmar con arrogancia que un proceso judicial pueda hacer más equidad que aquellos métodos, pues la crisis actual de la seguridad jurídica conduce a las partes a elegir alternativas de solución de controversias prescindentes de la jurisdicción estatal...”).

b) Macri

Se imputó a Francisco Macri y otros empresarios el haber realizado miles de contrabandos de automóviles.

Pocos de ellos habían sido perpetrados por la aduana de Buenos Aires y la mayoría por la de Gualeguaychú.

Previo un juez federal de San Isidro que luego de instruir las primeras diligencias resolvió dividir los hechos según las competencias por materias y territorio. Las dos materias eran el delito de contrabando y la evasión tributaria.

Ninguno de los imputados cuestionó esa separación de las causas. Así, admitieron que se trataba de un conjunto de hechos y no de uno solo concretado mediante un universo de acciones.

Sin embargo, luego de satisfacer la multa por la evasión tributaria, el juez que investigaba los contrabandos ocurridos por la aduana de Buenos Aires, sobreseyó a los imputados porque consideró único el hecho.

Con esa sentencia se presentaron ante el juez federal con asiento en Entre Ríos que investigaba los miles de contrabandos ocurridos por la aduana de Gualeguaychú, pretendiendo que se declararan extinguida las acciones penales por haber sido sobreseydos de los contrabandos cometidos en la aduana de Buenos Aires.

Adviértase el dislate: por hechos cometidos y juzgados en Buenos Aires se pretendía extender la cosa juzgada a hechos ocurridos en Gualeguaychú.

Es decir, la tesis de los imputados era que jamás se iban a investigar los miles de contrabandos ocurridos en Gualeguaychú.

Semejante absurdo fue rechazado por el juez federal y la Cámara Federal Penal del circuito. Pero la Casación, con un insostenible fallo, lo revocó y absolvió a los imputados, confundiendo el contrabando con la evasión tributaria y pretendiendo construir una teoría francamente poco seria para

argumentar que un conjunto de miles de contrabandos independientes de automóviles podían ser, en realidad, un solo delito “continuado”.

Para advertir el absurdo es como si un acusado de genocidio dijera: “Maté a muchas personas, pero no cometí tantos homicidios, sino que fue un solo homicidio continuado”.

De resultados del fallo de la Casación quedaban no sólo impunes, sino ni siquiera investigados, los miles de contrabandos ocurridos en Gualeguaychú, pues nadie más que el juez con asiento en Entre Ríos podía investigarlos... pero con esta sentencia se lo impedían.

Todo indicaba que la Corte revocaría ese fallo. Pero, nuevamente, apenas concluido el juicio político de 2002, Boggiano y sus colegas de la mayoría automática rechazaron sin dar un solo argumento el recurso extraordinario, con cita del artículo 280 del Código Procesal.

Belluscio, Petracchi y Fayt votaron en disidencia, poniendo aún más de resalto el manifiesto mal desempeño de Boggiano, que consagró la impunidad de los empresarios imputados de contrabandistas.

c) **Dragonetti de Román**

El mal desempeño en este caso se evidencia ante la sanción aplicada a la jueza por no haber colaborado con una actitud de la Corte que resultaba rayana con la afectación de los derechos sindicales.

Pero más allá de ello, la Corte –con la participación de Boggiano– se arrogó atribuciones del Consejo de la Magistratura.

La sola enunciación de una institución que ejerce actividad represiva fuera de su competencia causa alarma. Y más aún si esa actividad se desarrolla respecto de un juez de la Nación. Y el caso llega al mal desempeño si quien comete la inconducta es un juez de la Corte que, en lugar de velar por la independencia del juez y la supremacía de la Constitución, las vulnera.

Desarrollo de los temas

I

Consideraciones previas

Este informe tiene el carácter de provisorio ya que corresponde a la etapa preliminar del juicio político. En el plenario de Diputados, y eventualmente en el Senado, se podrán ampliar las consideraciones y alegaciones, así como las pruebas que mejor perfeccionen las imputaciones y cargos que se irán enunciando.

Esta fase preliminar de investigación tiene por objeto reunir los elementos que permitan fundar y sostener la acusación, quedando reservado para las etapas posteriores procurar la perfección y certeza

de la culpabilidad del enjuiciado, a través de nuevas pruebas y alegaciones sobre los hechos imputados, si fuera necesario.

En suma, este dictamen o consejo al plenario de la Cámara no agota la prueba o la certeza de culpabilidad, pues para ello está previsto el procedimiento posterior en el recinto plenario de esta Cámara y, eventualmente, a través de las reglas que fija el reglamento de juicio político del Senado. Allí se ha de sustanciar la etapa final, con el Senado constituido en Gran Jurado.

En este informe habrá de considerarse con el alcance recién definido la respuesta que corresponda a la defensa técnica ejercitada por el juez denunciado, sin que exista obligación de valorar la totalidad de sus argumentaciones, sino aquellas que se consideren conducentes para la resolución en esta etapa.

II

Introducción: consideraciones sobre el juicio político parlamentario

a) *La responsabilidad de los funcionarios públicos*

1. La responsabilidad de los funcionarios públicos constituye un principio elemental del sistema político republicano.

Desde los albores de la emancipación, este principio fue considerado uno de los pilares para el afianzamiento de las libertades públicas. Así, en la cláusula quinta del acta del día 24 de mayo de 1810, reproducida en el acta del día 25 del mismo año, se consagraba la responsabilidad de los titulares del Poder Ejecutivo. Dicha acta decía: “...Aunque el Cabildo se halla plenísimamente satisfecho de la honrosa conducta y buen procedimiento de los señores mencionados [los de la Junta], sin embargo, para satisfacción del pueblo se reserva también estar muy a la mira de sus operaciones, y caso no esperado que faltasen a sus deberes, proceder a la de posición con causa bastante y justificada, reasumiendo el Cabildo para este solo caso la autoridad que le ha conferido el pueblo...”. De este modo, se responsabilizaba a los integrantes de la Primera Junta ante el Cabildo, exclusivo órgano de carácter popular que existía por aquellos días.

Mariano Moreno escribía sobre este tema en “La Gaceta” del mes de julio de 1810: “El pueblo no debe contentarse con que sus mandatarios obren bien: deben aspirar a que no puedan obrar mal; a que los poderes tengan un dique más fuerte que el de su propio mérito, y a que, delineado el camino de sus operaciones por reglas que no esté en sus manos defraudar, su gobierno derive no de las personas sino de reglas que obliguen a sus sucesores a ser igualmente buenos que sus antecesores, sin que en

ningún caso se les deje la libertad de gobernar imprudentemente”.

2. Tiempo después, Aristóbulo del Valle señalaba que la responsabilidad de los funcionarios era una de las características esenciales de la forma republicana de gobierno. Al dar la definición de ésta, decía: “República es la comunidad política organizada sobre la base de la igualdad de todos los hombres, cuyo gobierno es simple agente del pueblo, elegido por un tiempo de tiempo en tiempo y responsable ante el pueblo de su administración” (*Introducción al Derecho Constitucional*, La Buenos Aires, 1895, tomo II, página 70).

La responsabilidad del funcionario es vital, esencial, para afianzar la natural credibilidad que debe tener el pueblo en sus gobernantes. Es necesario que la idoneidad y la aptitud del hombre en la función pública sirvan para impulsar el bien común y no el beneficio propio.

Cuanto mayor es el grado de responsabilidad de un funcionario, mayor es la exigencia que pesa sobre él, en el sentido de representar el ejemplo y la guía que orientan a su pueblo. Asimismo, cuanto mayor es el poder que ostenta ese funcionario, mayor debe ser el control ejercido sobre el mismo.

La responsabilidad que aquí tratamos, es aquella de naturaleza política, habida cuenta de que la responsabilidad del funcionario público puede también ser de carácter civil, derivada de actos ilegítimos o irregulares con que los funcionarios causan perjuicio a terceros o al Estado, o de tipo penal, que existe cuando un funcionario realiza un acto que constituye un delito previsto en el Código Penal o en leyes penales especiales.

3. Por ello señalaba Alberdi que “...la responsabilidad de los encargados de todo poder público es otro medio de prevenir sus abusos. Todo el que es depositario o delegatario de una parte de la soberanía popular debe ser responsable de infidelidad o abusos cometidos en su ejercicio...”; “...para que la responsabilidad sea un hecho verdadero, y no una palabra mentirosa debe estar determinada por la ley con toda precisión; deben existir penas señaladas para los abusos de los mandatarios, jueces que las apliquen y leyes que reglen el procedimiento de juicio político...”.

Ha dicho con acierto Estrada que “una sociedad republicana necesita la preocupación constante de la cosa pública; necesita vigilar, hora por hora, instante por instante la marcha de sus poderes, advertirles de su error, criticarlos, juzgarlos, rectificar su dirección y enderezar sus senderos” (*Curso de derecho constitucional*, 1902, tomo I, página 244).

4. Históricamente, la responsabilidad política se perfeccionó, merced a la tarea realizada por el constitucionalismo en los últimos siglos, a partir del desarrollo de las instituciones modernas que fue-

ron limitando el ejercicio del poder. Esta responsabilidad fue el medio utilizado por el constitucionalismo para terminar con las autoridades que derivaban su poder de la divinidad.

No se concibe, en la actualidad, un gobierno que no sea responsable de sus actos, y normalmente esa responsabilidad está consagrada expresamente en los textos constitucionales.

Ha sido definida por Loewenstein, en los términos siguientes: “Existe responsabilidad política cuando un determinado detentador del poder tiene que dar cuenta a otro detentador del poder sobre el cumplimiento de la función que le ha sido asignada”. La conducta de quien accede a la función pública, el obrar conforme a las leyes y la decencia al servicio del interés público constituyen bases esenciales de todo gobierno. Por el contrario, la falta de conducta, el obrar irregular y la corrupción son la antítesis de la virtud republicana que Montesquieu tipificaba como “el amor a la República”.

El alcance de la responsabilidad política difiere según el régimen de gobierno. En el parlamentarista, hay responsabilidad política cuando el Parlamento obliga al gabinete a dimitir en virtud de un voto de censura.

En el régimen presidencialista, el presidente y el Congreso son independientes entre sí; de allí que éste no pueda obligar al presidente a remover a sus ministros. En el presidencialismo, la responsabilidad política es ejercida mediante el procedimiento del juicio político, que consiste en la remoción de los funcionarios a quienes la Constitución les ha conferido la estabilidad necesaria, por actos tipificados en la Ley Fundamental.

b) *El juicio político; concepto*

1. El juicio político parlamentario es un procedimiento administrativo que la Constitución ha encargado de modo definitivo y excluyente al Congreso de la Nación.

Decía Joaquín V. González que las responsabilidades políticas es compartida por ambas Cámaras, aunque cada una ejerza funciones diferentes.

2. Se trata de un procedimiento en el que se juzgan culpas políticas (causas de responsabilidad) a tenor del impacto que en la comunidad produce la inconducta del enjuiciado.

No es un juicio penal; es un proceso que sólo tiende a la remoción del imputado. Y si bien se han realizado analogías con el proceso penal, creemos que tal analogía es sólo parcial, porque si bien puede permitir comprender ciertos aspectos del proceso, implica una simplificación excesiva ya que omite considerar la base política e institucional del juicio político, que lo hace sustancialmente diferente del proceso penal. No debe olvidarse que el juicio político es un proceso constitucionalmente reglado, y que existe una decisión (con mayoría especial) de

una Cámara legislativa para la declaración de la promoción de una causa de responsabilidad y deducir así la acusación, y que para ello el expediente o proyecto que inicia la causa sufre un trámite eminentemente parlamentario, con la intervención de una comisión asesora, dictámenes, discusiones, debates públicos, etcétera, actos éstos que marcan un abismo con el proceso penal. Así, resultan irreconciliables, para cualquier profundización que se intente, el impulso que deben dar a la causa los representantes del Ministerio Público y el ritmo que le imprimen los legisladores a un juicio político, así como también la discrecionalidad con la que —legal y legítimamente— pueden decidir estos últimos. Los institutos de la caducidad, prescripción o *non bis in idem* no resultan trasladables a esta institución constitucional que, según algunos estudiosos, proviene de las costumbres de los pueblos germanos, conforme a los escritos del historiador romano Cayo Cornelio Tácito.

Sólo alcanza a los funcionarios expresamente enumerados por la Constitución, pues está previsto como antejuicio del posterior juicio penal en privilegio que se dispensa a los sujetos pasibles de él para evitar la multiplicidad de denuncias que entorpecerían su quehacer institucional.

Este dato, en sí, resalta su diferencia con el proceso judicial, pues la propia Constitución indica que el juicio ordinario se produce luego de la remoción.

3. Se trata de un mecanismo a través del cual se controla el ejercicio del poder y se ponen fin a las inconductas actuales o pasadas de ciertos magistrados, previniendo al Estado de su posible reiteración. Por ello la posibilidad de sancionar del funcionario sólo con la inhabilitación, y no con sanciones penales.

En esto se diferencia de su antecedente británico, el *impeachment*.

Es un juicio donde el acusado conserva el derecho de disponer su extinción, pues si renuncia al cargo agota la competencia jurisdiccional del Congreso.

Un proceso donde los datos de oportunidad, mérito y conveniencia definen la existencia y el sentido de la acusación por Diputados y del fallo senatorial. Tanto es así que el Senado actúa como jury de hechos, conformado por senadores a los que no se exige ser abogados y quienes no fundan su decisión, pues se manifiestan sólo por la aceptación o rechazo del cargo.

La decisión no es vinculante para la Justicia ordinaria. En efecto, puede el Senado destituir por considerar que el acusado estuvo incurso en delito y ello no significa que necesariamente en el ámbito penal se vaya a condenar al mismo. Inversamente, puede absolver el Senado al enjuiciado y ello no lo exime de que al término de su mandato sea juzgado por la Justicia común.

Es un proceso público.

Tal como se expresara en la introducción de los fundamentos de los cargos realizados por la Comisión de Juicio Político de la Cámara de Diputados de la Nación contra varios de los ministros de la Corte Suprema de Justicia, durante el pasado año, “el juicio político constituye una institución del sistema de gobierno republicano y democrático que expresa de modo práctico una de las aristas más relevantes de la doctrina de la división o separación de poderes”¹.

c) Sus orígenes como instrumento de la doctrina de la separación de funciones y controles recíprocos

1. Como es sabido, la preocupación por dividir el ejercicio del poder a fin de evitar la arbitrariedad no es nueva, sino que, por el contrario, tiene raíces antiguas y profundas.

Aristóteles, por ejemplo, refería las diversas funciones sociales y su respectivo poder, y describe con claridad los elementos fundantes de un régimen político evolucionado (no primitivo) cuando afirma que está conformado por tres elementos: *a)* el deliberativo, *b)* el de las magistraturas y *c)* la administración de justicia (*Política*, IV.10, VI.13).

Tampoco los romanos ignoraban esta doctrina pues, según las enseñanzas de Cicerón, para que la república se mantuviera era necesaria una “equitativa compensación de derechos, deberes y funciones, de manera que los magistrados tengan suficiente poder, los consejos de los ciudadanos distinguidos suficiente influencia, y el pueblo suficiente libertad” (*La República*, 33; cita de la edición de Aguilar, Buenos Aires, 1967).

Y cabe mencionar que a partir de la lectura de los libros del *Antiguo Testamento* —fundamentalmente de los libros del *Exodo* y *Deuteronomio*—, Spinoza enuncia una teoría política donde puede advertirse la relevancia de la división de las funciones (Spinoza, Baruch, *Tratado Teológico Político*. Edición consultada: *Tratado Teológico Político –selección–*; *Tratado Político*, Ed. Tecnos, Madrid, 1966, traducción de Enrique Tierno Galván y sus citas de *Exodo*, *Deuteronomio*, *Números*, *Jueces* y *Libro I de Samuel*).

Pero estos principios de filosofía política que surgen de nuestras raíces culturales, recibieron un desarrollo importante durante los últimos siglos, siendo de especial interés la experiencia del Estado inglés. En este caso, la limitación del poder real por el Parlamento primero y, luego, los intentos de Cromwell de constituir un gobierno fuerte frente a éste, confluyeron con las ideas de Harrington, que

¹ Cámara de Diputados de la Nación, Sesiones Ordinarias 2002, Orden del Día N° 395, Comisión de Juicio Político, impreso en Buenos Aires el 14 de junio de 2002.

trató de plantear un complejo sistema de distinción y control recíproco, y de Locke, que distinguía la facultad legislativa del Poder Ejecutivo y federativo (este último relacionado con las relaciones exteriores).

2. Como es conocido, en el pensamiento europeo del siglo XVI se manifestó la teoría del equilibrio en variados aspectos (en el equilibrio internacional, en el de la balanza de pagos entre importaciones y exportaciones, en el de los efectos de los sentimientos egoístas y altruistas o en la teoría de la gravitación de Newton) y el ámbito político no fue la excepción. Fue entonces Bolingbroke quien desarrolló las ideas del equilibrio –*equilibrium of powers*– y control recíproco –*checks and controls*.

También en el continente floreció la aceptación de esta tesis de división y equilibrio. Constant distinguía cinco poderes en lugar de tres: el poder real, el Poder Ejecutivo, el poder representativo de la continuidad, el poder representativo de la opinión y el Poder Judicial (*Principios de política*, cap. II).

Sin embargo, pocas dudas caben de que fue Montesquieu quien con mayor delicadeza describió esta teoría al estudiar las prácticas constitucionales británicas en el célebre capítulo VI del libro XI de *El espíritu de las leyes*.

3. Actualmente la doctrina ha experimentado importantes desarrollos, entre los cuales es de mención ineludible la teoría del sistema parlamentario (o *cabinet system*), al que no ingresaremos por resultar ajeno a este dictamen, toda vez que los constituyentes patrios siguieron el modelo clásico de la división tripartita con un Ejecutivo fuerte (hiperpresidencialista, según Carlos Nino).

4. Es entonces indiscutible que la división de poderes resulta un elemento fundante de nuestra cultura política y del sistema constitucional que nos cobija.

Supone, por lo tanto, que ninguno de los tres grandes departamentos en que se han repartido las más importantes funciones del Estado (legislar, ejecutar y juzgar) pueda ser avasallado por el otro, ni se admita la sumatoria de facultades en uno solo.

Se trata de un sistema que, por un lado, garantiza el buen gobierno y, por el otro, asegura los derechos individuales de los ciudadanos.

Los tres departamentos estatales (poderes) ejercen sus facultades con independencia, pero se someten al control funcional y político de modo recíproco. El Poder Ejecutivo puede vetar la norma que sanciona el Congreso, los jueces pueden declarar su inconstitucionalidad en los casos particulares sometidos a su jurisdicción y el Congreso debe velar por el buen desempeño de los funcionarios que integran los más altos cargos de los restantes poderes.

Enmarcado entonces en la doctrina de la separación de poderes o funciones y del control

interorgánico, aparece esta herramienta del juicio político, que, si bien su antecedente más claro es el *impeachment* inglés, reconoce otro más lejano en la justicia tribal en asamblea ya que nada es más natural que el hecho de que el alto funcionario deba rendir cuentas del ejercicio del poder que el pueblo le ha delegado y que lo haga ante ese mismo pueblo.

Va de suyo que –como referimos antes– nuestro juicio político exhibe notables diferencias con el *impeachment*, pues éste se trataba de un proceso penal además de político (cf. Blackstone, William, *Commentaries on the Laws of England*, 1769, v. IV cap. 19), diferente del regulado en la Constitución patria, de naturaleza administrativa, como refería el ex diputado y senador Joaquín V. González.

El *impeachment* nació para asegurar que no habría impunidad (Gallo, Vicente, *Juicio político*, Buenos Aires, 1897, p. 77), y si en Inglaterra cayó en desuso fue porque en el sistema parlamentario se juzga la responsabilidad política del gabinete mediante la censura, que expresa la falta de consenso del gobierno y, así, lleva a su caída; de tal modo la remoción por *impeachment* no es necesaria (Duguit, León, *Traité de Droit Constitutionnel*, París, 1926-1928, t. II, pp. 799-800; t. IV, p. 473).

En cambio, los sistemas donde la separación del Ejecutivo y el Legislativo es tajante lo mantienen y lo utilizan, como los casos de Brasil o los Estados Unidos de Norteamérica de la última década lo ilustran.

5. Ahora bien, el juicio político moderno hereda del *impeachment* la intención de evitar la impunidad y garantizar el correcto funcionamiento del Estado. A la vez, actualmente, impide que el funcionario sea molestado por denuncias o procesos si antes no fue removido del cargo.

Nuestro juicio político no impone penas (salvo la de inhabilitación accesoria), sino que tiene por fin, en su caso, la remoción del funcionario que ha incurrido en mal desempeño. Se trata, en realidad, de un antejuicio que elimina la inmunidad que reviste a los funcionarios señalados de modo taxativo por la Constitución, mientras ejerce el cargo (cf. artículo 53).

Serán luego los tribunales ordinarios los que –si corresponde– reclamarán la responsabilidad civil o penal del funcionario removido (cf. artículo 60, CN).

6. En esta instancia sólo se juzgará su responsabilidad política, administrativa, funcional; se trata –se reitera– de un juicio administrativo (cf. Joaquín V. González, Diario de Sesiones de esta Cámara de Diputados del 17/12/892; Montes de Oca, Diario de Sesiones del Senado del 4/10/911).

La pena no alcanzará al individuo, se limitará al funcionario (Laboulaye, ver cita en Diario de Sesiones del Senado, 1924, t. II p. 573).

7. Estamos ante un proceso político no sometido a las reglas de los procesos judiciales (entre mu-

chos otros: González, Diario de Sesiones del Senado del 11/9/911, t. I p. 483, ídem Diario del 10/6/919, t. I p. 89; Roca, ídem Diario del 1º/7/919, t. I, p. 150; Justo y Bravo, ídem Diario del 11/9/924, t. I, pp. 497 y ss. y del 18/9/924; ver además Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados del 17/12/892).

Respecto de este proceso político (por todos, Brossard, Paulo, *O impeachment*, San Pablo, 1992, p. 76), el Congreso, sus Cámaras en cada etapa, es el último y único responsable, siendo suyas las facultades de modo exclusivo y excluyente. Como dice la sana doctrina constitucional, el titular de las atribuciones es su primer intérprete.

Y, por ello, son sus integrantes, los representantes del pueblo, los que rendirán cuentas ante la sociedad (y la historia) sobre la corrección de su proceder.

Ningún poder del Estado puede obstruir esta herramienta de excepción que constituye el juicio político parlamentario. Para Joaquín V. González se trata de uno de los privilegios de las Cámaras.

La Constitución es clara: prescribe que sólo ella (esta Cámara de Diputados) ejerce el derecho de acusar a los jueces de la Corte Suprema federal y demás funcionarios allí enumerados.

Como no escapa a nadie, absurdo sería que se pretendiera colocar una instancia superior a la decisión del Congreso de la Nación en una materia que la Constitución le ha atribuido de modo exclusivo y excluyente.

8. Esta atribución se refuerza en la medida en que el Parlamento no impondrá penas ni juzgará la responsabilidad civil: sólo resolverá la permanencia o remoción de los funcionarios imputados. Conforme a lo expuesto, no existe ningún elemento que permita la judicialización de este proceso eminentemente disciplinario. De modo que suponer que quienes son imputados y juzgados se pudieran erigir en jueces de su propio proceso ofende la inteligencia constitucional y la lógica de la república.

El ejercicio de las funciones estatales tiene reglas a las que se someten los funcionarios. Y en lo que respecta a legisladores y magistrados de la Corte Suprema, la Constitución dispone que éstos sean controlados por aquéllos.

9. Cada vez que debe analizar la conducta de un *impeachable*, la Cámara de Diputados se encuentra ante una grave responsabilidad: la que surge del artículo 53 de la Constitución. Al tomar conocimiento de la probable existencia de una causa de responsabilidad respecto de los miembros de la Corte Suprema federal debe estudiar las imputaciones.

No escapa a la Comisión la seriedad que el proceso de juicio político exige, pues se trata de una delicada decisión de gobierno: la de mantener o remover de su cargo a los más altos funcionarios.

No ignora esta Comisión que en nuestro país esta institución ha tenido uso entre 1853 y la fecha, y

sabe que la práctica constitucional ha reconocido estándares de interpretación de las normas constitucionales que rigen el proceso, de los que, por regla, no corresponde apartarse. Ello ha sido preservado y así se advertirá a lo largo del texto.

Esto es un pilar fundamental del estado de derecho y es lo que modernamente se denomina “seguridad jurídica”, que no es otra cosa que la sana previsibilidad de las acciones de gobierno.

En tal virtud, la conclusión del proceso en esta primera etapa que se desarrolla en la Cámara de Diputados se deduce de la aplicación de las normas constitucionales a los hechos acreditados en autos conforme a la convicción de los señores legisladores.

10. Durante este proceso debe cuidarse al detalle el respeto del derecho de defensa de los imputados. Cabe recordar que la primera garantía surge de la Constitución, donde se exige una mayoría especial para que proceda la acusación. Luego, es obvio que la obligación constitucional de desarrollar la acusación y el correlativo derecho de defensa de los imputados se ejercerán ante el Senado constituido en tribunal. Sin embargo, aun respecto del trámite en esta Cámara acusadora, se han desarrollado debates en cuanto a la extensión de la audición de los imputados ante el plenario de la Cámara. Y, en este caso, la comisión ha modificado su práctica habitual para ampliar las garantías en orden al derecho a ser oído.

11. La comisión debe aspirar a que se haga justicia y para ello el debate debe ser amplio y desinhibido, a fin de que cada diputado conozca el caso antes de emitir su voto.

La Cámara de Diputados debe cumplir esta función de gobierno como una política de Estado, sin que los intereses parciales jueguen roles decisivos. Lo que debe importar es la salud de las instituciones y la buena conducta –dedicada y de buena fe– de los funcionarios. No deben privilegiarse los intereses particulares o mezquinos.

12. En esta etapa, la convicción a la que debe arribar la Cámara es la de considerar si se han dado los presupuestos necesarios para considerar configuradas las causales de remoción y, así, promover la acusación. Una vez decidida tal circunstancia, si la Cámara así lo decidiera, la comisión que ésta designe deberá formular la acusación ante el Senado, donde se establecerán puntual y formalmente los hechos y cargos definitivos y se ofrecerá la prueba de la que se valdrá para acreditar el mal desempeño de los imputados.

En esta instancia constitucional lo relevante es que la Cámara resuelva si corresponde o no la causa de responsabilidad. Luego, ante el Senado, se señalarán los hechos acreditativos del mal desempeño y eventual comisión de delitos, sobre los que versará la prueba.

La comisión debe cumplir con la obligación constitucional de analizar y emitir el dictamen que corresponde conforme a las constancias del proceso.

13. Es menester analizar la buena o mala conducta de los magistrados en su función. Y como el imputado es titular de uno de los tres poderes del estado constitucional y el mayor tribunal de derecho, va de suyo que su buena o mala conducta como garante final de la Constitución se estudió en función de su conducta como juez.

El Congreso no puede imponer puntos de vista en cuestiones de derecho en las causas judiciales en trámite. De ningún modo se puede en este proceso afectar la inmutabilidad de la cosa juzgada en causa judicial alguna que haya fallado la Corte Suprema o cualquier otro tribunal del país.

Sí se habrá de reconocer la buena o mala actuación. La Cámara debe conocer, juzgar en las imputaciones a los ministros de la Corte y, en su caso, acusar ante el Senado a quienes hubieran cumplido mal su función. Y, para ello, debe analizar sus sentencias, sus fundamentos y consecuencias.

Suponer que la República debe soportar jueces que enuncien disparates (o cometan arbitrariedades, o actúen motivados por intereses ajenos a su leal saber y entender) no es algo que resulte siquiera invocable.

14. Las sentencias de la Corte en muchos casos no trascienden los intereses de las partes sometidas al proceso, y en tales casos, aun ante errores de hecho o de derecho que afectan irremediablemente derechos, la actuación de la Cámara a los fines del artículo 53 de la Constitución debería ser más restrictiva que en otros casos, donde la doctrina trasciende el interés de las partes y afecta derechos colectivos, consagra privilegios, etcétera.

Es que bien se ha dicho –tal vez por ser la creación de la administración de justicia una obra humana– que el error está en la sustancia con la que ha sido hecha la vara misma de la justicia

Pero tolerar el error y la diversidad de criterios en el análisis y decisión sobre las normas aplicables a un caso no implica admitir que la Corte legitime la violación de derechos constitucionales de los ciudadanos, la consagración de privilegios y/o las transferencias indebidas de ingresos, cuando a criterio del Congreso se aprecian como arbitrarias y carentes de fundamentos.

15. Como se ha advertido, suponer la impunidad y la falta de control en el ejercicio de la función no es la doctrina parlamentaria. Y, como fue dicho, respetada doctrina lo admite, y absurdo sería que no lo hiciera. Al respecto puede verse una expresión en los párrafos suscritos por el lamentablemente desaparecido doctor Bidart Campos en el descargo del juez Fayt durante 2002.

Es que lo contrario consagraría un teorema de impunidad. Algo así como invocar que, como todo

es regulado por normas jurídicas y la Corte es el máximo tribunal de derecho, nadie ni ninguna institución pueden objetar lo que sus integrantes desarrollan en el ejercicio de la función.

La independencia de criterio es poder resolver conforme a la leal ciencia y conciencia. Pero la impunidad es suponer que es posible desviar el uso del poder para consagrar privilegios.

En un juicio político no se analiza jurídicamente el contenido de una sentencia, sino que se estudia la sentencia como objeto o instrumento del mal desempeño de un magistrado.

Para evitar esa posible impunidad está el juicio político, y en lo relativo a éste nadie hay por sobre el Congreso, y quien así lo sostenga contradice a la Constitución.

En el juicio político la Comisión sólo cumple con su responsabilidad constitucional a fin de lograr lo mejor para las instituciones de la República y para el pueblo argentino. Así, estudiará y analizará la conducta integral de cada uno de los jueces y resolverá encuadrarla o no en las causales constitucionales de remoción.

En el juicio político no se juzga una institución, sino la conducta de sus funcionarios para preservar a la institución.

La comisión investiga la conducta de los funcionarios que no hubieran honrado tan alto cargo.

Resulta entonces suficientemente claro que, por el contrario, este proceso resguarda a la Corte Suprema como institución fundamental del país.

16. Por ello, se ha desarrollado la investigación y se emite el presente dictamen, que aconseja la acusación los señores diputados que integran la comisión están convencidos; de que el imputado no está a la altura de su cargo.

Así lo resuelven y aconseja esta comisión en este dictamen, conforme a su leal ciencia y conciencia, con arreglo a las constancias del proceso.

d) *Procedimiento del juicio político*

1. Las normas que regulan el procedimiento del juicio político se hallan contenidas en la Constitución Nacional, en el reglamento interno de cada Cámara del Congreso y en los reglamentos internos de las respectivas comisiones.

Se pueden diferenciar dos etapas dentro del procedimiento establecido para el juicio político. La primera etapa consiste en el estudio de las denuncias presentadas, para determinar si reúnen las condiciones objetivas y subjetivas del caso planteado y con ello decidir si se inicia lo que se conoce como etapa informativa (apertura del sumario). La segunda etapa se desarrolla sobre la base de las pruebas obtenidas durante la sustanciación del sumario y consiste en la confección de un dictamen que le permite a la Cámara de Diputados decidir si formulará la pertinente acusación ante el Senado de la Nación.

2. Los pedidos y denuncias de juicio político que se presentan ante la Cámara de Diputados se trasladan a la Comisión de Juicio Político para su estudio. Cualquier funcionario o ciudadano que considere que algunos de los funcionarios que establece el artículo 53 de la Constitución han incurrido en mal desempeño de sus funciones o en la posible comisión de un delito está facultado a efectuar la pertinente denuncia. Una vez presentada la denuncia, el presidente de la comisión analizará si están acreditadas las condiciones objetivas y subjetivas para la procedencia del juicio político. Esto constituye en los hechos un análisis previo de la denuncia, basado en las condiciones objetivas y subjetivas del caso, que realiza el presidente de la comisión junto con los asesores de ella. Si los elementos de convicción son suficientes a juicio de la Comisión “se abre la causa a prueba” y comienza lo que se llama el proceso informativo de la denuncia. Respecto de las facultades a que se refiere el artículo 12 del reglamento, son meramente enunciativas, como este mismo lo expresa. El artículo 13 del reglamento interno contempla la citación al acusado para que haga su descargo, lo cual constituye la aplicación a este proceso (de carácter político) de las garantías constitucionales del debido proceso y el derecho de defensa. Si se hace lugar al pedido, las actuaciones pasarán al plenario de la Cámara, acompañadas de un anexo con todos los antecedentes.

Aprobado el dictamen la etapa de acusación es efectuada por la Honorable Cámara de Diputados, pues se trata de una facultad que le está reservada en forma exclusiva a la Cámara baja. Se trata de uno de sus privilegios. El artículo 53 de la Constitución Nacional dispone que: “... sólo ella [Cámara de Diputados] ejerce el derecho de acusar ante el Senado al presidente”. Y para ello necesita una mayoría calificada de las dos terceras partes de sus miembros presentes.

El Senado es el que juzga en forma definitiva. El artículo 59 de la Constitución Nacional dice: “Al Senado corresponde juzgar en juicio político a los acusados por la Cámara de Diputados, debiendo sus miembros prestar juramento para este acto”. Es una atribución exclusiva y excluyente. La potestad tiene características especiales. Las atribuciones del Senado son propias, pues las recibe directamente de la Constitución (artículo 59). No es factible ningún tipo de delegación.

El Senado entiende en forma directa, desde el momento en que la comisión acusadora de Diputados formula ante la Cámara alta el pedido de destitución de un funcionario determinado. Es un cuerpo político, no un tribunal de segunda instancia. La tarea del Senado se limita a lo dispuesto por el artículo 60 de la Constitución Nacional, esto es, la destitución del acusado, e incluso a declararlo incapaz de ocupar ningún empleo de honor, de confianza o a

suelo de la Nación, cuando corresponda. No podrá imponer penas, pues su función es de naturaleza política, y no judicial. Por lo tanto, el fin del juicio político es remover al funcionario del cargo que ostenta, independientemente de las acciones posteriores (juicios penales y civiles) que se realicen con posterioridad a la remoción del mismo.

III

La defensa de Boggiano respecto de la imposibilidad de analizar su mal desempeño por su actuación como juez

1. A criterio de la comisión, las imputaciones realizadas al juez Boggiano son de entidad suficiente y permiten calificar su conducta como de mal desempeño. Por ello corresponde acusarlo ante el Senado.

Pero antes de ingresar en los cargos, se analizará un esfuerzo defensivo desarrollado por el juez Boggiano para intentar desestimar las imputaciones. Tal defensa se funda en que, en su criterio, no es posible analizar su mal desempeño en su actividad propiamente como juez.

El argumento es vulgarmente calificado como “la imposibilidad de juzgar por el contenido de las sentencias”, como si analizar el buen o mal desempeño del funcionario en el ejercicio de su función fuera una suerte de control ideológico o de conformación de una instancia judicial superior a la misma Corte federal.

2. La administración de justicia, como función del poder estatal ejercida por los órganos judiciales, tiene un modo preciso y concreto de expresión: el pronunciamiento, la sentencia.

El Congreso debe juzgar a quien no cumplió con su función, que era la de impartir justicia observando los principios fijados por la Constitución Nacional.

A través de la actividad jurisdiccional que, de suyo, incluye el dictado de sentencias, se desarrolla el desempeño del juez que puede ser calificado –como el de cualquier funcionario– de bueno o malo. Es su desempeño funcional. Por lo tanto, no es posible analizar la conducta del juez a fin de imputar o no mal desempeño sin analizar sus desempeños en los casos que resuelve.

Un juez se conoce a través de sus sentencias y decisiones judiciales. Pero cuando esas sentencias no son sólo vehículo de interpretaciones jurídicas doctrinarias, sino que son instrumentos para otros fines y que se ocultan bajo la forma de sentencia judicial, nos encontramos frente a un caso de mal desempeño. Un juez que, a sabiendas, condena a un inocente (caso que se da en autos) no puede ser calificado como de buen desempeño. ¿Cómo serlo si se condena a un inocente –el Estado, que no era deudor– a abonar una suma millonaria?

3. Por otro lado, la decisión en este juicio político no modifica la cosa juzgada. Si sobreviniera su destitución en el Senado, ella no implicaría cambio alguno en ninguno de los casos en los que intervino. Recientemente se removió al ex juez Moliné O'Connor y nada ha variado –por ello– en la causa “Meller”, que motivó el cargo por mal desempeño que causó su destitución.

La sentencia ha de permanecer inmutable, irrevisable por el Congreso. Pues se estudia y califica la conducta; no la sentencia como acto en sí. En su caso serán los propios jueces quienes calificarán la validez o no de ese pronunciamiento en el que intervino si se probaran en sede judicial conductas penalmente reprochables, etcétera, pero a todo ello el Congreso es y será ajeno.

4. El libro IV, título XIII de las Instituta, legisla sobre el oficio del juez: “Debe ante todo cuidar el juez de no juzgar diferentemente de como en las leyes o en las constituciones, o en las costumbres se haya establecido”. Entre las novelas figura la Constitución CXVIII de los emperadores León y Alejandro, la cual comienza así: “Estimo ciertamente que ninguno de los que desempeña el cargo judicial ha de precipitarse nunca con tal estupidez e impericia que se atreva a proferir juicio o sentencia de otro modo que con arreglo a las prescripciones de las leyes. Mas si alguno hubiera llegado a tan grande demasía, sufrirá, hecho reo, las penas que están consignadas en las leyes”.

5. Retomando lo fijado por el artículo 53 de la Constitución en cuanto al mal desempeño como causal de remoción, la Constitución no define lo que debe entenderse por mal desempeño, permitiéndole a la Cámara de Diputados, a través de su Comisión de Juicio Político, fijar en cada caso qué entiende por mal desempeño.

La doctrina y jurisprudencia parlamentaria, siguiendo los conceptos fijados por Joaquín V. González, entiende que se configura la causal de mal desempeño cuando “...los actos de un funcionario no se ajusten al vocabulario de las leyes penales vigentes, no sean delitos o crímenes calificados por la ley común, pueden sí constituir mal desempeño porque perjudiquen al servicio público, deshonren al país o la investidura pública, impidan el ejercicio de los derechos y garantías de la Constitución Nacional, son entonces el resorte del juicio político”.

Pero reiteramos que el juzgamiento político de este estándar, es decir la facultad de decidir si en un caso fáctico se configura o no la causal de remoción, corresponde exclusivamente a las Cámaras legislativas o a los órganos competentes (Consejo de la Magistratura y Jurado en la reforma de 1994 respecto de los jueces inferiores) y conforme a su racional discreción.

Y la doctrina que han adoptado la Cámara de Diputados y el Senado consiste en ponderar globalmente la conducta y el desempeño del funcionario juzgando los errores y equívocos de derecho con mesura y prudencia, y sólo considerarlos configurativos de mal desempeño cuando ellos superen el límite de lo razonable. Este razonamiento se efectúa dentro del amplio margen de discrecionalidad que los constituyentes brindaron al Congreso.

6. Los miembros del Poder Judicial, y en este caso el juez Boggiano, permanecen en sus funciones en tanto dure su buena conducta. Es decir, pueden ser removidos si se dan los extremos fijados constitucionalmente. En tal inteligencia conviene recordar que si bien los integrantes de la Corte Suprema no se renuevan como en los demás poderes del Estado, esto no significa que sean inamovibles; el artículo 110 es claro: “duran en sus funciones mientras dure su buena conducta”.

Por eso, y como pueden ser removidos si se demuestra que no son idóneos para el ejercicio del cargo con el que han sido investidos, es que la misma Constitución que fija el procedimiento para su nombramiento, fija el procedimiento para su remoción.

Por lo tanto, esta imputación de cargos de mal desempeño no constituye un acto de voluntad caprichoso de la Cámara de Diputados, sino por el contrario se trata de una facultad constitucional que resulta de ejercicio obligatorio para el Congreso.

7. Es pues claro que el Congreso no modifica las sentencias de la Corte, pero bien puede de manera excepcional apreciar la conducta de los ministros cuando se den las circunstancias que ameriten la posibilidad de un mal desempeño de sus funciones sobre la base de un accionar arbitrario, utilizando la vía del juicio político.

En tal sentido la posibilidad de que un juez se equivoque de buena fe en la aplicación del derecho no puede ser causal de mal desempeño, al menos en la medida en que no sea reiterada o constante, pero ello no implica un *bill* de indemnidad para que pueda hacer cualquier cosa, o que el pueblo en su amplia mayoría –representado en las Cámaras, donde se exigen mayorías calificadas– no pueda desplazar al magistrado judicial que no cumple su rol.

En tal sentido, el buen o mal desempeño de un juez se verifica precisamente en los procesos en los que se desempeña, al menos en la inmensa mayoría de los casos.

Consecuentemente, vale señalar que la norma general indica que no corresponde que el Parlamento interfiera en la órbita del Poder Judicial, aprobando o desaprobando sus fallos, y ésa ha sido la doctrina que tradicionalmente ha seguido el Congreso. Pero si esos fallos constituyen absurdos, o presuponen la pérdida de imparcialidad, o la violación de la Constitución o la burla del Estado nacional, se configura la causal de mal desempeño. Esto, se reitera, no implica afectar la cosa juzgada.

Para analizar la conducta del funcionario, el Parlamento actúa como un jurado de legos que estudia y decide los casos sometidos a su resolución en juicio político, no como juez de derecho, porque no ejerce funciones judiciales, ni tiene entonces que fallar sujetándose estrictamente a las leyes, forma que aplica una corte de justicia, sino invocando su conciencia puesta al servicio honrado de las instituciones de su país para defenderlo tranquila pero firmemente, ora de la absorción, ora de la malversación, ora del desorden o del deshonor, producido por los que, ocupando las más altas posiciones, mayores y más irreparables daños ocasionan a los intereses públicos confiados a su custodia. Esta Cámara de Diputados ha fundado siempre sus dictámenes y acusaciones, pero el Senado –como antes lo hacía la Cámara de los Lorens o lo hace aún el Senado de los Estados Unidos– resuelve los *impeachment* sin expresar los fundamentos del voto, señalando –simplemente– por sí o por no cada senador si considera configurado cada cargo.

Valga pues lo anterior para acreditar la corrección de la actuación de este Congreso.

LOS CASOS QUE DAN LUGAR A LOS CARGOS POR MAL DESEMPEÑO

Pasamos a describir los casos constitutivos de mal desempeño.

IV

El caso Meller

En lo que sigue desarrollaremos los antecedentes del caso, los cargos formulados, las defensas del juez imputado y su improcedencia, y, por fin, la valoración que revela el mal desempeño del juez Boggiano.

En sede penal se deberá investigar si su conducta es, además, reprochable penalmente.

a) *Resumen*

1. En apretada síntesis el caso es el siguiente. La empresa Meller reclamó tardíamente una rendición de cuentas a la Empresa Nacional de Telecomunicaciones –en liquidación– a resultas de la cual la liquidadora Alsogaray dictó la resolución 146/96, que le reconoció un crédito por \$ 28.942.839 (actualmente más de \$ 400.000.000 en bonos) en concepto de publicidad publicada en las guías telefónicas de los años 1988, 1989 y 1990, que supuestamente no había percibido por razones imputables a ENTEL.

Una funcionaria del Ministerio de Economía advirtió que ese crédito era inexistente por haberse extinguido por renuncia de la empresa Meller. Así, el procurador del Tesoro dictaminó que esa resolución era nula de nulidad absoluta y debía ser declarada lesiva del interés público, pues Meller ya había percibido todo lo adeudado y renunciado a los reclamos vinculados al tema.

Pero la liquidadora en lugar de proceder conforme a lo dictaminado por el procurador del Tesoro, dictó otra resolución (18/96) mediante la cual “suspendió” (sic) el pago ordenado y solicitó la opinión de juristas que contradijeran al procurador del Tesoro.

El caso llegó al –ya derogado– Tribunal de Obras Públicas, que ordenó que la resolución 146/96 que mandaba pagar los millones a Meller “debía ser cumplida”.

2. El recurso extraordinario del Estado contra ese absurdo absoluto fue rechazado por la mayoría el 5 de noviembre de 2002, a días de la renuncia del juez Bossert y del rechazo del juicio político de entonces.

3. La actuación de los jueces que conformaron la mayoría fue juzgado por esta Cámara y por el Senado como constitutivo de mal desempeño y merecedor de la remoción en el caso del juez Moliné O’Connor.

La situación de Boggiano no es igual, es más grave.

Es que Moliné siempre estuvo en favor de Meller, mientras que Boggiano, como una pluma al viento –como diría Verdi–, cambió de opinión y pensamiento... para sorpresivamente, en el momento que creyó viable, liderar la mayoría que permitió a Meller ganar el caso. Su actuación interna fue paciente y, a las claras, se advierte que fue el sujeto que conformó con el cambio de su voto y el de Nazareno, el 4 de noviembre de 2002, la mayoría en favor de Meller, que en dos años y medio de debate jamás había tenido.

4. En efecto, en un primer análisis de la Corte, el recurso iba a ser rechazado, pero porque se consideraba que no se estaba ante una sentencia definitiva, pues el Poder Ejecutivo podía revocarla en su sede. Ello, es obvio:

i. Sellaba la suerte de Meller pues el procurador del Tesoro se había pronunciado en su contra, y además

ii. Dejaba abierta la puerta para una posterior intervención de la Corte, cuando el caso fuera “definitivo”.

5. Boggiano reconoce que tal hubiera sido el destino del caso “sin mi iniciativa fundada” (descargo del 21/10/04, página 7), donde sugirió mandarlo al procurador de la Nación, el doctor Becerra, quien se pronunció en favor de Meller.

Pero, mintiendo, Boggiano dice que ese rechazo hubiera favorecido a Meller. La falsedad es propia de quien no tiene argumentos serios para cohonestar su conducta.

6. Vuelto los autos del procurador, los jueces que luego conformaron la minoría, en coincidencia con el personal técnico de carrera de la Corte, propusieron la admisión del recurso, revocando la escandalosa resolución de Alsogaray.

Todos los jueces supieron las graves circunstancias del caso. El debate interno duró dos años y medio, y siempre Boggiano ocultó su parecer hasta septiembre de 2002... cuando se inclinó por la justa solución de evitar el desfaldo al Estado. Pero algo –seguramente no santo– ocurrió en entre septiembre de 2002 y el 4 de noviembre de 2002 para que cambiara de opinión y admitiera el robo al Estado con argumentos que, aun cuando formales, causan alarma, pues admite que el Estado dirima por el azar su patrimonio.

7. Y tanto es así que conocía las objeciones, que en un inusual lenguaje (lo que revela lo inusual del caso) el juez Petracchi en un memo a sus colegas (entre ellos Boggiano) advierte lo escandaloso del caso repleto de “desaguisados” (sic), y, con sorna, señala que la ingeniera Alsogaray había tomado “al pie de la letra” su papel de “liquidadora” de ENTEL.

La dura ironía revela que, en la Corte, el debate llegó al nudo del asunto: la corrupción que rodeaba el caso.

8. Luego analizaremos el punto, pero valga decir desde ya que el imputado Boggiano tuvo un papel relevante, pues al ser desestimado su pedido de juicio político en 2002 y producirse la renuncia del juez Bossert, él, como conspicuo integrante de la “mayoría automática”, advirtiendo que podían conseguirse cinco votos en favor de Meller, como ya dijimos, cambió la opinión dada en favor del Estado en septiembre de ese mismo 2002 para variar el 4 de noviembre de 2002 y suscribir un día después (sic), junto con Nazareno (quien también cambió el voto), López, Vázquez y el destituido por ese caso Moliné O'Connor, la escandalosa sentencia que confirma la condena al Estado a pagar lo que resultó \$ 400 millones en bonos... ¡por un crédito inexistente!

b) *Descripción y valoración de los antecedentes administrativos y judiciales de la causa: de cómo Boggiano admitió que se condene a un inocente, es decir, a que el Estado pague un crédito inexistente (extinguido por pago, renuncia y, además, prescrito)*

1. La empresa Meller S.A. - UTE (en adelante Meller), ex contratista de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones (ENTEL), inició un reclamo administrativo en el año 1995 solicitando el pago de sumas de dinero supuestamente adeudadas a esta ex contratista por no haberse abonado –a su juicio– cierta suma de dinero con causa en un contrato para la confección y distribución de guías de teléfonos para dicha empresa estatal.

La empresa ENTEL –en liquidación–, en ese entonces a cargo de la ingeniera María Julia Alsogaray, sin analizar la legalidad o legitimidad del reclamo, hizo lugar al pago de esta supuesta deuda. No obstante, al intentar hacerse efectiva esta acreencia, desde el Ministerio de Economía se hizo saber que

la empresa Meller, en otro expediente vinculado a este asunto, había renunciado a todo monto debido en virtud de esta contratación.

Por este motivo las actuaciones pasaron a la Procuración del Tesoro de la Nación, el máximo órgano de asesoramiento legal del Poder Ejecutivo, que en un fundado dictamen consideró que el crédito reclamado había sido objeto de una renuncia por parte de Meller, por lo que dictaminó que no correspondía efectuar pago alguno y que el acto administrativo que reconocía un crédito en favor de Meller era nulo de nulidad absoluta.

En estas condiciones, la ingeniera Alsogaray no actuó conforme a la decisión de la Procuración del Tesoro, que justamente le indicó que era nulo –de nulidad absoluta– el acto que ordenaba el pago, sino que sólo suspendió el pago. (Luego, como se verá, insistió en su tesitura de pagar y, para ello, requirió dictamen al ex juez y ministro Rodolfo Barra, quien contradiciendo al procurador del Tesoro avaló el temperamento adoptado por la ingeniera Alsogaray afirmando que correspondía hacer lugar al reclamo de la empresa Meller.)

2. Como fue dicho, con este dictamen, y sin merituar que contradecía lo ya dictaminado por la Procuración del Tesoro de la Nación, la liquidadora de ENTEL se limitó a suspender los efectos de su propia decisión anterior (resolución 18/98), lo que permitió a Meller llevar su planteo ante el Tribunal Arbitral de Obras Públicas, un tribunal administrativo creado para resolver los diferendos entre el Estado y sus contratistas allá por el año 1947 y que estaba integrado por representantes del Estado y de las empresas.

La decisión de este “tribunal” –de carácter administrativo– no tuvo en cuenta la circunstancia de que este reclamo había sido objeto de una renuncia por parte de la empresa, soslayó la existencia del dictamen de la Procuración del Tesoro y se limitó tan sólo a hacer un relato de cómo se habían cumplido los pasos formales que habilitaban el pago reclamado por Meller.

Es decir que, al igual que Alsogaray, no tuvo en cuenta la cuestión de fondo, ignorando la ilegitimidad de la resolución, utilizando sólo argumentos formales.

Frente a esta circunstancia el Estado nacional interpuso un recurso extraordinario el 4 de agosto de 1999 ante la Corte, el que fue denegado por motivos formales, por lo que motivó un recurso de queja, que también fue rechazado, aunque eran más que evidentes la arbitrariedad, los vicios de procedimiento en el trámite de estos reclamos y la ausencia de todo tratamiento de éstos por parte del Tribunal Arbitral de Obras Públicas. En este caso, los ministros Nazareno, Moliné O'Connor, Boggiano, Vázquez y López hicieron caso omiso de esos argumentos de fondo, escudándose en la imposibili-

dad de revisar lo resuelto por este tribunal arbitral, comprometiendo así al Estado nacional en una suma que ahora asciende a los casi cuatrocientos millones de pesos en bonos de la deuda pública en una sentencia dictada el pasado 5 de noviembre de 2002.

El irregular trámite administrativo fue objeto de una denuncia judicial de la Oficina Anticorrupción de fecha 11 de julio de 2001, a partir de un minucioso análisis acerca de distintas anomalías advertidas por la Sindicatura General de la Nación.

Esta denuncia tramita ante el Juzgado Federal N° 4, Secretaría N° 7. Con fecha 1° de julio del corriente, la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, integrada por los jueces Gabriel Cavallo y Horacio R. Vigliani, entendió que había mérito suficiente como para indagar a la señora Alsogaray por haber incurrido en el delito de incumplimiento de los deberes de funcionario público y estafa en perjuicio de la administración pública, en su modalidad de administración fraudulenta, y ordenó al magistrado instructor que dictara medidas cautelares para que no se hiciera efectivo pago alguno a la firma Meller, justamente porque había verosimilitud en el derecho, esto es, indicios suficientes de la comisión de un delito de acción pública.

3. La denuncia. El caso fue denunciado ante esta comisión. Se imputó mal desempeño a Boggiano por su actuación en el caso resuelto el 5/11/02, por el cual se admitiera un despojo al patrimonio estatal. Se dijo que la causa se constituye en un claro ejemplo de cómo operaron y operan en la Argentina intereses espurios que muchas veces conjugan en un accionar conjunto a particulares, a funcionarios políticos, a funcionarios técnicos que deberían defender los intereses del Estado y que sin embargo elaboran sus dictámenes de forma tal de dejar en absoluto estado de indefensión a la Nación. Pero todo ello no hubiera sido viable, y no lo sería, si en definitiva no se hubiera contado en última instancia con un recurso que sirviera de legitimación para todas las maniobras que en sede administrativa se pudieran realizar, como es la intervención de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Sostuvieron que Boggiano fue parte del despojo. Ofrecieron prueba.

La Comisión de Juicio Político de esta Cámara declaró la admisibilidad y apertura del sumario de investigación.

Efectuados el análisis y trámite, corrió traslado al imputado de los cargos provisorios, los que fueron contestados por el juez imputado, y luego de una ampliación de cargos se corrió nuevo traslado. Contestados éstos, corresponde emitir el dictamen de mérito.

4. Los cargos provisorios. Los cargos provisorios establecidos en el primer traslado fueron exactamente idénticos a los que provocaron la destitución del ex juez Moliné O'Connor.

Tales fueron haber legitimado judicialmente un proceso administrativo fraudulento. En segundo lugar, el negar al Estado la vía judicial de revisión de una resolución administrativa, que ilegítimamente lo perjudica en centenares de millones de pesos, omitiendo el tratamiento de los serios planteos del recurso, las disidencias judiciales y la existencia del proceso penal, lo que hace presumir, ante lo manifiesto de las irregularidades y arbitrariedad del caso, que su voto no estuvo motivado por el cumplimiento de su función de juez, sino por otros intereses. Por último se le imputa haber abdicado de manera arbitraria de su responsabilidad de efectuar el control de constitucionalidad en los términos del artículo 14 de la ley 48.

Los correspondientes al segundo traslado reprochan la actuación de Boggiano en el trámite de circulación interna, donde se advierte una participación no sólo relevante para lograr la mayoría que provocó el fallo contrario al Estado, sino un alarmante cambio de criterio que no puede explicarse por el devenir de los debates y cambios de ideas, sino por motivos ajenos a la función judicial.

Asimismo, se reprochan consideraciones de su voto tales como afirmar que el Estado puede dirimir sus cuestiones patrimoniales en juegos de azar (sic).

5. La defensa de Boggiano. La defensa de Boggiano se fundó en tres aspectos:

a) Negar la posibilidad de analizar el mal desempeño por la actuación judicial;

b) Justificar su actuación en el caso reivindicando su voto y tratando de diferenciarlo del de Moliné O'Connor;

c) Pretender justificar su cambio de voto y haber abogado por los intereses de Meller en un desarrollo donde llega a mentir en dos aspectos relevantes: i) La actuación de los restantes jueces que votaron en disidencia; ii) La oportunidad en que adhirió al voto que favorecía al Estado y que, luego, a pocos días, dejó de lado para abrazar el que protegía los intereses de Meller.

En este informe habrá de considerarse y meritarse la respuesta que corresponda a la defensa técnica ejercitada por el juez denunciado, sin que exista obligación de valorar la totalidad de sus argumentaciones, sino aquellas que se propicien como conducentes para el dictamen respectivo.

6. La prueba ofrecida por Boggiano. El ofrecimiento de prueba se limitó a la citación de los actuales jueces de la Corte para que ratificaran que

en un cercano acuerdo le habían afirmado que no era prohibido que un juez mudara de opinión en un caso.

Por cierto, la comisión consideró irrelevante esa prueba en esta instancia. De suyo, podrá requerirla en el Senado.

Para así decidir la comisión entendió que no está en debate la posibilidad de que los jueces muden de opinión durante el trámite de la causa, sino cómo y por qué en el caso particular de la causa Meller el juez Boggiano dijo en septiembre de 2002 que el fallo del tribunal arbitral era descalificable, por no ser derivación razonada del derecho, y que era ponderable el dictamen del procurador del Tesoro, y pocos días después –tal vez porque la renuncia de Bossert permitía conformar una mayoría que favoreciera a Meller– mudó su opinión de modo absoluto (junto con su colega Nazareno) y confirmó aquello que había tachado de arbitrario.

No integra el debate la posibilidad de realizar una rectificación de buena fe, sino que alguien cambie de opinión porque las circunstancias políticas le quitan presión para cometer un “desaguisado” como este escandaloso de Meller.

El punto es cómo alguien puede decir en “Aion” que las sentencias de los tribunales arbitrales son descalificables si son arbitrarias... y pocos días después afirma que eso que dijo allí era “un resto indeliberado” (sic) o que el Estado puede resolver sus conflictos en un “echar suertes”, fundamentalmente porque el sistema de justicia (que él integra) no es confiable. Y que, para justificar ello, afirma que el servicio del Poder Judicial es tan deficiente que es mejor jugar el patrimonio al azar o que lo que firmó en “Aion” es algo “incomprensible” y “contradictorio”.

En el Senado se probará cómo fue el trámite de la causa Meller y todo esto se debatirá en profundidad, pero, ¿qué pueden decir los jueces que no integraban la Corte en 2002 respecto del caso Meller?

Por ello la prueba no es procedente, al menos en esta etapa.

7. La liquidadora Alsogaray y Meller. Pero volvamos a la causa Meller. La descripción detallada del caso es el mejor argumento para acreditar el mal desempeño de Boggiano. Como dijimos en 1986 la empresa Meller S.A. (en UTE con GTE Directores Corporation) celebró un contrato con ENTEL para la confección y distribución de seis ediciones de las guías telefónicas (obrante a fs. 42/76 del expediente administrativo). ENTEL le concedió el derecho exclusivo de publicación de las guías de la Ciudad de Buenos Aires y sus alrededores, a cambio de un precio fijo y un porcentaje variable de las ganancias que Meller obtuviera de la publicidad vendida a interesados en publicarla en las mismas.

El contrato original preveía una opción de prórroga por tres ediciones más.

El día 8/11/90 el servicio público de telefonía era privatizado. Previamente, la ingeniera María Julia Alsogaray acordó el 23/5/90 con Meller dos cuestiones relevantes. Primero, hace lugar a la opción de prórroga por tres ediciones más (el derecho de la contratista llega entonces a nueve ediciones en total). Segundo, en el mismo acto y a propuesta de la empresa, sin acto licitatorio alguno, concede una ampliación del contrato incorporando 34 ciudades del interior del país en las mismas condiciones de exclusividad.

Para Meller esa extensión del contrato tan sólo cinco meses antes de la privatización y su imposición a las nuevas prestatarias del servicio, en particular su derecho en exclusividad, le significó un negocio muy rentable, con ganancias extraordinarias.

El 11 de junio de 1992 Meller formó una nueva UTE con una de las empresas vinculadas al grupo de Telefónica de Argentina S.A., llamada Telinver, con el objeto de llevar adelante la publicación y distribución de las guías telefónicas en el ámbito geográfico donde operaba Telefónica, es decir, en la zona sur.

Y el 30 de octubre de 1992, esa misma UTE firma un contrato con Publicom S.A. por un monto de u\$s 12.000.000 con el objeto de efectuar la publicación de una emisión anual completa de cada una de las guías correspondientes a Telecom Argentina (zona norte), sector en el que estaba incluida la mayor parte de las ciudades incorporadas en aquella ampliación admitida por la ingeniera Alsogaray.

Del informe de resultados consolidados de Telefónica de Argentina S.A. (periodo octubre/96-septiembre/97) surge que “en el mes de septiembre de 1997 se resolvió la disolución de la UTE y la adquisición por parte de Telinver S.A. del porcentaje correspondiente a Meller S.A. en el contrato de edición de guías con la sociedad. Por esta operación Meller S.A. recibió la suma total de \$ 18.600.000”. El típico negocio de los 90 se había concretado: el empresario local, merced a sus contactos con lobbystas, lograba los contratos que luego cedía a la empresa multinacional por mucho mayor precio.

Pero aquella acta-acuerdo del 23 de mayo de 1990 por la cual Alsogaray concedió semejantes beneficios a Meller contenía otra cláusula que merece destacarse. La cláusula cuarta señalaba: “Queda perfectamente establecido que ENTEL (e.l.) o el Estado nacional una vez operada la privatización de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, deslinda toda responsabilidad emergente del contrato (su interpretación, su rescisión o cumplimiento)”.

8. La fecha de origen del reclamo revela desde el inicio la maniobra fraudulenta. La empresa Meller, según se sostiene en el expediente 10.711/96, habría

efectuado en fecha 28/6/95 un reclamo ante ENTEL (e.l.) con referencia a una supuesta falta de rendición final de cuentas por la publicación de guías telefónicas en los años 1988, 1989 y 1990.

Pero una muy grave irregularidad aparece en el origen mismo del reclamo que motiva estas actuaciones; el dato fue señalado por la SIGEN y tomado por la Oficina Anticorrupción en su denuncia en sede penal, en fecha 11 de julio de 2001. Ocorre que la apertura del expediente administrativo por el reclamo de Meller que da origen a estas actuaciones según los registros informáticos de ENTEL se realizó el 15/1/96, por ello mismo lleva el número 10.711/96.

¿Cuál era el interés de hacer figurar una fecha anterior? Sencillamente según señala el informe de la Oficina Anticorrupción, era el de “acomodar” las fechas a los requisitos establecidos en la ley 24.447, norma que en su artículo 25 establecía un plazo de caducidad y prescripción para petitionar créditos de causa o título anterior al 1°/4/91. Ese plazo venecía precisamente el 30 de junio de 1995.

En efecto, así fue. En los considerandos de la resolución 146 (a fs. 299/301 del expediente administrativo 10.711/96), a la cual luego nos referiremos más extensamente, la funcionaria liquidadora advierte –falsamente–: “Que el reclamo ha sido formalizado con anterioridad al plazo de caducidad y prescripción dispuesto por el artículo 25 de la ley 24.447, incorporado a la ley 11.672”.

Pero esto no había ocurrido.

La nueva intervención de ENTEL (e.l.), a comienzos del año 2000, a cargo del doctor Enrique Ipiña, pone en conocimiento de la SIGEN distintas irregularidades, en particular la cuestión de la fecha de inicio del reclamo. Y la SIGEN, a cargo entonces del actual canciller, el doctor Rafael Bielsa, en fecha 17/8/2000 se presenta ante la Oficina Anticorrupción y ésta posteriormente formaliza la denuncia penal.

Nadie explicó por qué un expediente supuestamente del 28/6/95 aparece caratulado en el año 1996.

Distintos elementos acreditan esta irregularidad:

– Los expedientes de ENTEL siempre fueron caratulados en la fecha correspondiente a la presentación. Es lo que corresponde.

– Las notas y los expedientes correspondientes deben iniciarse por mesa de entradas y no por la Gerencia de Administración y Gestión, a cargo del doctor Alí, que es quien aparece recepcionando las notas anteriores al inicio del expediente.

– Por la suma de dinero involucrada en el reclamo, no puede invocarse causa alguna para justificar una demora de casi 7 meses para la formación del expediente.

– Resulta imposible creer que el expediente 10.711/96 haya sido iniciado el 28/6/95, ya que el expediente 10.669 (de la misma contratista) fue iniciado con fecha 20/12/95.

– En el informe elevado a la Comisión Fiscalizadora con fecha 26/7/95, por el entonces coordinador general, doctor Gustavo V. Daneri, conteniendo la lista de reclamos administrativos al 30/6/95, no fue incluido el reclamo tramitado mediante el expediente 10.711, siendo relevante señalar que el último expediente incluido es el 10.338.

– En esa época tramitaban otros dos expedientes administrativos ante ENTEL, iniciados por las mismas contratistas reclamando sumas adeudadas, identificados con los números 8.946/94, 10.277/95; en ninguna de las actuaciones posteriores al 28/6/95 se hizo mención al reclamo del 10.711, tampoco nada de ese reclamo se sostuvo en la presentación del expediente 10.669.

– El expediente 8.946/94 estaba íntimamente ligado a éste, se trataba de reclamos por los mismos períodos y causas similares, supuestamente tramitaron al mismo tiempo más de 5 meses, sin que en ningún momento se mencionara en aquél la existencia del reclamo del 10.711.

– El estado de cuentas al 31/12/95 remitido por ENTEL (e.l.) al Ministerio de Economía no hace mención alguna al reclamo del expediente 10.711.

– Si el reclamo hubiera sido efectuado realmente el 28/6/95, en oportunidad de la renuncia formulada por Meller, en el expediente 8.946/94, en fecha 18/7/95, se hubiera hecho expresa mención al mismo para dejar aclarado que la renuncia formulada no lo abarcaba, y esto no ocurrió.

Sin embargo, más allá de este vicio, el expediente administrativo comenzó a tener trámite en las dependencias de ENTEL con la evidente connivencia de distintos niveles de funcionarios bajo la órbita de María Julia Alsogaray, que lejos de cumplir con su responsabilidad de resguardar los intereses del Estado fueron generando las condiciones propicias para dejarlo en total estado de indefensión.

De los elementos obrantes en el expediente administrativo que hemos tenido a la vista, surgen evidencias que nos hacen presumir que el contador Horacio Daniel Alí, quien bajo el mandato de la funcionaria liquidadora llegó a concentrar gran poder en la empresa, llegando a ser coordinador general, gerente de Contabilidad y gerente de Administración, todo al mismo tiempo, fue el responsable del armado del expediente antedatando la fecha.

9. El reclamo de un crédito inexistente. Como fue dicho, el contrato entre Meller y ENTEL preveía a favor de la empresa el derecho exclusivo de publicación de las guías telefónicas a cambio de un precio fijo y un porcentaje variable sobre las ganancias que Meller S.A. obtuviera de la publicidad vendida a interesados en publicar avisos en las guías telefónicas.

En lo relevante de dicho contrato, cabe consignar que el contratista optó por el sistema de cobran-

za por abono telefónico, quedando establecido expresamente el mecanismo de facturación y control, en los artículos 37 y 38, fijándose el criterio para la liquidación final de cuenta de cada edición en el artículo 39 del mismo contrato, que prescribía: "Dentro de 120 días de finalizada la facturación correspondiente a cada edición, las partes deben formular la rendición final de cuentas respectivas, para la cual dispondrán de 30 días adicionales a fin de hacer las aclaraciones necesarias y concluir la liquidación final de las cuentas de la edición de que se tratase".

Había un plazo contractualmente preestablecido para que las partes efectuaran la liquidación final de cuentas correspondiente a cada edición.

Por ello resulta sugestivo y fuera de todo aside-ro legal que se formulara un reclamo por tales liquidaciones finales, más de 5 años después de concretada la privatización y cuando habían transcurrido 7, 6 y 5 años de los periodos cuya rendición final se pretendía reclamar, cuando el propio contrato preveía un sistema de liquidación final para el cual "las partes" tenían un plazo determinado.

Por cierto, el plazo extingue las obligaciones, y parece claro que el crédito estaba, por ello, prescripto. Pero además, como veremos, se había extinguido por renuncia.

En efecto, en el expediente 8.946/94, Meller ya había reclamado por diferencias existentes entre las liquidaciones del año 1990 y había hecho reservas para reclamar las que pudieran existir por los períodos 1988 y 1989.

El núcleo de dicho reclamo consistía en dinero que ENTEL (e.l.) había percibido por cuenta y orden de Meller y que no había girado en término a esta empresa. Era una deuda comprendida en los términos del artículo 38, inciso c) del contrato por el cual ENTEL se comprometía a "liquidar prontamente el porcentaje correspondiente al contratista con cada cuota que percibiera y ante cualquier retraso en la liquidación de ellos, compensar al contratista con el pago de un interés igual al aplicado para el descuento de documentos del Banco de la Nación Argentina".

El contratista, en ese expediente, fundamentó su reclamo en ese inciso del artículo 38 y en razón de ello sostuvo que existía por parte de ENTEL una retención de dinero que no era propio y que por esta razón no podía entrar esta deuda en la consolidación prevista por la ley 23.982, a la vez que reclama la actualización prevista en el mismo.

Ese reconocimiento es el que se establece en la resolución 60/95, el día 29 de junio de 1995, donde la ingeniera Alsogaray reconoce la procedencia del reclamo por \$ 2.962.275,95 por la edición del año 1990, pero en el artículo 3° de la misma se le solicita a Meller la renuncia de posibles reclamos por los mismos conceptos por los años 1988 y 1989.

Esta aclaración es importante, porque con esta resolución y la renuncia posterior, se clausura en forma definitiva cualquier tipo de reclamo en torno a montos que ENTEL pudiera haber recibido a cuenta de Meller, ya que ésta es la materia resguardada por el artículo 38, inciso c) contemplado en la renuncia formulada en el expediente 8.946/94, con lo cual, si se pretendiera invocar la "no renuncia" de otros derechos, éstos jamás podrían vincularse a los que protegía el citado inciso. Toda elaboración teórica, entonces, sobre la posibilidad de invocar nuevas retenciones por parte de ENTEL, según se desprende de algunos de los dictámenes y del fallo de la mayoría en la Corte, es inconsistente a partir de esa renuncia.

Lo que hubiera podido adeudar ENTEL por haber percibido sumas de dinero en nombre de Meller y no haberlas rendido en los periodos 1988, 1989 y 1990, o ya había sido pagado a través de lo dispuesto por esta resolución, o bien Meller había renunciado al derecho para su reclamo. Y, a todo evento, estaba prescripto.

La renuncia fue formalizada.

Pero luego se pretendió una ratificación notarial con fecha 5/3/96, a través de la certificación que se realiza en esa fecha de la reunión de directores de Meller S.A. - Meller Comunicaciones S.A. - UTE, donde por primera vez se sostiene: "La renuncia no implica desistir de otros requerimientos que a la fecha la UTE tiene en trámite... en tanto los mismos no tengan vinculación con el concepto reclamado por el expediente 8.946/94".

Es decir que tal reserva se formaliza recién en marzo de 1996, cuando se ratifica, y no el 18 de julio de 1995, cuando la renuncia se efectúa, quedando claramente establecido que sobre la materia del reclamo del expediente 8.946/94 nada ya podía volver a reclamar Meller.

En cuanto a las posibles deudas que hubiesen surgido por cuentas que fueren incobrables o resultaran impagas por hechos imputables a ENTEL, contempladas por el artículo 40 del contrato, debían haber surgido de las liquidaciones finales de cada período en los plazos previstos y no cinco años después.

A tal punto es así, que el propio doctor Barra, en el dictamen que le solicitara Alsogaray y que es en definitiva el sustento de buena parte de la maniobra, expresamente señala a fs. 482 "...la existencia de una serie de obligaciones a cargo del concedente entre las que se cuentan como bien señala la Procuración del Tesoro de la Nación en su dictamen del 13/2/98 la de practicar la liquidación anual final y la de devolver a la UTE cuentas impagas por dos ciclos de facturación (en particular artículos 36, 38, y concordantes del respectivo contrato). Sobre el particular no se ha planteado divergencia alguna".

Es decir, nadie discutió la afirmación del procurador del Tesoro, a la cual luego nos referiremos con mayor extensión y que surge, por otra parte, del propio contrato.

Sin embargo, igual se avanzó en un desarrollo interpretativo que permitiera dar andamiaje supuestamente jurídico al reclamo de una obligación que ENTEL no debía cumplir y cuyos plazos en todo caso habían sido largamente superados.

Pero lo que parece evidente y claro a la luz del contrato, de los dictámenes de la Dirección Jurídica del Ministerio de Economía de fecha 2/4/97, del dictamen del procurador del Tesoro de la Nación con fecha 13/2/98, de las objeciones de la SIGEN, de las actuaciones posteriores de la Oficina Anticorrupción y de las propias disidencias que más tarde se expresaran en la sentencia de la Corte, es que no lograron impedir que ciertos funcionarios que deberían haber actuado como instancias de control en resguardo de la Justicia y de los intereses del Estado nacional, lo hicieran en su contra generando un millonario perjuicio para el mismo.

No existen constancias en los expedientes que hemos analizado de que hayan existido reclamos por parte de Meller en los plazos previstos por el artículo 39 citado por supuestos incumplimientos por parte de ENTEL (e.l.) en cuanto a sus obligaciones de liquidar e informar, o por supuestas retenciones para entregar la documentación correspondiente a cuentas impagas.

El reclamo, como se dijo, aparece cinco años después, de manera difusa, por un supuesto incumplimiento de la obligación de rendir cuentas y cuando cabe presumir que tanto Meller como los funcionarios de ENTEL (e.l.) sabían que la documentación no se iba a encontrar a disposición de esta última en el momento en que la requirieran.

En este punto además cabe consignar que en otro reclamo de Meller contra ENTEL (e.l.) donde se reclaman intereses por mora en el pago de los mismos conceptos incluidos en el expediente 8.946, y que lleva el número 10.277/95, en fecha 23/11/95, el entonces gerente de Legales de ENTEL (e.l.), doctor Gustavo Cresta, afirmó que a ese reclamo le resultaba aplicable la prescripción quinquenal establecida en el artículo 4.027, inciso 3 del Código Civil, que indica que se prescribe por cinco años la obligación de pagar los atrasos de todo lo que debe pagarse por años o plazos periódicos más cortos.

Tampoco puede dejarse de advertir otra prescripción señalada en la disidencia del juez Petracchi en la sentencia de la Corte, cuando señala que las supuestas acreencias de Meller posiblemente también estuvieran alcanzadas por la prescripción establecida por el artículo 847 del Código de Comercio.

Frente al requerimiento de Meller de la información relativa a los supuestos deudores por los avisos publicados en tales períodos, ENTEL informa

el 7 de febrero de 1996, con la firma del contador Horacio Alí, que no obraba en sus archivos la documentación respaldatoria relativa a quiénes podían adeudar. Entonces sobre la base de su propia contabilidad Meller formula su propia liquidación final de cuentas en los términos del artículo 40, estimando la deuda en \$ 43.664.235, y solicita que se abra la causa a prueba.

El camino para la maniobra quedaba habilitado.

El reclamo había sido posterior a la fecha en la cual prescribían y caducaban las deudas anteriores a 1991 según lo fijaba la ley 23.982, había prescrito según la ley de fondo, carecía de razón suficiente para ser admitido, pero igualmente se buscó avanzar en él.

10. La resolución 146 de María Julia Alsogarayo, como diría uno de los jueces disidentes, de cómo María Julia se toma al pie de la letra su papel de liquidadora. Las únicas pruebas fueron ofrecidas por Meller.

Se agregó un dictamen elaborado por el doctor Marienhoff, a pedido de Meller, en el que desarrolla la idea de que los montos adeudados “habían sido percibidos por ENTEL, en nombre y representación de la contratista” (cabe recordar que estas sumas jamás se demostró que hubieran sido efectivamente percibidas por ENTEL) y que, en consecuencia, no cabía incluir la deuda en el régimen de consolidación de deuda pública establecido por la ley 23.982, régimen establecido para todas aquellas deudas anteriores al año 1991.

Se pone en marcha entonces la teoría que luego le permitiría a Meller seguir con las constantes actualizaciones de una deuda que, inexistente, llega en la actualidad a superar los \$ 400 millones en bonos a criterio del reclamante.

Pero ocurría que Meller había renunciado a formular reclamos por supuestos incumplimientos del 38 inciso. Sin embargo en este reclamo pide que se apliquen las actualizaciones allí establecidas.

Ofrece la empresa como perito al contador público Dante Fiorini, quien estima la deuda actualizada al 30/9/96 en \$ 57.650.463,07.

Luego solicita la empresa que se convoque a un estudio contable, acompañando un listado; María Julia Alsogarayo designa a la firma de auditores contables Grant Thornton, Riádigos, Trossero & Asociados, quienes estiman la deuda en \$ 40.051.188,17, aclarando que el estudio había sido elaborado sólo sobre muestreos de copias de las liquidaciones formuladas por ENTEL (obrantes en poder de Meller) y sin haber revisado los recibos emitidos por Meller contra los pagos recibidos por ENTEL.

Finalmente, ENTEL, por medio del jefe del Departamento de Consolidación de Deuda y del coordinador general, formula su propia liquidación final

de las cuentas (siempre sobre la base de la documental de Meller) que resultó favorable para la empresa por 28.942.839,81.

Las tres liquidaciones señaladas en los incisos anteriores fueron realizadas, según consta en el expediente en la sede de Meller, en la calle Gurruchaga 830, piso 3°, de la Ciudad de Buenos Aires, y solamente con la documentación de la empresa.

A partir de allí, se requería un dictamen legal favorable al reclamo. Es en esta etapa donde se producen dos cambios en la Gerencia de Asuntos Legales: primero deja su lugar el doctor Gustavo Cresta, quien venía interviniendo en este expediente. En esta oportunidad su lugar es ocupado por el doctor Miguel Font, quien lo ocupa brevemente. Precisamente se incorpora a la función el doctor Eleazar González en forma concomitante con la redacción del presente dictamen. Por ello deberá ser materia de investigación en sede administrativa y penal si, precisamente, esos movimientos en un área tan sensible y de relevancia como esa gerencia, tuvieron o no que ver con la tramitación de este expediente y la necesidad de este dictamen.

El contenido de dicho dictamen y su reafirmación posterior, del 2/12/96, intentando rebatir los cuestionamientos sobre la resolución 146 de la Comisión Fiscalizadora de la SIGEN, también sirvió para favorecer aspectos sustanciales del reclamo, como impedir su consideración como deuda consolidada en los términos de la ley 23.982 y eludir la aplicación de la ley 24.283, que fijará un criterio para la actualización del valor de bienes o prestaciones en general, para evitar liquidaciones o actualizaciones que fijarán valores superiores al real de la prestación.

Finalmente, el 8 de noviembre de 1996, la liquidadora María Julia Alsogaray dictó la resolución 146/96, reconociendo la procedencia del reclamo y ordenando el pago inmediato de \$ 28.942.839 en bonos de consolidación de deuda pública y en la medida que el reclamante aceptara esta modalidad (aceptación que ya había sido expresada en el expediente administrativo días antes).

11. La resolución 146 es un acto administrativo nulo, de nulidad absoluta e insanable. Tales son los términos que utiliza el procurador del Tesoro de la Nación, en fecha 13 de febrero de 1998, en el dictamen 14 (fs. 449/460 del expediente administrativo).

Pero no son las únicas objeciones a la resolución.

Previamente a la intervención del procurador, se habían girado las actuaciones a la Comisión Fiscalizadora de la SIGEN, quien formuló cuestionamientos a la liquidación y consideró que la deuda debía considerarse dentro de las deudas consolidadas.

Tomó luego intervención la Dirección de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Economía, a cargo de la doctora Yolanda Eggink, quien advirtió en fecha 2/4/97 que “Meller S.A. ya había percibido el saldo de liquidación final del contrato y renunciado a todo reclamo relacionado con la publicidad de las guías telefónicas editadas en 1988, 1989 y 1990”.

Es curioso (por usar un adjetivo amable) que la doctora luego integrara el tribunal arbitral y, sin embargo, se pronunciara en favor de Meller. Creemos que deberá meritarse e investigarse su conducta en sede penal.

Pero, como se dijo, es el dictamen del procurador del Tesoro el que con mayor contundencia fundamenta la nulidad absoluta de la resolución y determina que, “por tratarse de un acto irregular, debía ser inmediatamente revocado en sede administrativa conforme lo prescripto en el artículo 17 de la ley 19.549”. Extensamente analiza los distintos pasos del expediente administrativo y sostiene finalmente la irregularidad, básicamente en dos circunstancias independientes: detalla meticulosamente el procedimiento contractual previsto, por el cual determina que Meller disponía o debía disponer de toda la información necesaria para saber quienes eran sus deudores por la publicidad vendida e incluida en las guías telefónicas de 1988, 1989 y 1990 y el importe de los créditos respectivos y que ENTEL, en tal sentido, había cumplido con sus obligaciones, por lo cual resultaba inadmisibles que se fundara el crédito en la carencia de documentación respaldatoria por parte de ENTEL, ya que ésta, la que refería a los abonados de los que no se había percibido el precio de los avisos, debía estar en poder de Meller y no de la empresa telefónica.

Ya hemos señalado como nadie ha podido rebatir este argumento: Meller ya había percibido y renunciado a todos los reclamos relacionados con los importes adeudados por sus avisadores, como antes señaláramos, en el expediente 8.946/94.

12. La liquidadora no sigue el dictamen del procurador del Tesoro. Señala la ley 24.667 que el procurador del Tesoro de la Nación, tiene jerarquía equivalente a la de los ministros del Poder Ejecutivo y ejerce sus competencias con independencia técnica. Sus criterios de interpretación y aplicación de las leyes y reglamentos son obligatorios para todos los abogados del Estado, según prescribe el artículo 6° de la ley 12.954. Ya vimos que el procurador del Tesoro en el dictamen de autos señaló que “el acto analizado está viciado tanto en el elemento causa como en la motivación, por ser falsos los hechos y el derecho invocado... también está viciado en su objeto, toda vez que dispuso el pago de una suma de dinero, cuando ENTEL no debe importe alguno”.

Y avanzó en sus afirmaciones al sostener que correspondía la revocación del acto “por ser ello un deber de la administración conforme el imperativo legal del artículo 17 de la ley 19.549” para señalar finalmente que “esta Procuración tiene dicho que el único obstáculo a la potestad revocatoria de la administración es, en los términos de la segunda parte del artículo 17 (ley 19.549) que al momento de la revocación el derecho generado por el acto se esté cumpliendo... o dicho en otras palabras que el acto haya sido ejecutado o haya comenzado a ejecutarse”. En este caso la ejecución sólo se configuraba con el pago y ello no había ocurrido.

Sin embargo, María Julia Alsogaray no siguió las directivas del procurador del Tesoro: prefirió seguir la opinión del abogado Barra.

En efecto, con fecha 17 de marzo de 1998 se dirige al doctor Rodolfo Barra en los siguientes términos “...habiendo dictado resolución en un expediente administrativo basándome jurídicamente en lo dictaminado por la Gerencia de Asuntos Legales de ENTEL, en ocasión de proveerse lo conducente a su cumplimiento, la Procuración del Tesoro de la Nación aconsejó su inmediata revocación. Resultando disímiles las posiciones asumidas por ambos organismos de asesoramiento... entiendo necesario contar además, con el asesoramiento de un profesional independiente, del nivel que sus antecedentes –de mi conocimiento– permiten determinar”.

La nota revela falsedades, pues no existían posiciones disímiles entre dos organismos de asesoramiento. Lo resuelto por el procurador era ordenador de lo que hasta allí cualquier otro dictamen jurídico dentro del cuerpo de abogados del Estado podía haber sostenido y, a la vez, se convertía en obligatorio para todos ellos. Deberá investigar la administración y el juez penal por qué razón esta postura del procurador, reiterada luego en otras oportunidades, no fue respetada por distintos abogados del Estado, quienes, de una forma u otra, fueron contribuyendo en esta escandalosa maniobra, a favor del reclamo de la empresa.

13. La resolución cuya revocación se había solicitado de modo fundado. A sólo tres días (sic) de haber cursado esa nota al doctor Barra, el día 20 de marzo, la liquidadora- interventora dicta la resolución 18/98 “suspendiendo los efectos de la resolución 146/96”.

En los considerandos de esta resolución –sólo en los considerandos–, ya que nada dice la propia resolución en cuanto a cuál era el objeto o el término de la suspensión señala que “...resulta conveniente agotar el análisis de la decisión adoptada, recabando, en su caso, otras opiniones de reconocidos juristas. Que en atención a las consideraciones anteriores y sin perjuicio del respeto que merece la opinión del alto organismo asesor resulta necesario suspender los efectos de la resolución 146

hasta tanto se adopte el criterio que habrá de seguirse en forma definitiva respecto de la cuestión planteada”.

Nada más sostiene la resolución en cuanto al objeto o al término de la suspensión.

Más allá de la barbaridad jurídica que podía significar esta solicitud de opiniones de “juristas” (en verdad se limitó a la consulta de abogados privados, tal vez con actividad académica, pero que ejercen la profesión asesorando empresas privadas, tanto que uno de ellos presidía una compañía donde los accionistas de Meller habían poseído participación accionaria, etcétera), para intentar rebatir lo sostenido por el director del cuerpo de abogados del Estado, ella misma sostiene que la suspensión será hasta tanto se adopte el criterio que habrá de seguirse en forma definitiva.

Esto, aun formalmente, jamás se dio en relación con la resolución 146, como más adelante vamos a poder observar.

14. Los elementos que incorpora el doctor Barra a la estrategia enderezada a que el Estado pague a Meller un crédito inexistente. Dos aspectos incorpora a la causa el doctor Barra en su dictamen que adquieren en este punto particular relevancia.

El primero de ellos es cuando señala la existencia de la causa “Empresa Nacional de Telecomunicaciones c/Telefónica de Argentina S.A. s/contrato administrativo” (expediente 40.522/95), donde ENTEL (e.l.) reclamaba a Telefónica de Argentina S.A. por el incumplimiento de su obligación de “resguardar la documentación de la ex empresa estatal de forma tal que permitiera su consulta cuando fuere requerida...”.

El reclamo administrativo por este hecho había dado comienzo en el año 1994, en el expediente administrativo 4.436 CNT, año 1994. Es decir, como lo sabía Barra, como lo sabían las autoridades de la ex ENTEL, también lo sabía Meller cuando presentó el reclamo más de cinco años después, que jamás entre los restos de ENTEL en el proceso de desguace podrían encontrar la información que iban a requerir. Sólo estaba en poder, precisamente, de Meller.

El segundo elemento que incorpora es el de la supuesta cesión en garantía del 75 % del derecho de cobro del reclamo ante “Galicia Capital Markets S.A.”, según Barra realizada con fecha 20 de diciembre de 1996 y que habría sido notificada notarialmente a ENTEL el 26 de diciembre de 1996 (según él manifiesta, aunque no consta en el expediente que ha estado en nuestras manos), pretendiendo fundar una suerte de principio de ejecución o de existencia de algún derecho subjetivo ya ejercido en relación con aquella resolución, que como bien decía el procurador, sólo se hubiera generado si el pago hubiera tenido principio de cumplimiento.

De todos modos, lo cedido según consta en el contrato de préstamo respectivo habría sido “el derecho de cobro de los reclamos que correspondieren a Meller S.A. - Meller Comunicaciones S.A. UTE respecto de ENTEL (e.l.)” con lo cual ningún derecho subjetivo puede invocarse. Pues nadie puede ceder lo que no posee. Lo único que habían cedido es su expectativa en el reclamo, pero nada más.

Por otra parte, en las mismas actuaciones se incorpora el acta notarial de fecha 6 de diciembre de 1999, por la cual se informa por parte del Banco Galicia que dicho préstamo había sido cancelado, con lo cual la cesión había perdido vigencia. Pero el dictamen de Barra tenía fecha de... 1998.

Veamos cómo describen estas circunstancias la disidencia de Petracchi a la que adhirió Fayt: “Recabó, entonces, la opinión del ex juez de esta Corte Suprema de Justicia de la Nación, Rodolfo Carlos Barra. En su dictamen, agregado a fs. 473/492 el 26 de marzo de 1998, este último sostuvo que las renunciaciones formuladas por Meller S.A. en el expediente Expentel 8.946/94 no incluían los derechos resultantes de la cláusula 40 del contrato, que habían sido reclamados separadamente en el expediente Expentel 10.711/96. Afirmó que la cláusula 40 del contrato permitía a la contratista reclamar cualquier importe no percibido de los avisadores por razones imputables a ENTEL y, habida cuenta de que la propia empresa estatal había reconocido a fs. 9 no contar en sus archivos con la documentación respaldatoria de lo percibido de sus abonados y lo pagado a Meller S.A., a ésta le asistía el derecho de solicitar la liquidación final de las cuentas del contrato; de modo que no era cierto lo afirmado por el procurador del Tesoro, en el sentido de que ENTEL nada le debía a Meller S.A. Además, destacó que la resolución 146/96 no podía ser revocada en sede administrativa, pues el crédito reconocido en ella ya había sido cedido en garantía por Meller S.A. al Banco de Galicia y Buenos Aires (así surge de la escritura pública suscripta por don Jorge David Colla en representación de Meller S.A. pasada por ante el escribano Carlos Alberto Coto, el 6 de diciembre de 1999, cuya copia está agregada a fs. 920/925).”

15. La intervención del tribunal arbitral. Frente a la resolución 18/98 suspensiva de la 146/96 Meller requirió la intervención del Tribunal Arbitral de Obras Públicas mediante el recurso de apelación previsto en los artículos 9° del decreto 1.978/1964 y 2° del decreto 7.759/1967. En esa oportunidad, la empresa apelante acompañó un dictamen del doctor Cassagne.

Este tribunal (u órgano administrativo, para ser más exactos), el día 7 de julio de 1998, da un paso fundamental en la estrategia de la empresa y evidentemente también de algunos funcionarios.

Pues dicta el fallo donde declara que la suspensión de los efectos de la resolución 146/96 dispuesta

por la resolución 18/98 ya se había extinguido por haberse cumplido la “condición resolutoria” a que esta última resolución había subordinado la vigencia de la suspensión de los efectos de la primera.

Expresamente en lo resolutivo el tribunal expresa: “...declárase que la suspensión dispuesta por la resolución ENTEL 18/98 se halla extinguida por cumplirse la condición que dio motivo a su dictado”.

¿Qué condición establecía la resolución 146? Ninguna.

Lo de los dictámenes de juristas era solo la búsqueda de mayores elementos de juicio, pero no había en la resolución ninguna “condición resolutoria”. La interventora se reservaba, como surge de los mismos considerandos, el derecho de resolver sobre los cuestionamientos del procurador del Tesoro.

La actuación de los miembros del tribunal arbitral, en supuesta representación del Estado, seguramente será materia de análisis en el ámbito administrativo y en sede judicial.

Surge una arbitrariedad manifiesta en su actuación.

¿Podía la doctora Yolanda Eggink intervenir en el tribunal, si había intervenido en la causa y expresamente fue la suya el primer cuestionamiento de fondo al reclamo, en fecha 2/4/97? ¿No correspondía su excusación?

¿No alcanza a los abogados del Estado en su actuación en el citado tribunal las obligaciones que les impone la ley 12.954, en relación con los dictámenes del procurador del Tesoro?

Sostienen la existencia de una condición supuestamente resolutoria que no existía y expresamente manifiestan que debe tomar plena validez otra resolución que no analizaron. Y cuya revocatoria el procurador del Tesoro había solicitado.

Más allá de algunas argumentaciones que pudieron realizarse, especialmente en el caso del doctor Schorr, los tres se limitaron a resolver solo aspectos formales que referían a la resolución 18/98.

Nada dijeron con relación a la solicitud del procurador de revocar la resolución 146 que había sido suspendida por la 18/98 precisamente por ese dictamen. Nada dijeron con relación a los propios considerandos expuestos en la resolución que analizaron, donde la misma interventora sostiene que debe resolver sobre lo dicho por el procurador.

Nada dijo la doctora Eggink, quien enfáticamente se había opuesto con anterioridad a la resolución 146, cuya aplicación recomienda en el fallo, contradiciendo su propio dictamen anterior y el del procurador, sin ni siquiera fundar tal actitud.

El tribunal arbitral entonces toma solamente los dictámenes de Barra y Cassagne para darle plena vigencia a la resolución 146 que había cuestionado el procurador del Tesoro. Más tarde la mayoría en la Corte, tomaría esta resolución para darle plena eficacia al reclamo de Meller.

Como se ve, el argumento de la “formalidad” que impide hacer justicia es la excusa que todos los funcionarios y jueces que intervinieron en el caso invocaron para “dejar pasar” el pago del crédito inexistente: los miembros del tribunal arbitral, Moliné O’Connor luego, Vázquez después y, ahora, Boggiano invocan iguales argumentos, las “formas no nos permitían hacer justicia”.

16. La Corte legitima un reclamo fraudulento (manda pagar un crédito inexistente). Frente a lo resuelto por el tribunal arbitral en el fallo 2.814, habiendo cambiado las autoridades de ENTEL, ésta interpuso recurso extraordinario, siendo denegado por una supuesta extemporaneidad (cuestión que será de interés administrativo determinar los niveles de responsabilidad si ello hubiera sido cierto). Finalmente se llega por vía de recurso de queja a la Corte.

En fecha 5 de noviembre de 2002, la Corte —con los votos de Nazareno, Boggiano, López, Moliné O’Connor y Vázquez— impiden la posibilidad de revertir judicialmente las arbitrariedades cometidas en el expediente administrativo y con distintos fundamentos en sus votos rechazan el recurso dejando vigente lo resuelto por el tribunal arbitral y por ende la resolución 146.

Ninguno ingresó real y verdaderamente en el fondo del asunto.

Unos lo rechazaron por motivos formales (Vázquez, Nazareno, Boggiano), otros simularon ingresar al fondo de la cuestión pero realmente no lo hicieron (Moliné y Lopez), conforme se probó en cada juicio político, a los que nos remitimos.

Es pues falso la poco elegante defensa de Boggiano que pretende diferenciar su conducta de la de su ex colega de mayorías, el ex juez Moliné O’Connor. Parecería que Boggiano cree que puede mejorar su situación echando tierra sobre el removido Moliné. Esta conducta no es la esperable por la sociedad, como hubiera correspondido a un jurista que se hace cargo de sus conductas.

En efecto, nada dicen en sus votos respecto de las denuncias concretas que surgen de las disidencias y que ponen en evidencia muchas de las irregularidades cometidas y aquí reproducidas.

En los casos de López y Moliné O’Connor sostienen que no hay arbitrariedad en la decisión del tribunal, por lo que no corresponde admitir el recurso, sin perjuicio de ello ingresan en el análisis del agravio por la renuncia formulada en el expediente 8.946/94, pretendiendo restarle valor a la misma. Pero el fundamento no es otro que la formalidad.

Vázquez es más escueto en los fundamentos limitándolos a la irrecurribilidad del fallo del tribunal arbitral, citando un antecedente de la propia Corte, en el cual el Estado había reclamado la incons-

titucionalidad de normas que el mismo había dictado (no era el caso asimilable a esos autos).

Y en los casos de Nazareno y Boggiano, se extienden largamente en su voto, pretendiendo cerrar toda posibilidad de revisión de un laudo arbitral y cuestionando incluso un antecedente jurisprudencial de la propia Corte en el cual se admitía la posibilidad de admitir la vía del recurso extraordinario cuando se observara arbitrariedad en la resolución apelada. Así Boggiano califica la doctrina de la Corte expresada en “Aion” de “resto indeliberado”.

Pero los votos son iguales en todo su sentido porque ninguno analiza ni responde muchos de los interrogantes planteados por el recurrente y los recogidos por con lo cual se buscó eludir el análisis del fondo de la cuestión y no podían ignorar los señores jueces de la Corte, ni las sospechas que existían sobre la causa, ni las irregularidades señaladas.

En primer lugar porque muchas de ellas están expresamente planteadas en las disidencias, que eran de su conocimiento, ya que los votos se conocen previamente entre los distintos integrantes de la Corte, como luego se verá. En tal estado el juez Petracchi lo resaltó con dureza e ironía calificando el trámite de “desaguisado” y advirtiendo que la señora Alsogaray había “tomado al pie de la letra su papel de liquidadora”.

En segundo término, porque ya eran públicas las denuncias formuladas tanto por la SIGEN, como por la Oficina Anticorrupción, durante los años 2000 y 2001, y hay distintas investigaciones periodísticas que se han referido a estas circunstancias mientras el expediente estaba en estudio de la Corte y finalmente por cuanto también tenían conocimiento de la tramitación de una denuncia penal ante el juzgado del doctor Ballesterio (cuya actuación también mecería la indagación del Consejo de la Magistratura), por cuanto existieron oficios de ese juzgado pidiendo copias de las actuaciones que tramitaban ante la Corte, con lo cual los miembros de la Corte estaban en conocimiento no sólo de las actuaciones que estaban en su poder (si bien se advierte que no tuvieron a la vista el expediente 8.946, íntimamente vinculado al reclamo en trámite) sino de todas las circunstancias y sospechas que sobre la causa en ese momento existían.

Claramente los jueces Petracchi y Fayt, señalan que “el derecho a la revisión judicial constituye un imperativo de orden constitucional del que en definitiva depende la supervivencia misma del estado de derecho” y que “la supremacía de la ley exige que siempre exista una oportunidad de que en una Corte se decida si una regla de derecho fue aplicada erróneamente, y si el procedimiento mediante el cual fueron determinados los hechos fue conducido regularmente”.

Esto fue lo que Boggiano –junto con Moliné y los otros tres ex jueces de la Corte– evitó. Negó el derecho de revisión judicial de una causa que insistimos en calificar de escandalosa y consumó el intento por dejar en total indefensión al Estado nacional, frente a semejante arbitrariedad.

Con contundencia señalan los disidentes Petracchi y Fayt (el juez Belluscio lo hizo en otro voto coincidente con esta sana postura de evitar el fraude al Estado) que “los integrantes del Tribunal Arbitral de Obras Publicas faltaron palmariamente a los deberes que les incumbía cumplir en su carácter de jueces de la controversia, pues lisa y llanamente omitieron pronunciarse sobre el punto central sometido a su jurisdicción: la procedencia del reclamo de Meller S.A. y la consecuente regularidad o irregularidad de la resolución 146 de 1996”.

17. El voto de Boggiano al que adhiere Nazareno. El voto de Boggiano no tiene desperdicio y, en un dictamen acusatorio, merece una completa lectura. Téngaselo por reproducido *in totum*, pero permítasenos señalar algunos párrafos que nos causan estupor.

Recordemos que en dos años y medio de debate Boggiano había exhibido su interés por desviar el primer proyecto que, aun cuando rechazaba el recurso, sellaba adversamente la suerte del reclamo de Meller. Luego, durante esos dos años y medio nada dijo hasta que en septiembre de 2002 firmó el proyecto que revocaba el fallo del tribunal arbitral y duramente rechazaba el reclamo de Meller. Pero dio vuelta un día antes de la sentencia y suscribió la “pieza” que vamos a describir.

Allí dijo, sin pudor judicial, que el precedente “Aion” no era un fallo de la Corte sino un “resto indeliberado”. Se sorprenderán los lectores al saber que Boggiano suscribió “Aion”. Hemos revisado las obras más relevantes del derecho constitucional y no hemos encontrado que el “resto indeliberado” sea una categoría de la doctrina o la jurisprudencia.

Luego sostuvo que el Estado nacional puede pactar con empresas o particulares el sometimiento de sus conflictos patrimoniales –cita textual– “al azar acudiendo al vestido arbitral, que puede ser de un juego, apuesta o un echar suertes de modo que las partes disponen también renunciar a los recursos judiciales aún pactando duras penas de multa para quien quisiera abandonar aquel camino”.

Es decir, para Boggiano, el Estado había aceptado jugar a suertes, cuando en realidad la ley lo obligaba a aceptar la vía del laudo. No era voluntario el obrar estatal ante el tribunal arbitral, ni arrojaba millones de pesos al juego de azar, sino que había fundado su recurso extraordinario con fuertes y contundentes argumentos acerca del despojo de que era objeto. Lejos de echar suertes, el Estado pedía

racionalidad y verdad. Pero para Boggiano la lectura era otra: el Estado aceptaba una actividad arbitral lúdica o cuasilúdica.

Y, por favor, que no se diga que estamos ironizando en un tema tan grave, porque es Boggiano quien no se priva de intentar justificar este absurdo. Es que para justificar que el Estado nacional pudiera someter de modo irrevisable sus conflictos a un tribunal arbitral y aun a medios como el azar, un juego, apuesta o echar suertes y así negarse a revisar el arbitrario fallo que mandaba pagar un crédito inexistente, afirmó en su voto que el servicio que ofrece el Poder Judicial patrio no es más equitativo que aquellos métodos.

Dijo que –textual– “...no es dable afirmar con arrogancia que un proceso judicial pueda hacer más equidad que aquellos métodos, pues la crisis actual de la seguridad jurídica conduce a las partes a elegir alternativas de solución de controversias prescindentes de la jurisdicción estatal...”.

Boggiano, que integra la Corte, cabeza del Poder Judicial, considera menos equitativo el sistema judicial que el azar. Permítasenos, ahora sí, una licencia: con jueces como él, sin dudas.

Qué lejos está este juez de juristas como José Nicolás Matienzo o Freire Romero (por caso, su dictamen en el caso “Sargo”, fallado por la Corte de la democracia de 1973, es de lectura ineludible), que defendían la Constitución al negar la posibilidad de que el Estado se someta a tribunales arbitrales si no quedaba un recurso ante la Corte.

Boggiano sabía que el fallo del tribunal arbitral era indefendible, por ello se escudaba en formalidades (como antes Moliné o el propio tribunal arbitral).

18. Las intervenciones de la SIGEN y la Oficina Anticorrupción. Paralelamente a la tramitación en la Corte, y en virtud de denuncias formuladas por el responsable de la intervención de ENTEL (e.l.) la SIGEN se presenta ante la Oficina Anticorrupción el 17/8/2000 poniendo en conocimiento a través del entonces su titular, el doctor Rafael Bielsa, una serie de irregularidades, tanto en la tramitación del expediente 8.946/94, como del expediente 10.711/96.

Sobre la base de distintos elementos aportados por ese organismo y por investigaciones propias de la Oficina Anticorrupción, se presenta el 11/7/2001 formal denuncia penal para que se investigue la posible comisión de delitos.

Entre los elementos acompañados en la denuncia, además de la presunción sobre la alteración en la fecha de inicio del reclamo, y de remarcarse las diferentes irregularidades que se desprenden de la tramitación administrativa, se acompañan registros de llamadas telefónicas recibidas por la funcionaria liquidadora en su domicilio particular desde las ofi-

cinas de Meller, la mayor parte de ellas posteriores al dictamen en contra de la resolución 146, de fecha 2/4/97.

Esta causa, sin mayores investigaciones en la instrucción, es archivada por el doctor Ballesterio en fecha 30/12/2002, quien otorga particular relevancia a la circunstancia de que la Corte poco tiempo antes había resuelto en la causa, negando la admisibilidad del recurso planteado.

Pero en virtud de la apelación que realiza la Oficina Anticorrupción la Cámara Federal Penal, en su resolución de fecha 1º/7/2003, deja sin efecto el archivo, ordena la instrucción, solicita una serie de medidas probatorias y dicta una medida de no innovar para que el Estado no pague el reclamo.

En este reciente fallo, la Cámara expresa: "...Se ha afirmado la seria presunción de sospecha de la comisión de maniobras delictivas que habrían redundado en un importante perjuicio para el patrimonio del Estado nacional".

Cabe consignar que esta denuncia penal, comprende también aspectos del expediente 8.946/94.

19. El monto del reclamo. De acuerdo a las actuaciones en el ámbito del Ministerio de Economía, con posterioridad a la sentencia de la Corte, Meller se presentó pretendiendo el pago definitivo de la deuda, ante las autoridades de dicho ministerio.

Por cierto, de la "cesión" al Galicia que Barra invocaba para generar derechos no han quedado ni rastros.

Citando la resolución de la Corte, Meller pretendía una actualización del monto que se le había determinado en la resolución 146/96. Así se llega a una actualización que, con el aval del llamado Grupo Técnico de Fortalecimiento del Ministerio de Economía para cancelación de Obligaciones del Tesoro nacional, se establece en \$ 45.440.852 al 30/9/99 y en \$ 115.740.043 al 13/3/03.

Frente a esta liquidación Meller hace una propuesta para recibir en bonos el monto actualizado, planteando que, correspondiendo el pago en efectivo, solamente aceptaría el pago en bonos si el mismo fuera a valor de mercado y eleva un cálculo por el cual estando a un valor de 30,50 % de su valor al día 13/03/03, la cantidad de bonos que aceptaría sería el de \$ 399.103.599,91. Es notable cómo en un país en default, donde se redujeron los sueldos y las jubilaciones, donde por dos veces se pospuso el pago de las deudas del Estado para consolidarlas y cancelarlas en bonos, Meller no sólo conseguía que le pagaran un crédito que no existía, sino además que quedara fuera de las normas de consolidación de pasivos (¡ni María Julia Alsogaray había pretendido tanto!).

Esto aparece en las actuaciones como aceptado por la directora nacional de Normalización Patrimo-

nial, licenciada Luisa Esther Ghaba, en un acta acuerdo que no tiene fecha y que aparece como aprobada el día 18/3/03 por el licenciado Andrés E. Troha, subsecretario de Administración y Normalización Patrimonial, mediante una disposición de su Subsecretaría N° 25.

En fecha 22/04/03 es cuestionada esta aparente decisión de reconocer los bonos a valor de mercado por la auditora interna del ministerio, contadora Amalia Pérez Ojeda.

Pero pese a ello nuestra ya conocida doctora Yolanda M. Eggink (la misma que había participado en el tribunal arbitral, etc.) aconseja que las actuaciones sigan su trámite para cancelar el crédito!

Afortunadamente el director nacional de la Oficina Nacional de Crédito Público, licenciado Federico Carlos Molina, plantea también sus objeciones y a partir del 23 de mayo de 2003, el Estado nacional comienza a desandar el camino hasta aquí recorrido y frente a una acción ejecutiva iniciada por la empresa, comienza a plantear en su defensa una serie de recursos que cuestionan el proceso.

Es que a partir del fallo de la Cámara Federal, se abre una posibilidad para el Estado.

En esta etapa debemos también señalar que junto al expediente 10.711/96 se remitió desde el Ministerio de Economía a la Comisión de Juicio Político el expediente 10.277/95, vinculado a otro reclamo de Meller, en el cual se reclaman supuestos intereses por mora de cumplimientos tardíos por parte de ENTEL (e.l.) en los mismos períodos y por idénticos conceptos a los contenidos en el expediente 8.946/94 y que fueran reconocidos por la resolución 46/96 del 27/3/96, por un monto de \$ 1.400.377,69 y u\$s 11.803 en bonos, de la liquidadora María Julia Alsogaray. Un análisis de dicho expediente nos muestra reiteradas objeciones en dictámenes técnicos legales que apuntan a señalar que resulta imprescindible contar con todos los antecedentes vinculados al caso Meller S.A. referidos al contrato en cuestión, a los efectos de evitar duplicidad de pagos y/o reclamos, en especial de los expedientes 8.946/94, 10.711/96, 10.806/96 y 10.669/95 como se expresa en fecha 22 de abril del 2002, a fs. 275 de dichas actuaciones por el doctor Alvaro Palencia Reffino, director de Asuntos Administrativos. Igualmente en fecha 20 de septiembre de 2002, un contundente dictamen de la Dirección Nacional de Normalización Patrimonial de la Coordinación de Entes Liquidados señala con referencia a que el expediente 8.946 formaba parte de la denuncia formulada por la Oficina Anticorrupción y que, considerando que en este expediente tramita un reclamo por intereses derivados de la mora y, por ende, de accesorios, de verificarse presuntas irregularidades en la tramitación o cobro de la obligación principal, no se estima conveniente continuar con el trámite hasta tanto se determine en sede judicial la existencia de tal

circunstancia. Recomienda también verificar si el reclamo en trato no se encuentra incluido en otras circunstancias judiciales o administrativas. Y concluye ese dictamen obrante a fs. 277/279 del citado expediente que “Con carácter previo a la continuidad del trámite, resultaría necesario solicitar a la Dirección de Control y Gestión Judicial de las Direcciones de General de Asuntos Jurídicos de este Ministerio remita a esta Coordinación los expedientes administrativos ENTEL 8.946/94 y 10.711/96. Como así también se audite la mencionada causa penal para verificar principalmente la argumentación del reproche penal y su denunciante, la determinación de las deudas involucradas, conceptos y mecanismos de pagos.

En este expediente, pese a no haberse cumplido estas recomendaciones, la doctora Eggink, primero resuelve el 7/2/2003 que debía seguirse adelante con la tramitación, se formula liquidación y los mismos funcionarios antes citados formalizan el acuerdo, que la licenciada Gaba firma y, así, el licenciado Troha dicta la resolución 24 de su Subsecretaría, el día 18/3/2003, esta vez aprobando un pago de \$ 22.071.651,72. en bonos.

Desconocemos si este pago se formalizó.

Recomendamos al señor Ministro de Economía que analice la conducta de los mencionados funcionarios.

20. La cosa juzgada fraudulenta. De la documentación analizada en el marco del juicio político iniciado al doctor Nazareno, en virtud del expediente 2.342 que incluía la llamada causa Meller, pudimos llegar a las conclusiones que en este informe se exponen.

Del expediente 10.711/96, surgen de manera clara y precisa, distintas presunciones que nos llevan a afirmar cada uno de los puntos sostenidos en el presente:

– La alteración de la fecha de inicio, para evitar los planteos de caducidad y prescripción.

– La generación de una causa inexistente para el reclamo, a través de interpretaciones jurídicas que contaron con el acompañamiento de algunos de los profesionales que tenían como responsabilidad defender los intereses del Estado y que como único sustento terminó encontrando los pergaminos de quienes como consultores privados, ofreció la propia empresa (con excepción del doctor Barra ofrecido por Alsogaray, pero que sostuvo la tesis de Meller), obviando siempre el impactante dictamen del procurador del Tesoro.

– La imposibilidad de discutir el fondo de la cuestión, que se vincula directamente con la (inexistente) causa del reclamo y su monto, a partir de la premeditada intención de eludir tal responsabilidad por parte de los integrantes del tribunal arbitral y de la

premeditada intención de la mayoría de la Corte de negar la posibilidad de revisar aquella arbitrariedad a través de la justicia.

Estos son los aspectos que el Estado ahora deberá buscar acreditar en la instrucción de la causa, siguiendo los pasos del accionar de la Oficina Anticorrupción, para evitar que se pueda consumir esta maniobra. Por cierto, existen antecedentes jurisprudenciales que reconocen la nulidad de la cosa juzgada fraudulenta, o la llamada cosa juzgada írrita que precisamente comprende situaciones como las aquí descritas.

Pero no es función de la Cámara ingresar en el tema. La Cámara analiza la conducta del juez imputado, no la cosa juzgada. Sí, como funcionarios, debemos poner en conocimiento de los órganos pertinentes los hechos que juzgamos *prima facie* ilícitos, a sus efectos.

21. El trámite interno. Y si escandaloso fue el expediente administrativo, no menos lo fue el interno en la Corte, donde la actuación de Boggiano, a nuestro juicio, implica un prueba contundente de su mal desempeño y, a poco que se investigue en sede penal una vez removido del cargo y de la inmunidad funcional que le otorga la Constitución por ser juez de la Corte, creemos se acreditará una actividad delictiva.

Surge de la carpeta de circulación interna que en copias certificadas obra en la Comisión que:

– El 17 de septiembre de 1999 el secretario de la Corte formula un proyecto donde se rechazaba el recurso, pero señalando que, tal como opinara la Procuración del Tesoro en su dictamen, nada impedía a la administración revocar en su propia sede el acto que considera nulo de nulidad absoluta.

– A ese despacho lo inicialaron en señal de conformidad casi todos los jueces, excepto Nazareno que el 28 de febrero de 2000 dijo no firmo (luego dijo que si firmaría en favor del Estado y luego cambió votando por Meller).

– Pero llega a Boggiano, quien el 3 de marzo de 2000 pide que vaya al procurador Becerra. El juez Boggiano reconoce en su descargo que sin su iniciativa (sic) ese proyecto, que perjudicaba a Meller, hubiera sido el fallo.

– El 12 de junio de 2000 el procurador Becerra dictamina que el fallo era irrecorrible (la tesis de Meller).

– El 6 de noviembre de 2000 el secretario actuante hace otro despacho, seguramente por indicación de algún juez, y Bossert con algunas observaciones de estilo lo iniciala en 11 de noviembre de 2000. El 26 de septiembre de 2001 lo iniciala Nazareno (luego, cambiará terminará suscribiendo el voto de Boggiano en favor de Meller).

– Boggiano suscribe ese proyecto de la secretaria el 13 de setiembre de 2002. Allí:

- i) se hacía lugar al recurso del Estado;
- ii) se dejaba sin efecto la sentencia que favorecía a Meller;
- iii) se imponían las costas a Meller;
- iv) se ponderaba el precedente “Aion” como precedente, –el que luego calificó de resto indeliberado;
- v) se ponderaba los sólidos fundamentos del dictamen de la Procuración del Tesoro en los que el Estado fundamentó su recurso;
- vi) se adjetivaban de dogmáticas las afirmaciones del tribunal arbitral; y
- vii) se calificaban al fallo del tribunal arbitral que favorecía a Meller de no constituir una derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las circunstancias comprobadas de la causa.

– Antes, el 22 de marzo de 2000 Belluscio presentaba su voto de revocatoria, que siempre mantuvo. Y el 6 de febrero de Petracchi el suyo, al que adhirió Fayt.

– Todos ven los votos de Petracchi y Belluscio porque se los hace circular, y el 26 de julio de 2001 Moliné O’Connor advierte que la renuncia de Meller no eran tan renuncia...

– En 11 de octubre de 2002 se rechaza el juicio político a los jueces de la Corte.

– Renuncia Bossert.

– Allí, podía conformarse una nueva mayoría, pero esta vez en favor de Meller, si Boggiano y Nazareno cambian el voto. Así lo hacen y Boggiano confecciona un voto que presenta el 4 de noviembre de 2002.

– Nazareno, que votaba el rechazo con Bossert, también cambia y firma junto con Boggiano.

– De acuerdo con lo dicho, Boggiano, así, cambia su adhesión hecha sólo dos meses antes –el 13 de septiembre de 2002– al proyecto de secretaría donde en duros términos rechazaba la pretensión de Meller y... presenta el voto ya descrito donde no sólo dice todo lo contrario, sino que lo hace en un tono provocador.

– Un día después sale el fallo, el 5 de noviembre de 2002, donde se convalida el pago de una obligación –simplemente– inexistente.

Como se ve, la actuación de Boggiano es indefendible.

22. Descargo de Boggiano. Boggiano ensaya dos argumentos, y para ello miente.

El primero finca en intentar diferenciarse de Moliné O’Connor, a quien imputa haber ingresado en el fondo del asunto, mientras que él no lo hizo. No dice la verdad: Moliné, fundamentalmente, rechazó el recurso por motivos formales, como él. La referencia a la renuncia del voto de Moliné es, en

este sentido, circunstancial e irrelevante. Así lo ha sostenido el Poder Ejecutivo en el decreto 431/3, que revocó la resolución de Alsogaray donde no diferencia los votos.

El segundo argumento se basa en afirmar que cambiar de blanco a negro es habitual y hasta ponderable. Para ello tampoco hace honor a la verdad al insinuar insinuado que entre la adhesión al rechazo de la pretensión de Meller y el voto que desestimó el recurso del Estado pasaron dos años... cuando ni siquiera transcurrieron dos meses.

Y también miente cuando pretende emparadar su inconducta con la de los jueces que votaron en disidencia (Petracchi, Fayt y Belluscio), al sostener que ellos iban a votar en favor de Meller pero que fue su iniciativa la que lo impidió. Lo que su iniciativa impidió fue que se convirtiera en sentencia un primer proyecto que, efectivamente, rechazaba el recurso del Estado por motivos formales: por no haber sentencia definitiva en virtud de que, conforme lo dicho por la Procuración del Tesoro, la administración podía resolver el entuerto en su sede.

Es decir, su iniciativa impidió que fuera sentencia un proyecto que daba la razón al Estado en el fondo del asunto y, va de suyo, los tres jueces que el 5 de noviembre de 2002 votaron en disidencia, siempre estuvieron por la misma posición: impedir que Meller lograra el escandaloso beneficio de cobrar centenares de millones por un crédito inexistente.

Por último, no mejora la situación del Boggiano su cita de dos fallos de la Corte. Por el contrario, lo resuelto por ese Alto Tribunal en el caso “Ramiro Reynaldo Toubes Construcciones c/Banco de la Nación Argentina” del 19 de octubre de 2004, lo perjudica, pues allí se rechazó el recurso extraordinario del Banco Nación contra el fallo del Tribunal Arbitral de Obras Públicas porque era extemporáneo toda vez que no se dedujo dentro del décimo día de notificado de aquél, sino de la desestimación del de reposición interpuesto en su contra.

Allí, claramente la Corte y el procurador –al que remite el voto de Boggiano– ratificaron que era el fallo del Tribunal Arbitral de Obras Públicas el único contra el que procedía el recurso, pues era el definitivo a los fines del artículo 14 de la ley 48 y, además, el único que causó agravio.

Es decir, la Corte ratificó allí la doctrina de la disidencia de Petracchi, Fayt y Belluscio en “Meller”, que se sintetiza así: el fallo del Tribunal Arbitral de Obras Públicas es el definitivo a los fines del recurso del artículo 14 de la ley 48. Y Boggiano votó acá en tal sentido. En cambio, en Meller sostuvo que jamás, ni siquiera ante la mayor arbitrariedad, procedía el recurso extraordinario contra un fallo del Tribunal Arbitral de Obras Públicas. Así contradujo lo que antes suscribió en “Aion” y lo que, ahora, sostuvo en el citado “Ramiro Reynaldo Toubes Construcciones”.

Tampoco ayuda a Boggiano la cita de “Galinger, Carlos c/Estado Nacional” del 15 de julio de 2003, pues allí se discutió la inmunidad de jurisdicción de un organismo propio del derecho internacional, como lo es la Comisión Técnica Mixta de Salto Grande. Es decir, un tema absolutamente diferente con el tratado en Meller.

23. **Valoración.** La conducta de Boggiano es configurativa de mal desempeño. A todas luces surge del relato, no sólo convalidó un trámite fraudulento, sino que fue decisivo para formar la mayoría que emergió a partir de la renuncia de Bossert y que él condujo al cambiar su voto de pocos días antes, adhiriéndosele Nazareno.

Falló en contra de sus propios precedentes, los que calificó de restos indeliberados.

Sabía del escandaloso trámite: igual fallo en favor de Meller con términos francamente insólitos, como afirmar que el Estado puede resolver sus conflictos patrimoniales en un juego de azar.

Por ello, corresponde su destitución.

c) *Cargos*

1. **Haber legitimado judicialmente un proceso administrativo fraudulento.**

Luego de la reseña efectuada precedentemente, y en el caso de que ello fuera aún necesario, apuntaremos que con la palabra proceso se hace referencia a toda la serie concatenada de actos que hemos relatado y que van desde el contrato que vinculó a la empresa Meller con ENTEL, hasta el pronunciamiento del Tribunal Arbitral de Obras Públicas.

2. Negar la vía judicial de revisión de una resolución del Tribunal Arbitral de Obras Públicas que puede perjudicar al Estado nacional en cifras dinerarias millonarias, omitiendo el tratamiento de los graves planteos del recurso, las disidencias, y la existencia del proceso penal por la misma causal, lo que hace presumir, ante lo manifiesto de las irregularidades y arbitrariedades del caso, que su voto no estuvo motivado por el cumplimiento de su función como juez sino por otros por intereses.

Los poderes jurisdiccionales de la administración sólo se admiten por vía excepcional cuando la ley ha atribuido, por razones de idoneidad técnica, el juzgamiento de ciertas causas a tribunales administrativos (por ejemplo el Tribunal Fiscal de la Nación), o a los entes reguladores, siempre que el Poder Judicial conserve el control de la decisión final de la controversia, a instancia de cualquiera de las partes. El requisito de la revisabilidad de estos pronunciamientos tiene su fundamento en la doctrina de la división de los poderes de nuestro esquema de Estado que además consagró, en principio, el sistema judicialista para juzgar la actividad administrativa.

La Corte ha precisado que el pronunciamiento jurisdiccional emanado de órganos administrativos ha de quedar sujeto a control judicial suficiente y que el alcance de este control ha de ser más o menos extenso y profundo según las modalidades de cada situación. En otros términos: el carácter revisable de las decisiones de los tribunales administrativos está fuera de toda discusión.

Cabe añadir que, en este caso, como bien señala la disidencia de Petracchi y Fayt, no se trataba de un arbitraje voluntario, pues Meller eligió unilateralmente la vía arbitral llevando a ENTEL a un arbitraje obligatorio, por lo que no podía negarse la revisión judicial a la parte que fue sometida involuntariamente a esa vía.

El argumento decisivo para la revisión de lo fallado por el Tribunal Arbitral de Obras Públicas, consiste en que toda decisión de un conflicto en sede no judicial, debe respetar el principio de congruencia y ser el epílogo de un debido proceso. De no ser así, cabe siempre la revisión judicial por arbitrariedad, como lo ha sostenido la doctrina de la propia Corte, por ejemplo en el caso “Aion”, que Boggiano se obstina en negar como un resto indeliberado (sic).

En este caso, el laudo, en lugar de fallar sobre el reclamo de Meller, de su procedencia o no ante la descalificación del procurador del Tesoro, de los fundamentos del origen y la actualización de la deuda o de la identidad de objeto y causa con el expediente Expentel 8.946/94, el tribunal arbitral decidió que, cumplidas las condiciones impuestas por la liquidadora de ENTEL (los dictámenes de reconocidos juristas), la resolución 146/96 recobraba validez, otorgándole fuerza ejecutoria (esta cuestión se desarrollará más extensamente al tratar el siguiente cargo).

Surgía clara la violación del principio de congruencia en que incurre lo decidido por el Tribunal Arbitral. ¿El tribunal arbitral cumplió los procedimientos regularmente? ¿Los árbitros ejercieron su jurisdicción con arreglo a los principios del debido proceso? ¿La renuncia efectuada por una de las partes a la jurisdicción de los tribunales de justicia puede implicar la renuncia a las más elementales reglas de justicia?

Entiéndase acabadamente los alcances de lo expuesto. Boggiano no se habría apartado de los presuntos antecedentes jurisprudenciales en materia de recurribilidad de los laudos arbitrales, pues ante una resolución que omitía considerar los puntos planteados por las partes, carecía de fundamentación, invocaba una condición resolutoria inexistente, merituaba erróneamente cuestiones de fondo relativas a un expediente administrativo notoriamente fraudulento, u ordenaba el cumplimiento de una resolución administrativa nula de nulidad absoluta e insanable y dejaba al Estado nacional en indefensión, sólo cabía calificarla de arbitraria y revocarla.

Era patente la existencia de tal arbitrariedad, y fácilmente advertible para un juez de Corte. El juez aquí juzgado no quiso hacerlo y, para ser consecuente con su decisión de abstraerse de aquello que manda la Constitución, directamente negó al Estado la vía judicial de revisión que se imponía.

Como vimos, el imputado no analizó las peculiares características que presenta ese órgano administrativo que fue el Tribunal Arbitral de Obras Públicas. Los antecedentes de este tribunal arbitral, disuelto durante el 2001 (decreto 1.349/01, publicado en el BO el 2/11/01, artículo 4º), merecen un párrafo. En la ley 12.910 de reconocimiento de variación de costos del año 1947, se preveía, con carácter excepcional, para las obras públicas contratadas y/o ejecutadas durante el transcurso de la Segunda Guerra Mundial, la posibilidad de una solución en sede administrativa para los reclamos de los contratistas, por variaciones de costos y paralización de obras (artículo 1º). El artículo 7º establecía que el acogimiento del contratista implicaba automáticamente la renuncia a toda acción judicial basada en las causas que motivan la presente ley. Ese mismo año, se dictó el decreto reglamentario 11.511/47 en el que se creó una comisión arbitral designada por el Poder Ejecutivo, e integrada por dos representantes del Estado y un representante de las empresas constructoras (artículo 8º). En el mismo decreto se imponía a quien quisiera someter su contrato a las disposiciones de la ley 12.910, un acogimiento formal que implicaba su renuncia a todos los derechos y acciones que, a la fecha de dicho acogimiento, pudiera tener contra el Estado con motivo o como consecuencia del respectivo contrato, en cuanto se refiere a encarecimiento o escasez de los materiales, combustibles, transportes, mano de obra y demás elementos determinantes del costo de las obras derivadas de la situación de emergencia de la última guerra mundial, o de actos del poder público contemplados en la ley 12.910. Significará asimismo su sometimiento liso y llano a la jurisdicción con total exclusión de la judicial. (artículo 6º). Una vez dictada la Ley de Obras Públicas 13.064 (28/10/47), la directiva legislativa específica, en materia de obras públicas en el orden nacional, es contraria a toda otra jurisdicción que no sea la judicial contencioso administrativa. Sólo con carácter de excepción, temporaria, se previó que la exigencia de la jurisdicción judicial sería voluntaria para el contratista hasta tanto no se dictara la ley que rigiera el trámite en lo contencioso administrativo. Pero en 1950, con el dictado de la ley 13.998 que reguló el fuero con competencia contencioso administrativo federal, finalizó ese período transitorio de resolución de controversias en sede arbitral. Aun en la hipótesis de que este período transitorio –contemplado en el artículo 55 de la ley 13.064–, no hubiese finalizado con la ley 13.998, habría llegado a su fin indefectiblemente con la sanción de la ley 19.549, con las previsiones de su título IV, referentes al proceso judicial contencioso administrativo.

No obstante, se siguieron sucediendo decretos que regularon la actuación de la comisión arbitral, restringiéndose la revisión judicial y ampliándose su competencia. Es ineludible afirmar entonces, que la jurisdicción administrativa arbitral en materia de obras públicas, con restricción de la vía judicial, fue mantenida y ampliada sin el debido sustento legislativo, solo por vía de decretos y en violación de una expresa directiva legal. Se transgredió de este modo el reparto constitucional de competencias –diseñado a la luz del principio de la división de poderes– y la garantía de la defensa en juicio –prevista en el artículo 18 de la Constitución y tratados internacionales de rango constitucional–. Estos principios –en resguardo de las partes en litigio, aun cuando una de ellas sea el propio Estado– exigían, necesariamente, el establecimiento de tribunales jurisdiccionales administrativos sólo por ley del Congreso (arg. artículo 116 de la CN. La omisión del control del Poder Judicial –como proponían Boggiano y sus colegas de fallo) revela un vicio constitucional.

En ese sentido y con relación a organismos también integrados con representantes del Estado y de los particulares (como eran las cámaras paritarias y la cámara central de conciliación y arbitraje obligatorio creadas por el artículo 46 de la ley 13.246), la Corte, al examinar la constitucionalidad de sus resoluciones, puso de resalto la necesidad de que fuese la ley la que previera, en su caso, la opción de los interesados por la vía administrativa sin revisión judicial plena (“Fallos” 247:246 “Fernández Arias”, cons. 19). Y, como vimos, mediante el decreto 1.349/01 se puso fin a la existencia del Tribunal Arbitral de Obras Públicas, restableciéndose así la vigencia del principio de juridicidad, en armonía con la ley 13.064, la distribución constitucional de competencias y la garantía de defensa en juicio.

He aquí otra expresión de arbitrariedad y que el imputado pasó de largo.

3. Haber abdicado de manera arbitraria a su responsabilidad de efectuar el control de constitucionalidad en los términos del artículo 14 de la ley 48.

Como expresáramos anteriormente el imputado se negó a ejercer el control que la ley 48 le manda.

El argumento esgrimido que remite a ciertos precedentes no favorece al imputado quien, para negar autoridad al más reciente caso “Aion” lo califica como resto indeliberado. Ahora bien, como Boggiano firmó “Aion”, parece que él admite que firma sentencias con restos indeliberados, ¿cómo explicarle a un justiciable que su honra, libertad o patrimonio quedan en manos de un juez que firma restos indeliberados en lugar de pronunciamientos jurisdiccionales?

Pero los precedentes de la Corte indican que respecto de la actuación del Tribunal Arbitral de Obras Públicas, encontramos que al mismo tiempo que declara que, tratándose de régimen optativo, la elección del proceso administrativo importa la renuncia judicial, incluso del recurso extraordinario señala que no procede la aplicación de la jurisprudencia establecida en materia de arbitrariedad, puesto que la decisión apelada está dotada de fundamentos suficientes, que impiden su descalificación como acto jurisdiccional (“Fallos”: 252:109).

Y ello es claro que en la ya citada causa “Aion S.A.I.C. y A. y Natelco S.A.I.C. c/ Empresa Nacional de Telecomunicaciones” –sentencia del 29 de agosto de 2000–. La Corte puede intervenir cuando se advierte arbitrariedad en la decisión atacada. Y ello fue ratificado ahora en el caso “Ramiro Reynaldo Toubes Construcciones” ya citado.

Por ello la negativa del imputado es causal de mal desempeño.

4. Haber tenido una conducta gravemente autocontradictoria al modificar su voto en el caso “Meller” el 4 de noviembre de 2002 –un día antes de la fecha de la sentencia– cuando decidió rechazar el recurso del Estado, cuando poco antes, el 13 de septiembre de 2002, había firmado un proyecto donde:

- a) Se hacía lugar al recurso del Estado;
- b) Se dejaba sin efecto la sentencia que favorecía a Meller;
- c) Se imponían las costas a Meller;
- d) Se declaraba revisable al caso por arbitrariedad;
- e) Se ponderaba como precedente el caso “Aion”, que él mismo firmó, al que luego calificó de resto indeliberado (sic);
- f) Se ponderaban los sólidos fundamentos del dictamen de la Procuración del Tesoro en los que el Estado fundamentó su recurso;
- g) Se adjetivaba de dogmáticas y abstractas las afirmaciones del Tribunal Arbitral de Obras Públicas;
- h) Afirmaba que el Tribunal de Obras Públicas, en absoluto, no contempló ni decidió acerca de las causas ilegítimas de la resolución 146/96, suscrita por la ex liquidadora de ENTEL, ingeniera María Julia Alzogaray;
- i) Se calificaba al fallo del tribunal arbitral que favorecía a Meller de no constituir una derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las circunstancias comprobadas de la causa;
- j) Que se imponía su descalificación como acto jurisdiccional válido.

El hecho es reconocido por Boggiano. Sin embargo, sostiene que no es grave, sino habitual en la Corte y que ayuda a encontrar la verdad.

Una cosa es un debate donde alguien estudia un tema y otro le demuestra su sinrazón, de buena fe. Más no es admisible que sostenga que estudió el caso durante casi tres años, llegó a una conclusión –que es la que suscribe en setiembre de 2002 descrita en el cargo– y, luego, por arte de birlibirloque, en pocos días se inspira y advierte no sólo que lo que meditó durante tres años era un error... sino que hasta advierte que firmó fallos como “Aion” que son una contradicción lógica o un resto indeliberado.

Es razonable cambiar un detalle en la solución, pero luego de casi tres años, pasar de blanco a negro no en las formas sino en la solución misma... en pocos días, es insostenible.

5. Haberse apartado, sin fundamentos, en el caso “Meller Comunicaciones S.A. UTE c/ Empresa Nacional de Telecomunicaciones” de sus propios precedentes judiciales (“Aion S.A.I.C. y A. y Natelco S.A.I.C. c/ Empresa Nacional de Telecomunicaciones”), dejando expedita la vía para que la empresa ejecutara al Estado por una suma millonaria (\$ 28.942.839,81, hoy más de \$ 400.000.000 en bonos de consolidación) por un supuesto crédito que resultaba inexistente.

La descripción precedente es suficiente para fundar el cargo. También Boggiano reconoce haber desarrollado esa conducta.

Pero para justificar el apartarse de “Aion” Boggiano lo descalifica como un resto indeliberado (sic).

Cabe preguntarse, ante semejante calificación del juez que firmó “Aion”, ¿qué deberían hacer las partes que intervinieron? ¿Solicitar a la Corte que vuelva a analizar el caso y solicitar que, por favor, que antes de resolver, al menos lo deliberen? Y, aún más, ¿no podrían todos los justiciables pensar que, en sus respectivos casos, Boggiano actuó sin deliberar antes de resolver? La excusa de Boggiano, como todo lo absurdo, es muy peligroso.

Pero, como vimos, Boggiano no se limitó a lo anterior, sino que para justificarse dijo que el Estado nacional puede pactar con empresas o particulares el sometimiento de sus conflictos patrimoniales –cita textual– al azar acudiendo al vestido arbitral, que puede ser de un juego, apuesta o un echar suertes de modo que las partes disponen también renunciar a los recursos judiciales aún pactando duras penas de multa para quien quisiera abandonar aquel camino (su voto en la causa “Meller”, el subrayado no consta en el original).

Y ello, porque el servicio que ofrece el Poder Judicial patrio no es más equitativo que aquellos métodos tales como el azar, etc. (Textual: “...no es dable afirmar con arrogancia que un proceso judicial pueda hacer más equidad que aquellos métodos, pues la crisis actual de la seguridad jurídica conduce a las partes a elegir alternativas de solución de controversias prescindentes de la jurisdicción estatal...”).

Remitimos a su voto en Meller.

6. La grave diferencia, en orden a la doctrina y resultados, entre lo que suscribió en septiembre de 2002 y lo que sentenció un mes después, demuestra que tenía plena representación y total conocimiento de la arbitrariedad, ilegalidad y daño en contra del Estado, por lo que su voto no fue el del un juez imparcial, sino que estuvo motivado por otros intereses diferentes a los de la función judicial.

La valoración de su conducta no permite, a nuestro juicio, otra valoración. Pues ha reconocido que:

a) Sabía del fraudulento trámite porque no sólo estudió el caso durante casi tres años, sino que leyó detenidamente los votos de Petracchi, Fayt y Belluscio;

b) Conocía las objeciones del procurador del Tesoro, pues hasta el día inmediato anterior votaba –junto con Nazareno– el rechazo de la pretensión de Meller que, de ese modo, iba a reunir cinco votos;

c) Estaba enterado de que la doctrina y jurisprudencia suscrita por él mismo –antes y después: casos “Aion”, “Toubes Construcciones”– reconocen que contra el fallo del Tribunal Arbitral de Obras Públicas es procedente el recurso extraordinario en casos de arbitrariedad.

Ello, unido al abrupto y sorpresivo cambio de voto nos revela que no se puede admitir tal insustancial excusa de la “creencia” en la doctrina de la irrecorribilidad, para que 400 millones en bonos fueran fraudulentamente transferidos a empresarios del sector privado.

V

El caso Macri

1. *Antecedentes*

El día 9 de febrero de 1994, la Dirección General Impositiva presentó una denuncia ante el Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional N° 1 de San Isidro (provincia de Buenos Aires) poniendo en conocimiento de dicho tribunal diferentes conductas ilícitas que se adecuarían a las previsiones del artículo 2° de la ley 23.771. Dichas conductas habían violado, asimismo, disposiciones de la Secretaría de Industria y Comercio de la Nación, puesto que se habrían importado automotores a nombre de particulares informando falsamente que se destinaban a uso personal, cuando en realidad eran ingresados con el objeto de su comercialización.

2. La denuncia mencionada se dirigió contra Sevel S.A. y otras empresas o concesionarias vinculadas a la primera y se informó que la perpetración de las irregularidades detectadas se realizaban mediante la siguiente operatoria:

Cuando una agencia determinada decidía importar vehículos –de la línea de Sevel– se dirigía a la empresa Opalsen, y solicitaba la unidad entregando un 20 % del costo total de la importación, como reserva del vehículo.

Una vez que la agencia se contactaba con el cliente, abonaba a Opalsen otro 20 % y entregaba los datos del adquirente.

Opalsen encomendaba las gestiones de importación a la firma Roll Pack S.A. y Conasiq S.A., las cuales realizaban los trámites respectivos hasta llegar al despacho concluido a Gualeguaychú, donde un despachante de aduana lo firmaba y presentaba para liberar el automotor a plaza. Luego los autos eran retirados por Opalsen y entregados a la agencia.

Según la denuncia, las firmas que aparecían en los despachos de importación y que correspondían al cliente supuestamente importador, serían apócrifas.

La maniobra tendía a evitar el pago de los tributos de importación de automotores para su comercialización.

3. Iniciada la pesquisa, y luego de varias medidas instructorias, el mencionado juzgado federal dispuso el procesamiento de –entre otros- Francisco Macri y Raúl Martínez.

La investigación del juzgado interviniente determinó que “... pudo establecerse que Opalsen S.A., es sólo una ficción jurídica, y que, descornado el velo societario, no se trata de otra que de Sevel Argentina S.A. En tal carácter Sevel Argentina S.A. omitió el pago del 18 % en concepto de IVA por la venta que realizara a la concesionaria, y asimismo, del 8 % y el 3 % en función de adelanto de IVA y ganancias respectivamente al momento de importar el vehículo...”.

También emanó de la investigación que la operatoria descrita se perpetró mediante conductas diferenciadas que importaban la comisión de delitos distintos, esto es: evasión impositiva y contrabando.

4. Respecto del delito de contrabando, el juez federal de San Isidro declinó su competencia a favor de los juzgados que correspondían en virtud de la jurisdicción de las aduanas de Gualeguaychú y Ciudad de Buenos Aires, por cuanto fueron las utilizadas para el ingreso irregular de vehículos antes mencionado. Por lo tanto recayeron en el Juzgado Federal de Concepción del Uruguay, y en el Juzgado Nacional en lo Penal Económico N° 6 de la Ciudad de Buenos Aires, respectivamente.

5. Respecto del delito de evasión impositiva, y dado que pudo determinarse una vez avanzada la investigación que se habría producido en la Ciudad de Buenos Aires, la causa recayó en el Tribunal Oral en lo Penal Económico N° 2.

6. Este último tribunal resolvió declarar extinguida la acción, por satisfacción de la pretensión fis-

cal, dado que los imputados pagaron los más de siete millones de pesos que les correspondía, aceptando por lo tanto simultáneamente al pago, su responsabilidad en el caso en tanto habían incurrido en la infracción fiscal.

7. Con motivo de la resolución judicial mencionada, el Juzgado Nacional en lo Penal Económico N° 6 de la Ciudad de Buenos Aires, que debía entender en lo relativo al contrabando, resolvió declarar extinguida la acción argumentando que al haberse resuelto la cuestión relativa a la evasión impositiva, había entonces cosa juzgada respecto del contrabando.

Confundir evasión fiscal con contrabando no es un tema menor: es alarmante.

Por ello, y por lo que se verá, correspondería que el Consejo de la Magistratura analizara el caso.

8. A diferencia de la mencionada aplicación arbitraria del principio de cosa juzgada, el juzgado Federal de Concepción del Uruguay ordenó tomar declaraciones indagatorias a los imputados Macri y Martínez.

Ante tal decisión ambos imputados interpusieron excepción de cosa juzgada que fue rechazada por el juzgado.

Los imputados apelaron, y fue la Cámara Federal de Apelaciones de Paraná la que debió intervenir y también rechazó el absurdo argumento de los empresarios procesados por contrabando.

9. Ante el último rechazo mencionado, los empresarios imputados presentaron recurso de casación, que también fue rechazado.

Recurrieron entonces en que Queja ante la Cámara de Casación.

Allí, la Sala IV de dicho tribunal revocó el rechazo de la excepción de cosa juzgada, y resolvió sobreseer a los imputados, forzando aún más la aplicación de los principios de cosa juzgada y *non bis in idem* de lo que había hecho el juez de primera instancia de Capital Federal.

10. Ante este fallo de la Casación, el señor fiscal ante la Cámara de Casación interpuso el día 4 de marzo de 2000 recurso extraordinario federal, atacando la aplicación más que forzada: absurda, del principio de cosa juzgada, sosteniendo su indignación ante la injusticia de consagrar impunidad a los empresarios imputados de contrabandistas con afirmaciones de una dureza inusual en los textos de un funcionario del Ministerio Público. Así afirmó, por ejemplo, que "... la autoridad de la cosa juzgada es inquebrantable, mientras esté reforzada por el valor científico y doctrinario de los fallos. En caso contrario, solo tiene la consistencia frágil de un formalismo ritual, con el consiguiente peligro para la presunta infalibilidad que simboliza. En todo caso, y en el *sub lite*, sólo se podría hablar de cosa juzgada irrita, resultando inaplicable el instituto tanto en lo formal como en lo material...".

11. Dicho recurso extraordinario fue rechazado el día 10 del mismo mes, y por tanto la fiscalía interpuso la queja ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación el día 27 del mismo mes.

12. El procurador general se manifestó a favor de mantener la queja incoada el 6 de abril del 2000.

13. El 8 de agosto de 2002, el juez Boggiano, junto con otros cuatro ministros de la Corte, luego de más de dos años de interpuesta la mencionada queja, resolvió declararla inadmisibile mediante una escuálida e inexplicable resolución de cuatro renglones que solamente hace referencia a la aplicación del artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Es decir, consagró la impunidad recurriendo a la formalidad de ni siquiera dar una explicación para no revocar un fallo que clamaba al cielo por su revocación.

14. En efecto, el 8 de agosto de 2002, con el voto de los Boggiano y los ex jueces Moliné O'Connor, Vázquez, Nazareno y López, se rechazó el recurso de queja que fuera interpuesto por el fiscal general ante la Cámara Nacional de Casación Penal en la causa "Macri, Francisco y Martínez, Raúl s/ evasión fiscal y presunto contrabando" de fecha 27 de marzo de 2000.

Para así decidir el tribunal la Casación había considerado que los hechos materia de juzgamiento en esta causa ya habían sido definitivamente resueltos en su totalidad por el Tribunal Oral en lo Penal Económico N° 2 y por el Juzgado Penal Económico N° 6 de la Ciudad de Buenos Aires y que la continuación de su investigación en el Juzgado Federal de Concepción del Uruguay implicaba la violación a la garantía que tutela al imputado contra la doble persecución penal. Por otro lado, sostuvo que en razón de la triple identidad (sujeto, objeto y causa) existente –en su particular modo de ver– entre los hechos debatidos en el *sub lite* y los ya juzgados, el hecho único debió ser juzgado por los tribunales en lo penal económico mencionados, pues éstos tenían amplia competencia en materia tributaria y aduanera.

La casación concluyó que la operatoria comercial de importación de vehículos en los años 1992 y 1993 constituía un hecho complejo respecto del cual se había sobreseído en su totalidad a los encausados, lo que impedía que sus diversos fragmentos fuesen nuevamente juzgados.

15. Ahora bien, si observamos cuál es el fin que las partes, considerando también como tal al Ministerio Público, persiguen en el proceso, vemos que no es otro que el de obtener del juez una declaración por la cual se decida definitivamente la cuestión planteada, de manera que no pueda ser discutida nuevamente, y que, en caso de contener una condena, pueda ser ejecutada sin nuevas revisiones.

Este efecto de la sentencia, sin duda alguna el más importante, es el que se designa con el nombre de cosa juzgada, que significa juicio dado sobre la litis, y que se traduce en dos consecuencias prácticas:

a) La parte condenada o cuya demanda ha sido rechazada, no puede en una nueva instancia discutir la cuestión ya decidida (efecto negativo);

b) La parte cuyo derecho ha sido reconocido por una sentencia, puede obrar en justicia sin que a ningún juez le sea permitido rehusarse a tener en cuenta esa decisión (efecto positivo).

Pero debe distinguirse entre cosa juzgada formal y material. La primera se refiere a la imposibilidad de reabrir la discusión en el mismo proceso, sea por que las partes han consentido el pronunciamiento de primera instancia, sea por haberse agotado los recursos ordinarios y extraordinarios cuando ellos procedan, pero sin que obste a su revisión en un juicio posterior. La segunda, en cambio, se produce cuando a la irrecurribilidad de la sentencia se agrega la inmutabilidad de la decisión.

Puede así haber cosa juzgada formal sin cosa juzgada material, pero no a la inversa, dado que la cosa juzgada material tiene como supuesto la cosa juzgada formal. Por ejemplo, la sentencia dictada en juicio ejecutivo tiene fuerza de cosa juzgada formal y permite su ejecución, pero carece de fuerza juzgada material, porque queda a salvo al vencido el derecho de promover juicio ordinario para obtener su modificación, tal como sucede en los juicios sumarios en general. Por el contrario, la sentencia dictada en juicio ordinario produce cosa juzgada material, porque supone la inadmisibilidad de todo recurso, y tiene como consecuencia la imposibilidad de modificar la decisión.

La cosa juzgada material se refiere al contenido de la sentencia, y sus caracteres son la inmutabilidad y al coercibilidad, es decir, que proyecta sus efectos hacia el pasado y hacia el futuro.

La inmutabilidad de la sentencia que la cosa juzgada ampara, está condicionada por la exigencia de que la acción a la cual se opone sea la misma que motivó el pronunciamiento. Este proceso de identificación se hace por la comparación de los elementos de ambas acciones, y la excepción de cosa juzgada procederá cuando ellas coincidan en: 1°: los sujetos, 2°: el objeto y 3°: la causa. Basta que una sola difiera para que la excepción sea improcedente.

Con relación a la necesaria identificación respecto del objeto, entendemos por objeto del litigio, al igual que la doctrina que es pacífica a este respecto, aquello que se pide concretamente en la demanda.

Por su parte, la causa, es el hecho jurídico que se invoca como fundamento de la acción y no se debe confundir con el hecho constitutivo del derecho o con la norma abstracta de la ley.

Tal como mencionamos el fallo de la Cámara Nacional de Casación Penal interpretó que existía la triple identificación requerida para la configuración de cosa juzgada material.

Luego, el fallo en mayoría de la Corte que denegó la queja interpuesta por el Ministerio Público, ratificó así el criterio de dicha cámara, al declarar la inadmisibilidad del recurso extraordinario interpuesto contra la arbitrariedad que implicó la deformación de la aplicabilidad de la excepción de cosa juzgada.

Aún los sectores doctrinarios que sostienen el criterio más amplio respecto de la admisibilidad de la excepción de cosa juzgada, admiten la necesidad del cumplimiento de los tres requisitos antes mencionados, y tal como veremos a continuación, el único requisito verificado en el caso ha sido el de la identificación subjetiva.

No se daba en lo que hace al objeto ni a la causa.

16. En efecto, al considerar que el hecho había sido decidido en su totalidad por los tribunales que habían intervenido anteriormente, la Cámara Nacional de Casación Penal, incurrió, tal como lo manifiesta una de las disidencias de los miembros de la Corte:

“...en una mera afirmación dogmática que no se sustente en las particularidades del presente caso y en la doctrina que surge de los fallos dictados por esta Corte, en especial en cuanto a que tal principio no se aplica cuando no existe unidad esencial entre los hechos imputados de los diversos procesos (‘Fallos’: 248:232, y 250:724) y que, por lo tanto, es posible realizar la investigación de las distintas conductas en diversas jurisdicciones (‘Fallos’: 282:58 y 314:374).

Que ello es así toda vez que de las constancias agregadas al *sub lite* surge que concurrieron varias conductas autónomas e independientes, aun cuando se hubiesen realizado en un mismo contexto de tiempo y espacio, introducción de vehículos sin el debido control aduanero mediante despachos aduaneros adulterados y evasión tributaria (en concurso real) o en diversas oportunidades, como el ingreso, por diversas aduanas del país, de 1936 automóviles importados, mediante documentación adulterada sin el debido control de la aduana de Buenos Aires y 1911 por la de Gualeguaychú (hechos reiterados).

Por otra parte, al haberse considerado la perpetración de un delito complejo, la cámara mencionada se limitó a realizar una apreciación subjetiva, sin haber precisado el alcance y contenido de la figura penal, lo cual resultaba fundamental para fundar la existencia de una unidad esencial entre los hechos investigados en las diversas causas y la exclusión de alguna de las formas concursales previstas en la legislación penal...”.

17. Vayamos ahora concretamente a las causas que motivaron los distintos juicios.

Recordemos: la primera causa se origina en una denuncia de la Dirección General Impositiva ante el Juzgado Federal N° 1 de San Isidro por haberse detectado maniobras en la comercialización de automotores importados al amparo del decreto 2.677/91 orientadas a defraudar al fisco tanto en relación con el IVA como con el impuesto a las ganancias que debía tributar Sevel S.A., como empresa importadora de vehículos. En las declaraciones indagatorias de los representantes de Sevel y Opalsen se les imputó que habían ocultado su calidad de importadores a fin de evadir impuestos. Macri y Martínez fueron procesados como autores prima facie responsables del delito del artículo 2° de la ley 23.771. En el auto de procesamiento el juez federal declinó su competencia para entender respecto del presunto delito de contrabando que surgía de los hechos denunciados, a favor del Juzgado Federal de Concepción del Uruguay respecto de los vehículos introducidos vía la aduana de Gualaguaychú, y del Juzgado Nacional en lo Penal Económico N° 6 de la Ciudad e Buenos Aires respecto de los vehículos introducidos por la aduana del mismo lugar. Luego la causa por evasión fiscal se radicó en el Tribunal Oral en lo Penal Económico N° 2, que declaró extinguida la acción penal por satisfacción de la pretensión fiscal. Luego el Juzgado Nacional en lo Penal Económico N° 6 declaró también extinguida la acción por el presunto delito de contrabando, por aplicación del principio de cosa juzgada, pero el Juzgado de Concepción del Uruguay continuó con la acción y rechazó el planteo de cosa juzgada de los encausados. Del mismo modo rechazó la Cámara de Paraná el mismo planteo.

Analizadas todas las actuaciones, la no aplicabilidad de la excepción de cosa juzgada resulta evidente, por cuanto no se trata aquí de un intento por juzgar nuevamente una misma conducta por delitos subsumibles, sino de:

- i. Dos delitos independientes que al mismo tiempo provienen de
- ii. Hechos diversos.
- iii. Con pretensiones punitivas diferentes y que
- iv. Involucran bienes jurídicos diferentes: estos son los delitos de fraude tributario y de contrabando, los cuales son autónomos e inconfundibles.

Esto es así dado que, tal como explica Nelson Pessoa (cf. Concurso de delitos, teoría de la unidad o pluralidad delictiva), la medida para determinar la unidad o pluralidad delictiva no es producto o resultante de la unidad de acción, ni de resultados, sino que es una noción que se obtiene especialmente del funcionamiento de los tipos penales que convergen sobre una conducta humana.

Hay concurso real de delitos cuando sobre un hecho convergen efectivamente varios tipos penales que funcionan con las siguientes modalidades:

- a) Cada uno de los tipos penales toma solamente determinados (no la totalidad) aspectos del hecho;
- b) Solamente el conjunto de los tipos cubre íntegramente el hecho;
- c) Entre los tipos penales no existe ningún tipo de conexión típica o comunidad de elementos típicos. No se superponen en la prohibición de ciertos elementos del hecho.

Como lo afirmaron acertadamente los tres votos de minoría de los jueces Fayt, Belluscio y Petracchi, para que se encuentre conculcada la garantía que prohíbe la doble persecución penal, el segundo proceso debe referirse al mismo hecho que el perseguido en el primer proceso, es decir que debe haber una identidad total entre el acontecimiento del mundo externo que se imputa –sea real o no- o tratarse de la misma conducta material, sin que se tenga en cuenta para ello su calificación, no resultando aplicable dicha garantía cuando las conductas imputadas en ambos procesos no son idénticas por versar sobre un acontecimiento histórico distinto al que originó el otro proceso concluido o en trámite, aun si los encausados hubiesen realizado los hechos de un modo simultáneo. Y, en el caso, se había sobreesido a los imputados por el delito de contrabando de automóviles investigado en la provincia de Entre Ríos, debido a la resolución adoptada respecto de otros hechos por la justicia de la Ciudad de Buenos Aires.

Por ello, conforme lo afirmaron los votos de Fayt, Belluscio y Petracchi, correspondía revocar la resolución que sobreesió a Macri y Martínez por existir cosa juzgada pues, mediante la confrontación de los hechos investigados en los diversos procesos no se advierte que exista identidad de objeto material, pues se refieren a sujetos distintos escindibles unos de otros y que afectan bienes jurídicos diferentes ya que en un proceso se investigaba la presunta evasión del pago de los impuestos de la importación de automotores –IVA y ganancias–, y, en el otro, el contrabando de dichos automóviles.

Y, va de suyo, constituyen acontecimientos materiales diferentes, sin que se vea afectada la garantía que prohíbe la doble persecución penal.

No podía advertirse prima facie, es decir, sin permitirle al juez federal de Concepción del Uruguay que desarrollara su investigación, que hubiera existido conculcación a la garantía que prohíbe la doble persecución penal por continuarse un proceso penal por el contrabando de ciertos automotores porque se había sobreesido a los imputados por el mismo delito pero de otros automóviles.

Es que, en el caso bajo estudio, 1.911 habían entrado por Gualeguaychú y sólo 25 por la Aduana de la Ciudad de Buenos Aires.

De la confrontación de ambos procesos surgía, a no dudarlo, que se trataba de la misma modalidad de comisión de delitos pero realizados en diversas oportunidades, en diversos lugares y no se desprendía de ellos una relación de dependencia, pues no se advertía que hubiera existido una unidad de designio criminoso.

Resultaba pues claramente arbitraria aquella sentencia que había hecho lugar a la excepción de cosa juzgada planteada por la defensa y sobreseído a los imputados por conculcación de la garantía constitucional que prohíbe la doble persecución penal (como dije, respecto de una causa por contrabando de una gran cantidad de automotores, debido al sobreseimiento dictado en otra con relación a otros vehículos) si el tribunal, para considerar configurado un delito complejo, se limitó a realizar una mera apreciación subjetiva sin precisar los alcances y contenido de esa figura penal, apreciación que resultaba fundamental para fundar la existencia de una unidad esencial entre los hechos investigados en las diversas causas y la exclusión de algunas de las formas concursales previstas en la legislación penal (ver voto en disidencia de los doctores Fayt y Belluscio).

A su vez, cabe recordar que en el caso los imputados cuando fueron procesados y se separaron las causas no habían realizado ningún planteo referente a la posible violación del principio del *non bis in idem*, sino que, por el contrario, hicieron valer la excepción una vez que se dictaron los sobreseimientos en las causas que habían sido tramitadas simultáneamente. Ello es pues la prueba más evidente de lo escindible que eran las conductas que se les habían atribuido.

18. Cabe recordar que el origen de la teoría del delito continuado –lo que tiene influencia en su actual concepción– es producto por un movimiento sentimental y humanitario. Se trata de un remedio excepcional que tiene por fin evitar la aplicación de penas injustas.

El ejemplo académico clásico para ilustrar el significado del delito continuado es el de la empleada que le hurta a su empleadora una piedra del collar de perlas todos los días durante veinte días, hasta quedarse con el collar entero. Elige ese modo de hurtar la cosa porque es el único modo que tiene para sustraer el collar entero de la casa. En realidad, la empleada realizó veinte hurtos, razón por la cual, si se aplicara la pena correspondiente al delito de hurto, habría que aplicarle dicha pena multiplicada por veinte (o según las leyes de concursos de delitos y penas).

Pero como en realidad se trató de una sola resolución directiva, ejecutada por medio de varias ac-

ciones, cada una de las cuales importa una forma igual de violar la ley, se le aplica una pena sola pues se trata de lo que se denomina “delito continuado”.

Como todo remedio excepcional, el denominado delito continuado debe aplicarse de modo restrictivo y luego de que se hubiese determinado de modo preciso y exhaustivo que se encuentran presentes en cada caso todos los elementos que lo conforman.

El doctor Alimena describe al delito continuado como “continuo en la conciencia y discontinuo en la ejecución”, pues “las varias y diversas consumaciones no son más que varias y diversas partes de una consumación sola”.

Entonces, delito continuado es aquel que se comete cuando una sola resolución directiva se ejecuta por medio de varias acciones, cada una de las cuales importa una forma análoga de violar la ley.

De esa definición, el maestro Sebastián Soler extrae tres elementos integrantes de tal delito: *a)* unidad de resolución; *b)* pluralidad de acciones; y *c)* unidad de lesión jurídica. (cf. *Derecho penal argentino*, TEA, tomo II, página 341).

No debe pues confundirse la unidad de resolución con el propósito de cometer varios delitos indeterminados.

Lo contrario derivaría en una deplorable igualdad de tratamiento penal entre cometer delito continuado y continuar cometiendo delitos (cf. Majno, *Commento*, I, 435).

De ello se desprende que habrá casos de similitud en el modo de comisión pero, pese a ello, no importarán continuación, por caer en algunas de las circunstancias que excluyen la unidad de resolución. La unidad de tiempo y de lugar no son características esenciales de los delitos continuados. No obstante ello, debe ser objeto de investigación en cada caso concreto que un intervalo prolongado en el tiempo entre un hecho y otro o la pluralidad de lugares en la comisión de los hechos referidos, no signifiquen la existencia de una resolución nueva, porque si así fuere no estaríamos en presencia de un delito continuado, sino de varios delitos independientes unos de otros.

Esta apreciación es una cuestión de hecho que debe ser analizada por cada juzgador de modo amplio y libre.

19. La actitud de Boggiano en el caso “Macri” evitó que el juez federal con asiento en la ciudad de Concepción del Uruguay pudiera investigar el caso hasta las últimas consecuencias y determinar si en el caso se presentaban o no la totalidad de los elementos que caracterizan a los delitos continuados.

20. Por otra parte, no pudo haber pasado desapercibido al juzgador que se debió haber analizado la posible comisión de distintos delitos que tutelaban, a su vez, distintos bienes jurídicos.

– La evasión impositiva que produjo la ausencia de ingreso a las arcas fiscales de los impuestos al valor agregado y ganancias por parte de Macri y Martínez afectó la integridad de la renta fiscal; mientras que en

– el delito de contrabando se tutela el control aduanero y, en definitiva, la preservación de los objetivos de política económica del Estado.

Casi por definición el delito de contrabando no es delito continuado.

Esto es obvio pues cada una de las operaciones genera un delito independiente de otro.

21. En su defensa Boggiano afirma que: *a*) no había caso federal porque la garantía había sido resuelta en favor de los imputados; luego, contradictoriamente; *b*) que no existe caso federal en la aplicación de la garantía de la cosa juzgada sino que se trata de una materia propia de los jueces de la causa; y *c*) que en todo caso habría que enjuiciar a los miembros de la casación.

Luego, defiende en el fondo del asunto la tesis de la defensa de Macri respecto de la existencia de cosa juzgada y delito continuado.

Los primeros argumentos defensoristas son no irrelevantes, pues más allá de que algunas disidencias fundan la existencia de la cuestión federal, también se revela la existencia de una sentencia manifiestamente arbitraria. De suyo, la eventual mala actuación de los jueces de la casación no justifica la de él.

Por ello, ingresando al punto de la existencia o no del delito continuado, y, por ello, de cosa juzgada, bastaría demostrar la absoluta inadecuación del argumento de Boggiano para justificar la sentencia de la casación.

Pretende afirmar que los contrabandos son casos “típicos” de delito continuado (cf. su primer descargo, página 23 cuando da el supuesto de hecho del caso “Macri” como un ejemplo).

Esto revela un total desconocimiento del derecho o, lo que es más probable, una intención deliberada de “no querer ver” para favorecer a Macri y a los demás imputados.

Es que, por un lado, insistir que no existió perjuicio al Estado nacional pues Macri y Martínez satisficieron íntegramente el monto del impuesto debido, el que fue establecido unilateralmente por el fisco y pagado en su totalidad (artículo 14 de la ley 23.771) es un disparate. Pues pareciera sugerir que el delito de contrabando se extingue con el pago de una suma de dinero.

El delito de contrabando jamás podría extinguirse con el pago de una suma de dinero, pues el bien jurídico tutelado aquí es, como dije en considerandos anteriores, el control aduanero y, en definitiva, la preservación de los objetivos de política económica del Estado y no la integridad de la renta fiscal.

Cabe recordar en este sentido que la propia jurisprudencia de la Corte define al contrabando como “toda forma de ocultación y todo acto tendiente a sustraer las mercancías a la verificación de la Aduana es contrabando, aunque no exista la posibilidad de un perjuicio fiscal”. (“Fallos”: 213:120; en el mismo sentido: “La Ley”, 56-268, J.A. 1949-III-51; C. Fed. Capital 16/5/949, en autos “Deli, José”: “La Ley”, 55-618; C.N. Paraná, 25/10/956, “López, Manuel y otros”: “La Ley”, 86-732; J.A. 956-IV-535, entre muchos otros).

La opinión doctrinaria en la materia también es unánime en sostener el contenido de esta definición. Así Francisco D’Albora (*Tratado de derecho penal especial*, “La Ley”, Buenos Aires, tomo IV, página 188), dice: “El bien jurídico protegido por la figura delictiva que castiga el contrabando está constituido por el régimen de contralor aduanero, consistiendo la esencia de ese delito lo puntualizado en la hipótesis prevista en el inciso *f*) del artículo 187 de la Ley Aduanera (se refiere a las viejas ordenanzas de Aduana), es decir, conceptualmente, la de todo acto y omisión tendiente a sustraer las mercaderías o efectos a la intervención aduanera o de impedir mediante ardid o engaño el adecuado ejercicio de las facultades que las leyes acuerdan a las aduanas”.

Desde el punto de vista expuesto parece claro que cualquier engaño destinado a burlar el debido control aduanero es punible con arreglo al artículo 863 del Código Aduanero (Vidal Albarracín, Héctor, *Código Aduanero. Comentarios, antecedentes, concordancias*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, tomo VII-A, página 71).

En el mismo sentido Ferro (*Código Aduanero comentado*, Depalma, Buenos Aires, página 577), define al contrabando como “todo acto u omisión tendiente a sustraer mercaderías o efectos a la intervención aduanera y, en especial modo, la importación o exportación que se ejecute clandestinamente o por lugares no habilitados por la ley, la que se desvíe de los caminos marcados para la realización de esas operaciones y la que se efectúe fuera de las horas señaladas”. Continúa afirmando Ferro que no es necesaria la presencia de perjuicio fiscal.

Y resulta ilustrativo para el caso recordar un caso comentado por el propio D’Albora en el tomo 112, página 296 de la revista “La Ley”, donde afirma: “No es dudoso que la importación de oro en barras, en la actualidad, sea para atesorar o para uso industrial si bien continúa –como anteriormente– no estando sujeta al pago de ningún impuesto aduanero, no puede llevarse a cabo, en cambio, sin intervención de la autoridad aduanera y previo cumplimiento de todos los requisitos exigidos en el decreto 9.612/67, lo mismo que en las resoluciones 1.968/68 y 3.465/68 del interventor de la Dirección General de Aduanas, que dicho funcionario dictara

el 6/3/68 y el 30/4/68 y publicara por circular general 37/68 y en el Boletín Oficial el 22/5/68, respectivamente, el artículo 5º del decreto 9.612/67 de fecha 29/12/67. Del mero hecho que la importación de oro en barras, sin previa verificación aduanera, no cause ningún perjuicio fiscal (lo cual resulta exacto si tan sólo se considera que el oro en barras está exenta del pago de derechos de importación, pero de la tasa que en concepto de servicio de estadística impone con carácter general el artículo 132 de la Ley de Aduana (t.o. 1962) a todas las mercancías, bienes, artículos, productos, materias primas, frutos, animales o efectos similares de cualquier género, especie, materia o calidad, según el artículo 137 de la ley citada, que se importen o exporten y estén o no gravadas con derechos, inclusive las despachadas en tránsito para el extranjero), no es dable concluir o inferir, como se hace frecuentemente, que aquel obrar no puede ser encuadrado en el artículo 187 de la Ley de Aduana (se refiere a las viejas ordenanzas de Aduana), que reprime el delito de contrabando. Y ello es y debe ser así, por la simple y evidente razón de que el bien protegido por la citada disposición legal y demás normas concordantes de la misma ley, no es la recaudación fiscal de los derechos aduaneros, ni tampoco las regulaciones de la política económica del Estado en relación con las operaciones de importación y exportación sino el conjunto de las facultades legales que corresponden a la Aduana y que se pueden precisar diciendo que constituyen el régimen del contralor aduanero”.

Siempre en la misma línea de opinión la Corte Suprema, luego de declarar (“Fallos”: 185:290) que “de acuerdo con lo que disponen los artículos 65, 399, 400, 970 y 971 de las ordenanzas de Aduana (antecedentes del actual Código Aduanero), independientemente de la concurrencia de un perjuicio fiscal en el caso, debe considerarse contrabando toda forma de ocultación y todo acto tendiente a sustraer una mercadería a la verificación aduanera”, haya mantenido dicha doctrina al declarar reiteradamente, que “toda forma de ocultación y todo acto tendiente a sustraer una mercadería a la verificación aduanera es contrabando, aun cuando no existiere la posibilidad de perjuicio fiscal” (“Fallos”: 187:214; 213:120).

En síntesis, la finalidad de la figura de contrabando no es primordialmente la preservación de la integridad de la renta fiscal –lo que podría conducir a la analogía entre la estafa y el contrabando realizado con fraude–, sino la preservación de los objetivos de política económica por el Estado en su carácter de órgano de rector de la economía nacional.

Es por ello que el Código Aduanero declara explícitamente en el artículo 863 que lo determinante para la punición es que se tienda a frustrar el adecuado ejercicio de las facultades legales de aquel organismo, que tanto la tiene para lograr la recaudación de los gravámenes como para velar por la

correcta ejecución de las normas que estructuran el ordenamiento económico nacional.

Desde otro punto de vista, esto es, desde el de la dogmática de los delitos patrimoniales, y, en especial, de la estafa, también cabe llegar a análoga conclusión, si se tiene en cuenta que las falsedades afirmadas por quienes tienen obligación legal de manifestar la verdad son consideradas como engaño relevante para la figura de estafa porque se abusa de la confianza que resulta del conocimiento de dicha obligación jurídica (cf. Núñez, *Tratado...* página 301; Ricardo Levene (h), *Enciclopedia jurídica*, Omeba, tomo XI, voz Estafa, páginas 33-35, primera columna), y justamente esa obligación pesa sobre quienes realizan operaciones de Aduana (cf. dictamen del procurador general de la Nación del 9 de febrero de 1976, en la causa “Fiscal y querellante c/Humberto Gordo y otros”).

La incriminación del contrabando como delito tiene un fundamento económico y persigue, esencialmente, la protección de normas establecidas por razones de orden público.

De lo expuesto se desprende que todos los autores autorizados en materia aduanera distinguen claramente entre los bienes jurídicos tutelados en la represión de los delitos de evasión impositiva y contrabando.

Pese a tan claras e inequívocas opiniones en la materia, Boggiano parece no distinguir estas dos cuestiones con claridad al afirmar que el pago de los tributos extinguió la acción de contrabando.

De ello se desprende que en el fallo en análisis el imputado referido no distinguió no la paja del trigo, sino una vaca de un caballo.

No puede construirse un país serio, digno y que merezca ser vivido con jueces de la Corte que desprecien la importancia que para la política económica de toda Nación tiene el debido control aduanero.

Considerando que para el dictado de la sentencia de este caso, Boggiano se tomó más de ochocientos días para citar un artículo del Código Procesal Civil y Comercial atentando palmariamente contra dicha certeza, se observa además una enorme incoherencia institucionalmente intolerable y a las claras constitutivas del mal desempeño de un miembro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

22. Por último la defensa del delito continuado en el caso del contrabando es casi un absurdo por ser uno de los delitos que casi por esencia lo rechaza.

Tal vez pecando de reiteratorios recordemos con Nelson Pessoa (Concurso de delitos, teoría de la unidad o pluralidad delictiva) que la medida para determinar la unidad o pluralidad delictiva no es producto o resultante de la unidad de acción, ni de resultados, sino que es una noción que se obtiene especialmente del funcionamiento de los tipos penales que convergen sobre una conducta humana.

Hay concurso real de delitos cuando sobre un hecho convergen efectivamente varios tipos penales que funcionan con las siguientes modalidades:

a) Cada uno de los tipos penales toma solamente determinados (no la totalidad) aspectos del hecho;

b) Solamente el conjunto de los tipos cubre íntegramente el hecho;

c) Entre los tipos penales no existe ningún tipo de conexión típica o comunidad de elementos típicos. No se superponen en la prohibición de ciertos elementos del hecho.

Los tipos penales en juego no son los círculos secantes, sino círculos independientes.

Dada la verificación de los supuestos antes mencionados y también la complejidad que requería la dilucidación del conflicto planteado, se hace aún más burda e irresponsable la ligereza con que el doctor Boggiano rechazó la queja y dejó firme la absolución del entonces imputado por contrabando Francisco Macri.

Por ello, era inadmisibles considerar que los contrabandos en investigación constituían un delito continuado... ¡máxime cuando ni siquiera se había concluido la investigación!

En otras palabras, Boggiano consideró que ya había sido juzgado una conducta... que jamás llegó a determinar.

24. Cargos

1. Obstruir el debido proceso legal respecto a la tarea de investigación por presunto contrabando llevada a cabo por el juez federal de Concepción del Uruguay, en los autos “Macri, Francisco y Martínez, Raúl s/presunto contrabando”.

Como vimos en el relato precedente el imputado Boggiano se apresuró a dejar firme la absolución de Macri y otros consortes de causa, imputados de contrabando, en la que se había invocado la existencia de un delito continuado (¡respecto de una pluralidad, miles, hechos de contrabando absolutamente independientes!) y, así, la garantía de la cosa juzgada.

Es imposible verificar si existe o no la identidad necesaria entre dos causas si no se agota la investigación del hecho.

Asimismo, no es posible calificar un conjunto de hechos como delitos independientes (lo único admisible en un contrabando de coches, hechos independientes) o como delito continuado (el caso del collar que se roba por partes) si no se agota la investigación fáctica.

Y el único que podía realizar esa indagación era el juez federal de Concepción del Uruguay, a quien se lo impidió –entre otros– Boggiano.

Así, el cargo es absolutamente procedente.

2. Causar un grave perjuicio al Estado nacional, que se vio privado de percibir los debidos tributos aduaneros y/o ejecutar las multas tributarias penales y/o decomisos.

El perjuicio al Estado se configura, ya que los imputados sólo abonaron una multa, la correspondiente a la evasión fiscal, fijada por los jueces de la Capital Federal, y con relación a tan sólo 25 automotores ingresados al país por la Aduana de Buenos Aires presentando ante el servicio aduanero documentación falsa. A mediados del año 1995, el Tribunal Oral en lo Penal Económico N° 2 resolvió declarar extinguida, por satisfacción de la pretensión fiscal, la acción penal emergente de la causa en relación a Francisco Macri y Raúl Martínez y en consecuencia sobreseer en la causa –previo pago de la pretensión fiscal que ascendía a un total de \$ 7.044.345– en orden al hecho investigado. Es decir, el Estado percibió solo \$ 7.044.345, correspondiente a la evasión fiscal, fijada por los jueces de la Capital Federal, y con relación a tan sólo 25 automotores ingresados al país ilegalmente. Al haberse acumulado las actuaciones de Concepción del Uruguay a las de Buenos Aires, por “presunto concurso en los términos del artículo 54 del Código sustantivo”, los imputados fueron liberados y en enfrentar las consecuencias patrimoniales por los más de 12.900 autos ingresados ilegalmente por la Aduana de Gualle-guaychú, y por cuyo motivo el juez federal de Concepción del Uruguay había iniciado la causa por presunto contrabando. Es decir, con dichas maniobras burlaron al Estado nacional, pero se llevaron como premio que la Corte Suprema declarase inadmisibles el recurso.

3. Convalidar la interpretación forzada del principio de la cosa juzgada, ya que no existía entre las causas identidad en los hechos, ni en los bienes jurídicos involucrados, ni en las pretensiones punitivas, requisitos para aplicar el aludido principio, beneficiando a un grupo económico.

Con la consagración del principio del *non bis in idem* se protege a la persona perseguida, impidiendo que pueda ser perseguida por un hecho punible si por la misma imputación fue sometida a proceso como autora o partícipe, y luego fue sobreseída, absuelta o condenada.

Pero darle a esta garantía constitucional un alcance que no tiene, al forzar en forma arbitraria su aplicación, atenta contra el derecho de defensa y obstruye el debido proceso.

En otras palabras, extender la garantía a quien no se encuentra en la situación fáctica de serle aplicada es, simplemente, consagrar la impunidad.

La relevancia empresarial del imputado y la magnitud de los hechos investigados no pueden escapar a la consideración.

El apresuramiento por cerrar un caso con invocación de una doctrina (la del delito continuado y

la cosa juzgada) que necesariamente requería el agotamiento de la investigación por el único tribunal con competencia (el federal con asiento en Entre Ríos) nos revela que la intención fue dar impunidad; no proveer justicia.

Cabe recordar lo dicho por el juez Belluscio en los considerandos 8 y 9 de su disidencia: “El tribunal de casación otorgó a la garantía del *non bis in idem* una extensión impropia que importó desvirtuar la finalidad y el alcance de las normas constitucionales en juego. En efecto, al considerar que el hecho había sido decidido en su totalidad por los tribunales que habían intervenido anteriormente, el *a quo* ha incurrido en una mera afirmación dogmática que no se sustenta en las particularidades del presente caso, y en la doctrina que surge de los fallos dictados por esta Corte, en especial en cuanto a que tal principio no se aplica cuando no existe unidad esencial entre los hechos imputados en los diversos procesos (“Fallos”: 248:232 y 250:724) y que, por lo tanto, es posible realizar la investigación de las distintas conductas en diversas jurisdicciones...”; “...de las constancias surge que concurren varias conductas autónomas e independientes, aun cuando se hubiesen realizado en un mismo contexto de tiempo y espacio, la introducción de vehículos sin el debido control aduanero o en diversas oportunidades, como el ingreso por diversas aduanas del país de automóviles importados mediante documentación adulterada...”.

La garantía que prohíbe la doble persecución penal por el mismo hecho no es aplicable cuando las conductas imputadas en ambos procesos no son idénticas por versar sobre un acontecimiento histórico distinto al que originó el otro proceso concluido o en trámite, aun si los encausados hubiesen realizado los hechos de un modo simultáneo.

Con su negativa a adentrarse en el estudio del fondo de la cuestión planteada, soslayando totalmente las circunstancias de la causa generaron una situación notoriamente injusta, vulnerando el derecho a la verdad y la credibilidad y confianza de los ciudadanos que ejercen el justo reclamo de conocer la verdad. Dieron impunidad.

La garantía de la prohibición de la doble persecución penal es una conquista de la civilización, pero no es un cartabón por donde se deje impunes a los delincuentes que cometen, no uno, sino un conjunto (¡miles en el caso!) de delitos.

Lamentablemente, Boggiano usó esa garantía para dar impunidad al probable autor de miles de delitos, impidiendo que el juez federal con sede en Entre Ríos investigara.

4. Haber abdicado de manera arbitraria a su responsabilidad de efectuar el control de constitucionalidad en los términos del artículo 14 de la ley 48.

Basta remitirse a lo anterior para tener acreditado el cargo.

5. Hacer uso arbitrario de las facultades acordadas a la Corte Suprema de Justicia en el artículo 280 del Código Procesal en lo Civil y Comercial de la Nación.

Creemos que el relato precedente es suficiente, al que remitimos en honor de la brevedad.

VI

El caso Dragonetti de Román

1. El día 4 de mayo de 2000, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó en el expediente 1.319/00 “Justicia Nacional de Trabajo s/relevamiento”, la resolución 33/00, que dispuso imponer a la jueza doctora Dragonetti de Román, como sanción correctiva, una multa equivalente al treinta por ciento del total de su remuneración.

2. El expediente 1.319/00 fue iniciado por el cuerpo de auditores de la Corte Suprema con el fin de relevar el funcionamiento del fuero nacional del trabajo, en razón de una orden verbal impartida por sus superiores con motivo en una medida de fuerza que había sido anunciada para el día 18 de abril de 2000 por la Unión de Empleados de la Justicia Nacional.

Como consecuencia de dicho relevamiento, obra en el expediente un informe –suscripto por el subdirector general y la prosecretaria letrada del cuerpo de auditores de la Corte Suprema de Justicia de la Nación– que detalla en qué medida y de qué manera cada uno de los juzgados respondió al requerimiento de los auditores relativo a la asistencia de su personal en dicha fecha.

3. Con sustento en tal informe, y sin que se corriera traslado a la jueza a fin de que ejerciera su derecho de defensa, la Corte Suprema, con mayoría integrada por –entre otros ministros– el doctor Boggiano y la disidencia de Petracchi y Bossert, dictó la resolución 33/00, en cuyos considerandos señaló que:

“4º) Que es doctrina de esta Corte que la circunspección y el respeto al orden jerárquico constituyen normas de inexcusable cumplimiento por los jueces (‘Fallos’: 303:1990), de modo tal que la conducta asumida por la referida magistrada importa no sólo una falta de colaboración para con su superior jerárquico en la tarea de velar por el ordenado y normal desenvolvimiento de la administración de justicia –misión a la que debe coadyuvar–, sino también un tácito alzamiento contra el tribunal que menoscaba el principio de autoridad y que se puso de manifiesto de manera objetiva en punto a la respuesta brindada por aquélla al requerimiento que se le efectuó.

”5º) Que dicho proceder implica un incumplimiento al deber genérico impuesto a todo magistrado, funcionario y empleado del Poder Judicial de la Nación de observar una conducta irreprochable prevista en el artículo 8º del Reglamento para la Justicia nacional.

”6°) Que acreditada la falta en forma directa y objetiva (artículo 21 del Reglamento para la Justicia nacional), de conformidad con la acordada 52/98, corresponde aplicarle a la citada jueza una sanción correctiva.”

4. El día 9 de mayo de 2000, la magistrada sancionada solicitó, ante el señor presidente de la Corte Suprema, vista de las actuaciones a los efectos de ejercer una adecuada defensa de sus derechos de raigambre constitucional (defensa y debido proceso legal).

Por decisión firmada por Jorge E. Dal Zotto (titular de la Secretaría de Auditores Judiciales de la Corte Suprema), la vista requerida por la doctora Dragonetti fue denegada, con fundamento en que “...la sanción impuesta lo fue con motivo de la comprobación directa y objetiva de la infracción, de conformidad con el artículo 21 del reglamento para la justicia nacional que autoriza a proceder de plano en dichas situaciones”.

5. Posteriormente, el 17 de mayo de 2000, la jueza Dragonetti de Román interpuso recurso de nulidad contra la resolución 33/00, que fue rechazado –por resolución 41/00 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de fecha 1° de junio de 2000– por haber sido interpuesto de forma extemporánea y en virtud de que “...contra los pronunciamientos de esta Corte no cabe acción, incidente, ni recurso de nulidad (‘Fallos’: 286:50, 303:241 y 501; 304:1897; 306:392, entre otros)”.

6. La resolución implicó la invasión de facultades constitucionalmente asignadas al Consejo de la Magistratura.

De acuerdo con el artículo 114, inciso 4 de la Constitución Nacional, es atribución del Consejo de la Magistratura “ejercer facultades disciplinarias sobre magistrados”.

Por su parte, la ley 24.937 (modificada por la ley 24.939 según decreto del Poder Ejecutivo nacional 816/99) dispone, en el inciso 12 de su artículo 7°, que entre las atribuciones del Consejo de la Magistratura se encuentra la de “aplicar las sanciones a los magistrados a propuesta de la Comisión de Disciplina”.

De esta manera, luego de la reforma constitucional efectuada en el año 1994, la Corte Suprema de Justicia de la Nación carece de la facultad sancionatoria de magistrados que antes ejercía. De conformidad con el artículo 7°, inciso 12 de la ley 24.937, el ejercicio de su potestad disciplinaria ha quedado restringida al ámbito de los empleados y funcionarios de la Justicia nacional.

En efecto, con el fin de evitar la concentración de poder, a través de la reforma constitucional del año 1994 se ha sustraído a la Corte Suprema de Justicia de la Nación –junto con otras– la facultad de imponer sanciones a otros magistrados, potestad que fue atribuida con exclusividad al Consejo de la Magistratura.

Como explica el doctor Enrique Paixao, convencional nacional constituyente de destacada actuación

en la reforma constitucional del año 1994, “según lo expresado por el miembro informante en la convención, la reforma de la Constitución ha revertido, con la creación del Consejo de la Magistratura y las funciones que le ha asignado, una tendencia que, a lo largo de este siglo –y particularmente en los últimos cincuenta años– ha llevado a concentrar en la Corte Suprema de Justicia, que es sólo uno de los órganos que ejercen el Poder Judicial de la Nación, la totalidad de las atribuciones de administración de ese conjunto de órganos, que la propia Constitución concibe como independientes entre sí.

”Este proceso de concentración de poder administrativo en un tribunal de justicia, agregó el informante, además de no tener en cuenta la genuina esencia institucional de ese órgano, no ha dado los resultados apetecidos por el Congreso, que confirió a la Corte esos poderes reglamentarios, disciplinarios, administrativos y de gestión”.

Son claras las razones que han dado lugar a esta asignación constitucional de competencia, y no dan lugar a discusión. En términos de Paixao (“La reforma de la administración de justicia. El Consejo de la Magistratura” en *La reforma de la Constitución*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1994, pas. 414 y ss.), “las facultades disciplinarias y las atribuciones de remoción constituyen partes de una sola unidad: la que se refiere a la responsabilidad de funcionarios (magistrados, en este caso) por actos de inconducta. No ha de extrañar, pues, que las primeras hayan sido conferidas al Consejo de la Magistratura, toda vez que a este órgano incumbe también decidir la apertura del procedimiento de remoción.

Hasta la reforma constitucional, el poder general de disciplina respecto de los jueces correspondió al Congreso, por implicancia de la atribución de disponer la remoción de magistrados por inconducta, mediante el procedimiento del juicio político. Empero, ese órgano delegó dicho poder, en lo que se refiere a la sanción de las faltas menores.

”Las leyes 182 de Paraná, y 27 y 48, que fueron las primeras normas organizativas de la justicia nacional, no incluyeron ninguna delegación de las atribuciones disciplinarias sobre magistrados. Más adelante (en 1886) el Congreso delegó, en su carácter de legislatura local, facultades en las cámaras de apelaciones de la Capital, a las que invistió para aplicar apercibimientos y multas por infracciones menores (artículo 102, ley 1.893); respecto de la justicia federal, sólo a partir de 1902 fueron delegadas facultades de sancionar a magistrados en la Corte Suprema de Justicia (artículo 11, inciso 4, de la ley 4.055). Leyes posteriores mantuvieron esta delegación (ley 13.998, artículo 17, decreto ley 1.285/58, artículo 16).”

Ocurre que las facultades disciplinarias sobre los magistrados se manifiestan tanto en la sanción de las faltas menores, que dan lugar a la aplicación

de sanciones que llegan hasta la multa como en la posibilidad de remoción en casos de faltas graves, constitutivas de mal desempeño.

La aplicación de sanciones como la prevención, el apercibimiento y la multa conforman, junto con la remoción de los magistrados, las distintas consecuencias que pueden derivarse de su inconducta. Como consecuencia de ello, la potestad de aplicar sanciones disciplinarias a los jueces corresponde al mismo poder que tiene la facultad de iniciar el proceso de remoción por mal desempeño o la comisión de delitos. De allí la lógica de la asignación constitucional de competencia en dicha materia al Consejo de la Magistratura y de su consecuente reglamentación en la ley 24.937.

La reglamentación legal del procedimiento de aplicación de sanciones disciplinarias es coherente con la asignación constitucional de competencia al Consejo de la Magistratura.

7. La sanción impuesta a la jueza titular del Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo N° 27, doctora Haydée Dragonetti de Román, en el expediente 1.319/00, implica mal desempeño. Veamos.

Del relevamiento ordenado por la Corte antes citado se produjo un informe –suscripto por el subdirector general y la prosecretaria letrada del cuerpo de auditores de la Corte Suprema de Justicia de la Nación– que detalla en qué medida y de qué manera cada uno de los juzgados respondió al requerimiento de los auditores relativo a la asistencia de su personal en dicha fecha. En ocasión de referirse al juzgado a cargo de la doctora Dragonetti de Román, el informe señala lo que sigue:

“...en tono ofuscado nos preguntó ‘quiénes son ustedes para pedir esta información, y por qué no me la solicita mi superior’. Los suscriptos en todo momento tratamos de hacerle entender de manera respetuosa, que cumplíamos órdenes emanadas del señor presidente del alto tribunal, pero la jueza siempre en forma molesta, continuó con su negativa manifestando ‘por qué si hay un juez a cargo, no se me solicita la información directamente y como corresponde, más aún cuando se trata de un tema tan delicado’. A esta altura, advirtiendo los suscriptos que la magistrada difícilmente variaría su posición continuando con expresiones que, si bien no resultaban agresivas hacia nuestras personas tampoco eran del todo cordiales, luego de despedirnos nos retiramos a continuar con la labor encomendada. Cabe agregar que durante la citada entrevista con la doctora Dragonetti de Román, en todo momento se encontró presente el doctor Tosca. Sin perjuicio de lo expuesto pudimos observar que en el juzgado había cierta actividad.”

Con sustento en este informe, y sin que se corriera traslado a la jueza a fin de que ejerciera su derecho de defensa, la Corte Suprema con la participación de Boggiano dictó la resolución 33/00 ya citada. Y luego rechazó el pedido de vista y la revocación.

De acuerdo con el sistema previsto en la ley vigente, mal podría la Corte aplicar sanciones disciplinarias a los magistrados sin lesionar el derecho a la doble instancia y vulnerar el diseño constitucional.

El Consejo de la Magistratura ha señalado, en su resolución 13/98, que “...la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene la facultad que le otorga el artículo 14, apartado c), de la ley 24.937 y, en su virtud, sólo podrá intervenir en grado de apelación de las sanciones que eventualmente aplique este Consejo de la Magistratura en las causas disciplinarias que son de su exclusiva competencia”.

Sin embargo, a pesar del claro mandato constitucional y del marco legal vigente, la Corte Suprema aplicó esta sanción a la jueza. Ello no encuentra fundamento normativo alguno que pueda ser considerado legítimo, ya que la disposición constitucional y su reglamentación legal no brindan espacio para la duda.

8. Boggiano pretendió justificar en inexistentes atribuciones la sanción. Su cita de acordadas no es relevante ante la clara norma de la Constitución Nacional.

Sobre el particular, lejos de constituir un fundamento válido para la aplicación de sanciones a magistrados de manera originaria por la Corte Suprema, la acordada transcrita importa un verdadero acto de fuerza inconstitucional.

Resulta claro que una acordada de la Corte Suprema de Justicia no es una herramienta idónea para derogar cláusulas constitucionales en un estado de derecho republicano. El dictado de la acordada 52/98 no tiene otro significado que evidenciar el fuerte desapego que sus firmantes han tenido de los principios constitucionales.

De hecho, y como consecuencia lógica del dictado de la acordada citada, sosteniendo que debía ser interpretada como una norma general de carácter reglamentario y que la potestad reglamentaria debe adecuarse, para su vigencia y validez, a los límites de la competencia del organismo que la ejerce, el Consejo de la Magistratura resolvió “afirmar la competencia exclusiva y excluyente del Consejo para dictar reglamentos en materia disciplinaria sobre los magistrados de la Nación, así como su condición de juez natural de la causa en relación con la investigación y juzgamiento de los hechos que pudieren dar lugar a la aplicación de las sanciones disciplinarias que correspondan, tal como claramente lo expresan la Constitución Nacional en su artículo 114, incisos 4 y 6, y la ley 24.937 en sus artículos 7°, inciso 12; 14 y 30”. (Resolución 13/98.)

La violación de la letra de la Constitución se ha puesto de manifiesto con la sanción impuesta a la doctora Dragonetti de Román, acto que ha desestimado la posibilidad de interpretar la acordada 52/98 de la Corte dentro de los límites que nuestra Carta

Fundamental impone. La sanción impuesta a la jueza laboral ha sido un acto manifiestamente violatorio de nuestra Constitución Nacional.

Así lo entendió Bidart Campos, quien comentando el caso de la sanción impuesta por la Corte al doctor Magariños, señaló que "...la Corte no debió intervenir en el caso, el que hubo de ser girado de inmediato al Consejo de la Magistratura". Destacó el prestigioso jurista que: "La Corte nos ha enseñado en el transcurso de sus creaciones jurisprudenciales, que ella no puede intervenir fuera de 'causa judicial' (...) cuando la incompetencia es absoluta y total, o más bien, cuando la Corte carece de jurisdicción en una cuestión, la referida 'causa judicial' no existe. No hay 'causa' que la Corte pueda y deba decidir, porque no tiene jurisdicción ni competencia. Cuando a pesar de eso la Corte aborda el asunto y lo resuelve, fácil es coincidir en que la sentencia que emite queda viciada de nulidad absoluta. En el caso al que nos referimos -se trata, repetimos, del caso de la sanción aplicada al doctor Magariños, análogo al presente- para respaldar tan rigurosa tesis conviene agregar que no solamente la Corte juzgó sin tener jurisdicción ni competencia, sino que lo hizo ejerciendo e invadiendo una competencia ajena, que con toda claridad la Constitución adjudica a otro órgano -el Consejo de la Magistratura-". ("La Ley", 2003-A, página 221.)

También Zaffaroni, entre otros, se ha manifestado en igual sentido en referencia al citado "caso Magariños" al afirmar que "no creemos que la sanción sea procedente, entre otras cosas porque constitucionalmente le corresponde al Consejo de la Magistratura y no a la Corte Suprema"².

A su vez, los doctores Pastor y Díaz Cantón han señalado que "la sanción impuesta por la Corte al profesor Magariños es arbitraria y alarmante. Es arbitraria, ante todo, porque sobrepasa la competencia asignada a la Corte desde la reforma constitucional de 1994. El análisis de la conducta de los jueces y la eventual aplicación de sanciones disciplinarias por el desempeño de la función correspondiente exclusivamente al Consejo de la Magistratura (C.N., 114, inciso 4 y ley 24.937)"³.

En este orden de pensamiento, y en particular respecto de la sanción impuesta por la Corte a la docto-

ra Dragonetti de Román, el Consejo de la Magistratura expresó en su resolución 21/01, que "la ley señala que sólo corresponde a este cuerpo juzgar la conducta disciplinaria de los magistrados y que únicamente compete al Alto Tribunal y a los tribunales inferiores con facultades delegadas de superintendencia, juzgar la conducta disciplinaria de funcionarios y empleados del Poder Judicial. No existe entonces margen de duda y tampoco caben interpretaciones forzadas que se apoyan en disposiciones legales que, tanto la Constitución Nacional reformada como la ley que reglamenta las funciones atribuidas a este Consejo, han derogado tácitamente"⁴.

Por último, cabe destacar que en nada modifica la atribución de la competencia originaria en materia de sanciones disciplinarias a magistrados al Consejo de la Magistratura la resolución 50/01 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Fue decisión del constituyente del año 1994, reglamentada coherentemente por el legislador nacional, que sólo el Consejo de la Magistratura puede aplicar sanciones en forma originaria a los magistrados. Boggiano no parece entender la Constitución.

Por lo expuesto, la sanción impuesta a la doctora Dragonetti de Román viola nuestra Constitución Nacional y la ley reglamentaria vigente.

Lamentablemente, ha sido aplicada por quienes, por la función que desempeñan, más celosamente deben respetar y hacer respetar los principios, las garantías y el diseño orgánico constitucionales. La sanción importa un acto de violencia institucional intolerable para nuestras instituciones republicanas y califica la conducta de quienes la aplicaron, el juez Boggiano entre ellos, como mal desempeño en el ejercicio de sus funciones.

9. Cabe advertir que con motivo de la sanción impuesta a la que se hizo referencia, en el mes de agosto del año 2000, la doctora Dragonetti de Román promovió demanda contra el Estado nacional (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos - Corte Suprema de Justicia de la Nación) solicitando la declaración de nulidad de las resoluciones 33/00 y 41/00 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y, en su caso, la inconstitucionalidad del artículo 21 del reglamento para la Justicia Nacional, así como la devolución de la suma que fuera descontada de su remuneración en concepto de multa e indemnización por daño moral.

La causa quedó radicada ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 11. La jueza a cargo del juzgado se declaró competente y notificó la demanda al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, que remitió copia de la demanda a la Corte Suprema de Justicia de la Nación "...para su conocimiento y evaluación".

⁴ Resolución 21/01 del Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Nación, de fecha 14 de febrero de 2001, considerando 3° a).

² Zaffaroni, Eugenio Raúl; nota escrita con motivo de la sanción impuesta al doctor Magariños, publicada en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, año VIII, N°14, ad hoc, Buenos Aires, 2002, páginas 80/81.

³ Díaz Cantón, Fernando y Pastor, Daniel: Una sorprendente, alarmante e injusta sanción impuesta por la Corte Suprema, más allá de sus incumbencias, a un profesor de derecho penal, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, año VIII, N° 14, Ad Hoc, Buenos Aires, 2002, página 97.

El día 9 de noviembre de 2000, luego de haber tomado conocimiento de la demanda y habiendo solicitado la remisión del expediente (resolución del 11 de octubre de 2000), la Corte Suprema de Justicia resolvió “Anular las actuaciones cumplidas en la causa ‘Dragonetti de Román, Haydeé c/ EN-M de Justicia y DDHH - CSJN resol. A 33/00 y 41/00 s/ empleo público’, radicadas ante el Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal N° 11, y disponer su archivo. Devuélvase el expediente al juzgado interviniente con copia de la presente a fin de dar cumplimiento con lo ordenado”.

La resolución tiene por fundamento que “...el tribunal tiene en este caso la jurisdicción que le corresponde respecto de los trámites y decisiones verificados con posterioridad a su propia sentencia definitiva, y dada la gravedad institucional de la situación debe ejercerla inmediatamente y con el mayor rigor a fin de remover el ilegítimo impedimento a la eficacia del pronunciamiento adoptado (sic), configurado por la resolución de un tribunal inferior que, sin advertir el carácter final de las decisiones de esta Corte, ha ordenado sustanciar un proceso en que se pone en tela de juicio la validez de una sentencia que goza del atributo enunciado y que, por ende, es irrevisable en los términos señalados. (Cons. 10.)”

Asimismo, señaló la Corte que “...el emplazamiento al Estado nacional para que conteste una demanda que tiene por objeto privar de efectos una decisión tomada en ejercicio de las facultades señaladas, tiende a abrir una instancia de revisión sobre cuya manifiesta inadmisibilidad esta Corte ya se ha pronunciado con énfasis y reiteración”. (Cons. 3.)

La sanción administrativa impuesta por la Corte no debe confundirse con las sentencias definitivas que el tribunal dicta como último intérprete de la Constitución Nacional. La sanción administrativa carece del carácter de sentencia judicial final, en tanto no se trata de un conflicto entre partes resuelto por la última e inapelable decisión de la Corte, sino de un acto de administración que, como tal, requiere de su indispensable revisión judicial.

De hecho, la Corte Suprema ha señalado en distintas oportunidades que “...esta Corte ha sostenido en forma reiterada que las garantías constitucionales del debido proceso y de la defensa en juicio son de inexcusable observancia en todo tipo de actuaciones, inclusive de los procedimientos administrativos de naturaleza disciplinaria (...) de modo que el imputado pueda tener oportunidad de ser oído y de probar de algún modo los hechos que creyere conducentes a su descargo (A. 474, XXII, del 31 de octubre de 1989; causa SAJ 53 bis/91, “Juzgado del Fuero Civil (N° 68) s/ investigación de causas contra Ferrocarriles Argentinos”, del 19 de agosto de 1992, entre otros). (Resolución 649/96, del 2 de julio de 1996.)

De acuerdo con lo relatado, se ha privado a la jueza sancionada de su derecho a la revisión judi-

cial de la sanción administrativa que le fuera impuesta. La Corte ha intervenido con desapego a las más elementales reglas de procedimiento en un proceso donde se cuestionaba su propio accionar, no en su carácter de intérprete de la Constitución, sino por la imposición de una sanción administrativa en clara violación a las normas constitucionales de competencia y que tutelan las garantías de juez natural, doble instancia e imparcialidad.

10. Por ello corresponde acusar al imputado por los siguientes cargos:

1. Invadir la esfera de competencias propias del Consejo de la Magistratura de la Nación, arrogándose facultades de otro órgano del Estado. Ello así toda vez que, conforme al artículo 114, inciso 4 de la Constitución Nacional, es atribución del Consejo de la Magistratura “ejercer facultades disciplinarias sobre magistrados”.

2. Afectar garantías constitucionales, vulnerando el principio del debido proceso y el derecho de defensa (artículo 18 de la Constitución Nacional).

3. Violar la independencia del Poder Judicial, amedrentando a una jueza de la Nación a través de una sanción administrativa.

FINAL

Por lo expuesto, creemos que el juez Boggiano no ha honrado el alto cargo en el que fue investido y que, por ello, debe ser acusado ante el Senado para que, constituido en gran jurado, lo remueva de su cargo.

Los catorce cargos son:

Caso Meller

1. Haber legitimado judicialmente un proceso administrativo fraudulento.

2. Negar la vía judicial de revisión de una resolución del Tribunal Arbitral de Obras Públicas que puede perjudicar al Estado nacional en cifras dinerarias millonarias, omitiendo el tratamiento de los graves planteos del recurso, las disidencias, y la existencia del proceso penal por la misma causal, lo que hace presumir, ante lo manifiesto de las irregularidades y arbitrariedades del caso, que su voto no estuvo motivado por el cumplimiento de su función como juez sino por otros por intereses.

3. Haber abdicado de manera arbitraria a su responsabilidad de efectuar el control de constitucionalidad en los términos del artículo 14 de la ley 48.

4. Haber tenido una conducta gravemente autocontradictoria al modificar su voto en el caso “Meller” el 4 de noviembre de 2002 –un día antes de la fecha de la sentencia– cuando decidió rechazar el recurso del Estado, cuando poco antes, el 13 de septiembre de 2002, había firmado un proyecto donde:

- a) Se hacía lugar al recurso del Estado;
- b) Se dejaba sin efecto la sentencia que favorecía a “Meller”;
- c) Se imponían las costas a “Meller”; se declaraba revisable al caso por arbitrariedad;
- d) Se ponderaba como precedente el caso “Aion”, que él mismo firmó, al que luego calificó de “resto indeliberado” (sic);
- e) Se ponderaban los “sólidos fundamentos del dictamen” de la Procuración del Tesoro en los que el Estado fundamentó su recurso;
- f) Se adjetivaba de “dogmáticas” y “abstractas” las afirmaciones del Tribunal Arbitral de Obras Públicas;
- g) Se afirmaba que el Tribunal de Obras Públicas, en absoluto, no contempló ni decidió acerca de las causales de ilegitimidad de la resolución 146/96, suscripta por la ex liquidadora de ENTEL, María Julia Alsogaray;
- h) Se calificaba al fallo del tribunal arbitral que favorecía a “Meller” de no constituir “una derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las circunstancias comprobadas de la causa, y que
- i) Se “imponía su descalificación como acto jurisdiccional válido”.

5. Haberse apartado, sin fundamentos, en el caso “Meller Comunicaciones S.A. UTE c/Empresa Nacional de Telecomunicaciones” de sus propios precedentes judiciales (“Aion S.A.I.C. y A. y Natelco S.A.I.C. c/Empresa Nacional de Telecomunicaciones”), dejando expedita la vía para que la empresa ejecutara al Estado por una suma millonaria (\$ 28.942.839,81, hoy más de \$ 400.000.000 en bonos de consolidación) por un supuesto crédito que resultaba inexistente.

6. La grave diferencia, en orden a la doctrina y resultados, entre lo que suscribió en septiembre de 2002 y lo que sentenció un mes después, demuestra que tenía plena representación y total conocimiento de la arbitrariedad, ilegalidad y daño en contra del Estado, por lo que su voto no fue el del un juez imparcial, sino que estuvo motivado por otros intereses diferentes a los de la función judicial.

Caso Macri

1. Obstruir el debido proceso legal respecto a la tarea de investigación por presunto contrabando llevada a cabo por el juez federal de Concepción del Uruguay, en los autos “Macri, Francisco y Martínez, Raúl s/presunto contrabando”.
2. Causar un grave perjuicio al Estado nacional, que se vio privado de percibir los debidos tributos aduaneros y/o ejecutar las multas tributarias penales y/o decomisos.
3. Convalidar la interpretación forzada del principio de la cosa juzgada, ya que no existía entre las

causas identidad en los hechos, ni en los bienes jurídicos involucrados, ni en las pretensiones punitivas, requisitos para aplicar el aludido principio, beneficiando a un grupo económico.

4. Haber abdicado de manera arbitraria a su responsabilidad de efectuar el control de constitucionalidad en los términos del artículo 14 de la ley 48.

5. Hacer uso arbitrario de las facultades acordadas a la Corte Suprema de Justicia en el artículo 280 del Código Procesal en lo Civil y Comercial de la Nación.

Caso Dragonetti de Román

1. Invadir la esfera de competencias propias del Consejo de la Magistratura de la Nación, arrogándose facultades de otro órgano del Estado. Ello así toda vez que, conforme al artículo 114, inciso 4 de la Constitución Nacional, es atribución del Consejo de la Magistratura “ejercer facultades disciplinarias sobre magistrados”.

2. Afectar garantías constitucionales, vulnerando el principio del debido proceso y el derecho de defensa (artículo 18 de la Constitución Nacional).

3. Violar la independencia del Poder Judicial, amedrentando a una jueza de la Nación a través de una sanción administrativa.

José R. Falú.

ANTECEDENTES

1

Proyecto de resolución

La Cámara de Diputados de la Nación

RESUELVE:

Promover juicio político contra el ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, doctor Antonio Boggiano, por mal desempeño en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con el artículo 53 de la Constitución Nacional.

Elisa M. Carrió.

2

Proyecto de resolución

La Cámara de Diputados de la Nación

RESUELVE:

Promover juicio político por ante el Honorable Senado de la Nación al señor juez integrante de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, doctor Antonio Boggiano, por mal desempeño en el ejercicio de sus funciones, con arreglo a lo prescrito por los artículos 53, 59 y 60 y concordantes de la Constitución Nacional.

Juan J. Mínguez. – Hernán N. L. Damiani.