TOMO VIII -OTROS RECURSOS- T.S.J..-

REGISTRO Nº 395

FOLIO Nº 1496/1503

PROT. ELECT. TSS1 010 O.171

Río Gallegos, 30 de agosto de 2017.-

**Y VISTOS:**

Los presentes autos caratulados: **"PROVINCIA DE SANTA CRUZ S/ ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD"**, Expte. Nº P-769/17, venidos al Acuerdo para resolver; y

**CONSIDERANDO:**

**Voto de la Dra. María Teresa Guruceaga:**

**I.-** Que, llegan los presentes autos a tratamiento de este Tribunal en virtud de las recusaciones con causa formuladas por el Sr. Fiscal de Estado, Dr. Fernando Pablo Tanarro, en representación de la Provincia de Santa Cruz a fs. 5/8 vta., reiteradas a fs. 12 vta. al peticionar la medida cautelar.-

Expresa: "Que, sin menoscabar el buen nombre y honor de los Magistrados que han intervenido en el dictado de la Resolución que aquí se impugna, registrada al Tomo CCXXI-Reg. 16 - Folio 24/28 del Tribunal Superior de Justicia, venimos a recusar a los mismos con causa en virtud de lo establecido el art. 17 inc. 7 del C.P.C.C." (cfr. foja 5 vta.).-

Asimismo, señala que mediante dicha resolución se hizo lugar al recurso de reconsideración planteado por la Asociación Gremial de Empleados Judiciales de la Provincia de Santa Cruz y dispuso la instrumentación de un Acuerdo Paritario estableciendo un incremento salarial del 10 % a partir de enero de 2017 (conf. foja 6).-

Que, no habiendo acompañado el presentante la referida resolución, a foja 9 obra el informe actuarial de los cuales surge que los Sres. Vocales, Dres. Daniel Mauricio Mariani, Enrique Osvaldo Peretti, Alicia de los Angeles Mercau, Paula Ernestina Ludueña Campos y el Sr. Vocal Subrogante Dr. Carlos Enrique Arenillas, intervinieron en el dictado de la resolución mencionada.-

En particular, respecto del Dr. Carlos Enrique Arenillas, afirma en el punto VII-2 de su presentación que se habría "acercado...a manifestar su apoyo a quienes se encontraban tomando el edificio del Tribunal Superior…"; y que por ello "ya había adelantado su postura a favor del reclamo de la Asociación Gremial, lográndose quebrantar así las garantías del debido proceso y de imparcialidad que el poder judicial debe preservar." (cfr. foja 7 vta.).-

Que, habiéndose producido los informes que prescribe el artículo 22 del CPC y C, Dr. Enrique Osvaldo Peretti, a fs. 23/24; Dr. Daniel Mauricio Mariani, a fs. 25 y vta.; Dr. Carlos Enrique Arenillas, a fs. 26/27; Dra. Paula Ernestina

Ludueña Campos, a fs. 36 y vta. y Dra. Alicia de los Ángeles Mercau, a fs. 37 y vta., los presentes actuados al Acuerdo a foja 113.-

**II.-** Que, el Dr. Enrique Osvaldo Peretti, en su informe expresa: "Se ha puesto en duda la imparcialidad de los juzgadores para resolver esta causa en base a la decisión que tuvo que emitir el Tribunal referente al cumplimiento de un acuerdo paritario y, como consecuencia de ello, el otorgamiento de un incremento salarial." (cfr. foja 23). Recuerda, que este Alto Tribunal al dictar la Resolución que se ataca, solo ha cumplido con sus funciones constitucional y legalmente establecidas (conf. foja cit.). Dice: "...Este Tribunal es representante del Poder Judicial, ejercitando en ese carácter funciones propias respecto de la remuneración de sus empleados, funcionarios y magistrados, siendo tales atribuciones otorgadas por las leyes 2996 y 3022, no pudiendo dar lugar a la recusación de sus miembros el ejercicio de tales poderes. Por lo que, aún en el caso de que el suscripto pueda o haya intervenido en las actuaciones administrativas correspondientes, dicha intervención se realiza en razón de ejercer las funciones precedentemente mencionadas. Esta facultad es privativa e indelegable de este Tribunal Superior Provincial, al que le corresponde ejercerla a fin de no vulnerar el funcionamiento del diseño institucional estructurado por nuestros constituyentes. Adunado a lo anterior, el art. 31 de la Constitución de la Provincia de Santa Cruz expresamente prohíbe cualquier transferencia de competencias [...] Asimismo, se debe señalar que el mecanismo de la recusación es de excepción, de interpretación restrictiva y únicamente para los casos taxativamente previstos para supuestos extraordinarios...Máxime considerando la gravedad institucional que posee la cuestión de autos.". (cfr. fs. 23 y vta.). Continúa señalando, que lo expresado le impide considerar que la actuación del Tribunal en el dictado de la resolución cuestionada en autos, sea un supuesto de prejuzgamiento, expresando que fue una decisión tomada en ejercicio de potestades de responsabilidad institucional que no implica emitir opinión, dictamen, ni recomendación antes o durante el juicio en los términos del artículo 17, inc. 7° del CPC y C (conf. foja 23 vta.). Cita Jurisprudencia que destaca que en asuntos en los que corresponde expedirse acerca del alcance constitucional de las potestades de órganos públicos no se ponen en juego derechos subjetivos o intereses propios de quienes ejercen los cargos u órganos, y en tanto los jueces son convocados como órgano institución y no como titulares de derechos subjetivos, no procede la recusación. Finalmente, asegura que no existe ninguna norma que establezca, para casos como el de autos, su apartamiento para entender en los presentes, negando la recusación intentada (conf. foja 24).-

A su turno, el Dr. Daniel Mauricio Mariani, sostiene que se opone a la recusación planteada, en los siguientes términos: "...El ejercicio por el Tribunal Superior de Justicia de las competencias constitucionales que inviste no puede dar lugar a la recusación con causa de sus miembros individualmente considerados.- [...] Es necesario recordar que el instituto de la recusación es de excepción y de interpretación restrictiva, con supuestos taxativamente establecidos y para casos extraordinarios, toda vez que su aplicación provoca el desplazamiento de la legal y normal competencia de los jueces y la consecuente alteración del principio constitucional del juez natural. Considerando que la cuestión debatida reviste una gravedad institucional insoslayable." (cfr. fs. 25 y vta.). Cita jurisprudencia y culmina negando la recusación planteada (conf. foja 25 vta.).-

Que, por su parte, el Dr. Carlos Enrique Arenillas expone refiriéndose al art. 17 inc. 7° del CPC y C: "... la primera parte de la norma se refiere a la situación del juez que ha sido defensor de los litigantes con anterioridad al proceso en que se ventila la recusación, circunstancia ajena a este magistrado, quien no ha asumido ese carácter en ninguna oportunidad. Tampoco he emitido dictamen alguno o recomendación como abogado particular, obviamente, con relación a ninguna causa respecto de las 'partes' de este proceso. Considero, entonces, que el Fiscal de Estado está invocando la última parte de la norma, esto es, la causal de apartamiento por haber el juez preopinado. Al respecto, hay que señalar que la preopinión que amerite un apartamiento del juez debe necesariamente constar en un escrito o pieza aparte de su sentencia o resolución. Es que la causal de prejuzgamiento sólo se configura por la emisión de opiniones intempestivas respecto de cuestiones pendientes que aún no se encuentra en estado de ser resueltas, pero no existe -como en el caso que nos ocupacuando el juez se halla en la necesidad de emitir pronunciamiento. Las consideraciones efectuadas por los magistrados en la debida oportunidad procesal, sobre los puntos sometidos a su conocimiento no importan prejuzgamiento, toda vez que no se trata de opinión anticipada, sino directa y claramente, del cumplimiento del deber de proveer las cuestiones pendientes...En consecuencia, debe rechazarse el prejuzgamiento que se alega como fundamento de la recusación con causa.- [...] Párrafo aparte es el señalamiento del Sr. Fiscal de Estado respecto a que el suscripto habría manifestado su apoyo al reclamo gremial, acompañando una foto del suscripto tomada en la red social Facebook de la entidad gremial con la leyenda 'El camarista expresando su apoyo a la lucha de los compañeros por la instrumentación del sistema...'.- Quiero aclarar que la foto en cuestión fue tomada y subida a la red social Facebook, sin mi consentimiento, ni conocimiento cuando el suscripto abandonaba el Tribunal Superior de Justicia luego de una entrevista con un vocal de dicho cuerpo por razones laborales

atinentes a la Cámara Civil que integro. De ninguna manera fui a apoyar el reclamo gremial y no puedo ni debo responder por cuestiones que realizan terceros sin mi consentimiento." (cfr. fs. 26/27).-

Que, en su informe la Dra. Paula Ernestina Ludueña Campos, expresa: "Al respecto debo manifestar que, en atención a los fundamentos que expondré seguidamente, me opongo a la recusación intentada. En primer lugar, corresponde recordar que el instituto de la recusación con causa es un mecanismo de excepción, de interpretación restrictiva, con supuestos taxativamente establecidos para casos extraordinarios. Ello se debe a que su aplicación provoca el desplazamiento de la competencia natural de los jueces, y se altera, en consecuencia, el principio constitucional del juez natural, en miras de tutelar la imparcialidad de los magistrados llamados a intervenir en un determinado asunto...Siendo ello así, se impone mencionar que éste Tribunal Superior de Justicia al suscribir la resolución cuestionada, no hizo sino cumplir con competencias que surgen tanto de la Constitución Provincial, como de diversas leyes dictadas en su consecuencia (v. gr. Leyes N° 2996 y 3022), y cuyo ejercicio no puede dar lugar a la recusación de sus miembros. Dichas facultades son exclusivas de éste Tribunal Superior, que en su condición de titular de uno de los departamentos del gobierno provincial ejerce la superintendencia sobre la administración de justicia (conf. artículo 133, inciso 1°, de la Constitución Provincial), y las funciones relativas a la remuneración de los agentes que componen el Poder Judicial; y cuya delegación, además, se encuentra expresamente prohibida por el artículo 31 de la Constitución Provincial. Es fácil advertir, entonces, que no me encuentro comprendida en ninguna de las causales previstas en el artículo 17, inciso 7°, del Código de rito, puesto que al suscribir la citada resolución no he hecho más que cumplir con atribuciones que se encuentran legal y constitucionalmente previstas, y que no implican de ningún modo haber emitido opinión o dictamen, ni mucho menos haber dado algún tipo de recomendación acerca del pleito (conf. artículo citado)..." (cfr. fs. 36 y vta.). Cita jurisprudencia para fundar sus argumentos y solicita el rechazo de la recusación formulada (conf. foja 36 vta.).-

Que, finalmente, la Dra. Alicia de los Ángeles Mercau expone: "El actor argumenta a los fines de sostener la recusación incoada que los miembros del Tribunal Superior de Justicia han suscripto la resolución impugnada en autos, objeto de la acción. Me opongo a la recusación planteada por no encontrarme comprendida en ninguna de las causales previstas en la norma procesal invocada. El hecho que haya ejercitado funciones otorgadas por la Constitución Provincial en atención a la magistratura que desempeño, y el ejercicio por el Tribunal Superior de Justicia de las competencias constitucionales que posee no puede dar lugar a la recu-

sación con causa de sus miembros, individualmente considerados. Cabe señalar que el instituto de la recusación es de interpretación restrictiva, y es de excepción, por las consecuencias que ello conlleva, el apartamiento de los jueces naturales de las causas. Como es sabido, la Constitución Provincial establece para los miembros del Tribunal Superior de Justicia facultades y obligaciones, tanto en lo jurisdiccional como en lo administrativo (conf. arts. 132 y 133 Constitución Santa Cruz). Aceptar la postura contraria implicaría la neutralización o anulación no sólo de las facultades, sino, y lo que es más importante, de los deberes que el Tribunal Superior de Justicia tiene como cabeza del Poder Judicial provincial.- Y este Tribunal cumplió con las competencias que surgen de la Constitución Provincial como de la ley 3022, y cuyo ejercicio no puede motivar la recusación planteada. Lo expuesto impide considerar mi actuación en la resolución atacada como un prejuzgamiento que violente la garantía de imparcialidad…" (cfr. foja 37). Concluye, oponiéndose a la recusación intentada (conf. foja 37 vta..-

**III.-** Que, el recusante en autos, a fin de fundamentar su presentación, arguye la suscripción de la resolución cuestionada en autos por los magistrados recusados y solo invoca el artículo 17, inc. 7º del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Cruz que establece "Haber sido el juez defensor de alguno de los litigantes o emitido opinión o dictamen o dado recomendaciones acerca del pleito, antes o después de comenzado". No brinda ninguna otra argumentación, salvo las afirmaciones sobre el actuar del Dr. Arenillas.-

A los efectos del debido tratamiento de la presentación realizada, debe destacarse primigeniamente que el artículo 17 del CPC y C establece la posibilidad de la recusación en una enunciación taxativa referenciada a lo largo de diez incisos. Es de resaltarse, que en materia de recusación con causa el sistema vigente se sustenta precisamente en esta enumeración específica de los motivos que la hacen procedente, debiéndose entender con un criterio restrictivo, y requiriéndose una fundamentación seria y precisa al momento de su reclamo, por tratarse de un acto grave y trascendental. De las constancias obrantes en estos actuados, no surge que la causal invocada se haya configurado en los presentes, siendo negado además enfáticamente por los Sres. Vocales.-

Debe señalarse sin hesitación, que la resolución que intenta impugnarse fue dictada en función de la actuación administrativa de los vocales integrantes del Tribunal Superior. Por ende, los actos que en su ejercicio dicte el Tribunal serán actos administrativos, los procedimientos que para su dictado aplique serán procedimientos administrativos y los recursos que contra ellos se interpongan serán recursos administrativos. Las atribuciones de "superintendencia" constituyen prerro-

gativas de poder inherente a los Tribunales Superiores con el fin de ejercer el "gobierno" del Poder Judicial. Son prerrogativas propias de los tribunales, que concurren con las específicas de su labor jurisdiccional. Entonces, al Tribunal Superior, en condición de máximo órgano judicial de la Provincia, el orden constitucional local le asigna el gobierno y administración del Poder Judicial, dotándole de prerrogativa de poder, que conlleva una multiplicidad de facetas e incumbencias que lo obligan a entender en aspectos internos, que hacen a la administración de la justicia. Es por ello, que en los actos emanados del Poder Judicial, debe distinguirse entre los dictados en ejercicio de la función jurisdiccional, de los dictados en ejercicio de la llamada actividad de superintendencia.-

Resulta oportuno recordar la opinión del destacado constitucionalista Joaquín V. González, cuando señaló "...refiriéndose a la división de funciones entre los órganos que ejercen el poder estatal (ejecutivo, legislativo y judicial), que 'cada uno de ellos tiene su propia esfera de acción, pero no están enteramente separados, porque se combinan y complementan entre sí, son coordinados. Los tres representan la Soberanía de la Nación para sus objetos principales, sus facultades derivan directamente de la Constitución, y en su ejercicio, de la ley, y ambas han establecido poderes estrictamente legislativos, estrictamente ejecutivos y estrictamente judiciales, pero en el cumplimiento de sus funciones necesitan en muchos casos, unos y otros, ejercitar poderes de naturaleza distinta a las que le son exclusivos: la línea divisoria no se halla precisamente demarcada'." (cfr. Juan Carlos Cassagne, "Derecho Administrativo", Tomo I, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1983, pág. 68).-

El maestro Marienhoff manifestaba: "...expresé que la función administrativa correspondía considerarla en su aspecto material, substancial u objetivo, tomando únicamente en cuenta la naturaleza jurídica interna de la actividad desarrollada, con total prescindencia del órgano o del agente productor del acto o de la actividad. Puede haber, así, actividad 'administrativa' stricto sensu, no sólo en la que desarrolle o despliegue el órgano Ejecutivo, que es a quien normal y preferentemente le están asignadas dichas funciones, sino también en las que, al margen de las suyas específicas, realicen los órganos Legislativo y Judicial. Los actos administrativos que concreten la respectiva actividad del Congreso o del Poder Judicial hállanse sometidos, en general, a los mismos principios jurídicos que regulan esa especie de actos cuando provienen del Ejecutivo. Por eso, por ejemplo, los 'reglamentos' internos que emiten los Poderes Legislativo y Judicial...son, asimismo, 'administrativos'. Como consecuencia de lo expuesto, el concepto de 'acto administrativo' no sólo comprende los actos de esa índole emitidos por el Ejecutivo, sino también los de igual naturaleza emitidos por los órganos Legislativo y Judicial. Es la consecuencia lógica de la con-

cepción 'objetiva', 'material' o 'sustancial' de Administración Pública." (cfr. Marienhoff, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo - Tomo II, Cuarta edición, actualizada, Abeledo-Perrot, Bs. As., 2003, Capítulo II, Acto Administrativo, Sección 1ª, pár. 378, pág. 199).-

En las presentes actuaciones no se advierte configurada la causal de recusación mencionada por el recusante; es decir, un adelanto de opinión, dictamen o recomendación respecto del fondo de la cuestión. La actuación de los Vocales recusados se ha ceñido estrictamente a los deberes legales impuestos, limitándose su actuación a la administrativa dentro de los límites de la cuestión sometida a su consideración.-

Así, el Tribunal Superior de Justicia de esta provincia, ha sostenido que ""La actuación de la Corte en la medida que lo imponga el ejercicio de sus atribuciones específicas importa juzgamiento y no prejuzgamiento'...y que 'No hay prejuzgamiento cuando el magistrado tiene el deber de emitir opinión sobre el punto del hecho litigioso, porque así lo exige la naturaleza de la cuestión a decidir, mientras se mantenga dentro de los términos adecuados. Las opiniones vertidas en la debida oportunidad procesal y sobre los puntos sometidos a la decisión de los jueces no importan otra cosa que el cumplimiento de un deber impuesto por la ley y, de ningún modo autorizan la recusación fundada en la aludida causal' (cfr. 'D'angelo, José s/ Concurso civil' CC0102, MP, 71224 RSI-337-88 I 14-6-1988; 'Martínez de Simonini, G. c/ Laborde, A. s/ Desalojo Recusación con causa', CC0101 MP 94905 RSI-893-95 I 7-9-1995 publicados en SCBA). Es así que se ha decidido reiteradamente que 'El prejuzgamiento no puede fundarse en la intervención del tribunal en un procedimiento anterior, propio de sus funciones legales'...y que: 'Para que provoque el apartamiento de los jueces que suscriben un pronunciamiento, el prejuzgamiento debe ser expreso y recaer sobre la cuestión de fondo a decidir'...En definitiva, el ejercicio de la función administrativa no puede dar lugar a la recusación con causa en sede jurisdiccional, pues ambas áreas de actuación resultan ser de diferente naturaleza.- Nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que '... la causal invocada no se configura cuando la Corte ejerce la facultad que la Constitución y la ley le confieren para establecer normas generales de superintendencia (Fallos: 281:271; 310:338 y 315:2113, entre otros)' (cfr. 'Defensoría de Menores N° 4 c. Molinari, Pedro Carlos', del 1/4/2008 cita on line 1607/2008 y fallos 331:2561), y que '...tratándose de un procedimiento administrativo de superintendencia y no de un proceso judicial -por no existir contienda jurisdiccional alguna- y hallándose aquél circunscrito al ejercicio del poder jerárquico y potestad disciplinaria, propios de la Corte Suprema, respecto de magistrados, funcionarios y empleados con prestación

actual de servicios...declárese improcedente la recusación planteada de los integrantes de este Tribunal...' (cfr. 'Morgue Judicial', del 18/8/1983 cita on line: AR/JUR/310/1983.)" (cfr. Interlocutorio, Tomo XXVII, Reg. 3187, Folio 5239/5243).-

Recientemente se ha expresado que "...corresponde rechazar la solicitud de apartamiento de los jueces de la Corte para decidir el planteo de inconstitucionalidad de las acordadas 31/11 y 38/13 si no se configura un adelanto de opinión ni los jueces han quedado comprendidos en ninguno de los enunciados descriptivos que contempla en el art. 17 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación cuando la Corte ejerce la facultad que la Constitución y la ley le confieren para establecer normas generales de superintendencia (doctrina de la causa CSJ 578/2007 (43-D) 'Defensoría Pública de Menores n° 4 c/ Molinari, Pedro Carlos y otro s/ recusación con causa', sentencia del 1° de abril de 2008; Fallos: 331:2561). [...] Que es apropiado recordar que desde la constitución de este Tribunal en 1863, durante todo su ulterior funcionamiento y hasta la más reciente legislación sancionada por el Congreso de la Nación, le han sido reconocidas a esta Corte las atribuciones necesarias para dictar disposiciones reglamentarias como las impugnadas (ley 48, art. 18; ley 4055, art. 10; ley 25.488, art. 4°, 2° párrafo; conf. acordada 4/2007)." (cfr. Voto de Ricardo L. Lorenzetti y Elena I. Highton de Nolasco en Fallos 339:1804, del 27 de diciembre de 2016). Efectivamente, y como se expresa "ut supra" en los presentes, al dictar la resolución objeto del planteo de autos, no se ha producido adelanto alguno de opinión, dictamen o recomendación, ni han quedado los Sres. Vocales comprendidos en la causal de recusación invocada por el recusante.-

En consonancia con ello, se ha sostenido "...en un supuesto en el que se pidió el apartamiento de los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en una causa en que el demandado era el Poder Judicial de la Nación, se expresó: "Que en atención a que el recurrente insta a la excusación de los ministros del Tribunal con fundamento en que revisten la condición de parte al ser demandado en autos el Poder Judicial de la Nación (fs. 132), los firmantes consideran necesario destacar a fin de disipar toda duda sobre el particular, tal como lo han hecho en el precedente de Fallos: 313:1277, que no se encuentran comprendidos en ninguna de las causales previstas en el art. 17 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación...Es que en asuntos en los que corresponde expedirse acerca del alcance constitucional de las potestades de órganos públicos no se ponen en juego derechos subjetivos o intereses propios de quienes ejercen los cargos u órganos (cf. doctrina del TSJ en la causa 'Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ Acción Declarativa de Inconstitucionalidad', expte. n° 18/99, resolu-

ción del 22 de noviembre de 1999, Constitución y Justicia - Fallos del TSJ de la CBA, T. I, 1999, Ed. Ad Hoc, págs. 620 y sgtes.)..." (cfr. Tribunal Superior de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en autos: "Poder Ejecutivo de la Ciudad de Buenos Aires c/ Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires", de fecha 11/11/2009. www.informaciónlegal.com.ar. Cita on line AR/JUR/44025/2009). Esta doctrina resulta totalmente aplicable al caso de autos.-

En definitiva, por lo expuesto hasta aquí y conforme los fundamentos esbozados, las recusaciones fundadas en el dictado de la resolución objeto del planteo de autos, artículo 17, inc. 7º del CPC y C en relación a los Sres. Magistrados, Dres. Daniel Mauricio Mariani, Enrique Osvaldo Peretti, Alicia de los Angeles Mercau, Paula Ernestina Ludueña Campos y Carlos Enrique Arenillas, deben ser desestimadas.-

**IV.-** Que no obstante lo resuelto, debo referirme en particular, a lo expuesto por el Sr. Fiscal de Estado, en cuanto a que el Dr. Arenillas se habría acercado "a manifestar su apoyo a quienes se encontraban tomando el edificio del Tribunal Superior", como así también que "ya había adelantado su postura a favor del reclamo de la Asociación Gremial" (cfr. foja 7 vta.).-

A poco de profundizar en estas afirmaciones, nos encontramos en que solo se hallan sostenidas endeblemente por una copia de una fotografía extraída de la cuenta de la red social facebook, perteneciente al gremio judicial, según lo sostenido por el recusante.-

Analizada que fuera dicha copia, y examinados los argumentos del Dr. Arenillas que explica la situación en que fuera tomada la misma, y el no consentimiento a los fines de su publicación en dicha red social, es que debo llegar a la conclusión indubitada que lo alegado por el Sr. Fiscal de Estado carece de asidero.-

Ello, pues en la imagen se aprecia al Dr. Arenillas que se encuentra en la puerta de entrada del Tribunal Superior de Justicia ubicada en la Avenida Presidente Dr. Néstor Carlos Kirchner, lo que por sí solo no puede conllevar a la conclusión arribada por el presentante.-

En consecuencia, la recusación del Dr. Carlos Enrique Arenillas, conforme lo expresado, debe ser desestimada.-

**V.-** Que, por lo expuesto, y ante la falta de fundamentación de la presentación realizada, corresponde rechazar las recusaciones con causa formuladas. **Así lo voto.-**

**Voto del Dr. Francisco Vicente Marinkovic:**

He de disentir con el criterio expuesto por la colega preopinante.-

La cuestión venida a resolver pone en juego el concepto de "imparcialidad judicial"; una de las más importantes garantías constitucionales, vinculada al valor estratégico que se reconoce, dentro del sistema republicano, a la función judicial y a la figura del "juez".-

La existencia del instituto procesal de la recusación tiene como finalidad específica el sostenimiento de la mentada "imparcialidad" como condición inescindible y esencial de la función judicial. No admitimos -quienes participamos de este consenso constitucional- la posibilidad de aplicación del término juez si no es a quienes, presumimos, examinarán un litigio desde una distancia y desinterés personal, sin compromiso afectivo, patrimonial o ideológico. El sentido común también nos lleva a admitir que no se alcanza nunca un grado completo (perfecto) de terceridad, pues es inimaginable -y tal vez indeseable- un juez que carezca por completo de permeabilidad emocional o posicionamiento filosófico (e incluso ideológico) ante determinados temas, en tanto involucran aspectos que lo confrontan como persona, como ciudadano o en cualquier otro rol social que se juegue (especialmente los denominados "casos difíciles", donde es clave indagar en el "sentido" de los hechos, conductas y normas). Ahora bien, todo ello en modo alguno implica desmedro a la pretensión de imparcialidad que se mantiene, siempre, como aspiración a una máxima realización (dentro del contexto); es decir, hasta donde es individual y sistémicamente posible o deseable.-

Entonces, a lo que sí hemos de aspirar es a un decisor que "exhiba" desinterés y no comprometa su libre interpretación del derecho, aún cuando -reitero- no resigne dar contenido jurídico-valorativo a sus fallos y muestre (en forma transparente) su perspectiva filosófica.-

Cumplida tal introducción, y antes de ingresar en la causal del artículo 17, inciso 7° del CPC y C, me referiré a la impugnación dirigida especialmente contra el Dr. Arenillas, fundada en una supuesta simpatía con una de las partes o su causa. He señalar -aquí brevemente- que la explicación que dicho magistrado realiza al momento de elevar su informe parece suficiente razón para rechazar esa causal de recusación. En modo alguno puede sospecharse de la imparcialidad de un juez por una fotografía que no representa, en principio, más que un encuentro casual y, seguramente, inevitable en cualquier concepción que se tenga de la cortesía o el trato educado entre colegas, vecinos o compañeros de trabajo; en particular en una comunidad pequeña como la nuestra. Un saludo o una conversación no representan, de por sí, interés alguno y admitir una recusación por ese motivo implicaría, directamente, poner en duda la honestidad de un funcionario, lo que resulta, sin pruebas, inaceptable y condenable. Con estos fundamentos alcanza para

rechazar este intento recusatorio puntual.-

Distinto es el caso, como veremos, de la recusación fundada en la causal prevista en el artículo 17, inciso 7° del CPC y C, dirigida a todos los magistrados que integraron el Tribunal Superior de Justicia en la Resolución CCXXI, Reg. 16, Folio 24/28 del 14 de marzo de 2017; supuesto en el que, entiendo, se encuentra claramente configurada la causal de apartamiento.-

El artículo 17, inciso 7° del CPC y C prevé el caso en que el juez ha actuado como defensor (como apoderado o patrocinante) de alguno de los litigantes, o también que haya emitido opinión o dictamen o dado recomendaciones acerca del pleito, antes o después de comenzado.-

La norma, para preservar la imparcialidad de quien vaya a decidir, pretende el apartamiento de quien haya adelantado de cualquier modo una opinión sobre el modo de resolver la controversia. Existe un fuerte interés público en mantener, ante la sociedad y el justiciable, la imagen de un juez que llega a sentenciar sin prejuicios; o al menos con la capacidad de realizar un proceso intelectual sin interferencias que excedan la normalidad de cualquier proceso hermenéutico.-

Aquí, si bien los magistrados recusados no han actuado como abogados o procuradores de alguna de las partes, es evidente que, al dictar el acto administrativo cuya validez constitucional se controvierte por parte del Estado Provincial, han exteriorizado su pensamiento sobre el asunto. No sólo al resolver (decidir) han contribuido a conformar la voluntad administrativa, sino que la elaboración del proceso argumental que llevó a la resolución implica la exteriorización de una opinión jurídicamente significativa -dirigida al caso concreto- en los términos del citado artículo 17, inciso 7°; insisto, con el agravante de que se trata de una opinión que determina la voluntad administrativa del órgano (en este caso administrativo) cuya actuación se impugna en el expediente.-

No se discute aquí la competencia constitucional del Tribunal Superior de Justicia para dictar actos que hacen al desenvolvimiento y funcionamiento de la faz administrativa del Poder Judicial. Es cierto, por otra parte, que los jueces del Tribunal Superior, al emitir un acto administrativo actúan integrando un órgano y no en interés personal que pueda trascender a lo funcional; más ello, que merece claro una consideración jurídica, no obsta a que la actuación del órgano sea revisable judicialmente y, en su caso, que, al ser pasible de ese control jurisdiccional imparcial, quienes actuaron, aún no habiéndolo hecho en interés personal, puedan ser recusados en los términos del artículo 17, inciso 7 del CPC y C.-

Recordemos que la "...garantía de juez imparcial reconocida dentro de los derechos implícitos del art. 33 constitucional, y se deriva de las

garantías de debido proceso y de la defensa en juicio establecidas en el art. 18 de la Constitución Nacional y consagrada expresamente en los artículos: 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos -que forman parte del bloque de constitucionalidad federal en virtud de la incorporación expresa que efectúa el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional-..." ("Llerena" y Fallos: 326:3842).-

El desarrollo de los fundamentos y la claridad que pretendo me inclinan a buscar el auxilio de doctrina autorizada en la materia.-

El Dr. Tomás Hutchinson ha tenido la oportunidad de desarrollar con justeza y transparencia un análisis perfectamente adecuado a nuestro caso. Extracto las partes relevantes: "La impugnabilidad es una característica esencial del acto administrativo. No hay ningún acto administrativo que sea irrevisible judicialmente, pues un acto irrecurrible es impensable en un Estado de Derecho como el nuestro. No puede admitirse un acto tal, pues nuestro ordenamiento jurídico exige que todos los habitantes tengan siempre acceso a una instancia judicial -por lo menos- para deducir sus reclamos. Es el corolario lógico del ejercicio de defensa en juicio que asegura el artículo 18 de la Constitución Nacional. En el desempeño de la función administrativa el órgano judicial dicta actos administrativos, siendo uno de los caracteres esenciales de éstos la de ser impugnables, tanto en sede administrativa como judicial. No hay ningún acto administrativo que sea irrevisible judicialmente; ello por cuanto es consustancial a su producción de efectos jurídicos directos, que éstos puedan ser controvertidos por el afectado. Ese carácter esencial del acto administrativo, que la doctrina y jurisprudencia han sostenido respecto a los actos del poder administrador, también adquiere vigencia respecto de los actos de esa naturaleza dictados por el poder judicial, debido a la identidad sustancial de régimen jurídico. Nada hay que justifique una solución distinta. Así, en el caso de la Corte Suprema de Justicia nacional (por poner un ejemplo), los productos jurídicos de su actividad tendrían consecuencias distintas: las sentencias serán inmutables por la jerarquía del órgano emisor y la fuerza legal que les es aneja; los actos emanados como consecuencia de la actividad administrativa son esencialmente impugnables y mutables en sede judicial si presentan características de antijuridicidad. Dicha impugnación puede hacerse en sede administrativa -ante la misma Corte o Superior Tribunal- y en sede judicial. En este último caso será diverso, según las distintas legislaciones, el órgano revisor. Pero apartándonos momentáneamente de lo normado en cada caso, hay algo que cae por su propio peso, que el sentido común marca como

evidente y que debería funcionar como axioma; que no puede ser el mismo órgano que entendió en sede administrativa el que resuelva en vía judicial. O al menos, si es el mismo órgano institución que esté formado por órganos físicos distintos a los que dictaron el acto administrativo impugnado. Lo contrario significaría alterar uno de los principio básicos del Estado de Derecho: la de ser juzgado por un órgano imparcial e independiente. Esta es una garantía constitucional que implica asegurar el principio de defensa en juicio (art. 18 CN). No se puede pretender que por el sólo hecho de ser un órgano 'judicial' -en cuanto que pertenece al poder judicial- el que dictó el acto administrativo, es suficiente garantía de imparcialidad. Y no lo es, entre otros motivos, porque si resolviera el mismo órgano, compuesto por los mismos órganos físicos, éstos ya habrían emitido opinión sobre los puntos a decidir, sosteniendo la tesis contraria a la que sustenta el impugnante y, además, tendrían un evidente interés en el proceso. Dicho interés se manifiesta en: a) que pueden tener interés acerca de que la pretensión no prospere, para así eludir la correspondiente responsabilidad que podría caberles como funcionarios que han dictado un acto ilegítimo, y b) que puede surgir de su condición de 'partes', lo que es consecuencia de la vía procesal intentada." (cfr. "De la irrevisibilidad a la revisibilidad jurisdiccional de la función administrativa del Poder Judicial", Tomás Hutchinson, La Ley, Sup. Adm. 2010 (agosto), 63. www.informaciónlegal.com.ar. Cita online: AR/DOC/5284/2010).-

Asimismo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en autos "Llerena", del 17 de mayo de 2005) expresó que "...si bien es cierto que las causales de recusación deben admitirse en forma restrictiva (Fallos: 310:2845 y sus citas), ese principio no puede ser interpretado de modo tal que torne ilusorio el uso de un instrumento concebido para asegurar la imparcialidad del órgano jurisdiccional llamado a decidir una controversia, condición de vigencia de la garantía del debido proceso (Fallos: 321:3504, disidencia del juez Fayt)." (Fallos 328:1491).-

Pues bien, los argumentos expuestos me inclinan a disentir de mi colega preopinante. Y aun cuando comparto que la interpretación de las causales de recusación ha de ser restrictiva, no debemos olvidar que nuestras decisiones y las razones que las fundan no pueden, por regla, resultar sorpresivas al sentido común. Los ciudadanos, especialmente los litigantes han de poder comprender -aun cuando no compartan- nuestras explicaciones y éstas deben basarse en una utilización llana del lenguaje, no pervirtiendo o descontextualizando -sin perjuicio de los términos específicamente técnicos- el uso ordinario del lenguaje. Entonces, debemos preguntarnos si -de acuerdo a lo que podríamos estimar como "consenso" de los operadores del derecho- allí donde utilizamos el término "opinión" (en la lectura del art. 17 del CPC y C) estamos respetando su uso admitido socialmente o, al menos, las reglas de

utilización en el ámbito jurídico.-

En este sentido, creo que la actuación de los jueces recusados ha implicado emitir opinión jurídicamente relevante o significativa.-

Debo, ya terminando, admitir que no toda opinión previa a una sentencia implica un prejuzgamiento. Ello ocurre cuando, durante el proceso o en otros procesos conexos el juez decide (siempre en contexto jurisdiccional) en debida oportunidad y forma. Por ejemplo, la opinión vertida al fundar una medida cautelar (siempre que no se haya incurrido en excesos argumentales) no inhabilita la actuación posterior del magistrado. Tampoco las opiniones generales vertidas en ámbitos académicos o de divulgación.-

Ahora bien, en este caso los jueces del Tribunal Superior de Justicia no han emitido opinión en el marco de una causa judicial en trámite, sino que se trata de una decisión administrativa que, luego, es impugnada por un tercero que se presenta como afectado o alega defender un interés legítimo. No se trataría, por ejemplo, del caso del juez que revisa, en el marco de un recurso de revocatoria, una propia resolución previa. Aquí, literalmente, se trataría de que las mismas autoridades que deciden una cuestión administrativa luego, cuando la misma es atacada jurisdiccionalmente, decidan sobre su juridicidad.-

Más allá de que la capacidad técnica y profesional de los magistrados recusados les permita tomar la distancia que se espera de un juzgador, es comprensible, por razones -a diferencia del motivo adicional por el que se recusa al Dr. Arenillas- objetivas, que el Estado Provincial (en su carácter de accionante) considere que el estándar de imparcialidad no está garantizado.-

En relación a la denominada "imparcialidad objetiva" el más Alto Tribunal de la Nación (en el citado precedente "Llerena") explicó que "...se vincula con el hecho de que el juzgador muestre garantías suficientes tendientes a evitar cualquier duda razonable que pueda conducir a presumir su parcialidad frente al caso. Si de alguna manera puede presumirse por razones legítimas que el juez genere dudas acerca de su imparcialidad frente al tema a decidir, debe ser apartado de su tratamiento, para preservar la confianza de los ciudadanos -y sobre todo del imputado- en la administración de justicia, que constituye un pilar del sistema democrático.". Y continúa en otro considerando: "...la imparcialidad del juzgador puede ser definida como la ausencia de prejuicios e intereses de éste frente al caso que debe decidir, tanto en relación a las partes como a la materia. Así por ejemplo lo expresa Ferrajoli: 'es indispensable para que se garantice la ajenidad del juez a los dos intereses contrapuestos...Esta imparcialidad del juez respecto de los fines perseguidos por las partes debe ser tanto personal como institucional' (Ferrajoli,

Luigi, Derecho y razón, trad. Ibáñez, Perfecto Andrés, Trotta, Madrid, 1995, pág. 581).". Así, la imparcialidad ""...como garantía de esta indiferencia o desinterés personal respecto a los intereses en conflicto, se hace necesaria la recusabilidad del juez por cada una de las partes interesadas...El juez, que…no debe gozar del consenso de la mayoría, debe contar, sin embargo, con la confianza de los sujetos concretos que juzga, de modo que éstos no sólo no tengan, sino ni siquiera alberguen, el temor de llegar a tener un juez enemigo o de cualquier modo no imparcial' (Ferrajoli, Luigi, op. cit., págs. 581/582)." (consid. 24, voto de los Dres. Zaffaroni y Highton de Nolasco, del fallo cit. "Llerena").-

Por último, deseo resaltar el valor interpretativo del precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en "Charpin" (08/04/2008), donde, en caso análogo, admite la excusación del Dr. Fayt (quien había invocado la causal del artículo 30 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación) y rechaza la recusación al Dr. Petrachi, porque este ministro no había suscripto la resolución administrativa que se impugnaba en vía judicial (en sentido análogo fallo, "Leal, Rosa José Antonio c/ Gob. Prov. Santiago del Estero s/ Recurso Contencioso Administrativo", C.Apel. Civ. y Com. Santiago del Estero, 1-11-2013, Microjuris.com. Cita: MJ-JU-M-83593-AR / Mjj83593).-

En definitiva, por todo lo expuesto es que considero que debe admitirse la recusación en esta causa de los Sres. Vocales del Tribunal Superior de Justicia, Dres. Daniel Mauricio Mariani, Enrique Osvaldo Peretti, Alicia de los Angeles Mercau, Paula Ernestina Ludueña y del Sr. Vocal Subrogante Dr. Carlos Enrique Arenillas. Ello sin perjuicio de la salvedad efectuada respecto de la improcedencia del motivo adicional de recusación que se plantea respecto de éste último. **Así lo voto.-**

Los Dres. **Rosa Ramona Núñez, Ricardo Javier Albornoz** y **Joaquín Alejandro Cabral, adhieren** al voto de la **Dra. María Teresa Guruceaga**, por compartir sus fundamentos.-

Por los fundamentos del Acuerdo que antecede y el voto mayoritario y concordante de los Sres. Vocales Subrogantes, Dres. Rosa Ramona Núñez, María Teresa Guruceaga, Ricardo Javier Albornoz y del Sr. Vocal Subrogante a cargo de la Presidencia, Dr. Joaquín Alejandro Cabral; y la disidencia del Sr. Vocal Subrogante, Dr. Francisco Vicente Marinkovic, el Excmo. Tribunal Superior de Justicia;

**RESUELVE:**

**1°)** Rechazar las recusaciones con causa formuladas por el Sr. Fiscal de Estado de la Provincia de Santa Cruz a fs. 5/8 vta., reiteradas a fs. 12 vta.,

respecto de los Sres. Vocales, Dres. Daniel Mauricio Mariani, Enrique Osvaldo Peretti, Alicia de los Angeles Mercau, Paula Ernestina Ludueña Campos y del Sr. Vocal Subrogante, Dr. Carlos Enrique Arenillas.-

2°) Tener presente la reserva del caso federal.-

3°) Regístrese y notifíquese.-

**JOAQUIN ALEJANDRO CABRAL**
Vocal Subrogante A/C Presidencia
Tribunal Superior de Justicia

**ROSA RAMONA NUÑEZ**
Vocal Subrogante
Tribunal Superior de Justicia

**MARIA TERESA GURUCEAGA**
Vocal Subrogante
Tribunal Superior de Justicia

**RICARDO JAVIER ALBORNOZ**
Vocal Subrogante
Tribunal Superior de Justicia

**FRANCISCO VICENTE MARINKOVIC**
Vocal Subrogante
Tribunal Superior de Justicia

**MARCELA SILVIA RAMOS**
Secretaria
Tribunal Superior de Justicia