

Expte. n° 4809/06, “**Dr. Ricardo Monner Sanz c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido**” y su acumulado expte. n° 4313/05 “**Lotería Nacional Sociedad del Estado s/ queja por recurso de apelación ordinario denegado en: ‘Dr. Ricardo Monner Sanz c/ Instituto de Juegos de apuestas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y otros s/ otros procesos incidentales’**”, sentencia de fecha 6/10/2006.

Voces: Recurso de inconstitucionalidad. El amparo como vía judicial apta. Explotación y comercialización de juegos de azar. Clausura de casino ubicado en el puerto de Buenos Aires autorizado a funcionar por Lotería Nacional Sociedad del Estado. Intervención en el proceso como tercero voluntario. Constitucionalidad del convenio celebrado entre Lotería Nacional Sociedad del Estado y el Instituto de Juegos y Apuestas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Interposición extemporánea de la excepción de incompetencia de la justicia local. Consentimiento. Autonomía de la Ciudad de Buenos Aires. Ley n° 24.588. Garantía de los intereses federales. Principio de lealtad federal. Art. 129 de la Constitución Nacional. Facultades reservadas al Estado Federal. Ejercicio del poder de policía local en la regulación de los juegos de azar. Posibilidad de denuncia del convenio. Control judicial de constitucionalidad del convenio. Principio de división de poderes. Constitucionalidad de la ley n° 1182. Transferencia del poder de policía en la fiscalización de los juegos de azar. Autorización concurrente de Lotería Nacional.

Expte. n° 4809/06 “Dr. Ricardo Monner Sanz c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido” y su acumulado expte. n° 4313/05 “Lotería Nacional Sociedad del Estado s/ queja por recurso de apelación ordinario denegado en: ‘Dr. Ricardo Monner Sanz c/ Instituto de Juegos de apuestas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y otros s/ otros procesos incidentales’”

Buenos Aires, 6 de octubre de 2006

Vistos: los autos indicados en el epígrafe,

resulta:

1. El 13 de noviembre de 2003 la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante DP) planteó una demanda de amparo (fs. 1/10) contra el Instituto de Juegos y Apuestas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante IJA) con la finalidad de que “*se deje sin efecto y se declare inoponible a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el convenio celebrado por dicho Instituto y Lotería Nacional Sociedad del Estado [en adelante LN] (...) por disponer con exceso de facultades de la competencia de la Ciudad en materia de juegos de azar, destreza y apuestas mutuas* –especialmente con máquinas de resolución inmediata (tragamonedas)– (arts. 4, 6, 9 inc. 10°, 50, 80 inc. 19° y 104 inc. 31° de la Constitución de la Ciudad, y Ley 538 arts. 1, 2, 4, 21, 26, 27, 28 y 29)”. La DP expresó actuar “en representación de los habitantes de la Ciudad de Buenos Aires cuyos derechos e intereses legítimos e individuales, colectivos o difusos, así como su autodeterminación, debo defender en cumplimiento del mandato legal (Art. 137 Const. De Buenos Aires, art. 41, 42, 43, y 1, 31, 125, 129, Disposiciones Transitorias Séptima y Decimoquinta de la Constitución Nacional; art. 1° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y art. 1° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). Estos derechos de incidencia colectiva se acrecientan con la afectación del derecho a un ambiente sano entendido también en cuanto a la calidad de vida de los habitantes y la preservación del patrimonio cultural afectado indirectamente en su génesis y proyección por la incentivación del juego (art. 41 C.N.).”

Con la demanda, la DP petitionó que como medida cautelar “se suspenda el trámite de elevación a la Legislatura de la Ciudad para su eventual aprobación atento a que el vicio señalado resulta insanable”.

La amparista acompañó una copia del convenio impugnado (fs 12/19) y de la resolución del directorio IJA que lo aprobó (fs. 20/24).

El juez de primera instancia consideró que la medida cautelar se tornó abstracta, dio traslado de la demanda al IJA y dispuso hacer saber a las partes que “el trámite de estas actuaciones se regirá por los arts. 10 y 14 de la CCBA y normas vigentes no contradictorias” (fs. 30 y vuelta).

Requerido su dictamen por el *a quo* (fs. 33), la Fiscal de Primera Instancia expresó que “nada cabe objetar a la competencia del tribunal para conocer en el asunto que se ventila” (fs. 34 y vuelta).

A fs. 36, la DP amplió la demanda haciéndola extensible a la norma dictada por la Legislatura para su aprobación (ley n° 1182).

2. El 18 de noviembre de 2003, el abogado Ricardo Monner Sans pidió “*ser parte en el expediente (...) porque si la legitimación activa alcanza a ‘cualquier habitante’ en los términos del art. 14 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires – vivo en la Ciudad de Buenos Aires, tengo mi Estudio en la Ciudad de Buenos Aires, ejerzo mi profesión en la Ciudad de Buenos Aires, tengo matriculación profesional en la Ciudad de Buenos Aires- aquella legitimación activa es todavía mas intensa cuando, como en mi caso, se trata de un ciudadano*”. En su presentación el Dr. Monner Sans solicitó que el juez, finalmente, “*sentencie la nulidad de la ley dictada por la Legislatura de la Ciudad el 13 de noviembre de 2003*”. Agregó que

ante el dictado de la ley de aprobación del convenio, “V.S. debe trabar la contienda con el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y con el referido instituto” y requirió el dictado de una medida cautelar “para lograr la suspensión de la ejecución de la ley y de todo acto administrativo local, vinculado con dicho convenio” (fs. 146/149). El presentante aportó la documentación agregada a fs. 38/145.

El juez interviniente lo tuvo por “parte de conformidad con lo establecido en el art. 14 de la CCABA”, dio traslado: a) al Gobierno de la Ciudad (en adelante GCBA) de la demanda de amparo, su ampliación y del escrito del Dr. Monner Sans y b) al IJA y a la DP de la presentación del Dr. Monner Sans (fs. 150).

Por resolución de fecha 1° de diciembre de 2003, el juez de primera instancia hizo lugar a la medida cautelar solicitada por el Dr. Monner Sans y dispuso suspender la ejecución del convenio celebrado entre el IJA y LN y ordenó al IJA y al GCBA que se abstengan de concretar la instrumentación o aplicación del convenio (fs. 152/154 vuelta).

3. La decisión cautelar fue recurrida por apelación por el GCBA (fs. 194/202) y mediante pedido de reposición y apelación por el IJA (fs. 204/207).

El IJA también planteó recursos de reposición y apelación contra la decisión que admitió la intervención del Dr. Monner Sans (fs. 219/223)

Encontrándose en trámite dichos recursos, la DP desistió el 15 de diciembre del 2003 de la demanda de amparo (fs. 233).

El IJA y el GCBA consintieron el desistimiento y pidieron el levantamiento de la medida cautelar y el archivo de la actuaciones (fs. 238 y 240, respectivamente). El GCBA reiteró el pedido de archivo (fs. 253/254vta).

El juez de feria no hizo lugar al archivo “*toda vez que a fs. 150 se tuvo por parte actora al Dr. Monner Sans*”, concedió la apelación planteada por el GCBA contra la medida cautelar, rechazó la revocatoria y concedió la apelación del IJA contra esa misma sentencia y rechazó la revocatoria y la apelación del IJA contra la decisión que admitió la intervención del Dr. Monner Sans (fs. 283).

El Dr. Monner Sans contestó los traslados de las apelaciones contra la sentencia que ordenó la medida cautelar y solicitó, además, la acumulación de otros autos -“Proconsumer”- que tendrían idéntico objeto procesal (fs. 291/293).

La Sala II de la Cámara de Apelaciones, por mayoría, confirmó la medida cautelar en cuanto a la habilitación de un nuevo casino y la revocó en lo referente a las cláusulas vinculadas con la distribución de utilidades entre el IJA y la LN (fs. 312/318)

La sentencia fue atacada mediante la interposición de sendos recursos de inconstitucionalidad por parte del GCBA (fs. 325/335) y por el IJA (fs. 340/378), que fueron contestados por el Dr. Monner Sans (fs. 383/390) y sobre los que la DP manifestó su desinterés (fs. 440).

Ante ello, la jueza a cargo del trámite ante la Sala II tuvo a la DP por desistida de la acción.

Durante el trámite de los recursos de inconstitucionalidad el GCBA pidió a la Sala requerir a la Sala I la causa “Proconsumer” por razones de conexidad (fs.

406/407), lo que fue rechazado por la alzada (fs. 417/418) y, previa reposición del GCBA (425/428vta.), finalmente admitido por la Sala II (fs. 433).

La Sala II denegó los recursos de inconstitucionalidad planteados contra la sentencia relativa a la medida cautelar (fs. 446).

4. Mientras se daba trámite a los recursos y cuestiones reseñadas en el punto anterior, el IJA contestó ante la primera instancia el traslado de la demanda de la DP (fs. 158/178) y el traslado de la presentación del Dr. Monner Sans (fs. 223/230).

Por su parte a fs. 309, LN con fecha 9 de marzo de 2004 efectuó ante la Sala II una presentación denominada “denuncia convenio”, en la que hace saber la existencia del convenio y su aprobación por las autoridades correspondientes (Poder Ejecutivo nacional mediante decreto n° 1155/03 y Legislatura de la Ciudad a través de la ley n° 1182).

Devueltos los autos a primera instancia, el GCBA produjo el informe establecido en el art. 8 de la ley 16986 y contestó la demanda (fs. 464/472).

El 22 de marzo de 2005, el juez de primera instancia dictó la *sentencia de fondo*, en la que, declaró la inconstitucionalidad del acuerdo aprobado por ley 1182; la nulidad e inconstitucionalidad de la ley; ordenó al GCBA que en el plazo de 48 hs. procediera a clausurar el casino flotante y que, en el mismo plazo, adoptase los recaudos pertinentes a fin de ajustar la actividad del Hipódromo Argentino de Palermo; instruyó la extracción de copias certificadas de las actuaciones para ser remitidas a la justicia con el objeto de que fueran investigadas las conductas del directorio del Instituto del Juego y Apuestas de la Ciudad y del Jefe de Gobierno, en orden al delito tipificado por el artículo 248 del Código Penal, y también la remisión de una copia de la sentencia a la Legislatura de la Ciudad (fs. 642/661). El *a quo* dispuso notificar la sentencia a las partes y a LN.

5. El IJA y el GCBA apelaron la sentencia (fs. 693/728 y 759/772, respectivamente). El Dr. Monner Sans contestó los respectivos memoriales (782/805).

El Fiscal de Primera Instancia también interpuso recurso de apelación (fs. 811/817), que fue sostenido por el Fiscal General Adjunto en su intervención ante la Cámara de Apelaciones (fs. 821/823).

A requerimiento de la Sala, se agregaron algunas de las resoluciones administrativas citadas en Anexo I ley n° 1182 (fs. 844/890).

6. Notificada de la sentencia definitiva dictada en primera instancia (ver punto 4, *in fine*), LN se presentó como tercero, planteó la nulidad del proceso por afectación de su derecho de defensa, dedujo excepción de incompetencia y reclamó la competencia federal, apeló la sentencia y cuestionó por inconstitucionales ciertas disposiciones de la CCBA (fs. 1263/1281vta).

El *a quo* dispuso dar traslado del “*planteo de intervención como tercero*” efectuado por LN (fs. 1282), que fue contestado por el IJA (fs. 1295/1305vta), Monner Sans (fs. 1308/1309) y por el GCBA (fs. 1313/1315vta). En su decisión, el juez de primera instancia rechazó la intervención de LN (fs. 1317).

LN apeló la decisión que denegó su intervención (fs.1322/1323). Concedido (fs. 1324) y sustanciado el recurso (contestado por IJA a fs. 1325/1327, por GCBA a fs. 1329/1331, por Monner Sans a fs. 1332/1334vta y agregado el dictamen de la Fiscal de Cámara) la Sala II, con fecha 16 de agosto de 2005, dictó sentencia interlocutoria admitiendo a LN como tercero adhesivo simple y rechazando la excepción de incompetencia (fs. 1341/ 1345vta).

Esta decisión fue recurrida por LN mediante la interposición de dos recursos: a) un recurso de apelación, presentado ante la primera instancia (fs. 1349), que fue proveído por el *a quo* mediante un despacho que expresa “*ocurra por donde corresponda*” (fs. 1350) y b) un recurso de inconstitucionalidad (fs. 1398/1400vta) que la Sala II, por mayoría, consideró planteado tardíamente (fs. 1404/1405).

La denegatoria de ambos recursos motivó la queja planteada por LN ante este Tribunal (fs. 1426/1431vta) que tramitó por expte. n° 4313/05 que fue acumulado – finalmente- a las actuaciones principales (fs. 1561). El Tribunal rechazó la queja por apelación denegada e hizo lugar a la queja por recurso de inconstitucionalidad denegado al considerar que el recurso fue planteado en tiempo debido. De tal forma, ordenó sustanciar el recurso de inconstitucionalidad de LN contra la decisión de la Cámara que definió el alcance de su intervención en el proceso y rechazó el planteo de incompetencia (fs. 1518/1521).

Contestados los traslados del recurso por el GCBA (fs. 1529/1539vta), por el IJA (fs. 1541/1546) y por Monner Sans (fs. 1547/1551), y emitido el dictamen del Fiscal General (fs. 1554/1556), la causa fue acumulada al expediente principal y quedó en estado de resolver (fs. 1561).

7. Mientras tramitaban los recursos planteados por LN contra la decisión de la Cámara que habilitó su intervención como “tercero adhesivo simple” (resolución de fs. 1341/1345vta, citada en el punto 6), el juez interviniente concedió la apelación planteada por LN contra la sentencia definitiva de primera instancia que hizo lugar al amparo -referida en el punto 4- (fs. 1359) y ordenó su traslado. El recurso fue contestado por el GCBA (fs. 1368/1370vta), por el Dr. Monner Sans (fs. 1371/1393) y por el IJA (fs. 1394/1395).

El 14 de noviembre de 2005 la Sala II dictó la sentencia que resolvió los recursos de apelación planteados por GCBA, IJA y LN contra la sentencia definitiva del amparo (fs. 1003/1008).

El tribunal de alzada resolvió: “1. *Hacer lugar parcialmente a los recursos de apelación interpuestos y modificar la sentencia apelada, declarando la inconstitucionalidad de la ley 1182 en cuanto convalida: a) la transferencia total del poder de policía en materia de fiscalización de juegos y la necesidad de autorización concurrente de Lotería Nacional para nuevos juegos, b) la instalación de un casino en Buenos Aires, sin el debido cumplimiento del procedimiento previsto en el artículo 9º de la ley 538 -resol. 292/99-, c) la resolución 84/02 que prorrogó la concesión del existente y autorizó la instalación de un nuevo casino; y d) la resolución 99/02 de Lotería nacional que autorizó a HAPSA a instalar y comercializar máquinas electrónicas de juegos de resolución inmediata (tragamonedas).* 2. *Ordenar al GCBA que cada dos meses acompañe al juez de*

grado la información que dé cuenta de las gestiones realizadas con el Gobierno Nacional en cumplimiento de lo ordenado en la presente sentencia”.

8. LN (fs. 1014/1023), el GCBA (fs. 1036/1053) y el IJA (fs. 1060/ 1086vta) interpusieron recursos de inconstitucionalidad contra la decisión de la alzada. El Dr. Monner Sans contestó los tres recursos (el del GCBA a fs. 1151/1166, el de IJA a fs. 1183/1193 y el de LN a fs. 1215/1223) y el GCBA respondió el de LN (fs. 1207/1212vta).

La Procuración General planteó que la declaración de inconstitucionalidad parcial del convenio aprobado por ley 1182 podría ocasionar su denuncia, al haberse alterado profundamente su equilibrio sinalagmático y la bilateralidad y que ello podría resultar un obstáculo para el ejercicio de funciones propias del poder administrador y poner en crisis políticas sociales en curso. También se agravó porque la decisión recurrida lesiona, a su juicio, las competencias y responsabilidades de los órganos de Gobierno de la Ciudad Autónoma, cuyo ejercicio resulta lesionado o coartado como consecuencia de la sentencia (citó los arts. 9 incs. 4º y 10, 17, 18, 49, 50, 80 inc. 19, 104 incs. 25 y 31 de la CCABA). Afirmó en el recurso que la declaración de inconstitucionalidad de algunas disposiciones del convenio y de la ley que lo aprueba es incongruente con los fundamentos generales de la sentencia. Consideró que el fallo es manifiestamente arbitrario pues no resulta una derivación razonada del derecho vigente. La Procuración también sostuvo que la sentencia le impone al Gobierno de la Ciudad la realización de acciones que, o bien ya ha llevado a cabo o bien no puede llevar a cabo, para no violentar medidas cautelares vigentes dictadas por jueces federales. Afirmó, además, que el GCBA no tiene a su disposición ni recursos fácticos ni jurídicos para cumplir con las mandas impuestas.

En su recurso, el IJA afirmó que la sentencia apelada constituye una valla para las políticas del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires dirigidas a hacer efectiva la autonomía plena de la Ciudad, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 6º, CCABA. Agregó que la sentencia también afecta los arts. 9º, inc. 4º y 10; 17, 18, 49, 50, 80, inc. 19 y 104 incs. 25 y 31 que atribuyen competencias y responsabilidades a los órganos del GCBA cuyo ejercicio resultaría lesionado o coartado como consecuencia de la sentencia en crisis. Expuso que el convenio aprobado por la ley 1182 no contradice los postulados de la Constitución de la Ciudad, y no declina competencias sino que las pone en ejercicio. Afirmó que la ley n° 1182 debe considerarse abrogatoria de la legislación local anterior —leyes n° 538 y n° 916— en aquellos aspectos en los que entren en colisión, por aplicación de los principios generales “ley posterior deroga a ley anterior” y “ley especial deroga ley general” (la ley n° 1182, por ser aprobatoria de un acuerdo específico, resulta especial respecto de la legislación general otorgada por las leyes n° 538 y n° 916) dada la idéntica jerarquía normativa entre las leyes mencionadas. Señaló que la potencial denuncia del convenio por LN, a raíz de la transformación operada como consecuencia de la sentencia de Cámara, privaría definitivamente de importantes ingresos al presupuesto de la Ciudad destinados a financiar políticas públicas. Por

último añadió que el convenio es ya una ley, razón por la cual goza de presunción de constitucionalidad y legalidad.

LN fundó su recurso afirmando que la Ciudad de Buenos Aires es algo diferente a las provincias y aún cuando pueda concederse que está más cerca de éstas que los municipios, debe quedar claro su status diferencial. Consideró que el alcance de la autonomía de la Ciudad es regulable y que esa regulación corresponde al Gobierno nacional. Afirmó que la Nación ejerce en la Ciudad la facultad de explotar los juegos de azar y ejercer el poder de policía consiguiente y que LN es el organismo nacional al cual se le confieren esas competencias para que, con el ejercicio de esa actividad, bajo la órbita del Ministerio de Desarrollo Social, recaude fondos y lo destine a beneficencia en todo el territorio del país. Indicó que es una función “nacional” que no podría ser transferida a la Ciudad sin el dictado de una ley del Congreso. Indicó que la Ciudad de Buenos Aires se atribuyó en materia de juego de azar facultades que no le fueron trasferidas por la ley 24.588, al incluir en el estatuto organizativo tres normas que violan abiertamente lo dispuesto por los arts. 75, inc. 30 y 129 de la CN: los artículos 50, 104 inc. 31 y 9 de la CCBA. LN afirmó que el juego no es un tema de competencia local y el Estatuto Organizativo decidió al respecto apelando a la “fantasía”.

La Sala II concedió todos los recursos, salvo en cuanto a la causal de arbitrariedad (fs. 1228/1230), por considerar que “6. *Que a la luz de lo previsto por el artículo 27, ley 402 y, toda vez que la decisión apelada ha resuelto en contra de la validez de determinadas cláusulas de un convenio celebrado entre la Nación y la Ciudad de Buenos Aires, y su posterior ratificación por la legislatura local, y lo decidido ha sido puesto en tela de juicio por el GCBA y por el Instituto del juego alegando que impide el pleno ejercicio de la autonomía local, cabe admitir que se encuentra configurado un caso constitucional. Por su parte, Lotería Nacional S.E. advierte un conflicto entre lo decidido y normas de la Constitución Nacional, a la vez que plantea la inconstitucionalidad de normas de la Constitución local, y reivindica para el Estado Nacional todo lo atinente a la regulación del juego en la Ciudad de Buenos Aires. Más allá de lo desmesurado del planteo y de la falta de argumentación jurídica de tan extremas manifestaciones, lo cierto es que se está en presencia de un claro caso constitucional, toda vez que se pretende poner en duda el alcance mismo de las atribuciones que constitucionalmente corresponden en materia del juego a la jurisdicción Local, partiendo para ello de una peculiar interpretación de la Constitución nacional. En suma, el Tribunal Superior es llamado a dar certeza en una compleja cuestión controvertida, y el pronunciamiento que se solicita tendría por objeto inmediato reconocer el derecho de una de las partes en litigio frente a las otras, con fundamentos en preceptos de la Constitución Nacional y local. El sub examine incluye, a criterio del tribunal, un claro caso constitucional, atento que la pretensión principal puede ser acogida si a la Constitución y a las leyes de la Ciudad se les da una interpretación y puede ser rechazado si se les diese otra. Por ello es dable conceder el remedio intentado por las apelantes y remitir las actuaciones al Tribunal Superior de la Ciudad, a sus efectos. 7. *Que diferente es la conclusión a la que debe arribarse con respecto a la invocada doctrina de la arbitrariedad planteada por la Procuración de la Ciudad...*”*

Recibidas las actuaciones por el Tribunal, emitió su dictamen el Fiscal General Adjunto (fs. 1241/1244vta.) y se llamaron los autos al acuerdo para dictar sentencia (fs. 1246).

Posteriormente se dispuso la acumulación del recurso de queja planteado por LN contra la resolución que delimitó su intervención, cuestión ya reseñada en el punto anterior.

9. Durante el trámite de los recursos mencionados en los puntos 6 y 7 se han agregado al expediente ciertas actuaciones de la Oficina Anticorrupción del Gobierno Nacional referidas a la habilitación de un segundo barco-casino, remitidas por el juez de grado (fs. 1461/1492), y las actas de dos audiencias realizadas por las partes ante el juez de primera instancia, acompañadas por el Dr. Monner Sans (fs. 1498/1500vta.).

10. Finalmente, el Dr. Monner Sans presentó un escrito en el que hace saber que, no obstante lo decidido por la Cámara de Apelaciones en la sentencia recurrida, las autoridades del IJA han aprobado un acuerdo con LN y dictado determinados actos —dejar sin efecto el llamado a licitación pública n° 1/05 para la adjudicación de la operación de cinco salas de juegos— que conllevan un alzamiento contra la sentencia. Denuncia, igualmente, que LN dictó la resolución n° 92/06 referida a la modificación de la distribución de los porcentajes asignados a premios en las salas de bingo, cuestión sobre la que ella no puede “legislar”. Como corolario, peticona que el Tribunal “decrete una medida cautelar para suspender la ejecución de las ‘normas’ aquí documentadas...” (fs. 1605/1606 vta. y documentación agregada a fs. 1562/1604).

La jueza de trámite llamó los autos al acuerdo para resolver esta petición (fs. 1608).

Fundamentos:

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. La extensa reseña efectuada tiene por finalidad hacer más comprensible el desarrollo de la causa. De ella se sigue que las cuestiones que se encuentran a decisión del Tribunal son:

a) la admisibilidad —salvo en cuanto a la oportunidad de su interposición— y procedencia del recurso de inconstitucionalidad planteado por LN contra la sentencia de la Cámara de Apelaciones obrante a fs. 1341/ 1345 vuelta, por la que se resolvió admitir su intervención en el proceso como “tercero adhesivo simple” y se rechazó la excepción de incompetencia que planteara;

b) los recursos de inconstitucionalidad concedidos por la alzada, que interpusieron LN, IJA y GCBA contra la sentencia de Cámara que resolvió las apelaciones que cuestionaban la sentencia definitiva.

En tanto la decisión que se adopte respecto del primero de ellos —en el que se plantea la nulidad del proceso y la incompetencia de la jurisdicción local— traerá, ineludiblemente, consecuencias en relación a los restantes, corresponde abordar de inicio la impugnación efectuada por LN en el recurso de inconstitucionalidad de fs. 1398/1400 vuelta.

I. Recurso de Inconstitucionalidad y queja de LN contra la sentencia de fs. 1341/1345vta.

2. Notificada de la sentencia de primera instancia según lo ordenado por el juez en su decisión (fs. 661), LN a fs. 1263/1281 planteó las siguientes cuestiones:

a) pidió ***“tomar intervención obligatoria en este proceso en función de lo previsto en el Art. 84 del CCAYT de la Ciudad”*** y ser ***“tenida por parte como tercera voluntaria”*** (fs. 1264, con negritas en el texto transcrito);

b) planteó la nulidad de todo el proceso, ya que en el se debatió y decidió la inconstitucionalidad de un convenio por ella suscripto sin habersele dado participación en el juicio, lo que lesionó su derecho de defensa, y porque se dispuso la clausura de un casino autorizado a funcionar por LN poniendo en juego la responsabilidad de su parte y los intereses económicos suyos y del Gobierno Federal (fs. 1264/1265);

c) dedujo excepción de incompetencia de la justicia local y reclamó la competencia de la justicia federal por tratarse de una persona aforada (fs. 1265/1267);

d) apeló la sentencia de primera instancia (fs. 1267vta/ 1279); y

e) planteó, en subsidio, la inconstitucionalidad de las disposiciones de la CCBA referidas a la explotación y comercialización de los juegos de azar (fs. 1279/1280 vuelta).

El *a quo* dio traslado a las partes sólo del *“planteo de intervención como tercero”* (fs. 1282).

El IJA al contestar el traslado afirmó *“[q]ue no puede negarse la calidad de parte solicitada por Lotería Nacional S.E. como co-contratante del convenio celebrado...”* (fs. 1296), que la actuación de LN *“deberá considerarse accesorio y subordinada a esta parte, según las prescripciones del art. 85 del CCAYT”* y *“que de ninguna manera la intervención de Lotería Nacional S.E. como tercero puede retrogradar el juicio ni suspender su curso”* (fs. 1295vta). Luego se expidió en relación con las demás cuestiones planteadas por LN en su escrito, solicitando su rechazo.

El Dr. Monner Sans solicitó el rechazo de la petición (fs. 1308/1309) por varias razones:

a) el expediente se encontraba ya en segunda instancia *“habiéndose agotado la posibilidad de que Lotería Nacional pueda inmiscuirse en el debate...”* (fs. 1308);

b) la petición de intervención supone un incidente, vedado por el art. 16 de la ley de amparo (fs. 1308vta);

c) no es posible que la intervención del tercero retrograde el proceso ni suspenda su curso, de acuerdo con el art. 87 CCAYT (fs. 1308) y

d) en este amparo se discute exclusivamente la legalidad constitucional del proceder del IJA, del Jefe de Gobierno de la Ciudad, y de la ley 1182 “*la discusión pues, es ‘intra-Ciudad Autónoma de Buenos Aires’ y no ‘extra- Ciudad Autónoma de Buenos Aires’*” (fs. 1309).

El GCBA planteó, en primer término, la nulidad de la notificación de la sentencia a LN, ya que ella no era parte del juicio. En cuanto a la intervención de LN se expresó en forma ambigua pues si bien admitió que podría encuadrar en el art. 84, CCAyT, sin posibilidad de retrogradar el juicio ni suspender su curso de acuerdo con el art. 87, *ejusdem* (fs. 1313 vuelta), luego solicita el rechazo *in totum* del planteo efectuado por LN (fs. 1314) y, finalmente, planteó que en caso de admitirse su intervención se lo haga como “*accesoria y subordinada a la de la parte a quien apoyar*”, con base en el art. 85, CCAyT (fs. 1314 vuelta). También se opuso a las demás cuestiones planteadas por LN.

La sentencia de primera instancia (fs. 1317) rechazó la intervención LN “*teniendo en cuenta el estado procesal de las presentes actuaciones, en donde ya se ha dictado sentencia de primera instancia*” por considerar que “*los argumentos esgrimidos por Lotería, con el objeto de ser tenida como tercero en estas actuaciones, se ciñen absolutamente a un planteo de incompetencia*” que se encuentra vedado por el art. 16 de la ley n° 16.986.

3. LN apeló la decisión (fs. 1322/1323). Afirmó que el rechazo a su intervención dispuesto en primera instancia no se fundó en la razones que podía invocar LN para ser tenida por parte, sino que adelantándose en el procedimiento se expidió sobre la excepción de incompetencia. Reiteró el planteo referido a la lesión al derecho de defensa.

El IJA al contestar el traslado reiteró su posición respecto de la intervención de LN (fs. 1325/1327) y el GCBA hizo lo propio y solicitó el rechazo del recurso (fs. 1329/1331).

El Dr. Monner Sans consideró que el recurso fue mal concedido por tratarse de una decisión irrecurrible, de acuerdo con la ley 16986, que la sentencia cuenta con fundamentos suficientes, y que la pretensión de LN de interferir en el proceso debe ser rechazada (fs. 1332/ 1334vta).

La Sala II de la Cámara de Apelaciones, por mayoría, resolvió “*admitir la intervención de Lotería Nacional, Sociedad del Estado, de conformidad con los alcances previstos en el considerando 6.2. y rechazar la excepción de incompetencia interpuesta*” (fs. 1341/1345 vuelta).

En ese punto de los fundamentos del voto de los jueces Daniele y Russo se afirma: “*6.2. Ahora bien, la intervención que le corresponde a esta Sociedad del Estado, es adhesiva simple, en la medida que alega que la sentencia afecta un interés propio (art. 84, inc. 1, CCAyT), y con las limitaciones establecidas el art. 85, CCAyT, de allí que su actuación es accesoria y subordinada a la parte a quien apoya. Respalda esta solución lo manifestado por la propia interesada quien - según consta en la presentación de fs. 6/24- solicita su intervención como ‘tercero voluntario’. Este tipo de intervención es procedente en cualquier etapa del proceso, es decir, aún dictada la sentencia de primera instancia, siempre y cuando no se*

encuentre firme. De conformidad con lo expuesto, el alcance que se otorga a su participación impide retrotraer el juicio a instancias anteriores, ya que el ordenamiento de rito prevé que ‘En ningún caso la intervención del tercero retrograda el juicio ni suspende su curso’ (art. 87 CCAyT). En tales términos, la posición de la recurrente puede ser calificada de subordinada o dependiente de la parte demandada principal, circunstancia que limita su actuación en tanto no podría plantear aquello que resulte incompatible con la postura de quien coadyuva”.

Previamente, en el punto anterior de sus fundamentos, los mencionados magistrados dijeron: “6.1. *Que se impone, entonces, dar intervención a Lotería Nacional, por cuanto en el principal se discute la constitucionalidad de la ley 1182, que aprobó el convenio que celebraron con el Instituto de Juegos y Apuestas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. De modo reflejo, claro está, se analiza la validez del convenio del cual es parte la entidad estatal. En este contexto, la sentencia de primera instancia repercute indirectamente en la esfera de los derechos de la entidad estatal, por lo que es plausible posibilitar que ejerza su derecho de defensa”.*

Congruentemente con el alcance asignado a la intervención de LN, los jueces decidieron la excepción de incompetencia en los siguientes términos: “7. *Que sentado lo que precede, a los fines del tratamiento de la cuestión de competencia, debe considerarse, por un lado, los alcances de la intervención de Lotería Nacional, limitados a un rol accesorio respecto de la parte demandada. De allí que ante la oposición del Instituto del Juego y del Gobierno de la Ciudad debiera rechazarse sin más el planteo. Debe advertirse que lo avanzado del proceso, en que ya ha recaído sentencia de fondo de grado, hace que el pretendido desplazamiento de la competencia vaya en desmedro tanto de la preclusión de las etapas acaecidas como de la celeridad del juicio de amparo. Por otro lado, menos aún justificaría acoger el planteo de incompetencia la materia del pleito de naturaleza eminentemente local...”,* efectuando luego el desarrollo de fundamentos respecto de esta última afirmación, del estatus constitucional de la Ciudad de Buenos Aires y de su autonomía.

4. LN planteó el recurso de inconstitucionalidad contra esa sentencia (fs. 1398/ 1400vta), cuya denegatoria dio lugar a la queja agregada a fs. 1426/ 1431vta, resuelta por el Tribunal a fs. 1518/1521 admitiendo la interposición tempestiva del recurso de inconstitucionalidad y ordenando su sustanciación.

En el memorial, LN expone los siguientes agravios:

a) el alcance de la intervención de LN que establece la Cámara, afecta el derecho de defensa de su parte al impedirle retrotraer el juicio a instancias anteriores y disponer, como fue solicitado, la nulidad del proceso en que se invalidó el convenio que ella suscribiera sin darle intervención en el juicio. Contradice la sentencia pues entiende que no se trata de retrotraer etapas procesales, sino de hacer valer el derecho de defensa en juicio, limitado por la aplicación de una disposición procesal.

La recurrente afirma que la defensa de sus intereses “*quedó librada a la defensa encarada por la demandada, que si bien también suscribió el convenio en discusión, pudo ejercer la defensa que importaba a sus intereses, aunque no*

necesariamente los de Lotería Nacional. ¿Y si la demandada cometía errores de fondo o de forma que generaban un desmedro en la defensa de un convenio que a nuestra mandante le interesa mantener en vigencia? ¿ Y si la demandada se allanaba a las pretensiones de la actora?” (fs. 1398 vuelta). Agrega que como co-contratante *“también debía ser parte del proceso, a los fines de esgrimir todas las defensas que considerara adecuadas, así como también interponer todas las excepciones y pruebas que se entendieran pertinentes, a los fines de resguardar adecuadamente sus derechos e intereses”* (fs. 1398 vuelta/1399).

b) el rechazo de la excepción de incompetencia viola el derecho de su parte a la jurisdicción federal (art. 116, CN). Expresa que su parte *“no tolera ni acepta la prórroga de la jurisdicción”* (fs. 1399 vuelta) y rebate que se afirme que la cuestión es sólo de derecho público local cuando la sentencia resuelve sobre el futuro de las operaciones lúdicas acordadas con las autoridades políticas de cada distrito y *“afectan el funcionamiento operativo de Lotería Nacional S.E. ...”* (fs. 1400) y por ello requiere que *“se disponga la incompetencia de este Tribunal para entender en las presentes actuaciones y remita las presentes a la Justicia Federal en lo Contencioso Administrativo a fin de que se pronuncie sobre las demás cuestiones planteadas por esta parte”* (fs. 1400).

Al contestar el traslado dispuesto por el Tribunal al admitir la queja, el GCBA planteó las siguientes objeciones a la admisibilidad y procedencia del recurso interpuesto por LN (fs. 1529/ 1539vta):

a) la sentencia recurrida no es definitiva, y la parte pudo ejercer sus derechos al apelar y plantear recurso de inconstitucionalidad contra la sentencia de fondo del amparo;

b) los agravios vinculados con la afectación del derecho de defensa son conjeturales y no indican qué defensas se vio privada de plantear, instando la nulidad por la nulidad misma;

c) no se plantea un caso constitucional, pues la sentencia de la Sala ha efectivizado el derecho de defensa de LN, de acuerdo con las normas procesales aplicables;

e) la sentencia no constituye un fallo arbitrario;

f) no se afecta la jurisdicción federal pues *“el objeto de este proceso judicial es la validez o invalidez de una ley de la Ciudad, a la luz de la Constitución Local, cuestión decididamente ajena a la materia federal, eminentemente local, para cuya resolución son sólo competentes los Tribunales locales”* (fs. 1538), y la intervención admitida de LN es la de tercero adherente simple que sólo tiene una participación accesorio en el pleito.

Por su parte, IJA afirmó, en relación con el agravio referido al derecho de defensa, que en tanto *“la sentencia repercute indirectamente en la esfera de los derechos de Lotería Nacional S.E. es por ello que se ha permitido su intervención como tercero”* en posición *“subordinada o dependiente de la parte demandada principal, es decir de este Instituto de Juegos de Apuestas, circunstancia que limita su actuación...”* (fs. 1542 y vta). Y en cuanto al planteo de incompetencia, justificó el carácter local de la cuestión debatida y la competencia de la jurisdicción de la Ciudad para entender en la controversia (fs. 1542/1546).

Finalmente, el Dr. Monner Sans dio contestación al traslado (fs. 1547/1551) poniendo de relieve, entre otras, las siguientes cuestiones:

- a) LN no planteó la inconstitucionalidad del art. 87 del CCAyT ni del art. 16 del régimen del amparo;
- b) el recurso de inconstitucionalidad planteado por LN contra la sentencia definitiva implica su consentimiento a la jurisdicción de los tribunales locales;
- c) la participación de LN en las audiencias realizadas ante el a quo (ver fs.1498/1500) también significan que ella consiente la jurisdicción local;
- d) la competencia en materia de juegos de azar es local y no federal.

Requerido su dictamen, el Sr. Fiscal General Adjunto propicia el rechazo del recurso (fs. 1554/1556) por considerar que:

- a) la sentencia recurrida no es definitiva,
- b) la aplicación del art. 87, CCAyT, y su interpretación, son ajenas al recurso de inconstitucionalidad,
- c) no se ha demostrado que se presente un caso constitucional.

5. Para resolver este recurso es preciso señalar una circunstancia que ha sido obviada en todas las actuaciones realizadas a partir del escrito de LN de fs. 1263/1281, cuyo relato he efectuado en los puntos 2 a 4 precedentes, a saber: que **esa no fue la primera presentación de LN en el juicio.**

A fs. 309 del expediente EXP 9933/0 (correspondiente al n° 4809/06 del registro de este Tribunal), encontrándose las actuaciones en trámite ante la alzada, el apoderado de LN se presenta y expresa que ha sido instruido para denunciar ante el juez la existencia del convenio por el cual “*se ha resuelto el conflicto que enfrentaba a mi representada con el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires*”, acompañando copia del acuerdo (fs. 300/308). El escrito fue presentado el **9 de marzo de 2004** (ver cargo de fs. 309 vuelta). Asimismo LN manifiesta que tiene conocimiento de que ese convenio es la cuestión controvertida en autos (fs 309 vuelta).

La presentación estaba dirigida, según se expresa en su encabezamiento, al “*Sr. Juez (...) en estas actuaciones caratuladas ‘Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/ Instituto de Juego y Captación de Apuestas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ Amparo – Expte. 9933/0’...*” para “*poner en conocimiento de V.S. que, entre Lotería Nacional Sociedad del Estado y el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, se ha celebrado, el 30 de octubre de 2003, un convenio para la distribución de las utilidades generadas por la Lotería Nacional S.E. en la explotación y comercialización de la actividad lúdica en el ámbito de la Capital Federal*”.

Resulta, de tal manera, evidente, que LN conocía la existencia del juicio, la vinculación del acuerdo que ella celebrara con el IJA con el objeto del proceso y, claro está (por haber sido firmante del convenio) todas sus cláusulas. Y también sabía que ella no había sido citada para intervenir en este proceso.

Es decir, LN conocía la existencia de un juicio en el que se podría afectar un convenio en el que ella había participado y optó por no solicitar su intervención. La omisión de peticionar en ese momento lo que luego intenta hacer valer incide de

forma directa y de manera decisiva sobre las alegaciones que extemporáneamente LN formula acerca de la competencia de la justicia local y de la nulidad del proceso.

A partir de fs 309 el proceso continuó sin que las partes (el actor, el GCBA e IJA) introdujeran petición alguna a su respecto.

Recién cuando es notificada de la sentencia de primera instancia, LN **se presenta por segunda vez** y efectúa los planteos que dan lugar a este largo incidente.

Conviene reiterar los términos en que LN efectuó su pedido de intervención en juicio: ser *“tenida por parte como tercera voluntaria”*.

La concurrencia como tercero voluntario al proceso y la oportunidad en que lo hace son opciones adoptadas sin condicionamientos y voluntariamente por LN, en el marco de la estrategia defensiva que creyó conveniente utilizar en el juicio, y por ello debe asumir las consecuencias que de aquellas se siguen. Sin duda, antes de su intervención de fs 309, la sentencia no le era oponible; pero una vez que eligió participar debe aceptar lo que se decida en función del estadio procesal en el cual se incorporara y con los límites que de él se derivan. Es oportuno recordar que entre la primera presentación de LN del 9 de marzo de 2004 y la sentencia de primera instancia del 22 de marzo de 2005 había transcurrido más de un año. Durante ese lapso LN pudo intervenir útilmente en el proceso, desarrollar los argumentos que entendiera relevantes a fin de que fueran considerados en el decisorio, y no lo hizo. Luego de su intervención de fs 309, guardó silencio hasta que apela a fs 1263/1281vta.

6. Las cuestiones planteadas por LN en el recurso de inconstitucionalidad (nulidad de lo actuado por afectación de su derecho de defensa en juicio y denegatoria del fuero federal) que han llegado a decisión del Tribunal, exigen considerar, en primer término, si fueron oportunamente articuladas en el proceso ya que, como es sabido, es en la primera oportunidad en la que deben plantearse las cuestiones constitucionales que se consideran involucradas en el caso.

En efecto, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Federal —que resulta aplicable al recurso de inconstitucionalidad en tanto el art. 113, CCABA, exige que la cuestión haya sido debatida en las instancias anteriores— el agravio constitucional debe ser planteado en la primera ocasión que las normas procesales lo permitan, y solo por excepción y justificadamente esto puede ocurrir en una ocasión posterior (*Fallos*: 298:321). Por principio no puede emerger de una reflexión tardía (*Fallos*: 307:629; 308:51). En *Fallos* 160:329 la Corte sostuvo *“que la cuestión federal debe ser propuesta a la decisión de los jueces locales en las instancias ordinarias del litigio, antes de la sentencia definitiva”*, con la cita de precedentes del propio tribunal y con remisión al criterio de la Corte Suprema Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica. También, en *Fallos* 179:9 la Corte federal expresó que *“la invocación de que se halla involucrada en el pleito una cuestión constitucional no puede ser el resultado de ‘una reflexión tardía o una mera ocurrencia’ como ha dicho la Suprema Corte de Estados Unidos (151:48)”*

Como lo expresé en el punto anterior, la presentación de LN de fs. 1263/1281, fechada el **28 de marzo de 2005**, fue efectuada más de **un año** después

de su primer escrito en el juicio y luego de conocer que la sentencia de primera instancia era desfavorable para los intereses que ella gestiona.

En otros términos, desde la perspectiva de la técnica del recurso de inconstitucionalidad, LN no planteó en forma oportuna las cuestiones constitucionales que expresa en el recurso de inconstitucionalidad, ya que la primera oportunidad para hacerlo fue al presentarse con el escrito de fs. 309. Su articulación oportuna hubiera permitido el debate de las defensas y excepciones que tardíamente pretendió introducir en el juicio y su decisión por el juez de la causa desde la primera instancia,

Por otra parte, los planteos de LN (fs. 1263/ 1281vta) tampoco se ajustan a las disposiciones legales que reglamentan el proceso. En efecto, si LN pretende que debió ser parte, estando debidamente anoticiada del juicio que se llevaba adelante sin su intervención, debió plantear la nulidad de las actuaciones cuanto más hasta el quinto día posterior a la fecha de presentación de su primer escrito (art. 153, CCAyT), computando (en la mejor de las hipótesis para LN) el plazo a partir de esa fecha si se considerara que recién ese día tomó conocimiento del procedimiento supuestamente viciado de nulidad. Además, en tal presentación debió expresar de qué manera el acto cuestionado lesionó en forma concreta el ejercicio de su defensa (art. 155, CCAyT), cuestión que tampoco fue efectuada en su segunda presentación ya que, como lo señala correctamente la Procuración General de la Ciudad, el agravio se expresa bajo la forma de preguntas retóricas de corte conjetural –“¿Y si la demandada cometía errores de fondo o de forma que generaban un desmedro en la defensa de un convenio que a nuestra mandante le interesa mantener en vigencia? ¿Y si la demandada se allanaba a las pretensiones de la actora?”– sin enunciar las concretas defensas afectadas o las pruebas de las que no pudo valerse. Es claro que en ninguna de sus presentaciones LN satisfizo los recaudos que podrían haber tornado procedente su petición de nulidad. Y, en todo caso, cualquier eventual vicio en el proceso, de haberse configurado, ya ha sido purgado.

Asimismo, es de toda evidencia que a partir de la presentación de fs. 309, y aún antes, LN estaba en condiciones de solicitar su incorporación al proceso por la vía de la intervención voluntaria de terceros, y esto más allá del resultado que hubiera podido obtener en caso de plantear una nulidad. La omisión de LN de formular esa postulación y aparecer sólo para denunciar el convenio (fs. 309) y los términos de esa presentación dejan en claro que LN conocía exacta y precisamente el objeto del proceso y sus alcances.

El recurso de apelación de fs.1263/ 1281vta y el recurso de inconstitucionalidad de fs. 1341/ 1345vta son apenas intentos fallidos de revertir tardíamente la omisión en que incurriera LN, esto es pedir una intervención autorizada por la ley procesal.

7. Tampoco el planteo de incompetencia de la jurisdicción local fue oportuno. Coincidentemente con lo expresado en el punto anterior, la excepción y el reclamo de la competencia federal debió introducirse en el primer escrito (fs. 309).

En principio, en todos los asuntos en que el Estado Nacional es parte resulta competente la justicia federal en razón de la persona (conf. art. 116 CN). Esta

competencia no es inexcusable y puede ser prorrogada por el beneficiado con el privilegio del fuero federal en favor de la jurisdicción local (Fallos 286:203; 291:538; 294:62); prórroga que puede ser expresa o tácita (Fallos 294:62; 269:431).

El Estado Nacional cuando comparece ante la jurisdicción local en una causa que, por la materia, no es federal puede plantear la incompetencia de la jurisdicción local a favor del fuero federal. Es un privilegio que debe ser articulado en la primera oportunidad. Si no lo hiciera, se entiende que consiente en ventilar el asunto ante los estrados locales. Y aunque el CCAyT nada dice al respecto, las reglas del CPCCN — que regula la actuación ante la justicia federal que LN demanda— en su art. 7 establece que la cuestión de competencia “*sólo podrá promoverse antes de haberse consentido la competencia que se reclama*”.

Aunque LN expresó en su recurso que ella no consintió la competencia de los tribunales de la CABA, tal afirmación es contradictoria e incompatible con su conducta procesal anterior, que produjo la prórroga tácita de jurisdicción y la radicación del juicio ante los tribunales locales.

LN sabía con antelación a su segunda intervención que el convenio que ella había suscripto estaba siendo discutido en este proceso, por lo expresado en el punto anterior.

De tal forma, LN ya no puede eludir a la justicia local (y no podía hacerlo cuando apeló la sentencia de primera instancia). Su intento a más de tardío es lesivo de las reglas de la buena fe, que dan fundamento a la prohibición de regreso. El art. 14 de la ley 48 veda expresamente esta posibilidad ya que dispone que “[u]na vez radicado un juicio ante los tribunales de provincia, será sentenciado y fenecido en la jurisdicción provincial, y sólo podrá apelarse a la CSJN de las sentencias definitivas pronunciadas por los tribunales superiores de provincia...”.

En suma: en tanto la materia del proceso versa sobre el manejo de los juegos de azar, cuyo carácter local ha sido reiteradamente sostenido por la jurisprudencia de la CSJN (véase el análisis efectuado por el TSJ en los autos “Unión Transitoria S.A. y otros c/ GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 1268/01, sentencia del 17 de septiembre de 2002; sobre el que volveré con detalladas transcripciones más adelante) la competencia federal reclamada lo es en razón de la persona. La incompetencia que plantea LN es extemporánea por haber sido planteada tardíamente en el proceso, tanto para ser considerada como cuestión constitucional oportuna, como desde las reglas del proceso.

8. La invocación del derecho de defensa que efectúa LN para intentar que se dejen de lado las reglas procesales que disciplinan los procesos con pluralidad de partes, no puede ser atendida, en tanto ese fundamento no se concreta en un planteo de inconstitucionalidad de las normas aplicadas.

He señalado ya que LN pidió intervenir como tercero voluntario. El art. 87, CCAyT, expresamente establece que “[e]n ningún caso la intervención del tercero retrograda el juicio ni suspende su curso...”. La expresa pretensión de LN para que se declare la nulidad de lo actuado sin su intervención, de ser admitida, traería ineludiblemente aparejada la retrogradación del proceso hasta la providencia que dispuso el traslado de la demanda. Surge evidente que su planteo confronta

directamente con la norma del art. 87 citado. Sin embargo, la presentación no pone en debate la constitucionalidad de esa regla procesal, como lo destaca el Dr. Monner Sans al contestar el recurso. Así las cosas, sólo puede afirmarse que el derecho de defensa de la actora fue ejercido y admitido conforme “las leyes que reglamentan su ejercicio” (art. 14, CN).

9. En síntesis, las cuestiones constitucionales que LN pretende traer a decisión del Tribunal no fueron planteadas en la primera oportunidad, constituyen el producto de una reflexión tardía y sobre las mismas han operado la convalidación de eventuales nulidades y la prórroga a favor de la competencia local.

Por tanto el recurso de inconstitucionalidad es infundado y se impone su rechazo.

10. Como ya dijera, LN, GCBA e IJA plantearon sus respectivos recursos de inconstitucionalidad contra la sentencia definitiva de segunda instancia, que fueron concedidos por la alzada.

LN cuestiona la constitucionalidad misma de las disposiciones de la CCABA que autorizan a los poderes locales a regular el juego en esta jurisdicción y de las leyes dictadas en su consecuencia, mientras que los demandados discuten la sentencia sin desconocer la competencia local para dictar los actos atacados en la demanda (convenio y ley). Por ello, comenzaré por considerar el recurso de LN, dado que si a ella le asistiera razón carecería de sentido considerar los demás recursos.

II. Recurso de Inconstitucionalidad de LN contra la sentencia de fs. 1003/1008

11. El recurso de inconstitucionalidad de LN (fs. 1014/1023) contra la sentencia de Cámara que resolvió las apelaciones planteadas contra la sentencia definitiva contiene los siguientes agravios:

a) el alcance de la autonomía de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ha sido regulado por el Congreso de la Nación, mediante la ley n° 24.588, que no transfirió a la jurisdicción local las facultades y atribuciones en materia de juego de azar;

b) la Nación ejerce en la Ciudad la facultad de explotar los juegos de azar y el poder de policía consiguiente a través de LN —que es el organismo nacional al cual se le confieren esas competencias en la órbita del Ministerio de Desarrollo Social del Poder Ejecutivo Nacional—, destinando los fondos que recauda a beneficencia en todo el territorio del país;

c) La Ciudad de Buenos Aires incluyó en su estatuto organizativo tres normas que violan abiertamente lo dispuesto por los arts. 75, inc. 30 y 129 de la CN: los artículos 50, 104 inc. 31 y 9 de la CCBA; ya que el juego no es un tema de competencia local.

12. El Tribunal tuvo ya oportunidad de expresarse en relación con las cuestiones planteadas al dictar sentencia *in re* “Unión Transitoria S.A. y otros c/ GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 1268/01, del 17 de septiembre de 2002; fallo que ha sido recordado en las instancias anteriores.

Si bien al emitir mi voto en esa oportunidad considere inadmisibile la demanda de inconstitucionalidad, hago ahora míos los fundamentos expuestos tanto en el voto conjunto de los jueces Muñoz, Casás y Conde como en el del juez Maier, y procederé a transcribirlos, en lo que resulta pertinente para la solución de esta causa:

“Los jueces Guillermo A. Muñoz, José O. Casás y Ana M. Conde dijeron:

(...)

”2. En cuanto al fondo, se plantea la inconstitucionalidad de la ley n° 538, fundamentalmente, por la incompetencia local para regular la materia. Colateralmente se agrega la lesión de derechos y garantías y la irrazonabilidad de la regulación.

”3. La cuestión principal finca en el deslinde competencial entre dos ordenamientos jurídicos que reflejan la tensión del régimen federal adoptado por la Constitución nacional. Por un lado, el que expresa la voluntad de la Nación, de tipo centralizador, y, por el otro, el plasmado por la representación local, de signo descentralizador. En el derecho público la tensión busca resolverse mediante la adecuada y armónica *distribución de competencias*, como mecanismo de *distribución vertical* del poder entre los tres niveles de órganos: el estado nacional, las provincias y los municipios —ya sin debate a partir de la reforma constitucional de 1994—, asignándose a cada uno las atribuciones necesarias para la atención de los fines que les son propios. Los ejes normativos de esa distribución política del poder son los arts. 1º, 5º, 121, 123, 126 y 129 de la Constitución federal.

”4. Ya con anterioridad a la puesta en vigencia del Código Civil, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en 1869 (Fallos: 7:150) reconoció ‘que es un hecho, y también un principio de derecho constitucional, que la policía de las Provincias está a cargo de sus gobiernos locales, entendiéndose incluido en los poderes que se han reservado, el de proveer lo conveniente a la seguridad, salubridad y moralidad de sus vecinos; y que, por consiguiente, pueden lícitamente dictar leyes y reglamentos con estos fines (...) siendo esto así, la Justicia Nacional sería incompetente para obligar a una Provincia, que ha prohibido las corridas de toros, a soportar la construcción de una plaza para dar al pueblo ese espectáculo, aun cuando pudiera ella calificarse de establecimiento industrial, como se pretende, y el ejercicio de esa industria no ofendiera el decoro, la cultura y la moralidad de las costumbres públicas’.”

”5. El Congreso de la Nación al dictar el Código Civil dejó sentado en el artículo 2069 que ‘Las loterías y rifas, cuando se permitan, serán regidas por las

respectivas ordenanzas municipales o reglamentos de policía'. También en el artículo 2055 alude a 'alguna ley o reglamento de policía' al regular cierto aspecto de las 'deudas de juego, o de apuestas''.

"Bajo la vigencia del código de Vélez, el 22 de octubre de 1903, al fallar la causa 'Criminal, contra Ramón Leyva, Alberto Anderson, Juan M. Alba y otros, por infracción a la ley n° 4097' (Fallos: 98:157) en el que se enjuiciaba la realización de juegos prohibidos por ley del Congreso de la Nación n° 4097, de aplicación limitada a la Capital y territorio nacionales, la defensa planteo la inconstitucionalidad de la ley por cuanto no era de carácter general, esto es, aplicable en todo el país. La Corte Suprema de Justicia de la Nación consideró que el Congreso 'al sancionar el Código Civil, ha reconocido a las autoridades locales el derecho a reglamentar el juego (artículos 2055 y 2069 Código Civil)', que 'los artículos recordados del Código Civil no hacen distinción entre ordenanzas municipales y reglamentos de policía de origen provincial y los que puedan dictarse en la Capital y Territorios Nacionales con análogos propósitos', y que 'se trata de medidas de orden policial o municipal, limitados a una localidad o estado'. Cabe agregar, que al justificar normativamente esa afirmación, entre paréntesis la Corte menciona, entre otros, al artículo de la Constitución que exige a las provincias garantizar el régimen municipal.

"En 1905, la Corte volvió a tratar la cuestión referente a las sanciones impuestas por la violación de la prohibición de venta de billetes de juego de loterías no autorizadas, y reiteró 'Que la ley 4097, aun mirada en su faz puramente local o de aplicación a la capital o territorios nacionales en virtud del inciso 27 del art. 67, es dada en concordancia con el art. 2069 del C. Civil que autoriza a las municipalidades la reglamentación de las loterías y rifas' (Fallos: 103:255).

"Años después (1924) en la causa 'Marini, Juan José, criminal contra, por infracción a las leyes números 3313 y 4097, sobre juegos prohibidos', la Corte Suprema de Justicia de la Nación confirmó su doctrina con remisión expresa a los pronunciamientos reseñados anteriormente. Nuevamente afirmó la validez de esas leyes del Congreso por haber sido dictadas como legislatura local. Reconoció 'que no pudiendo los juegos de azar, y las loterías entre éstos, estar comprendidos en la legislación penal de fondo, al Congreso no le era dado como poder legislativo nacional incluirlos en el código respectivo; y en tal caso, tratándose de actos que por su propia índole requieren una reglamentación adecuada, tanto ésta como las infracciones a la misma, que constituyen contravenciones de carácter policial o municipal, han debido quedar necesariamente sometidas al régimen de los poderes locales de las provincias y de los distritos federales, doctrina que el mismo Congreso ha consagrado en otras leyes como la de Territorios, la Municipal de la Capital y el Código Civil, artículos 2055 y 2069, en los que se reconoce a las autoridades locales la facultad de reglamentar el juego', y agrega, al enunciar la materias sobre la que recae el poder de policía de las provincias, de la Capital y de los territorios nacionales, 'entre otras, la legislación sobre juegos' (Fallos: 141:217).

"Similar criterio fue sostenido en otras etapas de la historia nacional por el Alto Tribunal. Así, en 1958 expresó que 'Dado que es innegable la potestad de las provincias para legislar sobre faltas y contravenciones, los preceptos locales que reprimen los juegos de azar (...) no traducen sino un razonable ejercicio del poder de

policía en materia de moralidad pública y, por lo tanto, lejos de infringir la Ley Fundamental, se ajustan a lo que ella dispone en sus arts. 14, 28 y 104.’ (Fallos: 242:496). La doctrina de esta pronunciamiento y sus precedentes se invoca expresamente por la Corte en Fallos: 275:314, entre otros.

”6. Ni la reforma al Código Civil efectuada mediante la ley n° 17.711 ni la ley n° 18.226 establecieron el carácter federal de los juegos de azar. Esta última ley regló, entre otras cuestiones, la organización y competencia de la Lotería Nacional de Beneficencia y Casinos, la de sus órganos, sus facultades en relación con la lotería nacional y con los casinos y salas de juego de azar a su cargo, algunas cuestiones relacionadas con los billetes y premios de la lotería y con la distribución de los fondos que recauda, etcétera. Pero, en lo que aquí interesa, adoptó disposiciones propias del poder de policía que el Congreso, como legislatura de estado o local, ejercía sobre la Capital Federal y el Territorio Nacional de la Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, como se expresa en los artículos. 13 y 19. Poder de policía local cuyo ejercicio se puso a cargo de la Lotería Nacional S.E. ‘en jurisdicción de la Capital Federal (...) en materia de juegos de azar y apuestas mutuas’ por medio del Decreto nacional n° 1688/94 (art. 1°).

”Ya en vigencia la ley n° 18.226, la Corte Suprema expresó que ‘la prohibición de introducción, tenencia o circulación de billetes de lotería, rifas, etc., atiende, en principio, a razones de moral y bien público y a la pretensión legítima de controlar en su jurisdicción territorial lo relativo a esta peculiar materia que son los juegos de azar, en ejercicio del poder de policía que es propio del gobierno local...’”.

”7. En suma, con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, el carácter local de la reglamentación de los juegos de azar se encontraba legislativamente establecido desde que el Código Civil entró en vigencia (el 1° de enero de 1871, art. 1°, ley nacional n° 340) y jurisprudencialmente desde los primeros pronunciamientos de la Corte Suprema (1869) con independencia de la impronta más o menos centralista o autonomista de los distintos gobiernos (constitucionales y aun de facto) que rigieron la vida de la República en el período 1853-1994.

”8. La reforma a la Constitución de la Nación de 1994, consagró la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires en los siguientes términos ‘La ciudad de Buenos Aires tendrá un régimen de gobierno autónomo, con facultades propias de *legislación* y *jurisdicción*. Una ley garantizará los intereses del Estado nacional, mientras la ciudad de Buenos Aires sea Capital de la Nación’ (art. 129, primer párrafo, C.N). El constituyente, entonces, ha autorizado al Congreso nacional a fijar ciertas restricciones al ejercicio de las atribuciones locales emergentes de la autonomía de la Ciudad, pero esta facultad se encuentra sometida a una doble limitación: sólo pueden establecerse para garantizar los intereses del Estado nacional y en tanto Buenos Aires sea la capital de la República.

”Debe tenerse presente que la reforma no incrementó las atribuciones del Gobierno nacional en el ámbito territorial de Capital Federal; por el contrario, las disminuyó al dotar de autonomía al gobierno local. La premisa, entonces, es que el

Gobierno nacional no cuenta con más facultades que aquellas que tenía antes de la reforma, pues la Constitución dividió las potestades de gobierno federal y local que confluían en las autoridades del Estado nacional.

”9. Mediante a ley nº 24.588 el Congreso reglamentó la cláusula del art. 129, bajo el siguiente principio general: ‘la Nación conserva todo el poder no atribuido por la Constitución al gobierno autónomo de la ciudad de Buenos Aires, y es titular de todos aquellos bienes, derechos, poderes y atribuciones necesarios para el ejercicio de sus funciones’ (art. 2º). En particular, en los arts. 7, 8, 9 y 10 pormenorizó expresamente las materias que la Nación ha querido conservar. Cabe, por lo tanto, enfatizar que la Nación sólo conserva el poder que la Constitución (y no la ley) no atribuyó a la Ciudad y, como fue dicho, las facultades de legislación y jurisdicción sí le fueron expresamente asignadas a ésta.

”Ya se ha señalado que el carácter local de las potestades en materia de juegos de azar es ‘un principio de derecho constitucional’ (Fallos: 7:150). Por tal razón, quedan fuera de los intereses del Estado nacional en el territorio de la ciudad en que se ha establecido la Capital Federal, regulados por la ley nº 24.588. Interpretar lo contrario conllevaría aceptar que el art. 129 de la Constitución nacional adjudicó al Gobierno nacional una competencia de la que antes carecía como autoridad federal. En consecuencia, separado el Gobierno de la Nación del conocimiento de los asuntos locales, mal puede considerarse que ‘conserva’ atribuciones en esas cuestiones.

”Además, la referencia que efectúa el art. 129 constitucional a ‘los intereses del Estado nacional’ alude, sin duda, a intereses ‘federales’. Es útil recordar que las leyes dictadas por el Congreso de la Nación podían ser *nacionales* (o de derecho común), con fundamento en el art. 75, inc. 12; *locales* para la Capital Federal y territorios nacionales (art. 75 inc. 27) y *federales* ‘siempre que la intención de producirla sea inequívoca y no se apoye en el mero arbitrio del legislador, sino en necesidades reales y fines federales legítimos, impuestos por circunstancias de notoria seriedad’ (Fallos: 248:781). De la ley 18826, y de los decretos invocados por los accionantes no se advierte cuáles son esas necesidades o fines federales legítimos que justifiquen federalizar la regulación de los juegos de azar en el ámbito de la Ciudad (con un criterio distinto al que rige en el resto del país). Tampoco que la intención de sustraer la competencia local en esta materia resulte de la ley en forma ‘inequívoca’.

”El art. 5º de la ley 24.588 no expresa algo distinto. Veamos: ‘La ciudad de Buenos Aires, será continuadora a todos sus efectos de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires. La legislación nacional y municipal vigente en la ciudad de Buenos Aires a la fecha de entrada en vigencia del Estatuto Organizativo al que se refiere el artículo 129 de la Constitución Nacional seguirá siendo aplicable, en tanto no sea derogada o modificada por las autoridades nacionales o locales, según corresponda’. Es claro que la ley dispone la continuidad del sistema jurídico vigente al momento en que entró en vigor la Constitución local, pues, en caso contrario, se hubiera producido un vacío jurídico de incalculables dimensiones y se hubiese generado un estado de anomia en todas las prácticas sociales regidas por derecho

local. Luego, con la organización de sus instituciones, son las autoridades locales las que tienen competencia para modificar la legislación de tipo local receptada del ordenamiento anterior, entendiendo por tal a la que emanó de las autoridades anteriormente competentes en esas cuestiones (Congreso de la Nación en su intervención como legislatura local, Concejo Deliberante, Intendente, Presidente de la Nación en uso de sus atribuciones ‘domésticas’ en la Capital Federal).

”10. La Constitución local, en atención al deslinde de competencias, se refirió en diversas disposiciones a los ‘juegos de azar, destreza y apuestas mutuas’ como un asunto puramente local (arts. 9, inc. 10; 50; 80 inc. 19; 104, inc. 31) admitiendo el convenio con otras jurisdicciones respecto de los juegos que a ellas les competiesen (cláusula transitoria decimonovena)

”La ley 538 vino a regular los juegos de azar para la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en ejercicio de las facultades de legislación que a la Ciudad de Buenos Aires le confirió la Constitución nacional, y al cuerpo legislativo local el art. 80 de la Constitución de la Ciudad.

”Al hacerlo, válidamente modificó la legislación receptada, emitida por las autoridades que si bien integran el Gobierno de la Nación, dictaron esas normas como autoridades locales. El doble carácter de la ley n° 18.226 resulta evidente de su sola lectura (*v. gr.*, el art. 19). De allí, que la alegada afectación a la cláusula de supremacía (art. 31, CN), no se ajusta a la situación jurídica en examen. El criterio de interpretación adecuado para juzgar la validez de la norma legislativa local que modificó la legislación, también local, recibida por imperio del art. 5° de la ley 24.588, no puede ser, como lo pretende el actor, el de ‘ley superior’ sino el de ‘ley posterior’, pues, de otra forma, la autonomía desaparecería.

”Como bien lo expresa el Fiscal General al resumir su dictamen ‘A) En su mayor parte la ley 18.226 y la ley 538 no coinciden en su objeto y tampoco sus regulaciones entran en conflicto. B) (...) las normas de la ley 18.226 (y del decreto 1688/94) cuya aplicabilidad está restringida a la Ciudad de Buenos Aires, son normas de carácter local, que no protegen un interés especial del Estado nacional y que, por ende, no son de aquellas que, según el art. 129 CN y el art. 2° de la ley 24.588, pueden ser actualmente dictadas por el Estado nacional, sino de las que entran dentro de las competencias de la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires. C) Tampoco se configura en el caso un supuesto de ‘facultades concurrentes’, sino de facultades exclusivamente locales, sino de facultades exclusivamente locales, en uso de las cuales la legislatura de la Ciudad ha dictado válidamente la ley 538 y desplazado así las normas que en la ley 18.226 y en el Decreto 1688/94 tenían carácter local” (fs. 147 vuelta).

”11. El criterio afirmado en los párrafos precedentes es también el que ha admitido la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de juegos de azar con posterioridad a la vigencia de la Constitución reformada y de la ley n° 24.588. La Corte se pronunció a raíz de una contienda de competencia entre magistrados de las jurisdicciones nacional y local.

”Con remisión a los fundamentos y conclusiones del dictamen del Procurador Fiscal interviniente, Dr. Luis S. González Warcalde, la Corte Suprema —con la intervención de seis de sus miembros y sin disidencias— estableció que ‘el régimen en materia de juegos de azar y sus posibles infracciones no delictuales, no trata de una cuestión de índole federal ni está incluido en la reserva que se estableció sobre la legislación común (artículo 75 de la Constitución nacional). Las autoridades de la ciudad autónoma de Buenos Aires, poseen por lo tanto, atribuciones legislativas y judiciales al respecto (art. 129 de la Constitución nacional, artículo 8, *in fine*, de la Ley 24.588, artículos 50 y 80 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, artículo 49 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la ciudad de Buenos Aires, art. 10 de la Ley 10 de ese distrito y el principio de jurisdicción local...’ (Fallos: 322:1142, *in re* ‘Dándolo’, sentencia del 31/5/99).

”Posteriormente, con remisión a otro dictamen del mismo Procurador Fiscal, al dictar sentencia en la causa ‘Pereyra Herling, Amílcar Gustavo s/ infr. Decreto ley 6618/57’, resolución del 5/6/01, la Corte asimiló a la Ciudad de Buenos Aires a las provincias para aplicar la doctrina que defiende el poder de policía local en materia de juegos de azar. Así se sostuvo que ‘de acuerdo a la antigua doctrina de V.E. que defiende la potestad de las provincias para reprimir los juegos de azar, en ejercicio del poder de policía que es propio del gobierno local (Fallos: 7:150; 242:496; 275:314; 301:1053; 303:1050, entre otros) y teniendo en cuenta el nuevo status constitucional de la Ciudad de Buenos Aires (ver el dictamen de esta Procuración General en precedente ‘Dándolo, Esperanza Beatriz’, publicado en Fallos: 322:1142, a cuyos fundamentos y conclusiones se remite V.E.), corresponde que el Tribunal declare la competencia del fuero contravencional de la ciudad de Buenos Aires’.

”En definitiva: el plexo de disposiciones constitucionales y legales que dan fundamento a la competencia local para regular los juegos de azar involucrados en este proceso (art. 129 de la Constitución nacional, art. 8 de ley n° 24.588 y arts. 50 y 80 de la Constitución de la Ciudad) ya fue considerado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en sentido favorable a potestad del Gobierno local, en el marco de la autonomía de Buenos Aires consagrada por la reforma constitucional de 1994. El agregado de la ley n° 18.226 y del Decreto 1688/94 en nada modifica esa conclusión, pues, como se vio, en lo que interesa, se trata de disposiciones locales insertas en legislación nacional.

”12. Párrafo aparte merece el decreto nacional n° 494/01. Difícilmente pueda encontrarse en él sustento para un conflicto normativo, si se efectúa una interpretación que no vulnere la Constitución nacional y la ley 24.588. La autorización dada por el Poder Ejecutivo a la Lotería Nacional Sociedad del Estado ‘a la implementación de juegos de ‘Resolución Inmediata’ por medio de máquinas electrónicas’ (art. 1°) nada tiene de objetable ni de contrario a la ley 538, en la medida en que la Lotería Nacional ejerza esas atribuciones sin colisionar con las normas del derecho público local de las ciudades y provincias en materia de juegos. Donde no exista prohibición no habrá conflicto. Donde la haya, o donde la autoridad local se reserve la valoración de la incidencia en la moral pública de esos juegos, deberá privilegiarse el derecho público local.

”El alcance que los accionantes pretenden dar a ese decreto ha sido ya descalificado por la Justicia Nacional en lo Contencioso Administrativo federal de primera y segunda instancia en la causa ‘Alimena’ citada por la demanda a fs. 135 vuelta y ss., que lo consideró viciado por ‘incompetencia material manifiesta’.

”Por lo expuesto, la tacha de inconstitucionalidad por esta causal resulta improcedente”.

En su voto, el juez Julio B. J. Maier dijo:

”Con expresa adhesión a los fundamentos básicos del voto anterior, deseo apoyarlo a mi manera y según mi redacción propia.

”1. La parte actora cuestiona la constitucionalidad de la ley n° 538 de la Legislatura de la Ciudad, por considerarla violatoria de la ley n° 18.226 y del decreto PEN n° 494/01. La solución del caso requiere dilucidar la competencia de la Ciudad de Buenos Aires para regular los juegos de azar, a partir de la reforma constitucional de 1994 y de la sanción de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en 1996.

”En la interpretación sugerida por la parte actora, la Nación conserva todo el poder no delegado en la Ciudad por la ley de garantía de los intereses federales en ese territorio. De acuerdo con esta línea de argumentación, como la ley n° 24.588 no delegó en la Ciudad la regulación de los juegos de azar, la Nación conservó aquella facultad para sí.

”Esta interpretación, sin embargo, es insostenible, ya que conduce a vaciar completamente de contenido la atribución constitucional de autonomía para la Ciudad. En efecto, si las facultades de la Ciudad dependieran de la delegación expresa, materia por materia, efectuada por el Congreso de la Nación, dicha interpretación dejaría a merced de las autoridades federales la determinación de la noción de ‘autonomía’, establecida en la Constitución, privándola completamente de sentido. No es eso lo que expresa el art. 2 de la ley n° 24.588: la norma dispone que ‘la Nación conserva todo el poder no atribuido por la *Constitución* al gobierno autónomo de la Ciudad de Buenos Aires’, de modo que no es la ‘ley de garantía de intereses de la Nación’ la que ha efectuado la delegación de facultades, sino, en cambio, la propia Constitución.

”Es evidente que la recta interpretación del alcance de la autonomía que el art. 129 de la Constitución ha atribuido a la Ciudad supone acudir, por analogía, a la autonomía de las provincias, constatando las materias que éstas no han delegado. Por excepción, y dada la necesidad de preservar ciertos intereses mientras la ciudad de Buenos Aires mantenga el carácter de sede del Gobierno Federal, la Constitución ha asignado a la Nación la facultad de señalar ciertos intereses a ser protegidos en el territorio de la Ciudad, transitoriamente, mientras la Ciudad continúe siendo la capital de la República. Es claro que la regla sentada por la Constitución es la autonomía y la excepción es la retención por parte de la Nación de ciertas materias que afectan sus intereses. Esta retención debe ser efectuada en forma expresa —de allí la necesidad de una ley especial destinada a ese efecto—. Para poner a prueba

este aserto se puede suprimir, hipotéticamente, el carácter de capital de la República de la Ciudad, esto es, pensar en el momento en el cual la Ciudad de Buenos Aires, por ley del Congreso de la Nación (CN, 3), deje de ser, eventualmente, la sede del Gobierno Federal y se designe a otra ciudad para cumplir ese papel: no cabe duda en afirmar que, en ese momento, la ‘autonomía’ de la Ciudad será analógica a la de cualquier provincia argentina, a semejanza de lo que ocurre con las ciudades-estados de países también federales y más allá de ciertos particularismos lingüísticos en el modo de designar las cosas.

”Esta es, además, la interpretación que ha efectuado la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re* ‘Juan Octavio Gauna’, del 7 de mayo de 1997. Allí, la Corte federal expresó que: ‘(P)or expreso mandato constitucional, la ley n° 24.588 declara de modo especial la tutela de los intereses federales, por el hecho de conservar el Congreso de la Nación poderes legislativos residuales sobre la Ciudad de Buenos Aires, mientras sea capital de la Nación. En efecto, el art. 75 inc. 30 de la Constitución Nacional puntualiza que el Poder Legislativo Federal dicta una ‘legislación exclusiva’ sobre el territorio capitalino, pero la cláusula transitoria séptima del texto constitucional aclara que esas atribuciones legislativas las ejerce sobre la Ciudad de Buenos Aires en tanto sea capital, en la medida en que las conserve con arreglo al art. 129, esto es en cuanto las retenga de acuerdo a la ley de resguardo de los intereses federales’ (considerando 8 del voto de mayoría).

”La propia estructura de la ley n° 24.588 confirma este criterio: si se lee su articulado, se advertirá que no se trata de una norma en la que se detalle pormenorizadamente las materias delegadas a la Ciudad, sino, a la inversa, de una disposición que señala qué materias se ha reservado la Nación. En este sentido, los arts. 7, 8, 9 y 10 pormenorizan expresamente las materias que la Nación ha querido conservar —materias que corresponden por regla a las provincias y que, de otro modo, hubiesen pasado a la Ciudad—. Las materias que la ley n° 24.588 *no* menciona son innumerables (imposibles de detallar en sentido propio): siguiendo la interpretación de la parte actora, como la ley no menciona expresamente la regulación del estacionamiento de vehículos en la vía pública, ésta sería una materia reservada por la Nación. Parece evidente que se trata de una interpretación errónea.

”En síntesis, la regulación de los juegos de azar —materia no designada en la ley de marras— no es una de las materias reservadas por la Nación para garantizar sus intereses en la ley n° 24.588 y, por ello, corresponde a la Ciudad.

”2. En sentido concordante, la Corte tiene dicho desde antaño que la regulación de juegos de azar corresponde a la esfera local (cf. Fallos: 7:150; 242:496; 275:314; 301:1053; 303:1050, entre otros) y ha reiterado ese criterio específicamente, con respecto a la Ciudad, en las causas ‘Dandolo’, del 31 de mayo de 1999 y ‘Pereyra Herling’, del 5 de junio de 2001. En ‘Dandolo’, por ejemplo, la Corte se hace eco de los fundamentos vertidos por el Procurador Fiscal, cuya claridad es meridiana: ‘(C)abe aclarar que el régimen en materia de juegos de azar y sus posibles infracciones no delictuales, no trata una cuestión de índole federal ni está incluido en la reserva que se estableció sobre la legislación común (artículo 75 de la Constitución Nacional). Las autoridades de la Ciudad Autónoma de Buenos

Aires, poseen por lo tanto, atribuciones legislativas y judiciales al respecto (artículo 129 de la Constitución Nacional, artículo 8, *in fine*, de la ley n° 24.588, artículos 50 y 80 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, artículo 49 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la ciudad de Buenos Aires, artículo 10 de la Ley n° 10 de ese distrito y el principio de jurisdicción local receptado en la Competencia número 372, L. XXIV in re: 'Pereyra Alfredo Enrique s/ delito de acción pública', resuelta el 29 de septiembre de 1988)'.

”3. Correspondiendo la regulación del tema al poder local, la legislación nacional previa sólo subsiste en la medida en que la Legislatura, en ejercicio de sus facultades, no sancione una nueva ley sobre la materia. Una vez sancionada esta norma —en el caso, la ley n° 538—, en concordancia con lo dispuesto por el art. 5 de la ley n° 24.588, la legislación nacional previa ha quedado derogada.

”Esta interpretación está también en línea con lo dicho por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la ya mencionada causa ‘Gauna’: ‘(El) art. 140 del estatuto [se refiere a la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires] declara ‘abolidas’ ‘todas las normas que se le opongan’, lo que permite entender que quedan derogadas las normas municipales opuestas al primero, pero también las reglas nacionales de derecho local que vayan en contra del estatuto, en las materias propias de la Ciudad de Buenos Aires según el art. 129 de la Constitución Nacional y la ley 24.588’. Aún cuando la legislación nacional previa no se oponga directamente a la Constitución de la Ciudad, su virtualidad cesa cuando las autoridades de la Ciudad, en ejercicio de las facultades atribuidas por la Constitución nacional y por la ley n° 24.588, ejerza su competencia legislativa, como sucede en este caso.

”Por ende, en lo que respecta a su aplicación en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la ley n° 18.226 y el decreto PEN n° 494/01 han quedado sin efecto —inválidos en el ámbito local—, en tanto fueron reemplazados, en ese ámbito, por la ley n° 538, sancionada y promulgada legítimamente, en ejercicio de la competencia que la Constitución nacional y la ley n° 24.588 le han asignado a la Ciudad”.

13. Los argumentos transcriptos refutan suficientemente la interpretación que LN efectúa de las disposiciones de la Constitución de la Nación y de las leyes n° 24.588, n° 18.226 y demás actos y normas inferiores nacionales que invoca, para postular la competencia materialmente federal y la inconstitucionalidad de las disposiciones de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Me permitiré reiterar ciertas ideas fundamentales expresadas en los votos transcriptos:

- a) la Constitución Nacional y no la ley n° 24.588, confirió autonomía a la Ciudad de Buenos Aires;
- b) La regla sentada por el art. 129 de la Constitución de la Nación es la autonomía;
- c) la excepción es la retención por parte de la Nación de ciertas materias que afectan sus intereses. Esta retención debe ser efectuada en forma expresa —de allí la necesidad de una ley especial destinada a ese efecto—;

d) los juegos de azar fueron desde siempre, constitucional, legal y jurisprudencialmente, materia propia de las autoridades locales (provinciales y municipales)

e) La reforma constitucional de 1994, al dotar de autonomía a la Ciudad de Buenos Aires, no incrementó las atribuciones del Gobierno nacional en el ámbito territorial de Capital Federal; por el contrario, las disminuyó. El Gobierno nacional no cuenta con más facultades que aquellas que tenía antes de la reforma, pues la Constitución dividió las potestades de gobierno federal y local que confluían en las autoridades del Estado nacional.

Por tales razones, la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires reguló válidamente las potestades locales en materia de juegos de azar, y las acciones de los poderes públicos tienen justificación y fundamento en normas constitucionales (CN y CCBA).

14. LN expresa que los fondos que obtiene de la explotación del juego en la Ciudad de Buenos Aires son destinados a la beneficencia en todo el territorio nacional, a través del Ministerio de Desarrollo Social.

Cualquiera que fuera la validez constitucional de esa fuente de recursos con anterioridad a la institucionalización de la Ciudad de Buenos Aires, es claro que ahora la situación ha comenzado a revertirse y que LN reconoció, con el convenio, que dichos recursos no son más de su exclusivo resorte, y que debe llevar adelante negociaciones con la Ciudad de Buenos Aires para apropiarse de ellos en la jurisdicción local. Y ese reconocimiento se extiende al Poder Ejecutivo nacional que con el decreto n° 1155/03 ratificó el convenio.

Que la Ciudad aplique una política que conlleva la transferencia gradual de las potestades propias que están siendo todavía ejercidas por ciertas autoridades y organismos nacionales, nada predica acerca de la titularidad nacional de dichas potestades, sino que da cuenta de la complejidad —por distintas razones e intereses— del proceso que conduce a la plena autonomía local.

15. Quiero agregar algunas reflexiones sobre aspectos que ya han sido tratados en el voto y, de modo relevante en los argumentos del Tribunal al decidir en Unión Transitoria S.A. y otros c/ GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 1268/01, del 17 de septiembre de 2002; fallo que reproduce e hice mío más arriba.

Lotería Nacional insiste en este recurso en la comparación entre el status jurídico de la Ciudad y el de las Provincias. Luego de transcribir diversas opiniones de la doctrina se pregunta “¿Qué es, entonces la Ciudad de Buenos Aires?” y concluye en que el Gobierno Nacional no delegó al gobierno local “la potestad de explotar el juego”.

Podría coincidir con el recurrente en una y sólo una de sus afirmaciones: aquella que dice que la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no es una provincia, si la diferencia que LN señala no implicara, como sucede en su presentación, que la Ciudad por no ser igual a las provincias está en un rango inferior a ellas en el escenario federal. Tal como lo entiendo no ser igual no implica, aquí, ser menos. Por

el contrario, la Ciudad Autónoma es un sujeto federal con voz y protagonismo en igualdad de condiciones que los demás (las provincias).

La singular posición que la Ciudad ocupa proviene de muy distintos factores. A título ejemplificativo sólo mencionaré aquellos que son constatables en la actualidad, sin desconocer la significación de otros ligados a la historia, a la política y las hegemonías en sucesivas etapas de la conformación de la Nación: a) es uno de los territorios con mayor población; b) dispone del segundo presupuesto del país; c) es un centro político, económico, financiero y cultural relevante y reconocido en todo el país; d) limita con uno de los ámbitos suburbanos más densamente poblados con el que mantiene una vinculación dinámica, estrecha y de gran complejidad de gestión; e) el ámbito de la Ciudad es de características netamente urbanas con exigencias y problemas de gobernabilidad muy diferentes al de otras unidades federales; f) en ella se sustancian el mayor número de litigios judiciales en temas de derecho común entre otras circunstancias por su densidad poblacional y porque aquí tienen su domicilio legal una importante cantidad de personas jurídicas.

La concepción de LN, para quien la Ciudad aparece como un miembro del Estado Federal de segunda clase, se opone al sentido de la reforma constitucional del año 1994. Esa reforma, entre otros de sus objetivos directamente ligados al modelo federal, reconoce y preserva las diversidades regionales a través de la coordinación y colaboración entre los estados locales y el estado federal (principio de igualdad de oportunidades: conf. art. 75, inc. 2, CN; respeto de las particularidades locales y de los valores democráticos: conf. art. 75, inc. 19, CN). La autonomía de la Ciudad de Buenos Aires consagrada por el constituyente federal (art. 129, CN) importa, precisamente, el reconocimiento de su específica diversidad.

La autonomía reconocida en el art. 129 CN en tanto facultad de asumir la gestión de los asuntos locales, en el marco de un régimen constitucional propio que no sólo contemple la división de poderes, sino que sea reflejo directo y legítimo de la voluntad de sus habitantes, tiene un fuerte fundamento democrático. La descentralización política y la participación coadyuvan a la ampliación de los espacios públicos democráticos. Posibilitan a quienes habitan en la Ciudad de Buenos Aires la atención de “sus asuntos” de forma directa, como protagonistas de las decisiones que los afectan, sin otras interferencias o mediaciones. Como señala Vogel, “[l]a estructura federal se encuentra en íntima conexión con la Democracia. En el Estado federal, la Democracia no se proyecta sobre una única organización estatal, sino que los centros democráticos de decisión se multiplican. Las autoridades se encuentran menos alejadas del debate. Se facilita la creación de canales de información sobre cuestiones prácticas y el control parlamentario. Los procesos de decisión son menos impenetrables para los ciudadanos” (Vogel, Juan Joaquín; *El régimen federal de la Ley Fundamental*; en A.A.V.V.; *Manual de Derecho Constitucional*; Marcial Pons, Madrid; 1996, pág. 622). La Ciudad, a su vez, reconoce en su Constitución la conexión entre espacio público, participación y ciudadanía. Destaco por su pertinencia con la controversia de autos, el mecanismo del presupuesto participativo (conf. art. 52, CCBA).

También LN insiste en una interpretación inadecuada de la ley 24.588. La CN dispone que “[u]na ley garantizará los intereses del Estado nacional, mientras la

ciudad de Buenos Aires sea capital de la Nación”. La expresión “*mientras la ciudad de Buenos Aires sea capital de la Nación*” define la transitoriedad de esta disposición del art. 129 CN.

La ley 24.588, reglamentaria del artículo 129 de la ley fundamental, ordena en el art. 2° “*la Nación conserva todo el poder no atribuido por la Constitución al gobierno autónomo de la Ciudad de Buenos Aires, y es titular de todos aquellos bienes, derechos, poderes y atribuciones necesarios para el ejercicio de sus funciones*” (el destacado me pertenece). Ahora bien, ¿cuáles son esos intereses que deben ser garantizados vistos desde el principio de lealtad federal?. ¿Puede decirse que la regulación, administración y explotación del juego en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires integran el plexo de derechos, poderes y atribuciones a los que se refiere el art 129 CN?

En primer lugar vale recordar que ninguna disposición de la ley 24.588 reivindica para la Nación potestades en materia de juego. Y en este punto, por razones de brevedad, me remito al meduloso análisis del voto de mis colegas en autos “Unión Transitoria S.A. y otros c/ GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 1268/01.

En segundo lugar, es posible añadir nuevos argumentos si se enfoca el problema teniendo como pauta hermenéutica el concepto de lealtad federal desarrollado por la doctrina y la jurisprudencia constitucional alemana, como ya lo hiciera en mi voto *in re* “Perrone, Héctor Alejandro c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”, expte. n° 30/99, resolución del 22/4/99.

El principio de lealtad federal o de lealtad constitucional tiende a mejorar las relaciones de las entidades territoriales entre sí y las existentes con el estado nacional. En esa dinámica, el principio de lealtad federal toma en cuenta los intereses de esas entidades a fin de que las competencias locales no sean interferidas sin justificación constitucional plausible, priorizando la cooperación o colaboración federal respecto de la subordinación. Dice Vogel que “... *en la práctica el entramado federal sólo puede funcionar si todos los participantes guardan con carácter general en su conducta un mínimo de consideración hacia los demás; consideración que puede significar también prestar un apoyo positivo.*” (Vogel, Juan Joaquín; ob. cit., pág. 634).

El artículo 2° de la ley 24.558 leído desde el principio de lealtad federal no merece objeciones. En tanto fue el pueblo de la Nación, a través del poder constituyente el que otorgó a la Ciudad su carácter de autónoma, ello marca su diferencia con las provincias, lo que hace que, en razón del principio de Derecho Público según el cual la competencia debe ser la excepción y la incompetencia la regla, la Nación conserva las competencias no atribuidas a la Ciudad. En otros términos, como la Ciudad es un sujeto fundado y no fundante, está colocada por su génesis constitucional, en un lugar análogo al de la Nación respecto de las provincias (éstas conservan todo el poder no delegado a la Nación). En nuestro sistema federal la Nación a fin de mantener la unidad del estado, dispone de determinados poderes, como el manejo de las relaciones exteriores, la defensa del territorio nacional, el control de la moneda y otros.

De aquí no se sigue, sin embargo, que la Nación disponga del poder de regular la autonomía de la Ciudad, como pretende LN. La Nación sólo debe preservar sus intereses, mientras la Ciudad sea el asiento de la capital, y siempre con la justificación y los límites que resultan de la Constitución Nacional, entendida desde el principio de lealtad federal. Sería contradictorio con el concepto mismo de autonomía que ella fuera regulada de manera heterónoma. Si este fuera el eje interpretativo del artículo 129 CN (como parece sostener LN) la autonomía de la Ciudad, que el artículo citado reconoce, quedaría indefectiblemente negada.

Dentro de las facultades reservadas al Estado Federal no está, ni lo ha estado nunca, la regulación, administración y explotación de los juegos de azar, destreza y apuestas mutuas.

En rigor, no hay razones constitucionales que habiliten a sostener que con el juego que se realiza en la Ciudad en manos de la Nación se preservan “... *bienes, derechos, poderes y atribuciones necesarios para el ejercicio de sus funciones.*” Tal vez podrán invocarse razones de otra naturaleza, pero ninguna de ellas encuadra en lo prescripto en la CN (art. 129) Seguramente existirán otras razones, pero no son constitucionales.

La pretensión de la recurrente de ser admitida generaría importantes perjuicios a la Ciudad y una clara violación del principio de lealtad federal. El estado local no podrá atender con recursos genuinos los problemas de índole asistencial y de desarrollo social que enfrenta, y que van más allá de los que se generan en su ámbito. Como es público y notorio, la Ciudad absorbe institucionalmente muchas de las demandas sociales en materia de salud, educación, etc., de habitantes de otras jurisdicciones en donde aquellas son más difíciles de satisfacer. Estas prestaciones deben ser mantenidas por la Ciudad, en cumplimiento de la lealtad federal que le incumbe hacia el resto del sistema, pero debe hacerlo a través de su integración al régimen de coparticipación impositiva, en acuerdos marco en los que esté representada por sus autoridades, y no como consecuencia de una restricción indebida de su autonomía.

En síntesis, no son atendibles los argumentos que LN expone en el punto II de su escrito de fs. 1014/1023, ya que los artículos 50,104, inc 31 y 9 CCBA son compatibles con la CN.

Como consecuencia de todo lo expuesto en los apartados anteriores del **punto II**, el recurso de inconstitucionalidad de LN debe ser rechazado.

III. Recurso de Inconstitucionalidad del GCBA contra la sentencia de fs. 1003/1008

16. La Procuración General planteó en su recurso (fs. 1036/1053) los siguientes agravios contra la sentencia de Cámara:

a) la declaración de inconstitucionalidad parcial del convenio aprobado por ley 1182 podría ocasionar su denuncia, al haberse alterado profundamente su equilibrio sinalagmático y la bilateralidad;

b) la denuncia del convenio podría resultar un obstáculo para el ejercicio de funciones propias del poder administrador y poner en crisis políticas sociales en curso.

c) la decisión recurrida lesiona las competencias y responsabilidades de los órganos de Gobierno de la Ciudad Autónoma (arts. 9 incs. 4º y 10, 17, 18, 49, 50, 80 inc. 19, 104 incs. 25 y 31 del CCABA)

d) la declaración de inconstitucionalidad de algunas disposiciones del convenio y de la ley que lo aprueba es incongruente con los fundamentos generales de la sentencia;

e) el fallo es manifiestamente arbitrario pues no resulta una derivación razonada del derecho vigente

f) se impone al Gobierno de la Ciudad la realización de acciones que, o bien ya ha llevado a cabo o bien no puede llevar a cabo, para no violentar medidas cautelares vigentes dictadas por jueces federales;

g) el GCBA no tiene a su disposición ni recursos fácticos ni jurídicos para cumplir con las mandas impuestas.

17. Los agravios vinculados con la posibilidad de que LN denuncie el convenio y las consecuencias que ello traería aparejado para el cumplimiento de las políticas sociales que el GCBA lleva adelante (a y b) exponen sólo una conjetura que, no obstante el tiempo transcurrido desde el dictado de la sentencia de Cámara (de fecha 14 de noviembre de 2005) y de la presentación del memorial (2 de diciembre de 2005) no se ha concretado.

Por lo demás, la denuncia del convenio es una facultad de las partes, que, si lo desean puede utilizar con total independencia de lo que ocurra en este juicio.

La falta de actualidad del agravio, y la ausencia de causalidad directa y exclusiva entre el gravamen hipotético (denuncia del convenio) y la sentencia recurrida dejan sin sustento tales agravios.

18. Las cuestiones reseñadas en los ítems d) a g) del punto 14 más allá de invocar disposiciones constitucionales, se limitan a denunciar la arbitrariedad de la sentencia recurrida.

En primer término es dable señalar que la Sala II al conceder los recursos de inconstitucionalidad, dejó expresamente fuera del alcance de la concesión la causal de arbitrariedad. En tanto el GCBA no interpuso oportunamente un recurso de queja contra la denegatoria del recurso por esa causal, la cuestión queda fuera de su consideración por este estrado.

Podría argumentarse que los motivos constitucionales se encuentran enlazados inescindiblemente con la arbitrariedad. Por esa razón conviene agregar que en verdad no es evidente la incongruencia del fallo que el GCBA denuncia, ni surge manifiesto el cumplimiento imposible de la sentencia que también plantea.

Respecto de esta última cuestión, la decisión de la alzada (que modificó en este punto lo resuelto en primera instancia) se hizo cargo de las dificultades que el contexto institucional plantea y, consecuentemente, en los dos últimos párrafos de los

fundamentos previo la gradualidad del cumplimiento de lo que, finalmente dispondría. Así dijo:

“Sin perjuicio de lo expuesto no escapa al tribunal las dificultades existentes para efectivizar de manera inmediata la clausura de la Sala de Casino ubicada en el Puerto de la Ciudad y las tragamonedas del Hipódromo, atento la posible afectación de bienes e intereses de Lotería Nacional Sociedad del Estado y las limitaciones fácticas impuestas por la dependencia aún de la totalidad de la Policía Federal del Estado Nacional y las disposiciones de la ley 24.588. // Por este motivo corresponde también modificar los puntos IV y V de la sentencia apelada, ordenando al Poder Ejecutivo local que realice las gestiones necesarias y progresivas para obtener la colaboración indispensable del Gobierno Nacional en la tarea de remoción de las concesiones opuestas a la legislación local, las que no podrán prolongarse en forma indefinida. En ese sentido se ordenará al GCBA que en forma regular y cada dos meses informe al señor juez de grado las medidas adoptadas en ese sentido”.

En cuanto a lo la mentada incongruencia, sólo trasluce la disconformidad de LN con los fundamentos de la decisión que, aunque opinables, son suficientes para establecer los parámetros de regla-excepción en cuanto a lo que se valida y a lo que se invalida.

19. Sólo plantea un caso constitucional el cuestionamiento a la sentencia por lesionar las competencias y responsabilidades de los órganos de gobierno de la Ciudad Autónoma (arts. 9 incs. 4º y 10, 17, 18, 49, 50, 80 inc. 19, 104 incs. 25 y 31 del CCABA).

El agravio debe ser ponderado de cara al art. 106 de la CCBA que atribuye al Poder Judicial de la Ciudad *“el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por esta Constitución, por los convenios que celebre la Ciudad, por los códigos de fondo y por las leyes y normas nacionales y locales...”*.

El Tribunal ya ha tenido ocasión de señalar que la intervención del Poder Judicial no afecta las competencias propias de los poderes legislativo y ejecutivo; y que argumentos que pretendan acudir a la noción de “zona de reserva” de uno u otro poder resultan anacrónicos. Así, en los autos "Giribaldi, Juan Eduardo c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo s/ queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad", se dijo: *“El control judicial sobre la exorbitada facultad disciplinaria de la Administración, sólo puede conllevar una lesión a la división de poderes desde una concepción del poder más próxima al absolutismo que a la Constitución local”*; (expte. n° 942/01, sentencia del 21/6/01, punto 4 de los fundamentos; sin destacar en el texto original). En otra oportunidad, el juez Maier expresó con total claridad que *“Es evidente que esta afirmación no se compadece con un modelo republicano, de pesos y contrapesos, propio de la democracia constitucional, en la que todo poder —incluso la Legislatura, representante de la voluntad popular— está sometida a un sistema de límites y vínculos marcados por la Constitución. Es al Poder Judicial a quien corresponde revisar la compatibilidad de los actos y omisiones de los órganos políticos con aquellos límites y vínculos positivos establecidos por la Constitución”* (in re "Corach, Hernán José c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo", expte. n° 1021/01, sentencia del 11/7/01,

párrafo III del acápite “¿Qué decisión ha de adoptarse sobre el fondo de la cuestión?”). Finalmente recuerdo lo señalado en el punto 2 del voto que emití junto a los jueces Conde, Muñoz y Maier, en los autos: “González, Jorge Esteban c/ GCBA s/ amparo (art. 14, CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”: *“La genérica invocación de una lesión al principio de división de los poderes y de la zona de reserva de la Administración (...), es manifiestamente improcedente. Tal argumentación vedaría cualquier intervención judicial cuando, como en el caso, se requiere la protección de un derecho constitucional conculcado por las autoridades administrativas. Estos principios sólo se dirigen a establecer la competencia privativa de los órganos superiores del Estado, sin que tal circunstancia traduzca la exclusión del control de los jueces”*. (expte. n° 1891/02, resolución del 11/12/02)

Alegar el avasallamiento de facultades constitucionales propias del Poder Ejecutivo o de la Legislatura en razón del dictado de una sentencia que ejerce el control difuso de constitucionalidad y legalidad de un convenio y una ley, mediando requerimiento de quien ha sido admitido como parte en las instancias anteriores, aparece, al menos, como un recurso retórico excesivo.

La cuestión no trata sobre el desequilibrio de los poderes, como se plantea en el recurso; sino, antes bien, sobre la garantía de los derechos de los ciudadanos frente al poder y sobre el valor de la Constitución como regla permanente que se sobrepone a las decisiones coyunturales de los poderes y funcionarios públicos.

No es posible inferir del cumplimiento por los jueces del deber de resolver las controversias que corresponden a su competencia, la puesta en riesgo del equilibrio republicano de los poderes o la lesión a la matriz institucional de la Ciudad de Buenos Aires.

El control judicial de la actividad de la administración y de la Legislatura, de eso se trata el caso, debe ser considerado y discutido (si así correspondiera) de acuerdo con el art. 106 de la Constitución local ya citado. La mención de lesiones constitucionales vinculadas con la organización institucional (facultades del poder administrador y de la Legislatura) que la Procuración General plantea en el recurso, carece de relación directa con el caso. No se ha discutido la competencia y facultad del Poder Ejecutivo para suscribir el acuerdo y del Poder Legislativo para aprobarlo. Lo que se ha reclamado de los jueces ha sido el control de si tal competencia fue ejercida con respeto a las pautas constitucionales y legales que rigen los juegos de azar en la Ciudad de Buenos Aires, y sobre ello ha versado la sentencia.

Me pronuncio, en consecuencia, por el rechazo del recurso de inconstitucionalidad del GCBA.

IV. Recurso de Inconstitucionalidad del IJA contra la sentencia de fs. 1003/1008

20. Por último, resta considerar el recurso de inconstitucionalidad del IJA (fs. 1060/1086).

El IJA cuestiona la sentencia sobre la base de los siguientes argumentos:

a) la sentencia apelada constituye una valla para las políticas del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires dirigidas a hacer efectiva la autonomía plena de la Ciudad, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 6º, CCABA.

b) La sentencia también afecta los arts. 9º, inc. 4º y 10; 17, 18, 49, 50, 80, inc. 19 y 104 incs. 25 y 31 que atribuyen competencias y responsabilidades a los órganos de GCBA cuyo ejercicio resultaría lesionado o coartado como consecuencia de la sentencia en crisis.

c) El convenio aprobado por la ley 1182 no contradice los postulados de la Constitución de la Ciudad, y no declina competencias sino que las pone en ejercicio.

d) La ley n° 1182 debe considerarse abrogatoria de la legislación local anterior —leyes n° 538 y n° 916— en aquellos aspectos en los que entren en colisión, por aplicación de los principios generales “ley posterior deroga a ley anterior” y “ley especial deroga ley general” (la ley n° 1182, por ser aprobatoria de un acuerdo específico, resulta especial respecto de la legislación general otorgada por las leyes n° 538 y n° 916) dada la idéntica jerarquía normativa entre las leyes mencionadas.

e) la potencial denuncia del convenio por LN, a raíz de la transformación operada como consecuencia de la sentencia de Cámara, privaría definitivamente de importantes ingresos al presupuesto de la Ciudad destinados a financiar políticas públicas.

f) el convenio es ya una ley, razón por la cual goza de presunción de constitucionalidad y legalidad.

21. El primer agravio no expone ante el Tribunal un planteo de índole jurídica sino político institucional, ajeno a la decisión de este estrado. Considerar si coadyuva al desarrollo de la autonomía local la plenitud del convenio signado o, por el contrario, su vigencia en los términos en los que la Sala II lo ha establecido, es una ponderación compleja que no puede efectuarse sólo de cara al texto constitucional. Para incursionar en el terreno que el agravio propone, se deberían efectuar valoraciones fácticas, políticas, de oportunidad, mérito y conveniencia, que son —en principio, y nada en el caso justifica hacer excepción— ajenas al objeto del recurso planteado.

22. Las cuestiones enunciadas en el punto 18 b) y e), ya han sido considerados al tratar el recurso del GCBA, y allí me remito.

23. El agravio referido a que la ley 1182 no contradice los postulados de la Constitución de la Ciudad, y no declina competencias sino que las pone en ejercicio, impone efectuar ciertas consideraciones:

a) En primer lugar cabe recordar que la alzada limitó la declaración de inconstitucionalidad de la ley (que el juez de primera instancia había declarado nula) *“en cuanto convalida: a) la transferencia total del poder de policía en materia de fiscalización de juegos y la necesidad de autorización concurrente de Lotería Nacional para nuevos juegos, b) la instalación de un casino en Buenos Aires, sin el debido cumplimiento del procedimiento previsto en el artículo 9º de la ley 538 -resol.*

292/99-, c) la resolución 84/02 que prorrogó la concesión del existente y autorizó la instalación de un nuevo casino; y d) la resolución 99/02 de Lotería nacional que autorizó a HAPSA a instalar y comercializar máquinas electrónicas de juegos de resolución inmediata (tragamonedas)". Y que en relación a los puntos b) c) y d) del dispositivo dejo dicho en los fundamentos —como ya fue transcripto, pero reiteraré por su importancia— que ***“no escapa al tribunal las dificultades existentes para efectivizar de manera inmediata la clausura de la Sala de Casino ubicada en el Puerto de la Ciudad y las tragamonedas del Hipódromo, atento la posible afectación de bienes e intereses de Lotería Nacional Sociedad del Estado y las limitaciones fácticas impuestas por la dependencia aún de la totalidad de la Policía Federal del Estado Nacional y las disposiciones de la ley 24.588. // Por este motivo corresponde también modificar los puntos IV y V de la sentencia apelada, ordenando al Poder Ejecutivo local que realice las gestiones necesarias y progresivas para obtener la colaboración indispensable del Gobierno Nacional en la tarea de remoción de las concesiones opuestas a la legislación local, las que no podrán prolongarse en forma indefinida.”***

Es claro entonces que la declaración de inconstitucionalidad no trae aparejada, por decisión expresa de la Cámara, la pérdida de eficacia de las normas cuestionadas que integran el anexo I, pero señalan una directiva de actuación para el Poder Ejecutivo para que se remuevan paulatinamente las actividades de juego que contrarían la Constitución local.

Sobre este aspecto de la declaración de inconstitucionalidad de la ley, el recurso no trae a decisión del Tribunal un agravio actual, sino dependiente de la evolución de negociaciones futuras que —bien puede ocurrir— satisfagan la sentencia.

b) Sí resulta claro que la transferencia del poder de policía local a LN y la necesidad de su autorización concurrente para habilitar nuevos juegos confronta directamente con el art. 50 de la CCBA, por fundamentos que he expresado al tratar el recurso de inconstitucionalidad de LN. En tanto el memorial del IJA no rebate tales argumentos, el agravio debe ser rechazado.

24. El agravio enunciado en el punto 18 d) referido a las reglas de interpretación sobre la vigencia de las leyes (*lex posteriori* y *lex specialis*) no trae a consideración una cuestión constitucional. Se trata de principios de jerarquía infraconstitucional que sólo podrían dar lugar a un planteo constitucional si su aplicación modificara derechos adquiridos, lo que no ocurre en este caso. El recurrente no aporta argumentos que permitan en esta instancia advertir que una vez declarada la invalidez parcial de la ley 1182, esta genere efectos abrogatorios respecto de las otras leyes mencionadas.

25. Por último, en relación con el planteo reseñado en el punto 18 f) vinculado con la presunción de validez constitucional de los actos de los poderes públicos, cabe señalar que ella es, justamente, una presunción que puede ser debatida en juicio y rechazada por los jueces, en ejercicio de la competencia constitucional

que les atribuye el art. 106, CCBA, sobre el que ya me expresado en el punto 17, al que me remito.

Por las razones expuestas, también este recurso debe ser rechazado.

V. Presentación del Dr. Monner Sans de fs. 1605/1606 vta.

26. La jurisdicción del Tribunal fue habilitada para considerar los recursos sobre los que me he expedido en los apartados I a IV.

La decisión de lo peticionado por el Dr. Monner Sans -que fue reseñado en el punto 10 de las "resultas"- excede la competencia recursiva que corresponde al tribunal *ad quem* y, por ende, deberá ser efectuada ante quien corresponda.

Como consecuencia de los fundamentos expuestos, **voto:** 1) **no hacer lugar** al recurso de queja planteado por LN, que tramita en el expediente acumulado n° 4313/05; 2) **rechazar** los recursos de inconstitucionalidad deducidos por LN, GCBA e IJA en los autos principales; 3) **rechazar** la petición efectuada por el actor a fs. 1605/1606 vuelta; y 4) **imponer** las costas de los recursos por el orden causado en atención a la complejidad de las cuestiones debatidas.

Los jueces Luis Francisco Lozano y José Osvaldo Casás y la jueza Ana María Conde dijeron:

1. Los recursos de inconstitucionalidad han sido interpuestos en tiempo y forma adecuados. Los agravios que plantean ameritan declararlos bien concedidos. En atención a la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (v. *Fallos*: 301:1194), a pesar de que el recurso de inconstitucionalidad ha sido denegado en cuanto se funda en la arbitrariedad de la sentencia corresponde atender los agravios con la amplitud que el derecho de defensa en juicio exige, aún no habiéndose interpuesto el recurso de queja para sustentar los restantes planteos.

2. Los recurrentes sostienen que la sentencia de Cámara no puede ser considerada como válida toda vez que anula partes sustanciales del convenio celebrado entre el Instituto de Juegos y Apuestas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante IJA) y la Lotería Nacional Sociedad del Estado (en adelante LN) tornándolo inejecutable. La decisión del *a quo* deja sin efecto aquellas cláusulas que imponen obligaciones al GCBA y transforma un contrato sinalagmático o bilateral productor de obligaciones recíprocas o interdependientes, en un contrato en el que unilateralmente se modifican puntos fundamentales, lo que altera lo originariamente acordado por las autoridades a quien corresponde constitucionalmente dicha atribución. Plantean, asimismo, que los fundamentos del fallo impugnado no prestan sustento mínimo a la declaración de inconstitucionalidad emitida respecto de algunas disposiciones del convenio y de la ley n° 1.182 de la Ciudad (recurso de

inconstitucionalidad del IJA, fs. 1082 vuelta y recurso de inconstitucionalidad del GCBA, fs 1052 vuelta).

3. La demanda (fs. 1/10) fue iniciada por la Defensoría del Pueblo de la Ciudad (en adelante DP) invocando la representación del interés público, a cuyo fin requirió la anulación del convenio celebrado el 30 de octubre de 2003 entre IJA y LN. La peticionante solicitó que fuera citado como parte demandada el IJA. No, en cambio, LN, no obstante que era parte en el convenio, razón por la cual no podía ser dictada una decisión que invalidara el negocio jurídico sin que se le brindara la posibilidad de ser oída. Luego, se presentó el doctor Ricardo Monner Sans que fue tenido por parte en el carácter de ciudadano, que vive y desarrolla su actividad profesional en territorio de la Ciudad (conf. fs. 146/150), esto es, sin invocar “una afectación, lesión o desconocimiento de derechos o intereses tutelados por el ordenamiento jurídico” (art. 6 CCAyT), ni un derecho de incidencia colectiva, ni una de las situaciones en que —más allá de la interpretación que se le otorgue— el art. 14 CCBA posibilita legitimaciones de personas no afectadas singularmente por el obrar arbitrario o con ilegalidad manifiesta que atribuye al accionar cuestionado. A fs. 233 la DP desistió de la acción, por lo que el resto del proceso tuvo por único accionante al doctor Monner Sans.

4. La sentencia de primera instancia dispuso anular el convenio impugnado y decretó la “nulidad” de la ley n° 1.182. La Cámara resolvió “[h]acer lugar parcialmente a los recursos de apelación interpuestos y modificar la sentencia apelada, declarando la inconstitucionalidad de la ley n° 1.182 en cuanto convalida: a) la transferencia total del poder de policía en materia de fiscalización de juegos y necesidad de autorización concurrente de Lotería Nacional para nuevos juegos, b) la instalación de un casino en Buenos Aires, sin el debido cumplimiento del procedimiento previsto en el artículo 9° de la ley n° 538 —resol. n° 292/99—, c) la resolución n° 84/02 que prorrogó la concesión del existente y autorizó la instalación de un nuevo casino; y d) la resolución n° 99/02 de Lotería nacional que autorizó a HAPSA —*Hipódromo Argentino de Palermo Sociedad Anónima*— a instalar y comercializar máquinas electrónicas de juegos de resolución inmediata (tragamonedas)” —el agregado entre guiones en letra cursiva no obra en el texto original—. Cualquiera sea el exacto alcance de la modificación que esta decisión de la Cámara hizo a la de primera instancia, cabe señalar que la ley n° 1.182 lo es en sentido formal, por lo que no incorpora una norma general al orden jurídico sino que contiene una manifestación de la Legislatura prevista en el convenio como necesaria para su perfeccionamiento o, por lo menos, para tornar eficaces los compromisos que constituyen su objeto. En tales condiciones, las consecuencias del pronunciamiento del tribunal *a quo* acerca de la ley afectan singularmente la esfera de derechos de LN y, por su implicancia, parcial o totalmente, el alcance del convenio.

La Cámara parece entender que las cláusulas del convenio vendrían a ser una suerte de articulado de la ley que la aprueba. Empero, la ley aprueba el convenio *in totum* como un cuerpo normativo inescindible y sistemático. Lo propio hizo el Poder Ejecutivo Nacional mediante el dictado del decreto n° 1.155/2003 del 1/12/2003. Ello

torna difícil concebir, como ajustada a derecho, una declaración de invalidez parcial como la emitida por el tribunal de mérito.

Sin perjuicio de lo expuesto, en la sentencia objetada, los jueces se encargaron de aclarar que “no escapan al tribunal las dificultades existentes para efectivizar de manera inmediata la clausura de la Sala de Casino ubicada en el Puerto de la Ciudad y las traga monedas del Hipódromo, *atento la posible afectación de bienes e intereses de Lotería Nacional Sociedad del Estado (...)*” [conf. fs. 1119/1119 vuelta —el destacado ha sido añadido—]. A partir de estas consideraciones, si al dictar la sentencia definitiva se advirtieron los problemas que existirían ante la “posible afectación de bienes e intereses” de LN, porque al fin y al cabo se declaraba la inconstitucionalidad de varias cláusulas del convenio que, en cierta medida, se fundaban en resoluciones de esa sociedad del Estado Nacional (n^{os}. 292/99, 84/02 y 99/02), no se explica por qué motivo se tramitó el proceso sin integrar el litisconsorcio pasivo necesario que venía a sugerir la frase precedentemente destacada en bastardilla.

Por lo demás, la Cámara ordenó al GCBA realizar gestiones para obtener la colaboración del Gobierno Nacional. En resumidas cuentas, por este mandato judicial se dispuso que el Poder Ejecutivo local debe obtener la colaboración de la autoridad nacional para que, básicamente, esta última conforme la situación jurídica a la decisión del *a quo*, más allá de que ello importara incumplir una norma que se encuentra vigente (decreto n^o 1.155/2003), porque, en un juicio que no la tuvo como parte, se decidió que el convenio por ella aprobado era parcialmente inconstitucional. En suma, se pide al Poder Ejecutivo Nacional su colaboración para instrumentar medidas más allá de que tal mandato le resulte a éste inoponible.

Como dijimos, la citación de LN nunca fue solicitada ni por la DP ni por el doctor Monner Sans, así como tampoco se requirió la citación del Estado Nacional cuya actuación venía impuesta por la cláusula segunda del convenio que prevé: “[e]l presente convenio está sujeto a la aprobación de la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en los términos de los artículos 80, incs. 8 y 19, de la CCABA, por una parte y, por la otra, la del Directorio de la Lotería Nacional Sociedad del Estado y de su Asamblea, y la del Poder Ejecutivo nacional [...]”. Fue a resultas de ello, que el Poder Ejecutivo Nacional emitió el decreto n^o 1.155/2003 ya mencionado.

5. El esclarecimiento de la cuestión no se vio facilitado por las argumentaciones desarrolladas por las partes o por LN; y, ciertamente, tiene matices complejos, originados en la circunstancia de que concurren a perfeccionar el convenio órganos diversos de planos gubernamentales diferentes (PEN, Legislatura), cuyos actos (decreto, ley) son emitidos unilateralmente, y posibilitan por su forma, tanto examinar separadamente su validez, como efectuar un escrutinio del conjunto, obligando, suscitada la controversia, a una *diversa integración de la litis* y aun a variar, en beneficio de la persona federal, la jurisdicción local que corresponde a la materia, en este caso.

LN tuvo alguna intervención en estas actuaciones, por cierto, en un carácter que la Cámara definió como de “adhesiva simple, en la medida que afecta un interés

propio (art. 84, ins 1, CCAyT), y con las limitaciones establecidas en el art. 85, CCAyT, de allí su actuación accesoria y subordinada a la parte a quien apoya” (fs. 3 del expediente n° 4.313 acumulado). No obstante la apuntada Sociedad del Estado, al apelar la sentencia del juez de grado, planteó la nulidad de todo lo actuado y la excepción de incompetencia (pretensiones que parecen incompatibles con tal carácter de parte “adhesiva simple”).

En tales condiciones, no era posible emitir una sentencia útil con el contenido de la decisión recurrida, ni aún tramitar la pretensión que dio origen a la causa.

Por lo demás, la intervención de LN en calidad de demandado habría suscitado la competencia de la justicia federal *ratione personae* en una controversia que *ratione materiae* es de jurisdicción local.

Las circunstancias referidas en último término tienen entidad suficiente para declarar la nulidad del proceso.

6. En este sentido, cabe efectuar dos precisiones:

a) Solamente quien es parte puede realizar, en el marco de un proceso, planteos de incompetencia o nulidad de las actuaciones. *Contrario sensu*, únicamente quien es parte puede consentir tácitamente la validez del proceso o prorrogar tácitamente la competencia del órgano jurisdiccional interviniente.

Por lo tanto, quienes resultan ajenos a la causa, por no haber sido demandados ni citados en calidad de terceros, no tienen legitimación procesal para realizar dichos planteos. En consecuencia, su silencio no puede ser interpretado en su contra y ni hacerle perder la facultad de deducir determinadas pretensiones.

Al respecto, debemos recordar que la "carga procesal" es el imperativo para cuyo cumplimiento la ley se vale del propio interés del sujeto gravado, en tanto su inobservancia supondrá perder un beneficio o soportar un perjuicio, en el marco de un proceso. Entonces, el instituto de la carga procesal solo le es aplicable a quien reviste calidad de parte en un proceso, es decir a quien se encuentra interviniendo activamente en la causa en defensa de un interés concreto.

b) En la presente causa, no existen constancias que nos permitan concluir que LN tenía conocimiento fehaciente del objeto y vicisitudes de este proceso, y de que lo aquí decidido podía afectar sus intereses, en forma previa a la notificación de la sentencia de primera instancia.

El escrito obrante a fs. 309, en el que LN se presentó en la causa a denunciar la existencia del convenio firmado entre dicho organismo y el IJA es una presentación de un sujeto ajeno a la causa, que arrimó al proceso un elemento fáctico que consideraba de especial interés. Pero dicho escrito no constituye una notificación de todo lo actuado en el proceso, y pretender ello implica desconocer el régimen de notificaciones contenido en los arts. 117 a 132 del CCAyT.

Por el contrario, de la lectura del escrito de fs. 309 se desprende que LN, en ese momento, no tenía una visión correcta del objeto del pleito. En tal sentido, afirma que: "*Con la firma del convenio referido y adjuntado, se ha resuelto el conflicto que enfrentaba a mi representada con el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. Teniendo en cuenta que en las presentes actuaciones se discute la cuestión sobre la cual se ha llegado a un acuerdo entre el ESTADO NACIONAL (Lotería Nacional) y*

el ESTADO LOCAL DE BUENOS AIRES, he sido instruidos (sic) para denunciar el convenio referido". Pero justamente la presente causa versa sobre el cuestionamiento que realizó la DP, y posteriormente el doctor Monner Sans, de ese convenio.

El momento en el cual LN tomó, por primera vez, conocimiento fehaciente de un acto procesal que afectaba sus intereses, fue al ser notificado por cédula de la sentencia de primera instancia, lo que motivó su presentación solicitando ser tenido por parte y, como se dijo, planteando la incompetencia y nulidad del proceso.

Hasta entonces, LN no había sido citada a intervenir en el proceso ni notificada personalmente o por cédula de actuación alguna del proceso y, por ende, difícilmente podía afirmarse que había consentido la competencia del juez interviniente y la integración (defectuosa) de la litis.

La actuación posterior del juez de primera instancia corrobora esta conclusión. De hecho, a fs. 1317 rechazó el pedido realizado por LN de ser tenida por parte y, de esa manera, mantuvo a dicho organismo excluido del proceso.

En consecuencia, si LN no estaba habilitada para intervenir en el proceso en calidad de parte, tampoco lo estaba para prorrogar tácitamente la competencia del juez interviniente y consentir la validez del proceso. Un razonamiento contrario resultaría contradictorio, arbitrario y violatorio del debido proceso.

7. La competencia *ratione materiae* ha sido inveteradamente local en lo que hace a la regulación del juego, como lo ha sostenido este Tribunal en: “*Unión Transitoria de Agentes SA y otros c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ acción declarativa de inconstitucionalidad*” expte. n° 1268/01, sentencia del 17 de septiembre de 2002, (en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJ], Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, T. IV, ps. 387 y siguientes), y el doctor Luis F. Lozano en su voto en la causa: “*González, Carlos Alberto y otros s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘González, Carlos Alberto y otros s/ Ley 255’*”, expte. n° 2901/04, sentencia del 9 de septiembre de 2004. Ha quedado consagrada también como exclusivamente local la competencia en el supuesto de los casinos. En 1944, el Estado Nacional se hizo cargo de los casinos provinciales, según recuerda la página de Internet de LN. Este aprovechamiento era más que chocante a la luz de la Constitución Nacional. En la actualidad, ha quedado reconocida la jurisdicción local (conf. *Fallos*: 322:1142), toda vez que los casinos, han vuelto a la órbita de las provincias, con la sola excepción del que devenga recursos en la Ciudad de Buenos Aires. Es patente la anomalía que proviene de limitar las facultades del Gobierno de la Ciudad en un doble aspecto: como asunto propio del poder de policía, porque interfiere con la posibilidad de prohibir ese tipo de juego y de desplegar la actividad; y como fuente de ingresos a los que hace referencia precisa el art. 9, inc. 10, de la CCBA. Similares consideraciones caben respecto de los bingos y el hipódromo de Palermo.

No modifica estos conceptos la circunstancia de que un casino esté asentado en el puerto de la Ciudad de Buenos Aires, porque aun cuando el puerto sea un establecimiento de utilidad nacional debería respetarse en él la función para la que fue instituido (v. en materia de ejercicio de facultades concurrentes en tal tipo de establecimientos el voto de los doctores Conde y Casás, *in re*: “*PACA S.A. s/ recurso*

de queja", expte. n° 58/99, sentencia del 9 de septiembre de 1999, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJ], Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, T. 1, ps. 355 y siguientes). El casino no es una instalación de apoyo a la navegación. El tratamiento que la CCBA da al puerto surge de su art. 8, con las limitaciones previstas en la cláusula transitoria segunda que remite a la interpretación de la ley n° 24.588. Vale señalar, en lo que hace a la competencia en razón del territorio, que aun cuando no se considere al río parte de la jurisdicción local, el ámbito físico en que está asentado el puerto siempre lo ha sido (conf. desarrollos *in extenso* en la causa: "*Centro Costa Salguero S.A. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo s/ recurso de queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad*", expte. 456/00 (y su acumulado 457/00), sentencia del 24 de octubre de 2000, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJ], Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, T. II, ps. 330 y siguientes) cuestión que difiere del dominio de las instalaciones. En este orden de ideas, no forma parte ya del río el territorio ganado a sus aguas. Tampoco las instalaciones portuarias interiores, como las dársenas, aun cuando alojen agua en comunicación con las del río. La costa es la parte exterior de esas instalaciones.

8. La cláusula segunda del convenio, cuya validez se discutió en autos, lo encuadra dentro de los supuestos que prevé el art. 6 de la ley n° 24.588, que atiende a los convenios previstos para la paulatina transferencia de "organismos, funciones, competencias, servicios y bienes", lo cual constituye una asunción de los criterios precedentes por las partes que lo suscribieron. A su turno, el PEN lo vio como un modo de superar las controversias suscitadas a propósito de los asuntos contemplados en el acuerdo (conf. cons. 3° del decreto n° 1.155/03).

9. Por lo demás, la competencia local, que por lo dicho suscita la materia, no puede ser mellada por decisiones de jueces federales inferiores. La única contienda que puede tener lugar entre un juez federal y uno local es la relativa a la jurisdicción a la que compete resolver la causa. No existen en nuestro derecho potestades conferidas a jueces federales inferiores que les posibiliten emitir órdenes, dirigidas a los locales, inhibiendo el ejercicio de las potestades que a estos últimos confieren las leyes reglamentarias de las cláusulas constitucionales locales y de la CN, instruyéndolos acerca de cómo hacerlo o revocando sus decisiones. Este es el sentido inequívoco del encabezamiento del art. 14 de la ley n° 48 que es oportuno recordar. Así reza la norma: "[u]na vez radicado un juicio ante los tribunales de provincia, será sentenciado y fenecido en la jurisdicción provincial, y sólo podrá apelarse a la Corte Suprema de las sentencias definitivas pronunciadas por los tribunales superiores de provincia en los casos siguientes (...)". En tales condiciones, lo que puede ser discutido es si incumbe a la jurisdicción local tramitar y resolver un pleito, y, si se suscitare una contienda entre jueces de distinta jurisdicción, recaerá en la Corte Suprema de Justicia de la Nación —art. 24, inc. 7° del decreto-ley n° 1.285/58— el cometido de decidir a cuál corresponde. Mas, radicada la causa en una jurisdicción, no existe posibilidad de someterla coetáneamente a otra o someter al juez de una jurisdicción a los dictados de un juez de otra, aun cuando sea federal, con la sola excepción prevista en el ya citado artículo 14.

Por las razones expuestas, y las vertidas en sentido concordante por el señor Fiscal General Adjunto de la Fiscalía General (fs.1241/1244 vta.), corresponde hacer lugar a los recursos de inconstitucionalidad deducidos con los alcances señalados. En cuanto a los restantes agravios, si bien fueron ellos la causa que condujo al examen de los presupuestos cuya ausencia funda la anulación de lo actuado, aquella conclusión, a su vez, torna inadmisibles tratarlos. Costas por su orden en atención a la naturaleza de la acción (art. 14 CCBA).

Así lo votamos.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. El abogado Ricardo Monner Sans, interviniente en este proceso de amparo, hoy prácticamente en calidad de único actor (ver fs. 150 y ccs.), que no ha recurrido la sentencia, es quien se ha presentado para requerir directamente del tribunal una “medida cautelar”, consistente en lograr la ejecución de la sentencia impugnada por recursos concedidos contra ella, mientras se resuelven aquellos.

La medida cautelar solicitada es claramente inadmisibles, pues sólo representa un pedido de evitar el efecto suspensivo de los recursos interpuestos y concedidos, facultad que la ley no le concede al Tribunal (CCAyT de la CABA, 220, III, analógicamente; CPCyC Nación, 283, IV, analógicamente). Por lo contrario, la ley sólo concede al Tribunal la facultad excepcional de suspender el cumplimiento de aquella sentencia contra la cual un recurso de inconstitucionalidad ha sido rechazado —no admitido— por el tribunal superior de mérito que dictó la sentencia definitiva impugnada y contra la cual sólo subsiste la queja ante el Tribunal Superior, aún no decidida (ley n° 402, art. 33, IV).

De ello se desprende la imposibilidad de conceder la llamada por el actor “medida cautelar”. Y así voto en este punto.

2. Lotería Nacional (en adelante: LN), órgano perteneciente a la órbita del P.E.N., se presentó por parte (fs. 1263/1281 vuelta). Aunque fue rechazada su intervención en primera instancia, la Cámara decidió interlocutoriamente y dispuso tener a LN “como tercero adhesivo simple” y, al mismo tiempo, rechazó la excepción de incompetencia planteada (fs. 1341/1345 vuelta). Contra esta decisión, LN ofreció, a más de un recurso de apelación que fue definitivamente rechazado por este mismo Tribunal, un recurso de inconstitucionalidad que, al ser también rechazado por el tribunal de mérito, por intempestivo, provocó una queja ante el Tribunal Superior, recurso concedido en razón de que, a contrario de lo decidido por el tribunal de mérito, se consideró tempestivo el recurso.

La excepción de incompetencia, planteada durante el procedimiento, para decidir antes de la sentencia, es claramente una decisión interlocutoria, razón por la cual, a pesar de haber admitido la queja que triunfó por la crítica del argumento utilizado por el tribunal de mérito (extemporánea), resulta improcedente, en el

sentido de inadmisibles, porque no se trata de una sentencia definitiva según lo exige el art. 27 de la ley n° 402 (primera oración).

No quiero repetir argumentos respecto del concepto *sentencia definitiva* pues, aun cuando conozco la ampliación de su significado (equiparables) por decisiones de la CSJN, esas decisiones no son, a mi juicio, el correlato de una interpretación correcta del art. 14, ley nacional n° 48 en caso alguno, ni siquiera cuando se trata del rechazo de la competencia federal o de la discusión de la competencia entre órganos judiciales de dos estados federados, problema que sólo puede llegar a la Corte Suprema, anticipadamente al recurso contra la sentencia, por vía de una disputa de competencia entre tribunales. Para advertir la circunstancia apuntada, vale la pena tener en cuenta que la sentencia definitiva puede ser, eventualmente, favorable al recurrente, de modo tal que, en ese caso, él perdió su interés y su agravio. Por supuesto, en el sentido del art. 27 de la ley local n° 402, tampoco esas sentencias interlocutorias son *definitivas* o equiparables a ellas, según lo tengo ya dicho (ver mis votos en las causas “GCBA c/ Soto, Alberto Sabino s/ recurso de queja s/ sumarísimo”, expte. n° 4412, resolución del 21/03/01; “GCBA s/ queja por recurso de apelación denegado en ‘GCBA c/ Empresa Nacional de Correos y Telégrafos [ENCOTESA] s/ ejecución fiscal”, expte. n° 1892, sentencia del 12/02/03; “GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘GCBA c/ Osvaldo Buzzetti SA s/ otras causas donde la autoridad administrativa es actora”, expte. n° 2270, resolución del 11/06/03; “GCBA c/ Ledesma Miguel Ángel s/ medida cautelar s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 2314, sentencia del 5/11/03; “OSCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Herrero, José Javier c/ GCBA s/ cobro de pesos”, expte. n° 3195, resolución del 30/03/05, entre otros, a los que remito por razón de brevedad).

Por lo tanto, el recurso de inconstitucionalidad contra esta resolución interlocutoria que decide sobre la calidad de parte y la competencia es, también, inadmisibles. Y así voto en este punto.

3. A nadie se le escapa —aun cuando no haya podido leer con detenimiento el legajo del litigio dada la premura de la convocatoria para deliberarlo— que esta controversia, tal como se ha dado en la realidad, agrupa un sinnúmero de cuestiones jurídicas de la mayor importancia, al punto de que, incluso, se ha objetado a reglas de la Constitución local frente a otras reglas de la Constitución nacional. Vale la pena, para advertir esta situación, practicar un inventario de estas cuestiones, a simple guisa de ejemplo y sin pretensión alguna de ser exhaustivo.

a) Competencia federal o local, en todo caso discutible y discutida en razón de la persona, del territorio y de la materia, incluso de la mano de menciones de la Constitución nacional (arts. 75, inc. 15 y 129, este último respecto de la extensión de la autonomía de la Ciudad, que contravendría la Constitución local, arts. 8, 50 y ccs.).

b) Intervención concedida a LN, que este último organismo considera una lesión de su derecho a defender la validez del convenio, CN, 18; CCBA, 13, inc. 3.

c) Interpretación de la legitimación para proponer acciones populares (CN, 42, I y 43, II; CCBA, 14, II), conforme a la autorización relativa a “derechos de

incidencia colectiva en general” o a “derechos o intereses colectivos”, que las mismas constituciones federal y local mencionan, y en relación al desistimiento de la acción por parte del actor originario, la Defensoría del Pueblo de la Ciudad y su continuación por un ciudadano. Vale la pena aquí acotar que también se debe discutir acerca de la posibilidad de incluir este tema en la decisión, pues es dudoso que haya sido específicamente citado en los recursos actuales.

d) Vía elegida para la discusión (amparo sin regulación estricta por la ley y frente a actos de gobierno de ambos Estados, local y nacional).

e) Poderes de policía de dos Estados, federal y local, concurrentes o exclusivos respecto de la materia y el territorio en los cuales se decide.

f) En el mismo sentido, jurisdicciones territoriales del Estado federal (CN, 75, inc. 30) y local.

Se ha conformado la costumbre, tanto judicial, como por intermedio de los litigantes, de que la vía adecuada para defender derechos contra acciones u omisiones del Estado es el proceso llamado de *amparo*. Ya he tenido oportunidad de indicar cuán peligrosa es esta costumbre, que desplaza totalmente y sustituye a los procesos judiciales de conocimiento, al punto de que tanto el CCAyT y, eventualmente, el CPCyC de la Nación, si fuere aplicable, parecen haber quedado como meras figuras decorativas, inutilizables. Tal peligro puede ser observado desde varios puntos de vista:

a) El primero y más simple resulta ser el de la duración de estos procedimientos. Para tomar como ejemplo el procedimiento que ahora decidimos, basta advertir que él ya lleva prácticamente tres años de duración, desde la demanda, que se avizora que, cualquiera que fuere la decisión, todavía durará un tiempo superior, imposible de ser imaginado, y que, además, ya consumió ocho cuerpos de legajo judicial, mediante un procedimiento registrado por escrito (existen ejemplos peores en nuestra jurisdicción).

b) Jurídica e intelectualmente más convincente para verificar la afirmación de que no pudo procederse por amparo, resulta ser la imposibilidad de considerar los puntos en discusión como ilegalidad o arbitrariedad manifiestas (CN, 43, I; CCBA, 14, I). Se trata de un acto, el convenio, que, una vez aprobado por dos actos de gobierno, localmente por la ley n° 1.182 de la Legislatura de la Ciudad y, a nivel federal, mediante decreto n° 1.155/03 del Poder Ejecutivo nacional, adquirieron presunción de legitimidad, más allá de que puedan ser discutidos por múltiples razones. En efecto, las leyes locales gozan de la presunción de legalidad y constitucionalidad hasta tanto, por alguna de las vías previstas en la Constitución, no sean declaradas inaplicables, ya al caso concreto, ya *erga omnes*. Por su parte, un decreto del Poder Ejecutivo que ratifica un convenio de uno de sus órganos con una autoridad local también goza, como acto administrativo, de la presunción de legalidad, hasta tanto una sentencia judicial no verifique lo contrario. Con ello estimo que queda demostrada la ilegalidad originaria de la vía procesal adoptada para discutir problemas de tan alta importancia institucional como los nombrados, inidónea para ello, mucho más si se advierte que tampoco se ha verificado una lesión actual o inminente a un derecho individual o colectivo de cualquier índole.

c) La vía elegida es particularmente inapta para discutir estos problemas. Nótese que ella representa un máximo de poder entregado a las autoridades judiciales (los jueces), que proceden sin un itinerario formal delineado por la ley, y un mínimo de formalización del procedimiento ante los jueces previsto de antemano por la ley. Tal definición procesal puede observarse a fs. 30, cuando el juez de primera instancia define ante quienes van a intervenir el procedimiento a seguir, mediante una cláusula totalmente abierta (CCBA, 14: “*acción expedita, rápida ..., siempre que no exista un medio judicial más idóneo ...*” y, para colmo de males, no indica cuáles son las otras “normas vigentes no contradictorias ...” con aquel principio). Para calificar en este sentido el mismo procedimiento, basta leer el punto *a, supra*.

Si estas costumbres se anquilosan, sospecho que los jueces definirán los procedimientos judiciales a cada paso, según parece que sucede cuando uno lee los procedimientos de mérito que preceden a esta decisión. Creo que ni siquiera la llamada “justicia de Cadf” procedía en forma tan libre e imaginativa; y tampoco procedió así Bertold Brecht al escribir sus célebres círculos de tiza. Al menos en esos ejemplos, el procedimiento sí era expedito y rápido. Por lo demás, esto sí conduce a judicializar la actividad política, mediante un control sin reglas que lo encaucen, “a piacere” de quienes son los controladores. Obsérvese que un control de las decisiones de máximas autoridades gubernativas de dos estados, que ratificaron un convenio entre órganos inferiores, quedaron prácticamente sin efecto por decisión de los jueces de uno de esos estados y sin intervención alguna defensiva de uno de los gobiernos al que se le atribuye haber realizado, conjuntamente, un acto ilegítimo manifiesto.

Puedo seguir denunciando inconvenientes de esta manera de litigar, frente a la importancia de los puntos debatidos, que hasta incluyen cuestiones de límites entre estados, pero ante la existencia de un voto mayoritario que anula la sentencia o el procedimiento en su conjunto y de cara a la urgencia de la convocatoria a la deliberación, voy a concluir aquí. Me basta conocer la impropiedad manifiesta del procedimiento empleado para resolver estas cuestiones que, en todo caso, debieron dar lugar a impugnaciones por procedimientos judiciales reglados, para no confirmar la sentencia de la Cámara (sin dejar subsistente tampoco la de primera instancia). No me hace falta decidir sobre el futuro de estas actuaciones, en primer lugar porque ya se ha pronunciado por mayoría el Tribunal y acordado el dispositivo, y, en segundo lugar, porque no consiento la legitimación del abogado Monner Sans, aspecto sobre el cual sobra mi explicación detallada. En todo caso, si se reputa inconstitucional la aprobación legislativa local del convenio en cuestión, existen, incluso en la Ciudad, recursos procesales reglados mediante los cuales puede perseguirse, por quien tiene derecho a utilizarlos, la anulación de un acto administrativo o legislativo de efecto particular o general.

Soy conciente de que tamaña impugnación del procedimiento empleado no ha sido el objeto central de alguno de los recursos que hoy considero —aun cuando está comprendido en la denuncia de lesión básica del derecho a defenderse efectuada por LN, dada la informalidad del procedimiento, imposible de ser previsto (como ejemplo, sirve la exorbitancia que significa el momento procesal [segunda instancia] y la calidad [tercero coadyuvante o adherente simple] de la intervención formal reconocida judicialmente en el caso y sus consecuencias jurídicas [dependencia de la

voluntad y acción de otros protagonistas de ese procedimiento])—, pero la manifiesta arbitrariedad de la vía elegida y su definición “a medida”, me impiden considerar seriamente aquellos puntos debatidos, sobre los cuales poco podría decir actualmente por mi conocimiento superficial del legajo, por la confusión continua que se revela en la descripción de él por esta misma sentencia (“resulta”) y por la necesidad de valorar actos que no han sido descriptos formalmente por la ley. Debo agregar, por fin, que el escaso tiempo de estudio me genera serias dudas, básicamente centradas en la competencia local y su eventual prórroga tácita (CN, 116), en los límites territoriales de la Ciudad (CN, 75, inc. 15, y 116) y en la potestad de jurisdicción exclusiva de la Nación (CN, 75, inc. 30).

4. Las costas deben ser soportadas por su orden (CCBA, 14, IV), a pesar de que yo he considerado incorrecta la vía del amparo, pues la utilización de este procedimiento fue, como realidad, incontrastable.

Por ello, concordantemente con lo dictaminado por el señor Fiscal General Adjunto, por mayoría,

**el Tribunal Superior de Justicia
resuelve:**

1. Hacer lugar parcialmente a los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y por el Instituto de Juegos y Apuestas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

2. Revocar la sentencia apelada y anular todo lo actuado.

3. Declarar inoficioso el pronunciamiento respecto de los recursos de Lotería Nacional S.E. y lo peticionado por el Dr. Ricardo Monner Sans a fs. 1605/1606 vuelta.

4. Mandar que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva al tribunal remitente.