



BOLETÍN JURÍDICO N°15

Dirección académica: Patricio M.E. Sammartino – Gabriela A. Stortoni

Consejo de redacción: Jimena Zicavo–Carlos Nielsen–Leandro Salgán–Martín Sánchez

SUMARIO

01 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

DISCRETIONALIDAD. LÍMITES. DEBIDO PROCESO LEGAL. MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO. NECESIDADES DEL SERVICIO. CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO. DEBER DE EXIGIR LA EXISTENCIA DE CIRCUNSTANCIAS CONCRETAS Y ANÁLISIS RAZONADO DE LA CALIFICACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS DEL CASO. ARTÍCULO 2° CADH: OBLIGACIÓN DE LOS ESTADOS PARTES A ADOPTAR LAS MEDIDAS LEGISLATIVAS O DE OTRO CARÁCTER QUE FUEREN NECESARIAS PARA HACER EFECTIVOS LOS DERECHOS Y LIBERTADES PROTEGIDOS POR LA CONVENCION.

- La discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos.
- Es exigible a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, cuyas decisiones puedan afectar los derechos de las personas, que adopte dichas decisiones con pleno respeto de las garantías del debido proceso legal.
- El artículo 8° de la Convención consagra los lineamientos del debido proceso legal, que se refiere al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos.
- El deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra, y otorga credibilidad a las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática.
- Las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias.
- La motivación demuestra a las partes que estas han sido oídas y, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias.
- Las necesidades del servicio, invocadas para el cese de un funcionario, denotan la aplicación de un concepto jurídico indeterminado, es decir, referido a una esfera de la realidad cuyos límites no aparecen claramente establecidos en su enunciado. Su aplicación debería responder a circunstancias concretas claramente relevadas por la autoridad. Aludir a las necesidades del servicio no significa hacer referencia simplemente al enunciado, sino que debe introducir al análisis razonado de la calificación de circunstancias concretas del caso.

- En la especie, la autoridad no demostró que la separación del cargo de un funcionario hubiese respondido (i) al acaecimiento de la condición resolutoria a que se sujetó la designación o nombramiento, como el cumplimiento de un plazo predeterminado por la celebración y conclusión de un concurso público a partir del cual se nombre o designe al funcionario que reemplazará a anterior; o (ii) por faltas disciplinarias graves o comprobada incompetencia, para lo cual habrá de seguirse un proceso que cumpla con las debidas garantías y que asegure la objetividad e imparcialidad de la decisión.
- El artículo 2° de la Convención obliga a los Estados Partes a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades protegidos por la Convención. Dicho deber implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención, ya sea porque desconozcan esos derechos o libertades u obstaculicen su ejercicio. Por otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.
- **CorteIDH**, Caso “CASA NINA VS. PERÚ”, sentencia de 24 de noviembre de 2020.

02 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

2.1. RECURSO DE QUEJA. ADMISIBILIDAD. GRAVEDAD INSTITUCIONAL. AGRAVIOS DE MUY DIFÍCIL REPARACIÓN ULTERIOR. SENTENCIA ÚTIL. SUSPENSIÓN DEL CURSO DEL PROCESO

- **CSJN**, “*Karlen, Alejandro Hernán c/ Estado Nacional, Poder Ejecutivo de la Nación s/ ejecución de sentencia*”, 3 de mayo de 2022.

2.2. EJECUCIÓN JUDICIAL DE UN ACTO ADMINISTRATIVO. IMPROCEDENCIA.

Retención de migrante a los fines de cumplir la medida de expulsión dispuesta por DNM. Carácter instrumental del instituto de la retención respecto de la medida de expulsión. Pedido de autorización judicial. Sentencia arbitraria. Pronunciamiento prematuro. La orden de expulsión que recae sobre la persona extranjera se encuentra actualmente sometida a debate judicial. Ausencia acto firme. Inaplicación del art. 70 de la ley 25.871 que, en su redacción original aplicable al sub lite, prevé que recién firme y consentida la expulsión de un extranjero, el Ministerio del Interior o la Dirección Nacional de Migraciones, solicitarán a la autoridad judicial competente que ordene su retención, mediante resolución fundada, al solo y único efecto de cumplir aquélla.

- **CSJN**, “*EN - DNM - Disp 28367/05c/ Vidal s/ recurso directo para juzgados*” (con remisión al dictamen de la Procuradora Fiscal, Dra. Laura Monti, de 22 de abril de 2022.

2.3. SANCIÓN DE CADUCIDAD. RAZONABILIDAD DE LA MEDIDA. CONDUCCIÓN DE TAXI POR UNA PERSONA NO HABILITADA. NO RESULTA IRRAZONABLE NI DESPROPORCIONADO ESTABLECER UNA SANCIÓN RIGUROSA COMO LA CADUCIDAD DE LA LICENCIA FRENTE A LA CONDUCCIÓN DE TAXÍMETRO POR UNA PERSONA QUE NO ESTÁ HABILITADA. EN ESTE ÁMBITO EL SISTEMA SANCIONATORIO APUNTA A REDUCIR LA INSEGURIDAD VIAL AL EVITAR QUE EL TRANSPORTE PÚBLICO DE PASAJEROS QUEDE EN MANOS DE CHOFERES INHABILITADOS.

- **CSJN**, “*Indar Tax SA c/ G.C.B.A. y otros s/impugnación actos administrativos s/ recurso de inconstitucionalidad concedido*”, de 22 de marzo de 2022.

03 CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL

3.1. AMPARO. IMPROCEDENCIA. PRETENSIÓN ANULATORIA. DECRETO PRESIDENCIA DEL SENADO. DESIGNACIÓN CONSEJERO DE LA MAGISTRATURA. CUESTIÓN VINCULADA A LA ESFERA INTERNA DEL PODER LEGISLATIVO.

- Cada uno de los tres altos poderes que forman el Gobierno de la Nación aplica e interpreta la Constitución por sí mismo, cuando ejercita las facultades que ella les confiere respectivamente.
- Deferencia de los tribunales judiciales frente a los denominados “interna corporis acta”.
- El amparo no reemplaza ni sustituye a los procedimientos ordinarios previstos para la tutela de los derechos que se dicen lesionados.
- En el caso, mediante el amparo se pretende sustituir el procedimiento de ejecución de la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la ya citada causa “Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires”
- Los amparistas no identifican norma alguna en concreto que imponga un deber de actuar en determinado sentido (del voto concurrente).
- En la especie, los amparistas no son más que portadores de un derecho en expectativa a ser designados, en la medida en que el cuerpo al que pertenecen hubiera mantenido la configuración de los bloques partidarios (del voto concurrente).

- **Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal**, Sala V, “JUEZ, LUIS ALFREDO Y OTRO c/ HONORABLE CÁMARA DE SENADORES DE LA NACION s/AMPARO LEY 16.986”, de 10 de mayo de 2022.

3.2. SANCIONES ADMINISTRATIVAS. MULTA. ACTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. REQUISITOS. VICIOS. INCUMPLIMIENTO DEL SUPERMERCADO A LAS OBLIGACIONES ESTABLECIDAS EN EL ARTÍCULO 7º DE LA LEY 24.240 (DEFENSA DEL CONSUMIDOR). FALTA DE EXHIBICIÓN DE PRODUCTOS PERTENECIENTES AL PROGRAMA PRECIOS CUIDADOS.

- (i) *Vicio en las formas esenciales. Derecho de defensa. Subsanación en sede judicial.*
- Según la inveterada jurisprudencia del Máximo Tribunal la eventual restricción de la defensa en el procedimiento administrativo es subsanable en el trámite jurisdiccional subsiguiente (conf. Fallos: 212:456; 218:535; 267:393; 273:134 y 331:2769, entre otros).
 - Quien plantea la nulidad de un acto administrativo, debe señalar, de modo preciso, tanto los vicios que éste presenta como el perjuicio sufrido.
 - No es suficiente la mera invocación de la vulneración del derecho de defensa, si no se indican, concretamente, las defensas que se ha visto impedido de oponer el interesado, y de qué modo ese vicio habría incidido en el ejercicio de aquel derecho para que, eventualmente, la autoridad administrativa arribara a una solución distinta de la adoptada.
 - La omisión de un trámite en el expediente administrativo no acarrea sin más la nulidad de la resolución que en él recaiga. Se deberá ponderar en cada caso concreto las consecuencias producidas por tal situación a la parte interesada, en particular en cuanto atañe a la eventual falta de defensa que ella realmente pudiere haber originado y, sobre todo, lo que hubiera podido variar el acto administrativo en caso de observarse el trámite omitido.

- Según pacífica jurisprudencia, cuando la alegada restricción de la defensa en juicio ocurre en un procedimiento que se sustancia en sede administrativa, la violación al art. 18 de la Constitución Nacional no se produce en tanto exista la posibilidad de subsanarse en una etapa jurisdiccional ulterior, porque se satisface la exigencia de la defensa en juicio ofreciendo la posibilidad de ocurrir ante un organismo jurisdiccional en procura de justicia.

(ii) Motivación.

- La motivación consiste en la exposición de los motivos que indujeron a la Administración Pública a emitir el acto; equivale a los así llamados “considerandos” del acto, y que queda equiparada a la “justificación” de éste.

(iii) Presunción de legitimidad.

- Se presume que la actividad de la Administración guarda conformidad con el ordenamiento jurídico, presunción que subsiste en tanto no se declare lo contrario por el órgano competente.
- Si se adoptara otra tesis, la prerrogativa de la Administración respecto de la legitimidad de sus actos desaparecería frente a cualquier proceso judicial, obligando al Estado a demostrar, en cada caso, la veracidad de los hechos en los que se asienta, así como la validez de las conclusiones extraídas de ellos, cuando –por el contrario– es el interesado el que debe alegar y probar su nulidad en juicio (conf. C.S.J.N., en Fallos: 218:312, 324 y 372; 294:69; entre otros).

(iv) Prueba.

- El artículo 377 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, plasmando un principio elemental del Derecho Procesal, establece que quien alega un hecho debe probarlo.
- Cada parte soporta la prueba de los hechos a los que atribuye la producción del efecto jurídico que pretende. La actividad probatoria constituye, como toda
- Carga procesal, un imperativo del propio interesado.
- En la especie, cabe entonces concluir que la recurrente no ha logrado desvirtuar la materialidad fáctica del incumplimiento.
- Existe infracción al régimen examinado el incumplimiento de oferta, por el cual los productos ofertados (en concreto, del programa “Precios Cuidados”) no se encontraron de modo efectivo a disposición del público, en forma constante e ininterrumpida.

(v) Desviación de poder.

- La demostración de la existencia de desviación de poder en el acto atacado debe ser cierta y precisa, a fin de lograr acreditar que el fin perseguido en el acto administrativo cuestionado, no es en realidad la verdadera finalidad de éste, sino una distinta que se quiere encubrir legalmente.

(vi) La infracción formal no requiere demostrar daño.

- Las conductas que se imputan a la recurrente encuadran dentro de las denominadas infracciones formales, en las cuales, la verificación de los hechos hace nacer, por sí, la responsabilidad del infractor. La infracción se configura por la sola omisión o el incumplimiento de los deberes u obligaciones a cargo de los prestadores de bienes y servicios, y no requiere la producción de daño concreto.

(vii) Discrecionalidad. Graduación de la sanción. Quantum de la multa. Control judicial. Alcance.

- La función judicial no puede reemplazar la acción de los otros poderes, ni asumir sus responsabilidades o sustituirlos en las facultades que a ellos les conciernen, y que –precisamente en el ejercicio de la potestad sancionatoria– se reconoce al órgano competente un razonable margen de apreciación en la graduación de la pena a imponer.

- **Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala II,** *“COTO CENTRO INTEGRAL DE COMERCIALIZACIÓN S.A. c/ E.N. - Mº de Desarrollo Productivo (Exp-2018-43118991) s/ recurso directo - Ley 24.240 - art. 45-”,* de 24 de mayo de 2022.

3.3. LEGITIMACIÓN PROCESAL. CASO. SEPARACIÓN DE PODERES. CONCEPTO DE “PARTE”. INTERÉS ESPECIAL EN EL PROCESO

- Quien demanda debe contar con legitimación procesal, en tanto constituye un presupuesto necesario para que exista un “caso” o una “causa” que deba ser resuelto por el Poder Judicial.
- No hay causa cuando se procura la declaración general y directa de inconstitucionalidad de las normas o actos de los otros poderes; ni, por ende, existe facultad alguna en cabeza del Poder Judicial de la Nación que lo autorice, en tales circunstancias, a formular dichas declaraciones. El fundamento último de este criterio es el de salvaguardar el principio constitucional de la división de poderes
- La configuración de un “caso” presupone la existencia de “parte”, esto es la de “quien reclama o se defiende y, por ende, la de quien se beneficia o perjudica con la resolución adoptada al cabo del proceso”; la “parte” debe demostrar que los agravios expresados la afectan de forma suficientemente “directa” o “substancial”.
- Hay “caso” cuando “se persigue en concreto la determinación del derecho debatido entre partes adversas”. De modo tal que, asumiendo la justiciabilidad de la controversia, un eventual pronunciamiento favorable al demandante podría reparar el perjuicio concreto, actual e inminente que se invoca.
- Se requiere, por tanto, la demostración de un interés especial en el proceso, que se traduce en que los agravios alegados afecten a quien acciona de forma “suficientemente directa” o “substancial”, esto es, que posean “concreción e inmediatez” bastante para configurar una controversia definida, concreta, real y sustancial que admita remedio a través de una decisión que no sea solo una opinión acerca de cuál sería la norma en un estado de hecho hipotético
- Uno de los presupuestos necesarios para que exista un “caso” es la legitimación de la persona que ha promovido la acción
- Existe interés concreto, directo e inmediato de la actora -agrupación integrada por abogados de la matrícula federal que participa en los procesos de elección de los representantes de ese estamento técnico en el Consejo de la Magistratura”- para solicitar la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 4 y 7 de la Ley 6452 de la Ciudad de Buenos Aires, sancionada por la Legislatura de la Ciudad que modifican los arts. 26 y 37 de la Ley 402, por la cual, previo a la interposición del recurso extraordinario, se crea una instancia por ante el TSJ de la CABA para los procesos judiciales que tramitan ante la Justicia Nacional Ordinaria.

- **Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala I,** *“ASOCIACION CIVIL GENTE DE DERECHO c/ GCBA-LEY 6452 Y OTRO s/AMPARO LEY 16.986”,* de 22 de abril de 2022.

3.4. MEDIDA CAUTELAR. MULTA. EJECUCIÓN. ACTO SANCIONADOR NO FIRME. RÉGIMEN APLICABLE. VEROSIMILITUD. TEMPORALIDAD DE LA MEDIDA (ART. 5º, LEY 26.854). CONTRACAUTELA.

- La procedencia de las medidas cautelares está subordinada a una estricta apreciación de los requisitos de admisión, los cuales consisten en la apariencia o verosimilitud del derecho invocado por quien las solicita, y el peligro en la demora, que exige la probabilidad de que la tutela jurídica

definitiva que el actor aguarda de la sentencia a pronunciarse no pueda, en los hechos, realizarse.

- Dado que el art. 10 del anexo II de la disposición DNPDP N° 7/2005 exige que el acto debe encontrarse firme como condición para habilitar su ejecutoriedad, resulta verosímil que se suspenda la ejecución del acto sancionador por cuanto aún el acto no adquirió ese carácter.
- Corresponde que la Agencia de Acceso a la Información Pública (AAIP) se abstenga de promover la ejecución de la multa impuesta por el término de seis meses, computado desde la notificación de la decisión dictada por la Cámara (arg. art. 5° de la ley 26.854).

- **CNCAF, Sala II**, “*Banco Supervielle SA c/ Agencia Nacional de Acceso a la Información Pública s/proceso de conocimiento*”, de 24 de mayo de 2022.

04 PROCURACIÓN DEL TESORO

ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA. PARTICIPACIÓN DEL ESTADO NACIONAL EN UNA SOCIEDAD ANÓNIMA. ART. 149 CCC. COMPETENCIA. CONCEPTO.

- La participación del Estado Nacional en una sociedad anónima no modifica el carácter de persona jurídica de derecho privado de esa sociedad.
- La utilización por parte del Estado de técnicas de gestión y normas de derecho privado, en especial allí donde están en juego cuestiones patrimoniales, no es novedosa. En el ámbito del Derecho patrimonial, la utilización por la Administración de formas y técnicas de Derecho Privado tiene normalmente carácter instrumental.
- Una sociedad anónima cuyo capital esté constituido por acciones cuya titularidad corresponde al Estado, es una persona jurídica con aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación (v. art. 141, CCC), con una personería jurídica diferenciada de la de sus miembros (v. art.143, CCC), siendo que la participación del Estado en esta sociedad a través de las acciones que le confieren derechos de voto en la asamblea de accionistas, no modifica su carácter de privada (v. art. 149, CCC).
- La competencia es el complejo de funciones atribuido a un órgano administrativo, la medida de la potestad atribuida a cada órgano o, dicho de otro modo, el conjunto de facultades, poderes y atribuciones que corresponden a un determinado órgano en relación a los demás (v. Dictámenes 244: 510, con cita de Marienhoff, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, Tomo I, pág. 390, y Dictámenes 319:230).
- También, se la definió como la aptitud legal de obrar de los órganos o entes estatales, o la regla que determina las materias que entran en la esfera propia de cada autoridad (Dictámenes 311:244 y 319:230).
- El concepto de competencia, tal como se lo identificó, permite determinar el alcance de los cometidos que corresponden a cada órgano o ente de la Administración de acuerdo al ordenamiento jurídico (v. Dictámenes 311:244).
- La asignación de competencias entre los órganos que componen la Administración Pública centralizada y las personas jurídicas públicas estatales que integran la Administración Pública descentralizada, constituye un principio básico de la organización administrativa, en cuanto con ella se lleva a cabo la distribución de tareas o funciones para cumplir con los fines estatales (v. Dictámenes 319:230).
- La competencia reviste un carácter objetivo, en tanto requiere de una norma constitucional, legal o reglamentaria que la atribuya, representando a la vez una autorización y una limitación para actuar (v. Dictámenes 306:342; 311:244; y 319:230, entre otros).

- **PTN**, Dictamen IF-2022-29908538-APN-PTN, de 29.3.2022

05 CLÁSICOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO Y PROCESAL ADMINISTRATIVO.

- Los actos administrativos no impugnados judicialmente en el plazo que establece el art. 25 de la ley 19.549, devienen firmes e irrevisables a pedido del interesado debido a la caducidad operada razón por la cual no es admisible la acción por cobro de pesos o el reclamo de los daños y perjuicios basados en el accionar ilícito de la administración.
- En el ámbito del derecho administrativo la pretensión resarcitoria originado en un acto administrativo ilegítimo es accesoria de la acción de nulidad
- La presunción de legitimidad de los actos administrativos (art. 12 de la ley 19.549) subsiste en tanto no se declare lo contrario por el órgano competente.
- Al no mediar declaración de ilegitimidad no puede haber resarcimiento o pago de suma de dinero alguna pues falta la causa de tales obligaciones.

• **CSJN, Fallos 319:1476** (*“Alcántara Díaz Colodrero, Pedro c/ Banco de la Nación Argentina s/ juicios de conocimientos”, de 20 de agosto de 1996*)

06 JURISPRUDENCIA EXTRANJERA

6.1. TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. PASAPORTE COVID (PASE SANITARIO). EXIGENCIA DE EXHIBICIÓN DEL DOCUMENTO QUE ACREDITA TENER LA PAUTA COMPLETA DE LA VACUNACIÓN PARA EL INGRESO A ALGUNOS ESTABLECIMIENTOS. AUTORIZACIÓN DE MEDIDAS LIMITATIVAS DE DERECHOS FUNDAMENTALES ADOPTADAS POR RAZONES DE SALUD PÚBLICA.

- La proporcionalidad en sentido amplio incluye: (i) el juicio de idoneidad sobre si la medida resulta adecuada, idónea y apta para alcanzar el fin que se propone; (ii) el juicio de necesidad sobre si la medida es la única e imprescindible al no haber otra menos intensa que alcance el mismo resultado y (iii) la proporcionalidad estricta que se concreta en el sacrificio que impone la medida no debe resultar excesivo en relación con el interés que protege dicha actuación.
- Cuando surge un grave e inminente peligro para la vida de las personas y la protección de la salud pública, cualquier actuación de la Administración ha de ajustarse, ante todo, a los criterios médicos y epidemiológicos que resulten acordes con el estado de la ciencia en cada momento.
- Los informes ponen de manifiesto, con abundancia de datos científicos al respecto y mediante la identificación de las fuentes de sus aseveraciones, que la única medida eficaz posible, para proceder a la apertura de los locales de ocio, que proporcione un alto nivel de protección para la salud pública, es la implantación del denominado pasaporte covid, pues solo ella puede disminuir considerablemente el riesgo de contagio en dichos establecimientos.
- El beneficio que proporciona la medida, respecto de la reducción significativa de los contagios, es muy superior al sacrificio que comporta la exigencia de presentar la documentación para el acceso al local.

• **Tribunal Supremo de España**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia núm. 1.112/2021 de 14 de septiembre de 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

CASO CASA NINA VS. PERÚ

SENTENCIA DE 24 DE NOVIEMBRE DE 2020

(Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)

En el caso *Casa Nina Vs. Perú*,

la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante también "la Corte Interamericana", "la Corte" o "el Tribunal"), integrada por los siguientes jueces:

Elizabeth Odio Benito, Presidenta;
L. Patricio Pazmiño Freire, Vicepresidente;
Eduardo Vio Grossi, Juez;
Humberto Antonio Sierra Porto, Juez;
Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, Juez;
Eugenio Raúl Zaffaroni, Juez, y
Ricardo Pérez Manrique, Juez,

presentes, además,

Pablo Saavedra Alessandri, Secretario, y
Romina I. Sijniensky, Secretaria Adjunta,

de conformidad con los artículos 62.3 y 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante también "la Convención Americana" o "la Convención") y con los artículos 31, 32, 65 y 67 del Reglamento de la Corte (en adelante también "el Reglamento" o "el Reglamento de la Corte"), dicta la presente Sentencia que se estructura en el siguiente orden:

TABLA DE CONTENIDO

I INTRODUCCIÓN DE LA CAUSA Y OBJETO DE LA CONTROVERSIA	4
II PROCEDIMIENTO ANTE LA CORTE	5
III COMPETENCIA	6
IV EXCEPCIONES PRELIMINARES	6
<i>A. Excepción preliminar de "cuarta instancia"</i>	6
<i>A.1. Alegatos de las partes y de la Comisión</i>	6
<i>A.2. Consideraciones de la Corte</i>	7
<i>B. Falta de competencia de la Corte para conocer sobre alegaciones concernientes al derecho al trabajo</i>	7
<i>B.1. Alegatos de las partes y de la Comisión</i>	7
<i>B.2. Consideraciones de la Corte</i>	8
V CONSIDERACIONES PREVIAS	9
<i>A. Sobre la determinación de presuntas víctimas</i>	9
<i>A.1. Alegatos de las partes y de la Comisión</i>	9
<i>A.2. Consideraciones de la Corte</i>	9
<i>B. Sobre el marco fáctico del caso</i>	10
<i>B.1. Alegatos de las partes y de la Comisión</i>	10
<i>B.2. Consideraciones de la Corte</i>	10
VI PRUEBA	11
<i>A. Admisibilidad de la prueba documental</i>	11
<i>B. Admisibilidad de la prueba testimonial y pericial</i>	12
VII HECHOS	13
<i>A. Marco normativo aplicable</i>	13
<i>B. Nombramiento del señor Julio Casa Nina como Fiscal Adjunto Provincial Provisional</i>	15
<i>C. Conclusión del nombramiento de la presunta víctima</i>	16
<i>D. Mecanismos de impugnación promovidos por la presunta víctima</i>	16
<i>D.1. Recurso de reconsideración</i>	16
<i>D.2. Acción de amparo</i>	17
<i>D.3. Recurso de apelación</i>	17
<i>D.4. Recurso de agravio constitucional</i>	17
VIII FONDO	18
VIII.1 GARANTÍAS JUDICIALES, DERECHOS POLÍTICOS Y DERECHO AL TRABAJO, EN RELACIÓN CON LAS OBLIGACIONES DE RESPETAR Y GARANTIZAR LOS DERECHOS Y DE ADOPTAR DISPOSICIONES DE DERECHO INTERNO, Y ALEGADAS VIOLACIONES AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD, A LA PROTECCIÓN DE LA HONRA Y DE LA DIGNIDAD Y A LA IGUALDAD ANTE LA LEY	18
<i>A. Alegatos de la Comisión y de las partes</i>	18
<i>A.1. La estabilidad reforzada de las y los fiscales</i>	18
<i>A.2. Garantías judiciales y principio de legalidad</i>	19

<i>A.3. Derechos políticos</i>	19
<i>A.4. Derecho al trabajo</i>	20
<i>B. Consideraciones de la Corte</i>	20
<i>B.1. Garantías específicas para salvaguardar la independencia judicial y su aplicabilidad a las y los fiscales por la naturaleza de las funciones que ejercen</i>	20
<i>B.2. La garantía de inamovilidad en el cargo de las y los fiscales provisionales</i>	24
<i>B.3. Análisis del caso concreto</i>	25
<i>B.3.1 Nombramiento del señor Julio Casa Nina como fiscal provisional</i>	25
<i>B.3.2 Deber de motivación, inamovilidad en el cargo y conclusión del nombramiento del señor Julio Casa Nina como fiscal provisional</i>	26
<i>B.3.3 Derecho a permanecer en el cargo en condiciones de igualdad</i>	29
<i>B.3.4 Falta de adecuación del derecho interno, en relación con la garantía de inamovilidad de las y los fiscales</i>	30
<i>B.3.5 Derecho al trabajo</i>	31
<i>B.3.6 Alegada violación a la protección de la honra y de la dignidad y a la igualdad ante la ley</i>	34
<i>B.3.7 Conclusión General</i>	34
VIII.2 DERECHO A LA PROTECCIÓN JUDICIAL, EN RELACIÓN CON LAS OBLIGACIONES DE RESPETAR Y GARANTIZAR LOS DERECHOS	34
<i>A. Alegatos de la Comisión y de las partes</i>	34
<i>B. Consideraciones de la Corte</i>	35
IX REPARACIONES	37
<i>A. Parte lesionada</i>	37
<i>B. Medidas de restitución</i>	37
<i>C. Medidas de satisfacción</i>	38
<i>D. Garantías de no repetición</i>	38
<i>E. Indemnizaciones compensatorias</i>	40
<i>E.1 Daño Material</i>	40
<i>E.2 Daño Inmaterial</i>	41
<i>F. Costas y gastos</i>	43
<i>G. Reintegro de los gastos al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas</i>	44
<i>H. Modalidad de cumplimiento de los pagos ordenados</i>	44
X PUNTOS RESOLUTIVOS	45

I INTRODUCCIÓN DE LA CAUSA Y OBJETO DE LA CONTROVERSIA

1. *El caso sometido a la Corte.* – El 6 de agosto de 2019 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Comisión Interamericana” o “la Comisión”) sometió a la jurisdicción de la Corte el caso “Julio Casa Nina” contra la República del Perú (en adelante “el Estado peruano”, “el Estado” o “Perú”). De acuerdo con lo indicado por la Comisión, el caso se relaciona con una serie de violaciones que habrían ocurrido en el marco del procedimiento que culminó con la separación del señor Julio Casa Nina del cargo de Fiscal Adjunto Provisional de la Segunda Fiscalía Penal de la Provincia de Huamanga, Ayacucho, Perú. La Comisión consideró que el nombramiento de la presunta víctima se efectuó sin plazo o condición, limitado a una invocación genérica de las necesidades del servicio, lo que resultó incompatible con la garantía de estabilidad reforzada que debe proteger a los fiscales para salvaguardar su independencia. Asimismo, alegó que el procedimiento en virtud del cual fue cesado del cargo el señor Casa Nina no respetó el derecho de defensa, el principio de legalidad, el principio de presunción de inocencia y el derecho a contar con decisiones debidamente motivadas, lo que también vulneró el derecho de acceder y permanecer en el cargo en condiciones de igualdad. Por último, argumentó violación al derecho a la protección judicial, pues los recursos y acciones administrativas y judiciales no fueron efectivas para impugnar la decisión que cesó en su cargo a la presunta víctima.

2. *Trámite ante la Comisión.* – El trámite ante la Comisión fue el siguiente:

a) *Petición.* – El 6 de febrero de 2007 el señor Julio Casa Nina (en adelante también “la presunta víctima”) presentó la petición inicial.

b) *Informe de Admisibilidad.* – El 15 de agosto de 2014 la Comisión aprobó el Informe de Admisibilidad No. 79/14, en el que concluyó que la petición era admisible.

c) *Informe de Fondo.* – El 5 de octubre de 2018 la Comisión aprobó el Informe de Fondo No. 116/18 (en adelante “Informe de Fondo” o “Informe No. 116/18”), en el cual llegó a una serie de conclusiones¹ y formuló varias recomendaciones al Estado.

3. *Notificación al Estado.* – El Informe de Fondo fue notificado al Estado mediante comunicación de 6 de noviembre de 2018, habiéndole otorgado el plazo de dos meses para que informara sobre el cumplimiento de las recomendaciones. El 6 de febrero de 2019 la Comisión otorgó al Estado una prórroga de dos meses para que cumpliera las recomendaciones del Informe de Fondo. Asimismo, otorgó una segunda prórroga el 6 de mayo de 2019. La Comisión no accedió a otorgar la tercera prórroga solicitada por el Estado, al considerar que este “no expresó clara voluntad de cumplimiento de las recomendaciones”.

4. *Sometimiento a la Corte.* – El 6 de agosto de 2019 la Comisión sometió el presente caso a la Corte, según indicó, “por la necesidad de obtención de justicia para la [presunta] víctima”². Este Tribunal nota, con preocupación, que entre la presentación de la petición inicial ante la Comisión y el sometimiento del caso ante la Corte transcurrieron 12 años y seis meses.

¹ La Comisión concluyó que el Estado es responsable por la violación de los derechos a las garantías judiciales, al principio de legalidad, a permanecer en cargos públicos en condiciones de igualdad y a la protección judicial, reconocidos en los artículos 8.1, 8.2, 8.2 b), 8.2 c), 9, 23.1 c) y 25.1 de la Convención, en relación con las obligaciones previstas en los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento, en perjuicio del señor Julio Casa Nina.

² La Comisión designó como sus delegados ante la Corte al Comisionado Joel Hernández y al entonces Secretario Ejecutivo Paulo Abrão, y designó como asesor legal a Christian González Chacón, abogado de la Secretaría Ejecutiva.

5. *Solicitudes de la Comisión.* – Con base en lo anterior, la Comisión solicitó a este Tribunal que concluyera y declarara la responsabilidad internacional del Perú por las violaciones contenidas en el Informe No. 116/18 y se ordenara al Estado, como medidas de reparación, las incluidas en dicho informe.

II PROCEDIMIENTO ANTE LA CORTE

6. *Notificación al Estado y a la presunta víctima.* – El sometimiento del caso fue notificado al Estado y a la presunta víctima mediante comunicaciones de 27 de agosto de 2019.

7. *Escrito de solicitudes, argumentos y pruebas.* – El 31 de octubre de 2019 el señor Julio Casa Nina presentó su escrito de solicitudes, argumentos y pruebas (en adelante “escrito de solicitudes y argumentos”), conforme a los artículos 25 y 40 del Reglamento de la Corte. La presunta víctima coincidió sustancialmente con los alegatos de la Comisión y, adicionalmente, señaló que el Estado violó su derecho al trabajo. Asimismo, solicitó que se ordenara al Estado adoptar diversas medidas de reparación y el reintegro de determinadas costas y gastos, para lo cual identificó también como parte lesionada a su esposa Mercedes Maritza Salinas Mamani, y a sus hijas Yessenia Mercedes Casa Salinas y Lourdes Maritza Casa Salina.

8. *Escrito de contestación.* – El 4 de febrero de 2020 el Estado presentó ante la Corte su escrito de contestación al sometimiento del caso e Informe de Fondo de la Comisión Interamericana y al escrito de solicitudes y argumentos de la presunta víctima (en adelante “escrito de contestación”)³. En dicho escrito el Estado planteó dos excepciones preliminares y se opuso a las violaciones alegadas y a las medidas de reparación solicitadas⁴. Solicitó que se declaren infundadas las pretensiones de la Comisión y que se disponga que el Estado no es responsable por las violaciones señaladas en el Informe de Fondo.

9. *Observaciones a las excepciones preliminares.* – Mediante escritos de 22 y 25 de marzo de 2020, la abogada Yessenia Mercedes Casa Salinas, representante de la presunta víctima (en adelante “la representante”)⁵ y la Comisión, respectivamente, presentaron sus observaciones a las excepciones preliminares opuestas por el Estado.

10. *Procedimiento final escrito.* – Mediante Resolución de 3 de agosto de 2020, la Presidenta de la Corte, en consulta con el Pleno del Tribunal, decidió que, por razones de economía procesal y en atención a la situación originada a causa de la pandemia por la propagación del COVID-19, no era necesario convocar a audiencia pública en el presente caso. De esa cuenta, dispuso que las declaraciones admitidas serían rendidas ante fedatario público (*affidavit*)⁶.

³ Mediante comunicación de 25 de septiembre de 2019, el Estado designó como agente titular al abogado Carlos Miguel Reaño Balarezo, y como agentes alternas a las abogadas Silvana Lucía Gómez Salazar y Nilda Peralta Zecenarro.

⁴ El Estado presentó una “observación preliminar” y cinco “cuestionamientos procesales”, dos de los cuales se dirigen a discutir la competencia de la Corte en los términos siguientes: a) “Falta de competencia de la Corte IDH para asumir un rol de cuarta instancia”, y b) “Observaciones a la indebida inclusión de las alegaciones sobre presunta afectación al derecho al trabajo en el ESAP”.

⁵ Dicha representación fue acreditada mediante escrito de 12 de diciembre de 2019, para lo cual fue presentado poder otorgado por la presunta víctima.

⁶ En dicha Resolución fueron admitidas las declaraciones de las siguientes personas: a) Julio Casa Nina (presunta víctima, propuesto por la representante), y b) Rita Arleny Figueroa Vásquez (testigo, propuesta por el Estado). Asimismo, se dispuso incorporar, “como prueba documental, el peritaje que el experto Perfecto Andrés Ibáñez rind[er]a en el trámite del caso *Martínez Esquivia Vs. Colombia*”. Cfr. *Caso Casa Nina Vs. Perú*. Resolución de la Presidenta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 3 de agosto de 2020. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/casa_nina_03_08_20.pdf.

11. *Alegatos y observaciones finales escritos.* – El 8 y 9 de octubre de 2020 la Comisión, la representante y el Estado remitieron, respectivamente, sus observaciones finales escritas y sus alegatos finales escritos, junto con sus anexos.

12. *Observaciones a los anexos a los alegatos finales.* – El 30 de octubre de 2020 el Estado presentó sus observaciones a los anexos a los alegatos finales escritos de la representante. Por su parte, el 2 de noviembre de 2020 la representante presentó sus observaciones a los anexos a los alegatos finales escritos del Estado; en la misma fecha la Comisión indicó no tener observaciones al respecto.

13. La Corte deliberó la presente Sentencia, por medio de una sesión virtual, durante los días 23 y 24 de noviembre de 2020⁷.

III COMPETENCIA

14. La Corte es competente para conocer el presente caso, en los términos del artículo 62.3 de la Convención, en razón de que la República del Perú es Estado Parte de dicho instrumento desde el 28 de julio de 1978 y reconoció la competencia contenciosa de la Corte el 21 de enero de 1981.

IV EXCEPCIONES PRELIMINARES

15. En el presente caso, el Estado presentó dos excepciones preliminares relativas a los aspectos siguientes: a) excepción preliminar de “cuarta instancia”, y b) falta de competencia de la Corte para conocer sobre alegaciones concernientes al derecho al trabajo.

A. Excepción preliminar de “cuarta instancia”

A.1. Alegatos de las partes y de la Comisión

16. El **Estado** alegó que el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos es coadyuvante, subsidiario y complementario a la jurisdicción interna de los Estados, por lo que, como lo ha señalado la Corte en anteriores oportunidades, carece de competencia para actuar como tribunal de alzada para pronunciarse sobre desacuerdos en torno a la valoración de las pruebas, pues el examen de los hechos y la prueba corresponde a los tribunales internos. Argumentó que, en dos ocasiones, durante la etapa de admisibilidad ante la Comisión, formuló la excepción preliminar de cuarta instancia.

17. Señaló que el asunto que se discute en el presente caso fue “claramente zanjado” por el Tribunal Constitucional en sede interna, mediante sentencia de 14 de diciembre de 2005 (sic)⁸. De esa cuenta, la presunta víctima, por no estar de acuerdo con las valoraciones y los pronunciamientos obtenidos por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales, persigue que la Corte actúe como una cuarta instancia, es decir, que intervenga y se pronuncie sobre la

⁷ Debido a las circunstancias excepcionales ocasionadas por la pandemia COVID-19, esta Sentencia fue deliberada y aprobada durante el 138 Período Ordinario de Sesiones, el cual se llevó a cabo de forma no presencial utilizando medios tecnológicos de conformidad con lo establecido en el Reglamento de la Corte.

⁸ La sentencia del Tribunal Constitucional fue emitida el 14 de noviembre de 2005. *Cfr.* Sentencia emitida por la Sala Primera del Tribunal Constitucional el 14 de noviembre de 2005 (expediente de prueba, tomo I, anexo 9 al Informe de Fondo, folios 32 y 33).

controversia. Por último, afirmó que la Corte carece de competencia para conocer el presente caso, pues la presunta víctima acudió ante el Sistema Interamericano por su disconformidad con las decisiones internas.

18. La **representante** alegó que, en el asunto sometido a conocimiento de la Corte, no se discute la valoración de la prueba ni divergencias o conflictos internos. Por el contrario, se cuestiona la afectación, por parte del Estado, a derechos humanos protegidos por la legislación interna y supranacional.

19. La **Comisión** manifestó que en el presente caso se alegan una serie de violaciones al debido proceso y al principio de legalidad en el marco del procedimiento que culminó con la separación de la presunta víctima de su cargo en la Fiscalía, por lo que no se trata de una cuestión que se refiera simplemente a la disconformidad con decisiones nacionales. Agregó que el debate sobre las razones que le condujeron a concluir que dichas violaciones habían acaecido corresponde al fondo del asunto, lo que en ningún caso podría ser resuelto mediante una excepción preliminar. Solicitó que la Corte desestime la excepción preliminar de cuarta instancia.

A.2. Consideraciones de la Corte

20. Esta Corte ha señalado que la determinación en cuanto a si las actuaciones de órganos judiciales constituyen o no una violación de las obligaciones internacionales del Estado puede conducir a que la Corte deba ocuparse de examinar los respectivos procesos internos para establecer su compatibilidad con la Convención Americana⁹. Sin embargo, este Tribunal no es una cuarta instancia de revisión judicial ni examina la valoración de la prueba realizada por los jueces nacionales. Solo es competente para decidir sobre el contenido de resoluciones judiciales que contravengan de forma manifiestamente arbitraria la Convención Americana¹⁰.

21. En el caso concreto se advierte que las pretensiones de la Comisión y la presunta víctima no se circunscriben a la revisión de los fallos de los tribunales nacionales ante una eventual incorrección en la apreciación de las pruebas, en la determinación de los hechos o en la aplicación del derecho interno. Por el contrario, se alega la vulneración a distintos derechos consagrados en la Convención Americana, en el marco de las decisiones asumidas por las autoridades nacionales, tanto en sede administrativa como judicial. En consecuencia, con el fin de determinar si dichas violaciones efectivamente acaecieron, se hace imprescindible analizar las resoluciones dictadas por las distintas autoridades, administrativas y jurisdiccionales, a fin de determinar su compatibilidad con las obligaciones internacionales del Estado, lo que, a la postre, configura una cuestión de fondo que no puede dirimirse por vía de una excepción preliminar. Como corolario, la Corte declara sin lugar la excepción preliminar presentada por el Estado.

B. Falta de competencia de la Corte para conocer sobre alegaciones concernientes al derecho al trabajo

B.1. Alegatos de las partes y de la Comisión

22. El **Estado** alegó que, en diversas partes del escrito de solicitudes y argumentos, se hace

⁹ Cfr. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 222, y *Caso Urrutia Laubreaux Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de agosto de 2020. Serie C No. 409, párr. 31.

¹⁰ Cfr. *Caso Rico Vs. Argentina. Excepción Preliminar y Fondo*. Sentencia de 2 de septiembre de 2019. Serie C No 383, párr. 82, y *Caso Urrutia Laubreaux Vs. Chile, supra*, párr. 31.

referencia a la violación al derecho al trabajo, el que no fue considerado en el Informe de Admisibilidad ni en el Informe de Fondo. Señaló que el numeral 6 del artículo 19 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, conocido como "Protocolo de San Salvador", delimita la competencia de la Comisión y de la Corte, en el sentido que solo pueden ser objeto de análisis por parte de los órganos del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos el derecho a la libertad sindical (párrafo a) del artículo 8) y el derecho a la educación (artículo 13). Indicó que la Corte no puede asumir competencia respecto de la presunta violación de un derecho o libertad no incluida en el régimen de protección de la Convención y el Protocolo de San Salvador. Agregó que la Corte podría "repensar y reflexionar sobre los criterios anteriormente fijados en el caso *Lagos del Campo Vs. Perú*", en cuanto a la interpretación del artículo 26 de la Convención.

23. Argumentó que en el presente caso la única alegación relativa al principio de desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales se encuentra contenida en el escrito de solicitudes y argumentos, de manera que la Comisión no se ha pronunciado al respecto, por lo que no resulta pertinente realizar un análisis en tal sentido. Solicitó que la pretensión en torno a la vulneración del derecho al trabajo sea desestimada.

24. La **representante** indicó que el alegato relativo a la violación del derecho al trabajo está relacionado con los fundamentos fácticos del caso, por lo que no existe limitación para su análisis. Agregó que la Corte, en el caso *Lagos del Campo Vs. Perú*, afirmó que el derecho al trabajo se encuentra protegido por la Convención Americana, para lo cual consideró que los derechos civiles y políticos, así como los de naturaleza económica, social y cultural, deben ser entendidos integralmente, sin que exista jerarquía entre sí, por lo que son exigibles en todos los casos ante las autoridades competentes para su tutela.

25. La **Comisión** señaló que los representantes o las presuntas víctimas pueden invocar la violación de otros derechos distintos a los comprendidos en el Informe de Fondo, siempre que se atengan a los hechos contenidos en este último. Añadió que "esta no sería la oportunidad para cuestionar la jurisprudencia de la [...] Corte relacionada con la violación del artículo 26 [de la Convención]", pues el propio Tribunal ha reiterado que los términos amplios en que está redactada la Convención Americana indican que ejerce una jurisdicción plena sobre todos sus artículos y disposiciones. Solicitó que se desestime la excepción preliminar planteada.

B.2. Consideraciones de la Corte

26. Este Tribunal reafirma su competencia para conocer y resolver controversias relativas al artículo 26 de la Convención Americana como parte integrante de los derechos enumerados en su texto, respecto de los cuales el artículo 1.1 confiere obligaciones de respeto y garantía¹¹.

¹¹ Cfr. *Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C No 198, párrs. 16, 17 y 100; *Caso Lagos del Campo Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 340, párrs. 142 y 154; *Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de noviembre de 2017. Serie C No. 344, párr. 192; *Caso San Miguel Sosa y otras Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 8 de febrero de 2018. Serie C No. 348, párr. 220; *Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 349, párr. 100; *Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C No. 359, párrs. 75 a 97; *Caso Muelle Flores Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de marzo de 2019. Serie C No. 375, párrs. 34 a 37; *Caso Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB-SUNAT) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de noviembre de 2019. Serie C No. 394, párrs. 33 a 34; *Caso Hernández Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de noviembre de 2019. Serie C No. 395, párr. 62; *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de febrero de

Tal como lo ha indicado en decisiones previas¹², las consideraciones relacionadas con la posible ocurrencia de dichas violaciones deben ser estudiadas en el fondo de este asunto.

27. Por último, cabe agregar, ante los alegatos del Estado, que el Tribunal ha considerado de manera reiterada que los representantes o las presuntas víctimas pueden invocar derechos distintos a aquellos señalados por la Comisión, pues al ser las últimas mencionadas las titulares de los derechos consagrados en la Convención Americana, negarles esta facultad implicaría una restricción indebida a su condición de sujetos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En todo caso, la jurisprudencia ha exigido que dichos alegatos se basen en el marco fáctico establecido en el Informe de Fondo¹³. Como corolario, la Corte considera improcedente la excepción preliminar opuesta.

V CONSIDERACIONES PREVIAS

A. Sobre la determinación de presuntas víctimas

A.1. Alegatos de las partes y de la Comisión

28. El **Estado** señaló que la Corte ha establecido que la identificación de las presuntas víctimas es obligación de la Comisión, lo que debe realizar al emitir el Informe de Fondo, por lo que no resulta posible incluir a otras presuntas víctimas en una etapa posterior. En tal sentido, la Comisión, en el Informe de Fondo, solo reconoció como presunta víctima al señor Julio Casa Nina. Sin embargo, en el escrito de solicitudes y argumentos fueron incluidas otras personas: la esposa e hijas del señor Casa Nina, sin que puedan ser consideradas como tales en atención a la jurisprudencia de la Corte y a que no concurre la excepción prevista en el artículo 35.2 del Reglamento de la Corte. Solicitó que se declare que no es posible incluir presuntas víctimas distintas al señor Casa Nina.

29. La **representante** indicó que la reparación por violación a los derechos humanos es integral, por lo que debe comprender a los familiares del afectado, para lo cual es preciso tomar en cuenta distintos estándares internacionales referidos a los derechos de las víctimas a obtener reparaciones. La **Comisión** no se pronunció al respecto.

A.2. Consideraciones de la Corte

30. La Corte recuerda que de conformidad con el artículo 35.1 del Reglamento, el caso será sometido a su jurisdicción mediante la presentación del Informe de Fondo, el cual deberá contener la identificación de las presuntas víctimas. Por consiguiente, corresponde a la Comisión identificar con precisión y en la debida oportunidad procesal a las presuntas víctimas¹⁴, salvo en las circunstancias excepcionales previstas en el artículo 35.2 del referido

2020. Serie C No. 400, párr. 195; *Caso Spoltore Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 9 de junio de 2020. Serie C No. 404, párr. 85, y *Caso Empleados de la Fábrica de Fuegos en Santo Antônio de Jesus y sus familiares Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 15 de julio de 2020. Serie C No. 407, párr. 23.

¹² Cfr. *Caso Muelle Flores Vs. Perú*, supra, párr. 37, y *Caso Empleados de la Fábrica de Fuegos en Santo Antônio de Jesus y sus familiares Vs. Brasil*, supra, párr. 23.

¹³ Cfr. *Caso "Cinco Pensionistas" Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, párr. 155, y *Caso López y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2019. Serie C No. 396, párr. 196.

¹⁴ Cfr. *Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148, párr. 98, y *Caso Olivares Muñoz y otros Vs. Venezuela. Fondo,*

Reglamento, de acuerdo con el cual, cuando se justifique que no fue posible identificar a alguna o algunas presuntas víctimas, por tratarse de casos de violaciones masivas o colectivas, el Tribunal decidirá oportunamente si las considera o no como tales, de acuerdo con la naturaleza de la violación¹⁵.

31. De esa cuenta, en aplicación del citado artículo 35.1 del Reglamento, al no concurrir alguna de las excepciones que recoge el artículo 35.2, la Corte concluye que no es viable incluir otras presuntas víctimas distintas a la identificada en el Informe de Fondo, es decir, al señor Julio Casa Nina.

B. Sobre el marco fáctico del caso

B.1. Alegatos de las partes y de la Comisión

32. El **Estado** alegó, bajo el título "observaciones preliminares", que la Comisión "de manera errada ha distorsionado el sentido del presente caso y ha planteado cuestiones jurídicas que en estricto no se relacionan con los hechos". Así, destacó que la cesación del cargo del señor Casa Nina "no se produjo por la aplicación de una sanción, consecuentemente no se ha llevado a cabo un proceso disciplinario". En tal sentido, argumentó que no se produjo una destitución, despido o desvinculación, sino la conclusión de la designación efectuada como Fiscal Adjunto Provisional de la Segunda Fiscalía Provincial Penal de Huamanga, Ayacucho. El Estado solicitó que la Corte fije y delimite el hecho central de la controversia a fin de determinar las posiciones jurídicas asumidas por las partes y, de ser el caso, los fundamentos jurídicos que serán la base del fallo que se emita.

33. La **representante** indicó que el Informe de Fondo delimitó "en forma clara" el objeto de la controversia. La **Comisión**, por su parte, señaló que el planteamiento del Estado "no se refiere propiamente a la delimitación del marco fáctico sino a una disconformidad con la caracterización jurídica" realizada en el Informe de Fondo. Agregó que el referido marco fáctico del presente caso se encuentra "claramente delimitado y lo constituye el proceso que culminó con el cese de la víctima de su cargo de Fiscal Adjunto Provisional de la Segunda Fiscalía Penal de la Provincia de Huamanga". Solicitó que se desestime el planteamiento formulado por el Estado.

B.2. Consideraciones de la Corte

34. La Corte recuerda que el marco fáctico del proceso se encuentra constituido por los hechos contenidos en el Informe de Fondo sometidos a su consideración¹⁶. En tal sentido, el alegato del Estado, como refiere la Comisión, no objeta en sí mismo la delimitación del marco fáctico, sino la calificación que se efectuó en el Informe de Fondo respecto de tales hechos. En concreto, cuestiona que se haya afirmado que la conclusión del cargo que ejercía la presunta víctima fuera consecuencia de una sanción, por lo que niega que se haya producido destitución, despido o desvinculación. En todo caso, se trata de aspectos que atañen a la discusión jurídica respecto de la calificación de los hechos, elementos que ineludiblemente formarán parte del análisis de fondo que realizará el Tribunal.

Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de noviembre de 2020. Serie C No. 415, párr. 20.

¹⁵ Cfr. *Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 4 de septiembre de 2012. Serie C No. 250, párr. 48, y *Caso Olivares Muñoz y otros Vs. Venezuela, supra*, párr. 20.

¹⁶ Cfr. *Caso Vera Vera y otra Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 19 de mayo de 2011. Serie C No. 226, párr. 32, y *Caso Urrutia Laubreaux Vs. Chile, supra*, párr. 39.

VI PRUEBA

A. Admisibilidad de la prueba documental

35. La Corte recibió diversos documentos presentados como prueba por la Comisión y las partes junto con sus escritos principales (*supra* párrs. 1, 7 y 8). Como en otros casos, este Tribunal admite aquellos documentos presentados oportunamente (artículo 57 del Reglamento)¹⁷ por las partes y la Comisión, cuya admisibilidad no fue controvertida ni objetada, ni cuya autenticidad fue puesta en duda¹⁸.

36. Por otra parte, la Corte observa que la representante presentó, junto con sus alegatos finales escritos, comprobantes referidos a los gastos efectuados por la emisión del informe psicológico rendido por Harvis Andrana Cordero Loayza, así como por el informe pericial suscrito por Vladimir Díaz Pillaca. Ambos informes fueron remitidos como anexos al escrito de solicitudes y argumentos. El Estado, al presentar sus observaciones, señaló, entre otras cuestiones, que los comprobantes fueron presentados en forma extemporánea. Asimismo, el Estado presentó anexos junto con sus alegatos finales escritos¹⁹. La representante, en sus observaciones, cuestionó la pertinencia y utilidad de los documentos remitidos por el Estado. La Comisión manifestó no tener observaciones al respecto.

37. En tal sentido, la Corte recuerda que, en lo que se refiere a la oportunidad procesal para la presentación de prueba documental, de conformidad con el artículo 57.1 del Reglamento, esta debe ser presentada, en general, junto con los escritos de sometimiento del caso, de solicitudes y argumentos o de contestación, según corresponda. Ante ello, el Tribunal reitera que no es admisible la prueba remitida fuera de las debidas oportunidades procesales, salvo en caso de las excepciones establecidas en el artículo 57.2 del Reglamento, a saber: fuerza mayor, impedimento grave o si se tratare de un hecho ocurrido con posterioridad a los citados

¹⁷ La prueba documental puede ser presentada, en general y de conformidad con el artículo 57.2 del Reglamento, junto con los escritos de sometimiento del caso, de solicitudes y argumentos o de contestación, según corresponda, y no es admisible la prueba remitida fuera de esas oportunidades procesales, salvo en las excepciones establecidas en el referido artículo 57.2 del Reglamento (a saber, fuerza mayor, impedimento grave) o salvo si se tratara de un hecho superviniente, es decir, ocurrido con posterioridad a los citados momentos procesales.

¹⁸ *Cfr. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo.* Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 140, y *Caso Mota Abarullo y otros Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 18 de noviembre de 2020. Serie C No. 417, párr. 27.

¹⁹ El Estado remitió los documentos siguientes: a) Decreto Ley No. 25418 del 6 de abril de 1992, Ley de Bases del Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional; b) Decreto Ley No. 25505 del 20 de mayo de 1992, Nombran a Fiscal de la Nación Provisional; c) Ley No. 26695 del 29 de noviembre de 1996, Amplían facultades de la Presidencia de la Corte Suprema de Justicia y aprueban diversas normas sobre conformación y plazos de funcionamiento de las Comisiones Ejecutivas del Poder Judicial y del Ministerio Público; d) Resolución de la Fiscalía de la Nación No. 3893-2018-MP-FN del 30 de octubre de 2018, modificado por la Resolución de la Fiscalía de la Nación No. 1974-2019-MP-FN del 26 de julio de 2019, Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio Público - Fiscalía de la Nación; e) Resolución de la Comisión Ejecutiva del Ministerio Público No. 035-96-MP-FNCEMP del 12 de julio de 1996, modificado por la Resolución de la Comisión Ejecutiva del Ministerio Público No. 335-98-MP-CEMP del 24 de abril de 1998; f) Ley No. 27368 del 7 de noviembre de 2000, Ley que modifica o restablece artículos de la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura y dispone la convocatoria a Concurso Nacional para magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público; g) Resolución del Consejo Nacional de la Magistratura No. 041-2000-CNM, del 20 de noviembre de 2000, Reglamento de Concurso para el Nombramiento de Jueces y Fiscales; h) Resolución No. 076-2002-P-FSDDJ-A de 23 del agosto de 2002, Ministerio Público; i) Resolución de Gerencia No. 449-2003-MP-FN-GECPER del 29 de abril de 2002, Ministerio Público; j) Rol de Fiscales a nivel nacional que intervendrán de acuerdo a sus atribuciones el día 09 de abril de 2000 en cumplimiento a la Resolución N° 227-2000-MPCEMP de fecha 03 de abril de 2000; k) Decreto Supremo No. 353-2019-EF del 29 de noviembre de 2019, Aprueban montos de la remuneración y la bonificación por función jurisdiccional de los jueces supernumerarios del Poder Judicial que no se encuentren en la carrera judicial y fiscales provisionales del Ministerio Público que no se encuentren en la carrera fiscal, y l) Resolución de la Fiscalía de la Nación No. 2772-2015-MP-FN del 10 de junio de 2015.

momentos procesales²⁰. De esa cuenta, el Tribunal hace notar que los gastos que respaldarían los comprobantes presentados como anexos a los alegatos finales escritos de la representante habrían sido erogados con anterioridad a la presentación del escrito de solicitudes y argumentos y, pese a ello, no fueron remitidos junto con dicho documento. Por consiguiente, no se tomará en consideración, para el cálculo de las costas y gastos, los referidos comprobantes. Con relación a los documentos presentados por el Estado con sus alegatos finales escritos, la Corte nota que su presentación extemporánea no fue justificada en alguna de las causales excepcionales previstas en el Reglamento, ni fueron expresamente solicitados por la Corte como prueba para mejor resolver, de modo tal que no serán tomados en cuenta. Por las mismas razones, tampoco serán tomados en cuenta los documentos remitidos por la representante al formular sus observaciones a los anexos a los alegatos finales escritos del Estado.

B. Admisibilidad de la prueba testimonial y pericial

38. La Corte estima pertinente admitir las declaraciones rendidas ante fedatario público²¹ en la medida en que se ajusten al objeto que fue definido por la Presidencia en la Resolución mediante la cual ordenó recibirlas, y al objeto del presente caso²².

39. La Corte nota que la declaración del señor Julio Casa Nina, rendida ante fedatario público, fue remitida el 11 de septiembre de 2020, ocho días después del plazo previsto para el efecto²³. La **representante** justificó el atraso en las circunstancias derivadas de las medidas de restricción impuestas por el Estado peruano, mediante el Decreto Supremo 146-2020-PCM, a raíz del “[e]stado de [e]mergencia [n]acional y [m]undial [...] debido a la propagación incontrolable de la pandemia del COVID-19”, pues en el lugar de domicilio del declarante se establecieron restricciones de tránsito, aunado a que su condición es de “persona vulnerable con factores de riesgo al contagio”, dada su edad y los padecimientos de salud que le afectan, por lo que “el Estado [...] le ha prohibido expresamente el tránsito”. Para el efecto, remitió certificado médico sobre el estado de salud del señor Casa Nina. El **Estado**, al formular sus alegatos finales, hizo referencia a que la remisión extemporánea de la declaración determinaba su inadmisibilidad y que, en caso de admitirse, su valoración debía hacerse “con las reservas del caso”.

40. La Corte advierte que, si bien la representante informó en un primer momento que no había recibido las preguntas que el Estado pretendía formular a la presunta víctima, posteriormente justificó el retraso en la remisión de la declaración del señor Casa Nina en las medidas de restricción de movilidad adoptadas por el Estado peruano a raíz de la pandemia COVID-19. El Tribunal considera que estas últimas justificaciones son razonables, sustentadas en motivos de fuerza mayor que habrían imposibilitado su presentación dentro del plazo dispuesto²⁴. En consecuencia, se admite la declaración de la presunta víctima rendida ante fedatario público, en la medida en que dicha declaración se ajuste al objeto definido por la

²⁰ Cfr. *Caso Familia Barrios Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2011. Serie C No. 237, párr. 17, y *Caso Mota Abarullo y otros Vs. Venezuela, supra*, párr. 27.

²¹ La Corte recibió, dentro del plazo dispuesto para el efecto, la declaración de Rita Arleny Figueroa Vásquez (testigo, propuesta por el Estado).

²² Los objetos de las declaraciones se encuentran establecidos en la Resolución de la Presidenta de la Corte de 3 de agosto de 2020.

²³ La Resolución de la Presidenta de la Corte de 3 de agosto de 2020 dispuso que “[l]as declaraciones requeridas deber[ían] ser presentadas al Tribunal a más tardar el 3 de septiembre de 2020” (punto resolutivo 4).

²⁴ Véase, Declaración de 9 de abril de 2020 de la Corte Interamericana, “Covid-19 y Derechos Humanos: Los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de Derechos Humanos y respetando las obligaciones internacionales”. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/alerta/comunicado/cp-27-2020.html>.

Presidenta en la citada Resolución de 3 de agosto de 2020.

VII HECHOS

41. Con base en el marco fáctico determinado por la Comisión y las pruebas aportadas, la Corte establecerá los hechos del presente caso, los que serán precisados en el orden siguiente: a) marco normativo aplicable; b) nombramientos del señor Julio Casa Nina como Fiscal Adjunto Provincial Provisional; c) conclusión del nombramiento de la presunta víctima; d) mecanismos de impugnación promovidos por la presunta víctima; d.1) recurso de reconsideración; d.2) acción de amparo; d.3) recurso de apelación, y d.4) recurso de agravio constitucional.

A. Marco normativo aplicable

42. La Constitución Política del Perú²⁵, en su artículo 158º, dispone:

El Ministerio Público es autónomo. El Fiscal de la Nación lo preside. Es elegido por la Junta de Fiscales Supremos. El cargo de Fiscal de la Nación dura tres años, y es prorrogable, por reelección, sólo por otros dos. Los miembros del Ministerio Público tienen los mismos derechos y prerrogativas y están sujetos a las mismas obligaciones que los del Poder Judicial en la categoría respectiva. Les afectan las mismas incompatibilidades. Su nombramiento está sujeto a requisitos y procedimientos idénticos a los de los miembros del Poder Judicial en su respectiva categoría.

43. El artículo 64 del Decreto Legislativo No. 052, Ley Orgánica del Ministerio Público²⁶, regula:

Representación del Ministerio Público por el Fiscal de la Nación. El Fiscal de la Nación representa al Ministerio Público. Su autoridad se extiende a todos los funcionarios que lo integran, cualesquiera que sean su categoría

²⁵ Constitución Política del Perú, promulgada el 29 de diciembre de 1993. Disponible en: http://spij.minjus.gob.pe/content/publicaciones_oficiales/img/Constitucion-Politica-2016.pdf. Por su parte, los artículos 150º y 154º, según el texto vigente en la época de los hechos, disponían, en lo pertinente:

Artículo 150º. El Consejo Nacional de la Magistratura se encarga de la selección y el nombramiento de los jueces y fiscales, salvo cuando éstos provengan de elección popular.

El Consejo Nacional de la Magistratura es independiente y se rige por su Ley Orgánica.

Artículo 154º. Son funciones del Consejo Nacional de la Magistratura:

1. Nombrar, previo concurso público de méritos y evaluación personal, a los jueces y fiscales de todos los niveles. Dichos nombramientos requieren el voto conforme de los dos tercios del número legal de sus miembros. [...]

²⁶ Decreto Legislativo No. 052, Ley Orgánica del Ministerio Público, promulgada el 16 de marzo de 1981. Disponible en: https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1115895/ley_organica_ministerio_publico.pdf. Por su parte, los artículos 27 y 29 de dicho cuerpo normativo, según el texto vigente en la época de los hechos, regulaban lo siguiente:

Artículo 27. Reemplazo de Fiscales por licencias de más de sesenta (60) días. Si la licencia se concediere o prorrogare por más de sesenta días, así como en el caso de suspensión en el cargo a que se refiere el artículo 184 de la Constitución, el Fiscal de la Nación será reemplazado por quien le sigue en el turno. Tratándose de un Fiscal Supremo, el Fiscal de la Nación llamará a servir el cargo al más antiguo de los Fiscales Superiores de la especialidad.

Si el cargo para cubrir fuere el de Fiscal Superior, será llamado el Fiscal Provincial más antiguo para servirlo, atendiendo a la naturaleza civil o penal de la función por desempeñar. Y si se tratare de reemplazar a un Fiscal Provincial se llamará a servir el cargo, provisionalmente, al Adjunto respectivo.

Artículo 29. Haberes del Fiscal provisional. Los Fiscales provisionales percibirán el haber correspondiente al cargo que estén sirviendo, mientras dure la interinidad. Para este efecto, servirá de título la resolución expedida por el Fiscal de la Nación.

y actividad funcional especializada.

44. La Ley No. 26738²⁷, vigente en la época de los hechos, modificó la Ley No. 26623²⁸, en el sentido de facultar a la Comisión Ejecutiva del Ministerio Público para designar fiscales provisionalmente. Así, el artículo 1º de la citada Ley No. 26738 reguló en lo pertinente:

Adiciónase a la Tercera Disposición Transitoria, Complementaria y Final de la Ley No. 26623, los siguientes incisos: [...]

i. Designar provisionalmente a los señores Fiscales Supremos, Superiores y Provinciales, en las plazas que se encuentren vacantes, cubriéndose éstas entre los representantes del Ministerio Público, asimismo, designar en igual condición las nuevas plazas, en todos los niveles así como a los respectivos Fiscales adjuntos.

45. La Ley No. 26898, Ley que precisa deberes y derechos de magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público²⁹, reguló, en lo aplicable, lo siguiente:

Artículo 4º. Modifícanse los artículos 29º y 37º del Decreto Legislativo No 052, Ley Orgánica del Ministerio Público, los mismos que tendrán la siguiente redacción:

“Artículo 29º. Los Fiscales Supremos, Superiores y Provinciales que sean designados en la condición de Provisionales en cualquiera de los órganos del Ministerio Público previstos en el artículo 36º; tienen los mismos deberes, derechos, atribuciones, prerrogativas, prohibiciones e incompatibilidades, que los Fiscales Titulares en sus respectivas categorías mientras dure la provisionalidad, tanto como titular de la acción penal pública como en la marcha institucional y administrativa. [...]”

46. Por su parte, la Ley No. 27362, Ley que deja sin efecto la homologación de los magistrados titulares y provisionales del Poder Judicial y del Ministerio Público³⁰, derogó la Ley No. 26898 y dispuso en su artículo 5º lo siguiente:

Delimitación del ámbito funcional de los magistrados provisionales. Los magistrados provisionales sólo pueden ejercer labores jurisdiccionales mientras dure la interinidad. Están impedidos de asumir función administrativa o de representación alguna.

²⁷ Ley No. 26738, promulgada el 7 de enero de 1997. Disponible en: <https://peru.justia.com/federales/leyes/26738-jan-7-1997/gdoc/>.

²⁸ Ley No. 26623, promulgada el 18 de junio de 1996. Disponible en: <https://docs.peru.justia.com/federales/leyes/26623-jun-18-1996.pdf>. Dicha ley, en su Segunda Disposición Transitoria, Complementaria y Final declaró “en reorganización al Ministerio Público”, dejó en suspenso determinados artículos de la Ley Orgánica del Ministerio Público (Decreto Legislativo No. 052) y dispuso que “[l]as funciones de gobierno y gestión del Ministerio Público ser[ía]n asumidas por la Comisión Ejecutiva del Ministerio Público”. Dicha disposición, a su vez, fue reformada mediante la Ley No. 26695, promulgada el 2 de diciembre de 1996. Disponible en: <https://peru.justia.com/federales/leyes/26695-dec-2-1996/gdoc/>.

²⁹ Ley No. 26898, Ley que precisa deberes y derechos de magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público, promulgada el 10 de diciembre de 1997. Disponible en: <https://docs.peru.justia.com/federales/leyes/26898-dec-12-1997.pdf>. Por su parte, el artículo 3º de dicho cuerpo normativa regulaba:

Durante el período de reorganización del Ministerio Público, la Comisión Ejecutiva del Ministerio Público, queda facultada para designar Fiscales Supremos, Superiores y Provinciales en la condición de Provisionales que sean necesarios para el eficaz cumplimiento de sus funciones de defensa de la legalidad, los derechos ciudadanos y los intereses públicos, así como la persecución del delito en todas sus modalidades, coadyuvando a la descarga procesal en aras de una pronta y oportuna administración de justicia en el país. Esta facultad se extiende para la designación de los respectivos Fiscales Adjuntos.

³⁰ Ley No. 27362, Ley que deja sin efecto la homologación de los magistrados titulares y provisionales del Poder Judicial y del Ministerio Público, promulgada el 30 de octubre de 2000. Disponible en: <https://docs.peru.justia.com/federales/leyes/27362-oct-30-2000.pdf>. La normativa era aplicable a los miembros del Ministerio Público en virtud del contenido del artículo 158º de la Constitución Política del Perú (*supra* párr. 42).

B. Nombramientos del señor Julio Casa Nina como Fiscal Adjunto Provincial Provisional

47. El 20 de mayo de 1998 el señor Julio Casa Nina, de 37 años, presentó un escrito ante la Presidenta de la Comisión Ejecutiva del Ministerio Público, en la que indicó ser abogado en ejercicio "con [e]studio abierto", y solicitó que "se le consider[ara] [como postulante] a la plaza vacante para [fiscales adjuntos] en los distritos [j]udiciales [...] a [n]ivel [n]acional". Para el efecto, adjuntó, entre otros documentos, currículum vitae, copia del título de abogado, declaraciones juradas y distintos certificados de registros públicos³¹.

48. Por medio de la Resolución de la Comisión Ejecutiva del Ministerio Público³² No. 464-98-MP-CEMP de 30 de junio de 1998, el señor Julio Casa Nina fue nombrado como Fiscal Adjunto Provincial Provisional de la Fiscalía Provincial Mixta de La Mar, Distrito Judicial de Ayacucho. En dicha Resolución se dispuso:

Visto y considerando:

Que, se encuentra vacante la plaza de Fiscal Adjunto Provincial de la Fiscalía Provincial Mixta de La Mar, Distrito Judicial de Ayacucho.

Que, habiéndose presentado como postulante el Doctor Julio Casa Nina [...]; en uso de las atribuciones conferidas por las Leyes No. 26623, 26695 y 26738;

Se resuelve:

Artículo primero. Nombrar al Doctor Julio Casa Nina como Fiscal Adjunto Provincial Provisional de la Fiscalía Provincial Mixta de La Mar, Distrito Judicial de Ayacucho³³.

49. Por medio de la Resolución de la Fiscalía de la Nación No. 565-2002-MP-FN de 8 de abril de 2002, se "dio por concluido el nombramiento" de la presunta víctima como Fiscal Adjunto Provincial Provisional de la Fiscalía Provincial Mixta de La Mar, Ayacucho, y, a su vez, se le nombró como Fiscal Adjunto Provincial Provisional del Distrito Judicial de Ayacucho, en el despacho de la Segunda Fiscalía Provincial Penal de Huamanga. Dicha Resolución señalaba:

Visto y considerando:

Que, por necesidad del servicio y estando a lo dispuesto por el [a]rtículo 64º del Decreto Legislativo N° 052, Ley Orgánica del Ministerio Público;

Se resuelve:

A[rtículo primero]. Dar por concluido el nombramiento del Doctor Julio Casa Nina, como Fiscal Adjunto Provincial Provisional de la Fiscalía Provincial Mixta de La Mar, Distrito Judicial de Ayacucho [...].

A[rtículo segundo]. Nombrar al Doctor Julio Casa Nina, como Fiscal Adjunto Provincial Provisional del Distrito

³¹ Cfr. Escrito presentado por el señor Julio Casa Nina ante la Presidenta de la Comisión Ejecutiva del Ministerio Público el 20 de mayo de 1998 (expediente de prueba, tomo IV, anexo 15 al escrito de contestación, folios 945 a 950).

³² El Estado, en su escrito de contestación, señaló que el señor Casa Nina "fue designado por primera vez el 30 de junio de 1998, por la Comisión Ejecutiva del Ministerio Público, [...] organismo [que] fue creado en mérito al proceso de reforma que existió en el Estado peruano, -sin embargo[,] solo tuvo vigencia desde el 19 de junio de 1996 fecha en la cual se creó mediante la Ley [No.] 26626 [sic] hasta su desactivación a cargo de [la] Ley [No.] 27367 de fecha 03 de noviembre de 2000-"; agregó que, en virtud de la última ley citada, "se d[io] fin al proceso de reorganización del Ministerio Público y queda[ro]n plenamente restablecidas las funciones de la institución". De conformidad con la información proporcionada por el Estado, se deduce que la creación de la Comisión Ejecutiva del Ministerio Público fue en virtud de la Ley No. 26623 (*supra* nota a pie de página 28).

³³ Cfr. Resolución de la Comisión Ejecutiva del Ministerio Público de 30 de junio de 1998 (expediente de prueba, tomo I, anexo 1 al Informe de Fondo, folio 4).

Judicial de Ayacucho, en el [d]espacho de la Segunda Fiscalía Provincial Penal de Huamanga³⁴.

C. Conclusión del nombramiento de la presunta víctima

50. El 21 de enero de 2003, por medio de la Resolución No. 087-2003-MP-FN, la Fiscal de la Nación dio por concluido el nombramiento del señor Casa Nina como Fiscal Adjunto Provincial Provisional del Distrito Judicial de Ayacucho; para el efecto, dispuso:

Visto y considerando:

Que, el nombramiento de los [f]iscales en calidad de provisionales es de carácter temporal, sujeto a las necesidades del servicio y estando a lo dispuesto por el [a]rtículo 64° del Decreto Legislativo N° 052, Ley Orgánica del Ministerio Público;

S[e resuelve]:

A[rtículo primero]. Dar por concluido el nombramiento del Doctor Julio Casa Nina, como Fiscal Adjunto Provincial Provisional de la Segunda Fiscalía Provincial Penal de Huamanga, Distrito Judicial de Ayacucho, [...] sin perjuicio de las acciones legales que pudiesen ser pertinentes por la queja y la denuncia que se encuentran en trámite³⁵.

D. Mecanismos de impugnación promovidos por la presunta víctima

D.1. Recurso de reconsideración

51. La presunta víctima presentó ante la Fiscal de la Nación recurso de reconsideración contra la Resolución No. 087-2003-MP-FN de 21 de enero de 2003 que dio por concluido su nombramiento. Entre otras cuestiones, argumentó que para dar por concluido su nombramiento se requería de un procedimiento administrativo en el cual, previa audiencia, se le impusiera una sanción, y que los cargos que se le imputaron habían sido desvanecidos; de esa cuenta, solicitó su "[reposición al centro de trabajo]"³⁶.

52. El 14 de febrero de 2003 la Fiscal de la Nación, por medio de la Resolución No. 285-2003-MP-FN, desestimó el recurso de reconsideración planteado por la presunta víctima. Para el efecto, dicha Resolución señaló:

C[onsiderando]:

Que, el nombramiento de los [f]iscales en calidad de provisionales es de carácter temporal y que los argumentos invocados por el recurrente en su escrito de reconsideración no desvirtúan en forma alguna los fundamentos de la Resolución [...] de fecha 21 de enero de 2003, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 5 de la Ley 27362.

Que, a la fecha de expedirse la citada Resolución el recurrente tiene dos quejas en trámite ante la Comisión Distrital Descentralizada de Control Interno.

Estando a lo dispuesto por el [a]rtículo 64 del Decreto Legislativo 052, Ley Orgánica del Ministerio Público;

S[e resuelve]:

³⁴ Cfr. Resolución de la Fiscalía de la Nación de 8 de abril de 2002 (expediente de prueba, tomo IV, anexo 16 al escrito de contestación, folio 953).

³⁵ Cfr. Resolución de la Fiscalía de la Nación de 21 de enero de 2003 (expediente de prueba, tomo I, anexo 2 al Informe de Fondo, folio 6).

³⁶ Cfr. Escrito del recurso de reconsideración de 13 de febrero de 2003 (expediente de prueba, tomo IV, anexo 17 a la contestación del Estado, folios 955 a 961).

A[rtículo primero]. Declarar infundado el [r]ecurso de [r]econsideración interpuesto por el Doctor Julio Casa Nina, contra la Resolución de la Fiscalía de la Nación No. 087-2003-MP-FN, de fecha 21 de [e]nero del 2003, dándose por agotada la vía administrativa³⁷.

D.2. Acción de amparo

53. El señor Casa Nina interpuso demanda de acción de amparo contra el Ministerio Público por la emisión de la Resolución No. 087-2003-MP-FN, para lo cual alegó vulneración a los derechos al trabajo, al debido proceso, de defensa y a la inamovilidad en el cargo. En su demanda, entre otros aspectos, argumentó que su nombramiento no podía darse por concluido por decisión unilateral sin razón justificada y que para ello era necesario un procedimiento administrativo en el que se respetaran todas las garantías, sin afectar su derecho de defensa³⁸.

54. El 19 de abril de 2005 el Primer Juzgado Especializado en lo Civil de Huamanga, Ayacucho, dictó Sentencia (Resolución No. 7), mediante la cual declaró infundada la demanda de acción de amparo, para lo cual, *inter alia*, consideró:

Que, al haber tenido el demandante la condición de [p]rovisional en el cargo de Fiscal Adjunto Provincial y no así de [t]itular[,], la decisión adoptada por la Fiscal de la Nación no constituye de modo alguno, medida disciplinaria de destitución del cargo prevista en el artículo 52 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, Decreto Legislativo 052; debiéndose por tanto desestimar la demanda interpuesta al no haberse acreditado vulneración constitucional alguna; tanto más si en la misma resolución cuya inaplicación se demanda, se precisa que la medida adoptada es sin perjuicio de las acciones legales que pudiesen ser pertinentes por la queja y denuncia que se encuentran en trámite; lo cual implica que estas no constituyen el sustento de la misma conforme se alega en la demanda; [...]³⁹.

D.3. Recurso de apelación

55. La presunta víctima interpuso recurso de apelación contra la Sentencia de 19 de abril de 2005. Ante ello, la Sala Especializada en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho, mediante Sentencia (Resolución No. 13) de 11 de julio de 2005, confirmó la decisión apelada; para el efecto, entre otras cuestiones, consideró:

[...] el actor pretende alegar derechos que corresponden a los fiscales titulares, nombrados de acuerdo a lo previsto por los artículos ciento cincuenta y ciento cincuenticuatro de nuestra Carta Magna, ya que el cargo que venía desempeñando [...] como un nombramiento de confianza, era de Fiscal Adjunto Provincial Provisional de la Segunda Fiscalía Provincial Penal de Huamanga, es decir, un cargo temporal, que como tal no genera más derechos que los inherentes a su cargo [...]⁴⁰.

D.4. Recurso de agravio constitucional

56. El señor Casa Nina promovió recurso de agravio constitucional ante el Tribunal Constitucional, cuya Sala Primera, mediante la Sentencia de 14 de noviembre de 2005, declaró "infundada la demanda". Para el efecto dicha Sala, *inter alia*, consideró:

3. [...] importa señalar, por un lado, que el artículo 27 del Decreto Legislativo 052, Ley Orgánica del Ministerio

³⁷ Cfr. Resolución de la Fiscalía de la Nación de 14 de febrero de 2003 (expediente de prueba, tomo I, anexo 4 al Informe de Fondo, folio 12).

³⁸ Cfr. Escrito de la demanda de amparo de 29 de noviembre de 2004 (expediente de prueba, tomo IV, anexo 19 al escrito de contestación, folios 967 a 980).

³⁹ Cfr. Sentencia emitida por el Juez del Primer Juzgado Especializado en lo Civil de Huamanga, Ayacucho, el 19 de abril de 2005 (expediente de prueba, tomo I, anexo 7 al Informe de Fondo, folios 25 a 27).

⁴⁰ Cfr. Sentencia emitida por la Sala Especializada en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho el 11 de julio de 2005 (expediente de prueba, tomo I, anexo 8 al Informe de Fondo, folios 29 y 30).

Público, establece que en caso de licencia del titular por más de 60 días y cuando “[...] se tratare de reemplazar a un Fiscal Provincial, se llamará a servir el cargo, provisionalmente, al Adjunto respectivo”, disposición que admite la existencia de fiscales provisionales —como es el caso del actor— a efecto de cubrir las vacantes que se produzcan en dicha entidad; y, por otro lado, que el artículo 5 de la Ley 27362, que deja sin efecto la homologación de los magistrados titulares y provisionales del Poder Judicial y del Ministerio Público, precisa que los magistrados provisionales solo pueden ejercer labores jurisdiccionales mientras dure la interinidad.

5. [...] este Tribunal entiende que la suplencia o provisionalidad, como tal, constituye una situación que no genera más derechos que los inherentes al cargo que "provisionalmente" ejerce quien no tiene titularidad alguna. Siendo ello así, no puede pretenderse, en sede constitucional, la protección de derechos que no corresponden a quien no ha sido nombrado conforme a lo establecido en los artículos 150 y 154 de la Constitución, sino que ejerce, de manera interina, una función de carácter transitorio⁴¹.

VIII FONDO

57. El presente caso concierne a la alegada violación de distintos derechos en relación con el procedimiento que culminó con la separación del señor Julio Casa Nina del cargo de Fiscal Adjunto Provisional de la Segunda Fiscalía Penal de la Provincia de Huamanga, Ayacucho, Perú. Para el efecto, la Corte procederá al análisis correspondiente, en el orden siguiente: a) garantías judiciales, derechos políticos y derecho al trabajo, en relación con las obligaciones de respetar y garantizar los derechos y de adoptar disposiciones de derecho interno, y alegadas violaciones al principio de legalidad, a la protección de la honra y de la dignidad y a la igualdad ante la ley, y b) derecho a la protección judicial, en relación con las obligaciones de respetar y garantizar los derechos.

VIII.1 GARANTÍAS JUDICIALES, DERECHOS POLÍTICOS Y DERECHO AL TRABAJO, EN RELACIÓN CON LAS OBLIGACIONES DE RESPETAR Y GARANTIZAR LOS DERECHOS Y DE ADOPTAR DISPOSICIONES DE DERECHO INTERNO⁴², Y ALEGADAS VIOLACIONES AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD, A LA PROTECCIÓN DE LA HONRA Y DE LA DIGNIDAD Y A LA IGUALDAD ANTE LA LEY⁴³

A. Alegatos de la Comisión y de las partes

A.1. La estabilidad reforzada de las y los fiscales

58. La **Comisión** indicó que el principio de estabilidad reforzada de jueces resulta aplicable a los fiscales “en la medida en que desempeñan un papel complementario al del juez en la administración de justicia, al promover procesos penales, investigar delitos, así como el ejercicio de otras funciones de interés público”. Alegó que la asimilación de fiscales provisionales a “cargos de confianza” permite su libre remoción, lo que afecta la independencia que debe garantizárseles, pues los hace vulnerables a ser removidos en razón de las decisiones que adopten, o en virtud de decisiones arbitrarias de los entes administrativos o judiciales. Agregó que lo acontecido en el caso, específicamente el nombramiento de la presunta víctima sin plazo o condición, limitado a una invocación genérica de las “necesidades del servicio”, resultó incompatible con la Convención.

59. La **presunta víctima** señaló que en el presente caso no se ha respetado la garantía de estabilidad reforzada, la cual exige a los Estados asegurar que todas las personas que ejerzan

⁴¹ Cfr. Sentencia emitida por la Sala Primera del Tribunal Constitucional el 14 de noviembre de 2005 (expediente de prueba, tomo I, anexo 9 al Informe de Fondo, folios 32 y 33).

⁴² Artículos 8, 23 y 26 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento.

⁴³ Artículos 9, 11 y 24 de la Convención Americana.

la función judicial cuenten con inamovilidad en el cargo.

60. El **Estado** expuso que la conclusión del cargo que ejercía la presunta víctima fue por virtud de una designación temporal, sin que se evidenciaran presiones internas o externas, ni contextos de intervención de órganos ajenos con afectación a la independencia judicial, o que la temporalidad del cargo que el señor Casa Nina ejercía lo hubiere ubicado en situación de vulnerabilidad frente a tales presiones. Señaló que los estándares citados por la Comisión fueron fijados con posterioridad a 2005, es decir, eran inexistentes al momento de los hechos. Aunado a ello, dichos estándares se refieren a jueces, sin que exista jurisprudencia referida a la situación de fiscales, menos aún a “[f]iscales [p]rovisionales no [t]itulares”.

61. Agregó que en el presente caso no se produjo un nombramiento, sino una “designación provisional”, sin que ello demerite la independencia fiscal, de la que gozan los “[f]iscales [p]rovisionales no [t]itulares” mientras dure la interinidad. Señaló que en lo que concierne al plazo o condición de la designación, si bien no se consignó expresamente en la Resolución correspondiente, “por la naturaleza de la designación provisional y las circunstancias que [la] motivaron (necesidad del servicio), se puede deducir que el término final del cargo se produciría indefectiblemente en cuanto desapare[cier]an las razones que motivaron la designación”.

A.2. Garantías judiciales y principio de legalidad

62. La **Comisión** argumentó que el presente caso trata de un proceso de determinación de derechos, en el que resultaban aplicables los derechos y garantías que recogen los artículos 8.1, 8.2 b), 8.2 c) y 9 de la Convención. Señaló que la presunta víctima tenía derecho a que la separación del cargo fuera compatible con un procedimiento formalmente disciplinario en el que se cumpliera el derecho de defensa, el principio de presunción de inocencia y el principio de legalidad, lo que no ocurrió. Expuso que la decisión que cesó en su cargo a la presunta víctima y la resolución que desestimó el recurso de reconsideración que planteó carecen de motivación, lo que impidió comprender las razones que tuvo la autoridad para emitirlos.

63. La **presunta víctima** indicó que el Estado violó el debido proceso y el derecho de defensa al disponer unilateral y arbitrariamente su separación del cargo, sin que mediara razón, sin invocar causal alguna y sin instar el procedimiento respectivo. Agregó que la resolución que determinó el cese de sus funciones no incluyó la motivación necesaria sobre la decisión, lo que la convierte en una manifestación arbitraria del poder del Estado, en clara violación del artículo 8 de la Convención.

64. El **Estado** señaló que luego de la conclusión de la segunda designación del señor Casa Nina, este tuvo la oportunidad de ser escuchado y de ejercer su derecho de defensa, en tanto planteó recurso de reconsideración. Indicó que no se ha vulnerado el derecho a la debida motivación de las decisiones, pues la argumentación expresada en la Resolución por la que la Fiscalía de la Nación resolvió el recurso de reconsideración permitió conocer cuáles fueron las razones y las normas en que se basó la autoridad para tomar su decisión.

A.3. Derechos políticos

65. La **Comisión** señaló que la jurisprudencia de la Corte ha indicado que, cuando se afecta en forma arbitraria la permanencia de jueces en sus cargos, se vulnera el derecho de acceso y permanencia en condiciones generales de igualdad en un cargo público, conforme al artículo 23.1 c). Alegó que dicho estándar también opera para los fiscales, en congruencia con la necesaria aplicación, a estos últimos, de la garantía de estabilidad reforzada. Indicó que la presunta víctima fue separada del cargo mediante un procedimiento que no cumplió las

garantías mínimas requeridas, con lo que también se violó su derecho de acceder y permanecer en el cargo público en condiciones generales de igualdad. La **representación** de la presunta víctima no se pronunció al respecto.

66. El **Estado** alegó que en el caso del señor Casa Nina se cumplieron las condiciones de igualdad para acceder a un cargo público, cuya designación concluyó por las necesidades del servicio y no como consecuencia de un proceso disciplinario en el que se hubieran cometido violaciones al debido proceso, por lo que no hubo violación al derecho reconocido en el artículo 23.1 c) de la Convención en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento.

A.4. Derecho al trabajo

67. La **presunta víctima** argumentó que la Constitución peruana reconoce que el trabajo es un derecho, por lo que se protege al trabajador en diversos niveles, lo que incluye el derecho a la estabilidad laboral. Indicó que el Tribunal Constitucional ha sostenido que al existir un “vínculo laboral [de] carácter indeterminado[,] solo puede ser objeto de despido por causa justa debidamente comprobada”. Añadió que la Fiscal de la Nación violó su derecho al trabajo, pues lo separó del cargo que venía ejerciendo sin que mediara razón alguna. La **Comisión** y el **Estado**, sin perjuicio de lo referido en cuanto a la excepción preliminar planteada (*supra* párrs. 22, 23 y 25), no presentaron alegatos de fondo en torno a los argumentos de la presunta víctima.

B. Consideraciones de la Corte

68. En virtud del sentido y fundamento de los alegatos esgrimidos por las partes y la Comisión, resulta esencial dilucidar primero lo relativo al reconocimiento a las y los fiscales de las garantías específicas propias de las juezas y los jueces, para así proceder al análisis del conjunto de los argumentos planteados en el presente asunto.

B.1. Garantías específicas para salvaguardar la independencia judicial y su aplicabilidad a las y los fiscales por la naturaleza de las funciones que ejercen

69. La Corte, para analizar el presente asunto, parte de tres premisas: (i) el deber del Estado de garantizar la prestación de los servicios de justicia; (ii) la necesidad primordial de que quienes intervengan en la prestación de tales servicios sean funcionarias y funcionarios titulares inamovibles, salvo causas de separación o destitución preestablecidas, y (iii) en casos excepcionales en que se requiera la designación de funcionarias o funcionarios provisionales, que el nombramiento, permanencia y cese en el ejercicio del cargo se sujeten a condiciones predeterminadas (*infra* párr. 81). Con relación a lo último mencionado, en el caso *Martínez Esquivia Vs. Colombia* este Tribunal concluyó que la garantía de estabilidad e inamovilidad de juezas y jueces, dirigida a salvaguardar su independencia, resulta aplicable a las y los fiscales en razón a la naturaleza de las funciones que ejercen⁴⁴. En las líneas que prosiguen se hace referencia a lo considerado en la Sentencia del caso en mención.

70. En tal sentido, en lo que respecta a la función específica de las y los fiscales, este Tribunal se ha referido en distintas oportunidades a la necesidad de que en lo que concierne a violaciones a los derechos humanos y, en general, en el ámbito penal, los Estados garanticen una investigación independiente y objetiva⁴⁵, habiendo enfatizado que las autoridades a cargo

⁴⁴ Cfr. *Caso Martínez Esquivia Vs. Colombia. Excepciones preliminares, Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 6 de octubre de 2020. Serie C No. 412, párrs. 95 y 96.

⁴⁵ Cfr. *inter alia*, *Caso Bueno Alves Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 164, párr. 108; *Caso Isaza Uribe y otros Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 de noviembre de 2018. Serie C No. 363, párr. 150, y *Caso Martínez Esquivia Vs. Colombia, supra*, párr. 86.

de la investigación deben gozar de independencia, de *jure* y de *facto*, lo que requiere “no sólo independencia jerárquica o institucional, sino también independencia real”⁴⁶.

71. Asimismo, el Tribunal ha señalado que las exigencias del debido proceso previstas en el artículo 8.1 de la Convención, así como criterios de independencia y objetividad, se extienden también a los órganos a los que corresponda la investigación previa al proceso judicial, realizada para determinar la existencia de suficientes indicios para el ejercicio de la acción penal, de manera que sin la observancia de tales exigencias el Estado estará imposibilitado de ejercer de manera efectiva y eficiente su facultad acusatoria y los tribunales no podrán llevar a cabo el proceso judicial correspondiente⁴⁷.

72. A partir de lo indicado, la Corte considera que las garantías a un adecuado nombramiento, a la inamovilidad en el cargo y a ser protegidos contra presiones externas también amparan la labor de las y los fiscales. De otro modo, se pondrían en riesgo la independencia y la objetividad que son exigibles en su función como principios dirigidos a asegurar que las investigaciones efectuadas y las pretensiones formuladas ante los órganos jurisdiccionales se dirijan exclusivamente a la realización de la justicia en el caso concreto, en coherencia con los alcances del artículo 8 de la Convención. A ese respecto, cabe agregar que la Corte ha precisado que la falta de garantía de inamovilidad de las y los fiscales, al hacerlos vulnerables frente a represalias por las decisiones que asuman, conlleva violación a la independencia que garantiza, precisamente, el artículo 8.1 de la Convención⁴⁸.

73. El criterio expresado encuentra respaldo, además, en diversos instrumentos y pronunciamientos en el ámbito internacional. En efecto, las Directrices de las Naciones Unidas sobre la función de los fiscales establecen la obligación de los Estados de garantizar “que los fiscales puedan ejercer sus funciones profesionales sin intimidación, trabas, hostigamiento, injerencias indebidas o riesgo injustificado de incurrir en responsabilidad civil, penal o de otra índole”⁴⁹.

También se refieren a tales exigencias, entre otros, los siguientes instrumentos: Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, 1984, artículo 12; Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura, 1985, artículo 8; Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, 2003, artículo 11.2, y Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, 2006, artículo 12. Véase también: Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias, Recomendada por el Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas en su Resolución 1989/65, de 24 de mayo de 1989, principio 9; Principios relativos a la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Adoptados por la Asamblea General en su Resolución 55/89 Anexo, de 4 de diciembre de 2000, principio 2, y Comité contra la Tortura, Observación General No. 2, *Aplicación del artículo 2 por los Estados Partes*, CAT/C/GC/2, 24 de enero de 2008, párr. 26.

⁴⁶ Cfr. *Caso Baldeón García Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147, párr. 95; *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150, párr. 81, y *Caso Martínez Esquivia Vs. Colombia, supra*, párr. 86.

⁴⁷ Cfr. *Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 10 de julio de 2007. Serie C No. 167, párr. 133; *Caso J. Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C No. 275, párr. 182, y *Caso Martínez Esquivia Vs. Colombia, supra*, párr. 87.

⁴⁸ Cfr. *Caso Valencia Hinojosa y otra Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de noviembre de 2016. Serie C No. 327, párrs. 110 y 119, y *Caso Martínez Esquivia Vs. Colombia, supra*, párr. 88.

⁴⁹ Cfr. Directrices sobre la función de los fiscales, adoptadas por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana, Cuba, del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990, Doc. ONU A/CONF.144/28/Rev. 1 p. 189 (1990), directriz 4. Véase también: Comisión de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal, *Fortalecimiento del estado de derecho mediante el aumento de la integridad y capacidad del ministerio público* (Resolución 17/2), y su anexo: Normas de

74. Asimismo, la Relatoría Especial de Naciones Unidas sobre la independencia de los magistrados y abogados ha destacado que los fiscales “son actores centrales en el funcionamiento del estado de derecho” y que su independencia “se engloba en el ámbito general de la independencia judicial”, cuya garantía constituye un deber para los Estados⁵⁰. De igual forma, dicha Relatoría Especial ha señalado lo siguiente:

66. Las Directrices de las Naciones Unidas disponen que los fiscales deben disfrutar de condiciones de servicio razonables que incluyan la titularidad, cuando proceda, y una remuneración y una pensión adecuadas conformes a la importante función que desempeñan en la administración de la justicia. [...]

68. Otro elemento importante que debe formar parte de las condiciones de servicio de los fiscales es su inamovilidad. [...]

70. Teniendo presente la importancia de la función de los fiscales, su destitución debe estar sujeta a criterios estrictos [...]. Se debe establecer un marco adecuado para ocuparse de las cuestiones disciplinarias internas y de las quejas presentadas contra los fiscales, quienes en todos los casos deben tener derecho a recurrir —incluso ante los tribunales— todas las decisiones relativas a sus carreras, incluidas las decisiones adoptadas en procedimientos disciplinarios⁵¹.

75. En el ámbito europeo, el Consejo de Europa recomendó a los gobiernos de los Estados que tomaran “medidas apropiadas para facilitar que los miembros del Ministerio Fiscal puedan ejecutar su misión sin injerencias injustificadas y sin riesgo de incurrir, más allá de lo razonable, en responsabilidad civil, penal o de cualquier otra clase”⁵². Asimismo, en el informe conjunto emitido por el Consejo Consultivo de Jueces Europeos y el Consejo Consultivo de Fiscales Europeos sobre “Jueces y fiscales en una sociedad democrática”, denominado “Declaración de Burdeos”, se indicó:

VIII. El establecimiento de un estatuto de independencia para los fiscales, requiere determinados principios básicos, en concreto: [...] no deben estar sometidos en el ejercicio de sus funciones a influencias o a presiones, cualquiera que sea su origen, externas al ministerio público. [...] han de estar protegidos por la ley: su selección inicial, su carrera profesional, su seguridad en el ejercicio de las funciones propias, comprendiendo en ella la garantía de inamovilidad, de modo que el traslado de funciones solo pueda efectuarse con arreglo a la Ley, o con el consentimiento de la persona afectada, y su remuneración [...].

37. El respeto de los principios anteriormente expuestos, implica que el estatuto de los fiscales esté a semejanza con el estatuto propio de los jueces, garantizado por ley, al más alto nivel de jerarquía legislativa. La proximidad y la complementariedad de las misiones del juez y del fiscal, imponen exigencias y garantías parecidas en el ámbito del estatuto y de las condiciones de empleo, en particular en lo relativo a la selección inicial, la formación, el desarrollo de la carrera, la disciplina, el traslado de funciones (que sólo puede ser efectuado de conformidad con la ley o sometido a su consentimiento), la remuneración, el cese de funciones y la libertad de crear asociaciones profesionales [...]⁵³.

Responsabilidad Profesional y Declaración de Derechos y Deberes Fundamentales de los Fiscales, adoptadas por la Asociación Internacional de Fiscales (IAP), el 23 de abril de 1999.

⁵⁰ Cfr. Informe del Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Sr. Diego García-Sayán, *Independencia de los magistrados y abogados*, Doc. ONU A/HRC/44/47, 23 de marzo de 2020, párrs. 27 y 34. Véase también: Informe del Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Sr. Leandro Despouy, Doc. ONU A/HRC/11/41, 24 de marzo de 2009, párr. 19, e Informe de la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Sra. Gabriela Knauth, Doc. ONU A/65/274, 10 de agosto de 2010, párr. 18, en los que se destaca la independencia que debe garantizarse a los fiscales para el desempeño de sus funciones. En coherencia con lo anterior, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998, en su artículo 42.1, regula: “La Fiscalía actuará en forma independiente como órgano separado de la Corte. [...]”

⁵¹ Cfr. Consejo de Derechos Humanos, Informe de la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Doc. ONU A/HRC/20/19, 7 de junio de 2012.

⁵² Cfr. Consejo de Europa. *Recomendación (2000)19 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre el papel del Ministerio Fiscal en el sistema de justicia penal*, adoptada el 6 de octubre de 2000, párr. 11.

⁵³ Cfr. Informe No. 12 (2009) del Consejo Consultivo de Jueces Europeos (CCJE) e Informe No. 4 (2009) del Consejo Consultivo de Fiscales Europeos (CCPE) a la atención del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre “Jueces y fiscales en una sociedad democrática”. Por su parte, la Comisión Europea para la Democracia por el Derecho

76. Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado que “en una sociedad democrática, tanto los tribunales como las autoridades de instrucción deben permanecer libres de cualquier presión política”⁵⁴. De igual manera, en el *Caso Kövesi Vs. Rumania*, dicho Tribunal señaló que la destitución de una fiscal antes del final de su mandato, así como las razones que justificaron la decisión, “difícilmente pueden conciliarse con la consideración particular que debe darse a la naturaleza de la función jurisdiccional como rama independiente del poder del Estado y al principio de independencia de los fiscales, el cual [...] es un elemento clave para el mantenimiento de la independencia judicial”⁵⁵.

77. En el Sistema Africano destacan los Principios y directrices relativos al derecho a un juicio justo y a la asistencia jurídica en África, que establecen la obligación de los Estados de garantizar que “[l]os fiscales puedan desempeñar sus funciones profesionales sin intimidación, obstáculos, acoso, interferencia impropia o exposición injustificada a responsabilidad civil, penal o de otra índole”⁵⁶.

78. Cabe hacer notar que las y los fiscales desempeñan funciones de operadores de justicia y, en tal carácter, si bien no son jueces, requieren gozar de garantías de estabilidad laboral, entre otras, como condición elemental de su independencia para el debido cumplimiento de sus funciones procesales⁵⁷.

79. En definitiva, esta Corte concluye que, con el fin de salvaguardar la independencia y objetividad de las y los fiscales en el ejercicio de sus funciones, estos también se encuentran protegidas y protegidos por las siguientes garantías: (i) las garantías a un adecuado nombramiento; (ii) a la inamovilidad en el cargo, y (iii) a ser protegidas y protegidos contra presiones externas⁵⁸.

80. En todo caso, resulta necesario señalar que la independencia de las y los fiscales no supone un determinado modelo de arreglo institucional a nivel constitucional o legal, tanto por la posición que se haya reconocida a la fiscalía, Ministerio Público o cualquier otra denominación utilizada en el ordenamiento interno de cada Estado, como por la organización

(Comisión de Venecia) ha indicado que los fiscales deben ser nombrados hasta su jubilación, en tanto “[l]os nombramientos por períodos limitados con la posibilidad de renovación conllevan el riesgo de que el fiscal tome sus propias decisiones, no sobre la base de la ley, sino con la intención de complacer a aquellos que le volverán a nombrar.” *Cfr.* Comisión Europea para la Democracia por el Derecho (Comisión de Venecia). *Informe sobre las normas europeas relativas a la independencia del sistema judicial: Parte II - el Ministerio Público*, adoptado en su 85ª reunión plenaria (Venecia, 17 a 18 de diciembre de 2010), párr. 50.

⁵⁴ *Cfr.* TEDH, *Caso Guja Vs. Moldavia* [GS], No. 14277/04. Sentencia de 12 de febrero de 2008, párr. 86. También el Tribunal se ha referido a la independencia que debe exigirse en la investigación en casos de violaciones a los derechos humanos. *Cfr.* TEDH, *Caso Makaratzis Vs. Grecia* [GS], No. 50385/99. Sentencia de 20 de diciembre de 2004, párr. 73; *Caso Mustafa Tunç y Fecire Tunç Vs. Turquía* [GS], No. 24014/05. Sentencia de 14 de abril de 2005, párr. 217, y *Caso Petrović Vs. Serbia*, No. 40485/08. Sentencia de 15 de octubre de 2014, párr. 73, entre otros.

⁵⁵ *Cfr.* TEDH, *Caso Kövesi Vs. Rumania*, No. 3594/19. Sentencia de 5 de agosto de 2020, párr. 208: “*This removal and the reasons justifying it can hardly be reconciled with the particular consideration to be given to the nature of the judicial function as an independent branch of State power and to the principle of the independence of prosecutors, which —according to Council of Europe and other international instruments— is a key element for the maintenance of judicial independence [...].*”

⁵⁶ *Cfr.* Principios y directrices relativos al derecho a un juicio justo y a la asistencia jurídica en África, adoptados como parte del informe de actividades de la Comisión Africana en su 2ª Cumbre y reunión de Jefes de Estado de la Unión Africana celebrada en Maputo del 4 al 12 de julio de 2003, principio F.a.2.

⁵⁷ *Cfr.* *Caso Martínez Esquivia Vs. Colombia*, *supra*, párr. 94.

⁵⁸ *Cfr.* *Caso Martínez Esquivia Vs. Colombia*, *supra*, párr. 95.

y relaciones internas de tales instituciones⁵⁹, en el entendido que, sin perjuicio de lo anterior, la independencia que se reconoce a las y los fiscales configura la garantía de que no serán objeto de presiones políticas o injerencias indebidas en su actuación, ni de represalias por las decisiones que objetivamente hayan asumido, lo que exige, precisamente, la garantía de estabilidad e inamovilidad en el cargo⁶⁰. Así, esta garantía específica de las y los fiscales, en aplicación equivalente de los mecanismos de protección reconocidos a las juezas y los jueces, conlleva lo siguiente: (i) que la separación del cargo obedezca exclusivamente a las causales permitidas, ya sea por medio de un proceso que cumpla con las garantías judiciales o porque se ha cumplido el término o período de su mandato; (ii) que las y los fiscales solo pueden ser destituidas o destituidos por faltas de disciplina graves o incompetencia, y (iii) que todo proceso seguido contra fiscales se resuelva mediante procedimientos justos, objetivos e imparciales, según la Constitución o la ley, pues la libre remoción de las y los fiscales fomenta la duda objetiva sobre la posibilidad efectiva que tienen de ejercer sus funciones sin temor a represalias⁶¹.

B.2. La garantía de inamovilidad en el cargo de las y los fiscales provisionales

81. La Corte reitera que no le compete definir el mejor diseño institucional para garantizar la independencia y objetividad de las y los fiscales⁶². Sin embargo, observa que los Estados están obligados a asegurar que las y los fiscales provisionales sean independientes y objetivos, por ello, deben otorgarles cierto tipo de estabilidad y permanencia en el cargo, en tanto la

⁵⁹ Una visión general de la regulación a nivel orgánico de las funciones que ejercen las y los fiscales en los Estados que han reconocido la competencia contenciosa de la Corte Interamericana permite advertir la clasificación siguiente: 1) Estados en los que dichas funciones son ejercidas por instituciones autónomas, cuya organización interna se sujeta al principio de jerarquía: (i) República Argentina, Ministerio Público Fiscal de la Nación (artículos 120 de la Constitución y 2 de la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal de la Nación); (ii) Estado Plurinacional de Bolivia, Ministerio Público (artículo 225 de la Constitución); (iii) República de Chile, Ministerio Público (artículo 83 de la Constitución); (iv) República de El Salvador, Fiscalía General de la República (artículos 191 de la Constitución y 5 de la Ley Orgánica del Ministerio Público); (v) República de Guatemala, Ministerio Público (artículos 251 de la Constitución y 5 de la Ley Orgánica del Ministerio Público); (vi) República de Honduras, Ministerio Público (artículos 1 y 5 de la Ley del Ministerio Público); (vii) República de Nicaragua, Ministerio Público (artículos 1 y 4 de la Ley Orgánica del Ministerio Público); (viii) República de Panamá, Ministerio Público (artículo 140 de la Constitución); (ix) República del Paraguay, Ministerio Público (artículos 266 de la Constitución y 6 de la Ley Orgánica del Ministerio Público); (x) República del Perú, Ministerio Público (artículos 158 de la Constitución y 5 de la Ley Orgánica del Ministerio Público), y (xi) República Dominicana, Ministerio Público (artículo 170 de la Constitución); 2) Estados en los que la institución, organizada jerárquicamente y con autonomía funcional, forma parte del Poder Judicial: (i) República de Colombia, Fiscalía General de la Nación (artículos 249 de la Constitución y 4 del Decreto Ley 016 de 2014); (ii) República de Costa Rica, Ministerio Público (artículo 2 de la Ley Orgánica del Ministerio Público); (iii) República del Ecuador, Fiscalía General del Estado (artículo 194 de la Constitución y 282 del Código Orgánico de la Función Judicial), y (iv) República de Surinam, Ministerio Público (artículos 133 y 146 de la Constitución); 3) Estado en el que la institución y sus miembros se encuentran bajo la autoridad del Poder Ejecutivo: República de Haití, Ministerio Público (artículo 35 de la Ley sobre el Estatuto del Poder Judicial); 4) Estados en los que existen instituciones autónomas y se reconoce la independencia funcional o técnica de las y los fiscales en el ejercicio de sus funciones: (i) República Federativa de Brasil, Ministerio Público de la Unión (artículo 127 de la Constitución), y (ii) Estados Unidos Mexicanos, Fiscalía General de la República (artículos 102 de la Constitución y 12 de la Ley Orgánica de la Fiscalía General de la República), y 5) Estado en el que las funciones son ejercidas por una institución descentralizada con autonomía funcional y con reconocimiento de la independencia técnica de las y los fiscales en el ejercicio de sus funciones: (i) República Oriental del Uruguay (artículos 1 de la Ley No. 19334 y 5 de la Ley No. 19483).

⁶⁰ Cfr. Informe de la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Doc. ONU A/HRC/20/19, 7 de junio de 2012, párr. 33: “[...] En una estructura horizontal, los fiscales disfrutaban por lo general de mayor autonomía, mientras que en una estructura jerárquica es más fácil el alineamiento de la aplicación y la interpretación del derecho, así como la existencia de un modo común de abordar la política de justicia penal, ya que habrá un impulso, en nombre de la coherencia, de asegurar que se apliquen prácticas, procedimientos y políticas comunes. [...] A fin de mantener su autonomía en las fiscalías estructuradas jerárquicamente, los fiscales no deben estar obligados a obtener una aprobación para adoptar medidas en el ejercicio de sus funciones. [...]”

⁶¹ Cfr. *Caso Martínez Esquivia Vs. Colombia*, *supra*, párr. 96.

⁶² Cfr. *Caso Martínez Esquivia Vs. Colombia*, *supra*, párr. 97.

provisionalidad no equivale a la arbitraria o libre remoción⁶³. El Tribunal observa que la provisionalidad no debe significar alteración alguna del régimen de garantías para el buen desempeño de su función y la salvaguarda de los propios justiciables. En todo caso, la provisionalidad no debe extenderse indefinidamente en el tiempo y debe estar sujeta a una condición resolutoria, como sería la extinción de la causa que motivó la ausencia o separación temporal de la funcionaria o el funcionario titular, o el cumplimiento de un plazo predeterminado por la celebración y conclusión de un concurso público para proveer los reemplazos con carácter permanente. Los nombramientos provisionales deben constituir una situación de excepción y no la regla⁶⁴. Adicionalmente (*infra* párrs. 88 y 89) la decisión que dispone la finalización del nombramiento de las y los fiscales provisionales debe estar debidamente motivada, para garantizar los derechos al debido proceso y a la protección judicial.

82. Lo anterior no implica una equiparación entre las personas nombradas por concurso y aquellas nombradas de forma provisional, ya que las segundas cuentan con un nombramiento limitado en el tiempo y sujeto a condición resolutoria. Sin embargo, en orden a lo explicado en el párrafo anterior, en el marco de ese nombramiento y mientras se verifica esta condición resolutoria o una falta disciplinaria grave, la o el fiscal provisional debe contar con las mismas garantías que quienes son de carrera, ya que sus funciones son idénticas y necesitan de igual protección ante las presiones externas⁶⁵.

83. En conclusión, la Corte considera que la separación del cargo de una o un fiscal provisional debe responder a las causales legalmente previstas, sean estas (i) por el acaecimiento de la condición resolutoria a que se sujetó la designación o nombramiento, como el cumplimiento de un plazo predeterminado por la celebración y conclusión de un concurso público a partir del cual se nombre o designe al reemplazante del o la fiscal provisional con carácter permanente, o (ii) por faltas disciplinarias graves o comprobada incompetencia, para lo cual habrá de seguirse un proceso que cumpla con las debidas garantías y que asegure la objetividad e imparcialidad de la decisión⁶⁶.

B.3. Análisis del caso concreto

B.3.1. Nombramiento del señor Julio Casa Nina como fiscal provisional

84. El señor Julio Casa Nina fue nombrado por Resolución de 30 de junio de 1998 como Fiscal Adjunto Provincial Provisional de la Fiscalía Provincial Mixta de La Mar, Distrito Judicial de Ayacucho. Con posterioridad, mediante Resolución de 8 de abril de 2002, se dio por concluido dicho nombramiento y, a su vez, se le nombró como Fiscal Adjunto Provincial Provisional del Distrito Judicial de Ayacucho, en el despacho de la Segunda Fiscalía Provincial Penal de Huamanga. En ninguna de dichas Resoluciones se especificó el periodo del ejercicio del cargo ni se estableció otra condición resolutoria cuyo acaecimiento determinara la cesación del nombramiento o designación⁶⁷.

⁶³ Cfr. *Caso Martínez Esquivia Vs. Colombia*, *supra*, párr. 97.

⁶⁴ Cfr. *Caso Martínez Esquivia Vs. Colombia*, *supra*, párr. 97. Véase también: *mutatis mutandis*, *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de agosto de 2008, Serie C, No. 182, párr. 43, y *Caso Álvarez Ramos Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de agosto de 2019. Serie C No. 380, párr. 148.

⁶⁵ Cfr. *Caso Martínez Esquivia Vs. Colombia*, *supra*, párr. 98.

⁶⁶ Cfr. *Caso Martínez Esquivia Vs. Colombia*, *supra*, párr. 99.

⁶⁷ La Corte toma nota de la distinción que, según manifestó el Estado, existe en el ordenamiento interno respecto de los términos "nombramiento" y "designación", lo que también fue referido por la testigo Rita Arleny Figueroa

85. Al respecto, la Corte reitera que, en aras de garantizar la independencia de las y los fiscales, los nombramientos en calidad de provisionalidad necesariamente deben ser excepcionales (*supra* párr. 81)⁶⁸. Asimismo, se recuerda que aun en el caso de fiscales que ejerzan provisionalmente el cargo, la salvaguarda de su independencia exige al Estado prever un adecuado nombramiento que determine precisamente las condiciones para el desempeño de sus labores y las causales de su finalización, en coherencia con la naturaleza de las funciones que ejercerán, y a garantizarles cierta inamovilidad en el cargo, en tanto se encuentren en el ejercicio de este.

86. En definitiva, la falta de previsión de alguna condición resolutoria que determinara la terminación del nombramiento como fiscal provisional⁶⁹, permiten advertir que el señor Casa Nina ejerció el cargo sin la seguridad de la permanencia en sus funciones⁷⁰, es decir, desprovisto de una salvaguarda esencial para garantizar su independencia.

B.3.2. Deber de motivación, inamovilidad en el cargo y conclusión del nombramiento del señor Julio Casa Nina como fiscal provisional

87. Mediante Resolución de 21 de enero de 2003, la Fiscal de la Nación dispuso dar por

Vásquez. En tal sentido, la testigo señaló que el uso del primer término, en lo que se refiere a la situación laboral del señor Julio Casa Nina, "en nada desnaturaliza la esencia de la temporalidad del cargo, ligada siempre a las 'necesidades del servicio'". *Cfr.* Declaración rendida por Rita Arleny Figueroa Vásquez (expediente de prueba, tomo VI, *affidávits*, folio 1245). Lo mismo ocurre respecto de la diferenciación de los términos "conclusión de la designación" y "separación del cargo". Sin perjuicio de la distinción que el uso de cada término pueda conllevar en el ordenamiento peruano, destaca que la condición de fiscal provisional —es decir, "fiscal provisional no titular" (*infra* nota a pie de página 69)— se encuentra ligada a una condición de temporalidad en la que su inicio (nombramiento o designación) y fin (culminación de la designación o separación del cargo) se determinan con base en "las necesidades del servicio". Para los efectos anteriores, en esta Sentencia son utilizados indistintamente tales términos.

⁶⁸ En el caso del Estado peruano, en el año 2000 la Comisión Interamericana destacó que "más del 80% de los fiscales [...] [eran] provisionales" (1067 de un total de 1259 fiscales), de manera que "la excepción se convirti[er]a en regla", con el resultado que "las funciones del Ministerio Público [eran] ejercidas, en gran mayoría, por personas que no est[aban] calificadas para esos cargos ni ha[bían] sido evaluadas periódicamente desde el punto de vista de su aptitud técnica o ética". *Cfr.* CIDH. *Segundo informe sobre la situación de derechos humanos en el Perú*, OEA/Ser.L/V/II.106, 2 de junio de 2000, párr. 36. Disponible en: <https://www.cidh.oas.org/countryrep/Peru2000sp/capitulo2.htm>.

⁶⁹ La Corte toma nota de la diferenciación existente en el orden interno entre "fiscales provisionales" y "fiscales provisionales no titulares", en el entendido que los primeros son fiscales de carrera que, ante la ausencia de una funcionaria o un funcionario de superior categoría, lo reemplazan provisionalmente (artículo 27 del Decreto Legislativo No. 052, Ley Orgánica del Ministerio Público, *supra* nota a pie de página 26), mientras que los segundos, por virtud del procedimiento de su designación, no pertenecen a la carrera fiscal, categoría en la que, cabría entender, se encontraría el señor Casa Nina al momento de su nombramiento. Según señaló la testigo Rita Arleny Figueroa Vásquez, el ingreso de un "fiscal provisional no titular" a la institución se condiciona "a la presencia de una plaza libre, a la existencia de la 'necesidad del servicio' [...] y en tanto evidencie probidad e idoneidad en el desempeño de la función. La culminación opera cuando ya no subsista la 'necesidad del servicio' o presupuesto institucional." Lo anterior, según declaró, conforme a la Resolución No. 4330-2014-MP-FN de 15 de octubre de 2014 que aprobó el Reglamento para el nombramiento, evaluación y permanencia de los Fiscales Provisionales a nivel nacional. *Cfr.* Declaración rendida por Rita Arleny Figueroa Vásquez (expediente de prueba, tomo VI, *affidávits*, folios 1243, 1244 y 1255). Sin perjuicio de lo indicado, se trataría de una distinción de términos que habría surgido con posterioridad a los hechos del presente caso. En definitiva, lo que interesa para la decisión de la controversia es la referencia a la noción de las "necesidades del servicio" como justificación para el nombramiento o designación y para la terminación del ejercicio del cargo del o la fiscal provisional (es decir, "fiscal provisional no titular", conforme a la citada Resolución No. 4330-2014-MP-FN), como aconteció en el caso del señor Julio Casa Nina, cuestión que fue reiterada por la testigo.

⁷⁰ La testigo Rita Arleny Figueroa Vásquez declaró que "uno de los derechos de los [f]iscales, es la permanencia en el servicio hasta los setenta (70) años, de acuerdo con la Constitución Política del Perú, lo cierto es que en el caso de los [f]iscales [p]rovisionales no [t]itulares, no cabe la exigencia de tal atributo, en tanto, su permanencia depende de la decisión del titular del pliego; es decir, del/la Fiscal de la Nación, en tanto por 'necesidades del servicio' puede concluir con su 'designación'". *Cfr.* Declaración rendida por Rita Arleny Figueroa Vásquez (expediente de prueba, tomo VI, *affidávits*, folio 1243).

concluido el nombramiento del señor Casa Nina como Fiscal Adjunto Provincial Provisional del Distrito Judicial de Ayacucho⁷¹; para el efecto, la Resolución consideró que “el nombramiento de los [f]iscales en calidad de provisionales es de carácter temporal, sujeto a las necesidades del servicio”⁷². De esa cuenta, el interesado promovió recurso de reconsideración, el que fue declarado infundado el 14 de febrero de 2003 por la Fiscal de la Nación, para lo cual dicha autoridad reiteró que “el nombramiento de los [f]iscales en calidad de provisionales es de carácter temporal”⁷³. A partir de lo anterior, la Corte advierte que ambos actos administrativos, de forma escueta, fundamentaron la conclusión de la designación del señor Casa Nina en el carácter temporal del nombramiento y en las necesidades del servicio.

88. En cuanto al deber de motivación, la Corte recuerda que en cualquier materia, inclusive en la laboral y la administrativa, la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos⁷⁴. Asimismo, el Tribunal ha señalado que es exigible a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, cuyas decisiones puedan afectar los derechos de las personas, que adopte dichas decisiones con pleno respeto de las garantías del debido proceso legal⁷⁵. Al respecto, el artículo 8 de la Convención consagra los lineamientos del debido proceso legal, que se refiere al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos⁷⁶.

89. En tal sentido, el deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra, y otorga credibilidad a las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática⁷⁷. Por tanto, las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias⁷⁸. En este sentido, la argumentación de un fallo y de ciertos actos administrativos deben permitir conocer cuáles fueron los hechos, motivos y normas en que se basó la autoridad para tomar su decisión, a fin de descartar cualquier indicio de arbitrariedad⁷⁹. Asimismo, la motivación demuestra a las partes que estas han sido oídas y, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias

⁷¹ En total, sumando los plazos de ambas designaciones, el señor Casa Nina ejerció el cargo de fiscal provisional por cuatro años, seis meses y 21 días.

⁷² Cfr. Resolución de la Fiscalía de la Nación de 21 de enero de 2003 (expediente de prueba, tomo I, anexo 2 al Informe de Fondo, folio 6).

⁷³ Cfr. Resolución de la Fiscalía de la Nación de 14 de febrero de 2003 (expediente de prueba, tomo I, anexo 4 al Informe de Fondo, folio 12).

⁷⁴ Cfr. *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párr. 126 y *Caso Martínez Esquivia Vs. Colombia, supra*, párr. 105.

⁷⁵ Cfr. *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párr. 71, y *Caso Martínez Esquivia Vs. Colombia, supra*, párr. 105.

⁷⁶ Cfr. *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú, supra*, párr. 69, y *Caso Martínez Esquivia Vs. Colombia, supra*, párr. 105.

⁷⁷ Cfr. *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela, supra*, párr. 77 y *Caso Martínez Esquivia Vs. Colombia, supra*, párr. 106.

⁷⁸ Cfr. *Caso Yatama Vs. Nicaragua, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 152, y *Caso Martínez Esquivia Vs. Colombia, supra*, párr. 106.

⁷⁹ Cfr. *Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párr. 122, y *Caso Martínez Esquivia Vs. Colombia, supra*, párr. 106.

superiores⁸⁰. Por ello, el deber de motivación es una de las “debidas garantías” incluidas en el artículo 8.1 para salvaguardar el derecho a un debido proceso⁸¹.

90. Así, como se consideró anteriormente (*supra* párr. 83), la separación del cargo de una o un fiscal provisional debe responder (i) al acaecimiento de la condición resolutoria a que se sujetó la designación o nombramiento, como el cumplimiento de un plazo predeterminado por la celebración y conclusión de un concurso público a partir del cual se nombre o designe a quien reemplazará al fiscal provisional con carácter permanente, o (ii) por faltas disciplinarias graves o comprobada incompetencia, para lo cual habrá de seguirse un proceso que cumpla con las debidas garantías y que asegure la objetividad e imparcialidad de la decisión.

91. A partir de la prueba aportada al expediente no es dable afirmar que el procedimiento en virtud del cual se dio por concluido el nombramiento del señor Casa Nina fuera un proceso disciplinario o materialmente sancionatorio; tampoco se tienen elementos probatorios que indiquen que dicha decisión estuviera ligada a la realización de un concurso o en virtud de que el cargo fuera ocupado por una funcionaria o un funcionario de carrera. De esa cuenta, la decisión que dio por terminado el nombramiento de la presunta víctima no respondió a las causales permitidas para salvaguardar su independencia en el ejercicio del cargo (*supra* párrs. 81 a 83). Por ende, la autoridad administrativa no respetó la garantía de inamovilidad, lo que conllevó una violación de las garantías judiciales que consagra el artículo 8.1 de la Convención.

92. En el caso concreto, el contenido de las Resoluciones emitidas por la autoridad administrativa para justificar su decisión de dar por concluido el nombramiento da cuenta que la permanencia del señor Casa Nina en el cargo de fiscal provisional dependía de lo que, a juicio de la autoridad administrativa, exigieran y determinaran “las necesidades del servicio”⁸², de manera que dicha autoridad estaba facultada para disponer discrecionalmente cuándo la institución estaría en condiciones de prescindir de su labor como fiscal provisional y, por ende, decidir sobre la terminación de su designación o nombramiento⁸³.

93. A criterio de la Corte, las razones de las necesidades del servicio, invocadas para el cese del señor Casa Nina, denotan la aplicación de un concepto jurídico indeterminado, es decir, referido a una esfera de la realidad cuyos límites no aparecen claramente establecidos en su

⁸⁰ Cfr. *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela, supra*, párr. 78 y *Caso Martínez Esquivia Vs. Colombia, supra*, párr. 106.

⁸¹ Cfr. *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela, supra*, párr. 78, y *Caso Martínez Esquivia Vs. Colombia, supra*, párr. 106.

⁸² La testigo Rita Arleny Figueroa Vásquez declaró, en cuanto a las condiciones del ejercicio del cargo por parte del señor Casa Nina, que “las Resoluciones que lo designaron en los puestos laborales que temporalmente ocupó en el Ministerio Público, contenían una condición resolutoria tácita: su permanencia en la institución, dependía de las ‘necesidades del servicio’”. Asimismo, agregó lo siguiente: “[...] la ‘necesidad’ de servicio es la razón que motiva un acto de designación efectuado por el Ministerio Público. Así, la provisionalidad de los [f]iscales [p]rovisionales (no titulares), se rige por el [p]rincipio de [n]ecesidad, de acuerdo al cual el [f]iscal [p]rovisional (no titular) ocupa una plaza libre en tanto exista necesidad de servicio. En ese sentido, la permanencia en el cargo de los [f]iscales [p]rovisionales (no titulares) depende de la necesidad de servicio, entre otros. Ahora bien, de acuerdo al [p]rincipio de [t]ransitoriedad, la culminación del cargo se produce cuando no exista necesidad de servicio o factibilidad presupuestaria.” Cfr. Declaración rendida por Rita Arleny Figueroa Vásquez (expediente de prueba, tomo VI, *affidávits*, folios 1255 y 1258).

⁸³ Si bien el Estado alegó que la presunta víctima en calidad de fiscal provisional y, en general, los fiscales provisionales en Perú “no son removidos libremente”, no cabe deducir otra cosa a partir de las pruebas aportadas, los hechos probados y los argumentos esgrimidos, máxime cuando el propio Estado afirmó en su escrito de contestación que “la resolución de conclusión de cargo constituye una facultad del empleador —Ministerio Público a cargo del Fiscal de la Nación—, de dar por concluida la designación si lo considera pertinente”. Asimismo, en el escrito de contestación el Estado afirmó que “al agotarse la necesidad de servicio, en automático y conforme a la capacidad discrecional del Fiscal de la Nación, se concluye la designación de un Fiscal Provisional no titular”.

enunciado. Su aplicación debería responder a circunstancias concretas claramente relevadas por la autoridad. Aludir a las necesidades del servicio no significa hacer referencia simplemente al enunciado, sino que debe introducir al análisis razonado de la calificación de circunstancias concretas del caso.

94. Ante ello, la Corte entiende que los Estados pueden gozar de prerrogativas para adaptar el régimen de sus funcionarias y funcionarios a las necesidades del servicio a fin de responder a los principios de eficacia y eficiencia. No obstante, el parámetro de las necesidades del servicio resulta particularmente indeterminado para justificar la terminación de un nombramiento en provisionalidad que debería contar con ciertas garantías de estabilidad. Por consiguiente, la justificación en las necesidades del servicio no otorga un grado de previsibilidad suficiente para ser considerada como una condición resolutoria⁸⁴, por lo que, como antes fue indicado (*supra* párr. 91), la decisión que dio por terminado el nombramiento no respondió a las causales permitidas para salvaguardar la independencia del fiscal provisional en el ejercicio del cargo.

95. Cabe señalar que, si bien no se llegó a establecer que efectivamente el señor Casa Nina fuera objeto de presiones o injerencias de algún tipo durante el ejercicio de las funciones como fiscal, la libre remoción de las y los fiscales fomenta la duda objetiva sobre la posibilidad efectiva que tienen de ejercer sus funciones y tomar decisiones sin temor a represalias⁸⁵.

96. En cuanto a las alegadas violaciones al derecho de defensa, a la presunción de inocencia y al principio de legalidad, la Corte reitera que no es posible concluir que el procedimiento seguido por la autoridad administrativa fuera de naturaleza disciplinaria o materialmente sancionatoria. Si bien ambas Resoluciones hicieron referencia general a la existencia de quejas y denuncias promovidas contra la presunta víctima, tal mención habría obedecido, más bien, al objetivo o interés por que los procesos disciplinarios o judiciales, según fuera el caso, se tramitaran y culminaran con independencia de la decisión de separar del cargo de fiscal provisional a la presunta víctima⁸⁶. Por consiguiente, el Tribunal considera que no existen elementos suficientes para llevar a cabo el análisis pretendido respecto de los derechos antes citados.

B.3.3. Derecho a permanecer en el cargo en condiciones de igualdad

97. El artículo 23.1 c) de la Convención establece el derecho a acceder a un cargo público en condiciones generales de igualdad. La Corte ha interpretado que el acceso en condiciones de igualdad constituiría una garantía insuficiente si no está acompañado por la protección

⁸⁴ Cfr. *Caso Martínez Esquivia Vs. Colombia*, *supra*, párr. 110.

⁸⁵ Cfr. *Mutatis mutandis*, *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") Vs. Venezuela*, *supra*, párr. 44; *Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C No. 197, párr. 78; *Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C No. 227, párr. 99; *Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de agosto de 2013. Serie C No. 266, párr. 145; *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Serie C No. 268, párr. 189; *Caso Valencia Hinojosa y otra Vs. Ecuador, supra*, párrs. 105 y 110, y *Caso Rico Vs. Argentina, supra*, párr. 55.

⁸⁶ Ello se deduce, principalmente, del contenido de la Resolución que dio por concluido el nombramiento, en la que se indicó que tal decisión era "sin perjuicio de las acciones legales que pudiesen ser pertinentes por la queja y la denuncia que se encuentran en trámite". Cfr. Resolución de la Fiscalía de la Nación de 21 de enero de 2003 (expediente de prueba, tomo I, anexo 2 al Informe de Fondo, folio 6).

efectiva de la permanencia en aquello a lo que se accede⁸⁷.

98. De esa cuenta, en casos de ceses arbitrarios de juezas y jueces, este Tribunal ha considerado que el derecho se relaciona con la garantía de estabilidad o inamovilidad de la jueza o el juez⁸⁸, lo que, conforme a los fundamentos esbozados anteriormente (*supra* párrs. 78 y 79), es igualmente aplicable al caso de las y los fiscales. Así, el respeto y garantía de este derecho se cumplen cuando los criterios y procedimientos para el nombramiento, ascenso, suspensión y destitución sean razonables y objetivos, y que las personas no sean objeto de discriminación en su ejercicio⁸⁹. A este respecto, la Corte ha indicado que la igualdad de oportunidades en el acceso y la estabilidad en el cargo garantizan la libertad frente a toda injerencia o presión política⁹⁰.

99. En atención a lo indicado, la Corte considera que la decisión que dio por terminado el nombramiento de la presunta víctima fue arbitraria, al no corresponder con alguno de los motivos permitidos para garantizar su independencia en el cargo de fiscal provisional. Por ende, este cese arbitrario afectó indebidamente el derecho a permanecer en el cargo en condiciones de igualdad del señor Julio Casa Nina, en violación del artículo 23.1 c) de la Convención Americana.

B.3.4. Falta de adecuación del derecho interno, en relación con la garantía de inamovilidad de las y los fiscales

100. La Corte recuerda que el artículo 2 de la Convención obliga a los Estados Partes a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades protegidos por la Convención. Dicho deber implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención⁹¹, ya sea porque desconozcan esos derechos o libertades u obstaculicen su ejercicio⁹². Por otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías⁹³.

101. En el caso concreto, a partir del contenido de las Resoluciones dictadas por la autoridad

⁸⁷ Cfr. *Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela*, *supra*, párr. 138, y *Caso Martínez Esquivia Vs. Colombia*, *supra*, párr. 115.

⁸⁸ Cfr. *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") Vs. Venezuela*, *supra*, párr. 43, y *Caso Colindres Schonenberg Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 4 de febrero de 2019. Serie C No. 373, párr. 94.

⁸⁹ Cfr. *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") Vs. Venezuela*, *supra*, párr. 206, y *Caso Martínez Esquivia Vs. Colombia*, *supra*, párr. 116.

⁹⁰ Cfr. *Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela*, *supra*, párr. 72, y *Caso Martínez Esquivia Vs. Colombia*, *supra*, párr. 116.

⁹¹ Cfr. *Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, párr. 207, y *Caso Martínez Esquivia Vs. Colombia*, *supra*, párr. 118.

⁹² Cfr. *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94, párr. 113, y *Caso Martínez Esquivia Vs. Colombia*, *supra*, párr. 118.

⁹³ Cfr. *Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú*, *supra*, párr. 207, y *Caso Martínez Esquivia Vs. Colombia*, *supra*, párr. 118.

administrativa a cargo del Ministerio Público⁹⁴, de la prueba aportada⁹⁵ y de lo alegado por las partes, especialmente por el Estado⁹⁶, se advierte que la facultad ejercida por aquella autoridad para nombrar a la presunta víctima como fiscal provisional sin especificar alguna condición resolutoria que determinara la terminación del nombramiento, así como para dar por concluida la designación de manera discrecional, se apoyó en la inexistencia de un marco normativo específico que garantizara la estabilidad del funcionario mientras ejerciera el cargo. A lo anterior se sumó una interpretación judicial, incluido el criterio del Tribunal Constitucional, congruente con las decisiones de la autoridad administrativa⁹⁷.

102. En tal sentido, conforme a lo antes considerado, al no haber suprimido prácticas que entrañaban violación a las garantías previstas en la Convención, y dada la falta de expedición de normas conducentes a la efectiva observancia de tales garantías, el Estado incurrió en incumplimiento del deber de adoptar disposiciones de derecho interno, conforme al artículo 2 de la Convención, en relación con la garantía de inamovilidad de las y los fiscales, reconocida como una de las garantías judiciales que consagra el artículo 8.1 de la Convención.

B.3.5. Derecho al trabajo

103. La presunta víctima, en su escrito de solicitudes y argumentos, se refirió expresamente a la violación al derecho al trabajo. Al respecto, la Corte reitera que los representantes o las presuntas víctimas pueden invocar derechos distintos a aquellos señalados por la Comisión, siempre que dichos alegatos se basen en el marco fáctico establecido en el Informe de Fondo⁹⁸.

104. En tal sentido, el Tribunal advierte que, en el presente caso, el problema jurídico planteado por la presunta víctima se relaciona con los alcances del derecho al trabajo, y en

⁹⁴ La Resolución de 30 de junio de 1998 citó las Leyes No. 26623, 26695 y 26738 (*supra* nota a pie de página 28 y párr. 44), sin especificar artículos. Las Resoluciones de 8 de abril de 2002 y 21 de enero de 2003 citaron el artículo 64 del Decreto Legislativo 052, Ley Orgánica del Ministerio Público (*supra* párr. 43). Por último, la Resolución de 14 de febrero de 2003 citó los artículos 5 de la Ley 27362 (*supra* párr. 46) y 64 del Decreto Legislativo 052, Ley Orgánica del Ministerio Público. *Cfr.* Resolución de la Comisión Ejecutiva del Ministerio Público de 30 de junio de 1998 (expediente de prueba, tomo I, anexo 1 al Informe de Fondo, folio 4); Resolución de la Fiscalía de la Nación de 8 de abril de 2002 (expediente de prueba, tomo IV, anexo 16 al escrito de contestación, folio 953); Resolución de la Fiscalía de la Nación de 21 de enero de 2003 (expediente de prueba, tomo I, anexo 2 al Informe de Fondo, folio 6), y Resolución de la Fiscalía de la Nación de 14 de febrero de 2003 (expediente de prueba, tomo I, anexo 4 al Informe de Fondo, folio 12).

⁹⁵ La testigo Rita Arleny Figueroa Vásquez, entre otras cuestiones, declaró que “en el año 1997 [...] fue emitida la Ley No. 26898 [...] que facultó a la Comisión Ejecutiva del Ministerio Público [para] designar a los fiscales provisionales, dicha norma junto a las Leyes No. 26623, 26695 y 26738 fueron el marco que reguló la designación de los [f]iscales [p]rovisionales”, y que “las designaciones en calidad de [f]iscales [p]rovisionales tiene por [l]ey la calidad de temporales, tal como lo señaló el legislador en los alcances del artículo 5º de la Ley No. 27362 [...] la cual dejó sin efecto la homologación de los magistrados [t]itulares y [p]rovisionales del Poder Judicial y del Ministerio Público”. *Cfr.* Declaración rendida por Rita Arleny Figueroa Vásquez (expediente de prueba, tomo VI, *affidávits*, folios 1248 y 1259).

⁹⁶ En su escrito de contestación, el Estado indicó que, en el caso de la presunta víctima, “tanto la designación como la conclusión del cargo se dieron por razones debidamente justificadas por la institución y conforme a las atribuciones y potestades reconocidas por el ordenamiento jurídico al Ministerio Público, frente a la necesidad de cubrir plaza vacante de manera temporal. Consecuentemente, la conclusión del cargo, en este caso concreto, se debe a la extinción de una necesidad de servicio.”

⁹⁷ El Estado también señaló que “los tribunales a nivel interno, tanto el Poder Judicial como el Tribunal Constitucional, se pronuncian sobre la [p]rovisionalidad de [m]agistrados, en la cual se puede apreciar que existe una sola línea de pensamiento aplicada a los casos [que] versan sobre la referida materia”, y agregó que “de acuerdo a la jurisprudencia nacional, el Tribunal Constitucional viene pronunciándose en diferentes casos análogos, en el sentido que ‘la suplencia o provisionalidad, como tal constituye una situación que no genera más derechos que los inherentes al cargo que provisionalmente ejerce quien no tiene titularidad alguna [...]’”.

⁹⁸ *Cfr.* Caso “Cinco Pensionistas” Vs. Perú, *supra*, párr. 155, y Caso López y otros Vs. Argentina, *supra*, párr. 196.

particular sobre el derecho a la estabilidad laboral, entendido como un derecho protegido por el artículo 26 de la Convención Americana. La Corte recuerda que el derecho al trabajo ha sido un derecho reconocido y protegido a través del artículo 26 en diferentes precedentes por este Tribunal⁹⁹.

105. En cuanto a los derechos laborales específicos protegidos por el citado artículo 26, el Tribunal ha señalado que los términos del citado precepto indican que son aquellos derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA¹⁰⁰. En tal sentido, los artículos 45.b y c¹⁰¹, 46¹⁰² y 34.g¹⁰³ de la Carta establecen normas que refieren al derecho al trabajo. Adicionalmente, la Corte ha indicado en su Opinión Consultiva OC-10/89, que los Estados Miembros han entendido que la Declaración Americana contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta se refiere¹⁰⁴. En este sentido, el artículo XIV de la referida Declaración dispone que “[t]oda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas y a seguir libremente su vocación [...]”. Asimismo, el artículo 29.d de la Convención Americana dispone expresamente que “[n]inguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: [...] d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”. Además, la Corte ya ha indicado¹⁰⁵ que tanto el *corpus iuris* internacional¹⁰⁶ como el *corpus*

⁹⁹ Cfr. *Caso Lagos del Campo Vs. Perú*, *supra*, párrs. 142 y 145. En similar sentido: *Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros Vs. Perú*, *supra*, párrs. 142 y 143; *Caso San Miguel Sosa y otras Vs. Venezuela*, *supra*, párr. 220; *Caso Spoltore Vs. Argentina*, *supra*, párr. 84, y *Caso Empleados de la Fábrica de Fuegos en Santo Antônio de Jesus y sus familiares Vs. Brasil*, *supra*, párr. 155.

¹⁰⁰ Cfr. *Caso Lagos del Campo Vs. Perú*, *supra*, párr. 143, y *Caso Empleados de la Fábrica de Fuegos en Santo Antônio de Jesus y sus familiares Vs. Brasil*, *supra*, párr. 155.

¹⁰¹ Artículo 45 de la Carta de la OEA. - Los Estados miembros, convencidos de que el hombre sólo puede alcanzar la plena realización de sus aspiraciones dentro de un orden social justo, acompañado de desarrollo económico y verdadera paz, convienen en dedicar sus máximos esfuerzos a la aplicación de los siguientes principios y mecanismos: [...] b) El trabajo es un derecho y un deber social, otorga dignidad a quien lo realiza y debe prestarse en condiciones que, incluyendo un régimen de salarios justos, aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia, tanto en sus años de trabajo como en su vejez, o cuando cualquier circunstancia lo prive de la posibilidad de trabajar; c) Los empleadores y los trabajadores, tanto rurales como urbanos, tienen el derecho de asociarse libremente para la defensa y promoción de sus intereses, incluyendo el derecho de negociación colectiva y el de huelga por parte de los trabajadores, el reconocimiento de la personería jurídica de las asociaciones y la protección de su libertad e independencia, todo de conformidad con la legislación respectiva [...].

¹⁰² Artículo 46 de la Carta de la OEA. - Los Estados miembros reconocen que, para facilitar el proceso de la integración regional latinoamericana, es necesario armonizar la legislación social de los países en desarrollo, especialmente en el campo laboral y de la seguridad social, a fin de que los derechos de los trabajadores sean igualmente protegidos, y convienen en realizar los máximos esfuerzos para alcanzar esta finalidad.

¹⁰³ Artículo 34.g de la Carta de la OEA. - Los Estados miembros convienen en que la igualdad de oportunidades, la eliminación de la pobreza crítica y la distribución equitativa de la riqueza y del ingreso, así como la plena participación de sus pueblos en las decisiones relativas a su propio desarrollo, son, entre otros, objetivos básicos del desarrollo integral. Para lograrlos, convienen asimismo en dedicar sus máximos esfuerzos a la consecución de las siguientes metas básicas: [...] g) Salarios justos, oportunidades de empleo y condiciones de trabajo aceptables para todos.

¹⁰⁴ *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-10/89 de 14 de julio de 1989. Serie A No. 10, párr. 43.

¹⁰⁵ Cfr. *Caso Lagos del Campo Vs. Perú*, *supra*, párr. 145.

¹⁰⁶ Por ejemplo: el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el artículo 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, los artículos 7 y 8 de la Carta Social de las Américas, los artículos 6 y 7 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el artículo 11 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, el artículo

ius nacional¹⁰⁷ consagran el referido derecho. En el caso del Perú, el artículo 22 de la Constitución lo consagra, al señalar lo siguiente: "El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona".

106. En cuanto a su contenido y para los efectos del presente caso, cabe señalar que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su *Observación General No. 18 sobre el derecho al trabajo*, expresó que este derecho "no debe entenderse como un derecho absoluto e incondicional a obtener empleo", pero que también "implica el derecho a no ser privado injustamente del empleo"¹⁰⁸.

107. La Corte ha precisado que la estabilidad laboral no consiste en una permanencia irrestricta en el puesto de trabajo, sino de respetar este derecho, entre otras medidas, otorgando debidas garantías de protección al trabajador a fin de que, en caso de despido o separación arbitraria, se realice bajo causas justificadas, lo cual implica que el empleador acredite las razones suficientes para ello con las debidas garantías, y frente a lo cual el trabajador pueda recurrir tal decisión ante las autoridades internas, quienes deberán verificar que las causales imputadas no sean arbitrarias o contrarias a derecho¹⁰⁹. Asimismo, la Corte ha indicado en el caso *San Miguel Sosa y otras Vs. Venezuela* que el Estado incumple con su obligación de garantizar el derecho al trabajo y, por ende, a la estabilidad laboral, cuando no protege a sus funcionarios estatales de separaciones arbitrarias¹¹⁰.

108. Como ha sido referido en esta Sentencia, las y los fiscales, al desempeñar funciones de operadoras y operadores de justicia, requieren gozar de garantías de estabilidad laboral como condición elemental de su independencia para el debido cumplimiento de sus funciones (*supra* párr. 78). Asimismo, se indicó que, en el caso de las y los fiscales provisionales, la salvaguarda de su independencia y objetividad exige otorgarles cierto tipo de estabilidad y permanencia en el cargo, pues la provisionalidad no equivale a libre remoción (*supra* párr. 81). La Corte entiende que, como expresión del cargo en el que se desempeñan las y los fiscales, tienen el derecho a la estabilidad laboral y, por lo tanto, los Estados deben respetar y garantizar este derecho.

109. En el presente caso, la Corte concluyó que la decisión que dio por terminado el nombramiento del señor Casa Nina fue arbitraria al no corresponder con alguna de las causales permitidas para garantizar su independencia en el cargo de fiscal provisional (*supra* párr. 91), lo que configuró también violación al derecho a la estabilidad laboral, como parte del derecho al trabajo, que como trabajador del Ministerio Público del Estado peruano le asistía durante el tiempo que durara el ejercicio del cargo.

110. De conformidad con lo anterior, el Estado es responsable por la violación del derecho al

32.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, así como el artículo 1 de la Carta Social Europea y el artículo 15 de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos.

¹⁰⁷ Entre las normas constitucionales de los Estados parte de la Convención Americana que refieren de alguna forma a la protección del derecho al trabajo, se encuentran: Argentina (art. 14 bis), Bolivia (art. 46 y 48), Brasil (art. 6), Colombia (art. 25), Costa Rica (art. 56), Chile (art. 19), Ecuador (art. 33), El Salvador (art. 37 y 38), Guatemala (art. 101), Haití (art. 35), Honduras (arts. 127 y 129), México (art. 123), Nicaragua (arts. 57 y 80), Panamá (art. 64), Paraguay (art. 86), Perú (art. 22), República Dominicana (art. 62), Surinam (art. 4), y Uruguay (art. 36), y Venezuela (art. 87).

¹⁰⁸ ONU. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No 18: *El derecho al trabajo*, U.N. Doc. E/C.12/GC/18, 24 de noviembre de 2005.

¹⁰⁹ Cfr. *Caso Lagos del Campo Vs. Perú*, *supra*, párr. 150, y *Caso San Miguel Sosa y otras Vs. Venezuela*, *supra*, párr. 220.

¹¹⁰ Cfr. *Caso San Miguel Sosa y otras Vs. Venezuela*, *supra*, párr. 221.

trabajo, reconocido en el artículo 26 de la Convención.

B.3.6. Alegada violación a la protección de la honra y de la dignidad y a la igualdad ante la ley

111. Respecto de la alegada violación a la protección de la honra y de la dignidad, sin perjuicio de la facultad de la presunta víctima de invocar derechos distintos a los señalados por la Comisión, la Corte advierte que no desarrolló argumentos específicos, pues simplemente aludió a la conexidad de tales derechos “con los invocados en el presente caso”, lo que no denota el fundamento de su alegación. En tal sentido, el Tribunal carece de sustento alguno que le permita realizar el examen pretendido, en tanto no es posible advertir en qué sentido se habría ocasionado la violación.

112. En cuanto a la igualdad ante la ley, sin perjuicio de la falta de sustento para el examen, cabe señalar que lo relativo a la aplicación de la normativa legal que determinó la facultad de la autoridad administrativa para dar por terminado el nombramiento de la presunta víctima fue analizado oportunamente (*supra* párr. 101). En todo caso, la Corte resalta que dicha normativa, en principio, no configuraría un trato discriminatorio hacia las y los fiscales provisionales con relación a las y los fiscales de carrera, pues, como fue indicado, la independencia que debe garantizarse a ambas categorías profesionales no implica una equiparación entre estas (*supra* párr. 82).

B.3.7. Conclusión general

113. Como corolario, en virtud de no haber respetado las garantías necesarias para salvaguardar la independencia en el ejercicio del cargo y su estabilidad laboral de fiscal provisional, el Estado peruano es responsable por la violación de los artículos 8.1, 23.1 c) y 26 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento, en perjuicio del señor Julio Casa Nina.

VIII.2

DERECHO A LA PROTECCIÓN JUDICIAL, EN RELACIÓN CON LAS OBLIGACIONES DE RESPETAR Y GARANTIZAR LOS DERECHOS¹¹¹

A. Alegatos de la Comisión y de las partes

114. La **Comisión** alegó que la presunta víctima hizo uso de recursos en la vía administrativa y constitucional. Sin embargo, en ninguna de las vías intentadas contó con un recurso efectivo para impugnar la decisión que lo cesó en el cargo y para revisar las violaciones al debido proceso y al principio de legalidad. La **representación** del señor Casa Nina no expuso alegatos al respecto.

115. El **Estado** señaló que, con el contenido de la resolución que decidió el recurso de reconsideración planteado por la presunta víctima, se evidencia que en sede administrativa no hubo afectación a los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial. Añadió que la Comisión no especificó qué actos fueron contrarios al deber de protección judicial en lo que concierne al proceso de amparo que promovió el señor Casa Nina. En tal sentido, en las distintas instancias fueron expuestos argumentos suficientes para determinar que la decisión de dar por concluida la designación no obedeció a una sanción disciplinaria. Si bien el resultado final del proceso de amparo fue desfavorable a las pretensiones de la presunta víctima, ello no puede significar la vulneración al derecho a la protección judicial reconocido en el artículo

¹¹¹ Artículo 25 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento.

25 de la Convención.

B. Consideraciones de la Corte

116. Este Tribunal ha señalado que el artículo 25.1 de la Convención prevé la obligación de los Estados Parte de garantizar, a todas las personas bajo su jurisdicción, un recurso judicial sencillo, rápido y efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales¹¹². Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte ha señalado que, en los términos del artículo 25 de la Convención, es posible identificar dos obligaciones específicas del Estado. La primera, consagrar normativamente y asegurar la debida aplicación de recursos efectivos ante las autoridades competentes que amparen a todas las personas bajo su jurisdicción contra actos que violen sus derechos fundamentales o que conlleven la determinación de los derechos y obligaciones de estas. La segunda, garantizar los medios para ejecutar las respectivas decisiones y sentencias definitivas emitidas por tales autoridades competentes, de manera que se protejan efectivamente los derechos declarados o reconocidos¹¹³. El derecho establecido en el artículo 25 se encuentra íntimamente ligado con la obligación general del artículo 1.1 de la Convención, al atribuir funciones de protección al derecho interno de los Estados Parte¹¹⁴. A la vista de lo anterior, el Estado tiene la responsabilidad no solo de diseñar y consagrar normativamente un recurso eficaz, sino también la de asegurar la debida aplicación de dicho recurso por parte de sus autoridades judiciales¹¹⁵.

117. En lo que se refiere específicamente a la efectividad del recurso, esta Corte ha establecido que el sentido de la protección del artículo es la posibilidad real de acceder a un recurso judicial para que una autoridad competente y capaz de emitir una decisión vinculante, determine si ha habido o no una violación a algún derecho que la persona que reclama estima tener y que, en caso de ser encontrada una violación, el recurso sea útil para restituir al interesado en el goce de su derecho y repararlo¹¹⁶. Lo anterior no implica que se evalúe la efectividad de un recurso en función de que este produzca un resultado favorable para el demandante¹¹⁷.

118. En el presente caso, el señor Casa Nina impugnó la decisión que dio por concluido su nombramiento como fiscal provisional mediante el planteamiento de demanda de acción de amparo. Para el efecto, reclamó la tutela de los derechos al trabajo, al debido proceso y "a no ser removido del cargo", para lo cual, además de objetar la decisión unilateral e injustificada que, a su juicio, había dictado la Fiscal de la Nación, reiteró lo relativo a la falta de un

¹¹² Cfr. *Caso Mejía Idrovo Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de julio de 2011, Serie C No. 228, párr. 95, y *Caso Martínez Esquivia Vs. Colombia, supra*, párr. 130.

¹¹³ Cfr. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo, supra*, párr. 237, y *Caso Noguera y otra Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 9 de marzo de 2020. Serie C No. 401, párr. 79.

¹¹⁴ Cfr. *Caso Castillo Páez Vs. Perú. Fondo*. Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Serie C No. 34, párr. 83, y *Caso López y otros Vs. Argentina, supra*, párr. 209.

¹¹⁵ Cfr. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo, supra*, párr. 237, y *Caso López y otros Vs. Argentina, supra*, párr. 209.

¹¹⁶ Cfr. *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987. Serie A, No. 9, párr. 24; *Caso Castañeda Gutman Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184, párr. 100, y *Caso López y otros Vs. Argentina, supra*, párr. 210.

¹¹⁷ Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo, supra*, párr. 67, y *Caso López y otros Vs. Argentina, supra*, párr. 210.

procedimiento administrativo disciplinario en su contra¹¹⁸. Ante ello, el Primer Juzgado Especializado en lo Civil de Huamanga, Ayacucho, declaró infundada la demanda, con fundamento tanto en “la condición de [p]rovisional [...] y no así de [t]itular” del peticionario, como en la afirmación de que la decisión que dio por concluido el nombramiento no respondía a la naturaleza de “medida disciplinaria de destitución del cargo”¹¹⁹.

119. De esa cuenta, la víctima planteó recurso de apelación, para lo cual reiteró el alegato de violación de los derechos al trabajo, al debido proceso y “a no ser removido del cargo”¹²⁰. Por su parte, la Sala Especializada en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho confirmó el fallo apelado, con fundamento en que se pretendía alegar “derechos que correspond[ían] a los fiscales titulares” cuando el apelante había ejercido “un nombramiento de confianza”, es decir, “un cargo temporal”¹²¹.

120. El señor Casa Nina promovió recurso de agravio constitucional con reiteración de sus argumentos, a lo que agregó que la decisión de la Fiscal de la Nación adolecía de falta de motivación y que no había tenido la posibilidad “de ser oído ni de conocer los cargos imputados”¹²². La Sala Primera del Tribunal Constitucional se pronunció en el sentido de declarar infundada la demanda con base en que la víctima, dado el carácter provisional, interino o transitorio de su nombramiento, no podía pretender “la protección de derechos que no corresponden a quien no ha sido nombrado conforme a lo establecido en los artículos 150 y 154 de la Constitución”¹²³.

121. Lo antes descrito apunta a que los distintos órganos jurisdiccionales que conocieron de las acciones y recursos promovidos por el señor Casa Nina desestimaron los cuestionamientos planteados con fundamento en dos razones concretas: (i) la condición de provisionalidad del nombramiento de la víctima, lo que determinaba que no podía reclamar la protección de derechos que correspondían solo a los fiscales titulares, y (ii) el carácter no sancionatorio de la decisión emitida, lo que hacía inaplicables las garantías alegadas por la víctima.

122. Como ha sido afirmado en esta Sentencia, el carácter provisional del nombramiento de las y los fiscales no equivale a su libre remoción; por el contrario, la salvaguarda de la independencia de dichos operadores de justicia exige, precisamente, cierta estabilidad y permanencia en el cargo, en tanto no se verifique la condición resolutoria que pondría fin a la designación (*supra* párr. 81).

123. De esa cuenta, en el caso concreto, los tribunales que conocieron de las acciones promovidas por la víctima no atendieron el reclamo específico que esta formuló respecto del derecho a la estabilidad en el cargo que le asistía dada su condición de fiscal provisional, y, con ello, no proveyeron una protección eficaz ante el reclamo por la violación ocasionada.

¹¹⁸ Cfr. Escrito de la demanda de amparo de 29 de noviembre de 2004 (expediente de prueba, tomo IV, anexo 19 al escrito de contestación, folios 967 a 980).

¹¹⁹ Cfr. Sentencia emitida por el Juez del Primer Juzgado Especializado en lo Civil de Huamanga, Ayacucho, el 19 de abril de 2005 (expediente de prueba, tomo I, anexo 7 al Informe de Fondo, folios 25 a 27).

¹²⁰ Cfr. Sentencia emitida por la Sala Especializada en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho el 11 de julio de 2005 (expediente de prueba, tomo I, anexo 8 al Informe de Fondo, folios 29 y 30).

¹²¹ Cfr. Sentencia emitida por la Sala Especializada en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho el 11 de julio de 2005 (expediente de prueba, tomo I, anexo 8 al Informe de Fondo, folios 29 y 30).

¹²² Cfr. Sentencia emitida por la Sala Primera del Tribunal Constitucional el 14 de noviembre de 2005 (expediente de prueba, tomo I, anexo 9 al Informe de Fondo, folios 29 y 30).

¹²³ Cfr. Sentencia emitida por la Sala Primera del Tribunal Constitucional el 14 de noviembre de 2005 (expediente de prueba, tomo I, anexo 9 al Informe de Fondo, folios 29 y 30).

124. En este sentido, los recursos judiciales intentados por el señor Casa Nina para la tutela de sus derechos (*supra* párrs. 118, 119 y 120) resultaron ineficaces, pues las distintas instancias judiciales reiteraron el argumento de que debido a la condición de provisionalidad de su nombramiento no gozaba de estabilidad alguna, lo que resulta contrario a las garantías de las que deben gozar las y los fiscales, aun cuando su nombramiento sea en condición de provisionalidad.

125. Por consiguiente, el Tribunal considera que el Estado es responsable por la violación del artículo 25.1 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio del señor Julio Casa Nina.

IX REPARACIONES

126. Con fundamento en lo dispuesto en el artículo 63.1 de la Convención Americana, la Corte ha indicado que toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente, y que esa disposición recoge una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre responsabilidad de un Estado¹²⁴. La Corte ha considerado la necesidad de otorgar diversas medidas de reparación, a fin de resarcir los daños de manera integral, por lo que además de las compensaciones pecuniarias, las medidas de restitución, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición tienen especial relevancia por los daños ocasionados¹²⁵. Además, este Tribunal ha establecido que las reparaciones deben tener un nexo causal con los hechos del caso, las violaciones declaradas, los daños acreditados, así como las medidas solicitadas para reparar los daños respectivos¹²⁶.

127. En consecuencia, el Tribunal procederá a analizar las pretensiones presentadas por la Comisión y la víctima, así como los argumentos del Estado.

A. Parte lesionada

128. Este Tribunal considera parte lesionada, en los términos del artículo 63.1 de la Convención, a quien ha sido declarada víctima de la violación de algún derecho reconocido en dicho instrumento internacional. Por lo tanto, esta Corte considera como “parte lesionada” al señor Julio Casa Nina.

B. Medidas de restitución

129. La **Comisión** solicitó “[r]eincorporar a la víctima en un cargo similar al que desempeñaba, con la misma remuneración, beneficios sociales y rango equiparable al que le correspondería el día de hoy si no hubiera sido cesado. En caso de que esta no sea la voluntad de la víctima o que existan razones objetivas que impidan la reincorporación, el Estado deberá pagar una indemnización por este motivo, que es independiente de las reparaciones relativas al daño material y moral”.

¹²⁴ Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 7, párr. 25, y *Caso Almeida Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 17 de noviembre de 2020. Serie C No. 416, párr. 54.

¹²⁵ Cfr. *Caso de la Masacre de Las Dos Erres Vs. Guatemala, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211, párr. 226, y *Caso Almeida Vs. Argentina, supra*, párr. 55.

¹²⁶ Cfr. *Caso Ticona Estrada y otros Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 191, párr. 110, y *Caso Almeida Vs. Argentina, supra*, párr. 56.

130. El señor Casa Nina solicitó que “se [le] restituya en [su] calidad de magistrado fiscal adjunto o provincial o [superior] con todas las prerrogativas que [le] correspondería[n] al día de hoy y derechos pensionarios que [le] corresponde[n] con reconocimiento de todos los derechos, independiente de la indemnización o sanción pecuniaria”.

131. El **Estado** argumentó que el Consejo Nacional de la Magistratura, ahora Junta Nacional de Justicia, no estaría facultado para reincorporar al señor Casa Nina, pues dicho órgano “solo tiene competencia para nombrar, ratificar, destituir y, eventualmente, reincorporar a magistrados titulares, es decir, a aquellos que alcanzaron una plaza mediante concurso público y accedieron a la carrera fiscal o judicial”, no siendo esta la situación del presente caso. De igual forma, el Ministerio Público tampoco podría disponer la reincorporación de un fiscal provisional no titular, pues estos no tienen una plaza vacante, dada la naturaleza temporal de dicha designación. Añadió que, en el cargo de Fiscal Adjunta Provincial en lo Penal de Huamanga, Distrito Fiscal de Ayacucho, el 9 de febrero de 2005 el Consejo Nacional de la Magistratura nombró a la funcionaria titular, por lo que no subsiste el cargo que ejercía la víctima al momento de los hechos. Asimismo, señaló que la Fiscalía de la Nación dispuso convertir la Primera, Segunda y Tercera Fiscalía Provincial Penal de Huamanga en la Primera Fiscalía Provincial Corporativa de Huamanga, por lo que no subsiste el órgano en el que laboraba la víctima, lo que imposibilita su reincorporación. Agregó que tampoco procedería la indemnización a favor de la víctima, pues el Ministerio Público, al haber ordenado la conclusión de la designación temporal efectuada, actuó dentro de las potestades y atribuciones legales, por lo que “no ha irrogado daño a la persona del señor Julio Casa Nina”.

132. La Corte, en atención a lo expresado por el Estado, advierte que mediante Resolución del Consejo Nacional de la Magistratura de 9 de febrero de 2005 fue nombrada la funcionaria que, con carácter de titular, asumió el cargo que ejercía el señor Casa Nina al momento de la conclusión de su designación¹²⁷. Tal situación determina que no es viable, en el caso concreto, ordenar la reincorporación de la víctima, como fue solicitado. Ante ello, dadas las violaciones declaradas en esta Sentencia, el Estado deberá pagar al señor Julio Casa Nina una indemnización que esta Corte fija en equidad en USD \$30.000,00 (treinta mil dólares de los Estados Unidos de América).

C. Medidas de satisfacción

133. Si bien las partes y la Comisión no formularon solicitudes específicas en materia de medidas de satisfacción, la Corte, como lo ha hecho en otros casos¹²⁸, dispone que el Estado publique, en el plazo de seis meses, contado a partir de la notificación de la presente Sentencia, en un tamaño de letra legible y adecuado, lo siguiente: a) el resumen oficial de la presente Sentencia elaborado por la Corte, por una sola vez, en el Diario Oficial, y b) la presente Sentencia en su integridad, disponible por un periodo de un año, en el sitio web oficial del Ministerio Público. El Estado deberá informar de forma inmediata a este Tribunal una vez que proceda a realizar cada una de las publicaciones dispuestas, independientemente del plazo de un año para presentar su primer informe dispuesto en el punto resolutivo 10 de la presente Sentencia.

D. Garantías de no repetición

¹²⁷ Cfr. Resolución del Consejo Nacional de la Magistratura de 9 de febrero de 2005 (expediente de prueba, tomo IV, anexo 24 al escrito de contestación, folio 997).

¹²⁸ Cfr. *Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 3 de diciembre de 2001. Serie C No. 88, párr. 79, y *Caso Almeida Vs. Argentina*, *supra*, párr. 65.

134. La **Comisión** solicitó disponer mecanismos de no repetición que incluyan: a) las medidas necesarias “para evitar que en el futuro se produzcan hechos similares. En particular, asegurar la aplicación de las reglas del debido proceso en el marco de procesos de destitución o cese de fiscales, independientemente de que sean o no provisionales”, y b) las medidas necesarias “para que la normativa interna y la práctica relevante obedezcan a criterios claros y aseguren garantías en el nombramiento, permanencia y remoción de fiscales”, conforme a los criterios establecidos en el Informe de Fondo. La **representación** del señor Casa Nina no se pronunció al respecto.

135. El **Estado** argumentó que aplica las reglas del debido proceso en los procesos de destitución y cese de fiscales, sin perjuicio de reiterar que el presente caso no se vincula a un cese o destitución, sino a la conclusión de una designación por necesidades del servicio. Señaló que, en 2019, mediante la Ley No. 30944, se creó la Autoridad Nacional de Control del Ministerio Público, entre cuyas funciones se encuentra la supervisión de la designación de fiscales provisionales no titulares, la que deberá realizarse por concurso público. Añadió que dicha autoridad se encuentra en proceso de implementación e instalación, por lo que oportunamente hará llegar información actualizada sobre tales cuestiones.

136. La Corte, a partir de los argumentos y la prueba aportada por el Estado, advierte que en la actualidad la normativa que rige el nombramiento, permanencia y conclusión del ejercicio del cargo de las y los fiscales provisionales está contenida en el “Reglamento interno para el nombramiento, evaluación y permanencia de fiscales provisionales”, aprobado mediante Resolución de la Fiscalía de la Nación No. 4330-2014-MP-FN de 15 de octubre de 2014. Dicho reglamento continúa condicionando el nombramiento de las y los fiscales provisionales, así como su terminación, a la noción de las “necesidades del servicio”, entre otros elementos, sin establecer la garantía de estabilidad de tales funcionarias y funcionarios, en tanto no circunscribe la separación del cargo a las causales previstas en resguardo de su independencia (*supra* párr. 83). En efecto, el artículo 15º del referido reglamento prevé:

La permanencia de los fiscales provisionales depende:

- 15.1.- Del desempeño probo e idóneo.
- 15.2.- De la necesidad del servicio.
- 15.3.- De la disponibilidad presupuestaria.
- 15.4.- De la conversión, reubicación, modificación o reforma de los despachos fiscales¹²⁹.

137. Cabe asimismo indicar que el criterio imperante, sostenido por las autoridades administrativas¹³⁰ y jurisdiccionales¹³¹ respecto de la permanencia de las y los fiscales provisionales continúa atendiendo a la facultad de la autoridad nominadora para decidir a su criterio, en cada caso, la pertinencia de dar por terminado el nombramiento, desconociendo con ello la garantía de estabilidad de tales funcionarias y funcionarios.

¹²⁹ Cfr. Resolución de la Fiscalía de la Nación No. 4330-2014-MP-FN de fecha 15 de octubre de 2014 (expediente de prueba, tomo IV, anexo 42 al escrito de contestación, folios 1151 a 1157).

¹³⁰ Cfr. La testigo Rita Arleny Figueroa Vásquez declaró que el ingreso de un “fiscal provisional no titular” a la institución se condiciona “a la presencia de una plaza libre, a la existencia de la ‘necesidad del servicio’ [...] y, en tanto evidencie probidad e idoneidad en el desempeño de la función. La culminación opera cuando ya no subsista la ‘necesidad del servicio’ o presupuesto institucional.” Cfr. Declaración rendida por Rita Arleny Figueroa Vásquez (expediente de prueba, tomo VI, *affidávits*, folios 1243, 1244 y 1255).

¹³¹ Véase, Sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de setiembre de 2015, expediente No. 1274-2013-AA/TC y Sentencia del Tribunal Constitucional de 9 de mayo de 2017, expediente No. 00646-2015-PA/TC (expediente de prueba, tomo IV, anexo 39 al escrito de contestación, folios 1067 a 1070, 1098 a 1099); asimismo, Sentencia de la Quinta Sala Contenciosa Administrativa Laboral-Previsional de la Corte Superior de Justicia de Lima de 19 de enero de 2017, expediente No. 14501-2013 (expediente de prueba, tomo IV, anexo 40 al escrito de contestación, folios 1112 a 1118).

138. Por consiguiente, la Corte determina que el Estado peruano, en un plazo razonable, deberá adecuar su normativa interna a lo considerado en los párrafos 81 y 83 de la presente Sentencia.

139. Sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal reitera que las distintas autoridades estatales, incluidos los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, están en la obligación de ejercer *ex officio* un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes; en esta tarea, las autoridades internas deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana¹³². De esa cuenta, con independencia de las reformas normativas que el Estado deba adoptar, deviene imperativo que las autoridades competentes para decidir el nombramiento y remoción de las y los fiscales, así como los tribunales de justicia, ajusten su interpretación normativa a los principios establecidos en esta Sentencia.

E. Indemnizaciones compensatorias

E.1. Daño material

140. La **Comisión** solicitó que el Estado repare integralmente las consecuencias de las violaciones declaradas en el Informe de Fondo, para lo cual debe incluirse el daño material.

141. El señor Casa Nina solicitó, en concepto de lucro cesante, lo siguiente: “[...] como compensación económica [...] al haber dejado de percibir como magistrado durante 17 años, precisando en meses exactamente 201 meses y 3 días, que asciende [a] un total de [...] 818.491,75 Soles. Esto según la remuneración mensual anterior desde el año 2003 al 2017, por último, la remuneración vigente a la fecha de los años 2018 y 2019”.

142. El **Estado** alegó que la solicitud formulada por el señor Casa Nina resulta errada por las razones siguientes: a) no obra en el expediente una demanda de indemnización por despido arbitrario, lo que evidencia que no se brindó a las autoridades nacionales la oportunidad de pronunciarse y resolver los reclamos que ahora se pretende incorporar a sede internacional; b) existe error en el periodo indemnizatorio empleado como base para el cálculo, pues se consideró un plazo total cuando existieron dos, derivado de ser dos designaciones distintas, de las cuales la conclusión de la primera no fue impugnada, por lo que no podría ser objeto de indemnización; c) no correspondería aplicar el máximo de 12 remuneraciones, como se aprecia que fue empleado en el cálculo de indemnización, sino el equivalente al periodo de servicio efectivamente laborado; d) existe error en el periodo computable empleado, pues la fecha final no podría ser la actual, sino el 9 de febrero de 2005, día en el que fue nombrada la funcionaria titular del cargo; e) conforme al ordenamiento peruano, no existe remuneración por trabajo no laborado, como lo dicta la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia; en tal sentido, no existe norma que reconozca por concepto de indemnización remuneraciones por trabajo no realizado y, a la vez, los conceptos propios de responsabilidad civil, lo que conllevaría dos tipos de indemnizaciones frente a un único hecho, y f) con base en lo anterior, según informe pericial elaborado por profesional contadora perita del Consejo de Defensa Jurídica del Estado, la suma correcta sería de 23.931,21 Soles.

¹³² Cfr. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 124, y *Caso Fernández Prieto y Tumbeiro Vs. Argentina. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 1 de septiembre de 2020. Serie C No. 411, párr. 100.

143. La Corte ha desarrollado en su jurisprudencia que el daño material supone la pérdida o detrimento de los ingresos de las víctimas, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso¹³³.

144. En cuanto a la indemnización por daño material, en concepto de ingresos dejados de percibir, la Corte recuerda que mediante Resolución de 9 de febrero de 2005 fue nombrada la funcionaria que, con carácter permanente, asumió el cargo que ejercía la víctima al momento de su remoción¹³⁴. Por ende, el cálculo correspondiente debe ajustarse a tal circunstancia. De esa cuenta, en atención al periodo en el que correspondería el pago de indemnización por concepto de ingresos dejados de percibir (del 21 de enero de 2003 al 9 de febrero de 2005), y con base en los montos correspondientes a la remuneración de funcionarios con cargos equivalentes al que ejercía la víctima al momento de los hechos, dato en el que coinciden las pruebas aportadas por ambas partes¹³⁵, la Corte ordena el pago de la suma de USD \$25.000,00 (veinticinco mil dólares de los Estados Unidos de América) por concepto de ingresos dejados de percibir en favor del señor Julio Casa Nina.

E.2. Daño inmaterial

145. La **Comisión** solicitó “[r]eparar integralmente las violaciones de derechos humanos [...] en el [...] aspecto inmaterial”.

146. El señor Casa Nina señaló que la actuación estatal ocasionó severos daños físicos, psicológicos y emocionales, tanto a él como a su familia, y tuvo un impacto dramático en su proyecto de vida, más aún para sus hijos, pues se modificó su ritmo de vida al haber sido trasladados, dada la situación económica familiar, de un colegio particular a un colegio estatal. De esa cuenta, solicitó lo siguiente: “Para la víctima un monto de US 150.000 [d]ólares [de los Estados Unidos de América]. Para [su] cónyuge un monto de US 50.000 [d]ólares [de los Estados Unidos de América]. Para [sus] hijos un monto de US 100.000 [d]ólares [de los Estados Unidos de América] (US 50.000 para cada uno). Sumados dichos montos ascienden a un total de US 300.000 dólares [de los Estados Unidos de América].”

147. Asimismo, indicó que las violaciones a derechos atribuibles al Estado han incidido en daños a su proyecto de vida en las esferas personal, laboral, social, profesional, familiar y económica, por lo que solicitó un monto de USD \$100.000,00 (cien mil dólares de los Estados Unidos de América).

148. El **Estado** alegó que la víctima no precisó en qué consistió la alegada afectación. Asimismo, hizo alusión a daños físicos que no fueron especificados ni detallados, y empleó frases genéricas como “gravedad de los hechos” e “intensidad de los padecimientos causados”, sin explicar a qué aspectos puntuales se hace referencia. Agregó que la única víctima es el señor Julio Casa Nina, por lo que su esposa e hijos no forman parte de la controversia.

149. Señaló que la víctima, para sustentar el daño inmaterial, presentó una pericia psicológica que parte de una premisa errada, al considerar que sufrió un despido arbitrario o fue

¹³³ Cfr. *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C No. 91, párr. 43, y *Caso Almeida Vs. Argentina, supra*, párr. 75.

¹³⁴ Cfr. Resolución del Consejo Nacional de la Magistratura de 9 de febrero de 2005 (expediente de prueba, tomo IV, anexo 24 al escrito de contestación, folio 997).

¹³⁵ Cfr. Informe pericial suscrito por Vladimir Díaz Pillaca el 31 de octubre de 2019 (expediente de prueba, tomo III, anexo 2 al escrito de solicitudes y argumentos, folios 762 a 797), e Informe pericial suscrito por Jesús Jackeline León Ybáñez el 6 de enero de 2020 (expediente de prueba, tomo IV, anexo 44 al escrito de contestación, folios 1173 a 1182).

destituida, lo que constituye el punto central para identificar los sufrimientos alegados, aunado a que incluye aspectos que conciernen a personas distintas a la víctima. Agregó que, del contenido del informe, se infiere que las supuestas afectaciones fueron superadas con creces, pues “en la actualidad sus negocios familiares están muy bien encaminados y tiene éxito en su consultorio jurídico”. Por lo anterior, concluyó que las afectaciones alegadas no se encuentran debidamente sustentadas.

150. En cuanto al daño al proyecto de vida, el Estado indicó que los elementos que la Corte ha utilizado en su jurisprudencia para determinarlo y otorgar medidas de reparación no se configuran en el caso del señor Casa Nina. Por el contrario, los argumentos esgrimidos carecen de sustento para alegar válidamente que los hechos hayan producido un daño a su proyecto de vida y, por ello, hubieren cambiado definitivamente el curso de su vida. En todo caso, la víctima tuvo la oportunidad de postular a una plaza en el Ministerio Público para acceder a la carrera fiscal y no lo hizo, situación que no puede atribuirse al Estado ni puede ser considerada como afectación al proyecto de vida.

151. Este Tribunal ha desarrollado en su jurisprudencia el concepto de daño inmaterial, y ha establecido que este puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a la víctima directa y a sus allegados, como el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima o su familia¹³⁶.

152. La Corte advierte que, para probar el daño inmaterial, la víctima aportó un informe psicológico emitido a partir de la entrevista y evaluación que le fueran realizadas por una profesional de psicología, así como su propia declaración. Respecto al primer documento, si bien en su contenido se alude expresamente a lo declarado por el señor Casa Nina en cuanto a que en la actualidad su trabajo como abogado “ha mejorado bastante” y que los negocios familiares los califica como “rentable[s] económicamente”, la profesional de psicología que suscribió el informe indicó, como parte de sus conclusiones, que durante el proceso judicial instado para reclamar por su separación del cargo de fiscal provisional, la víctima mostró “[r]eacción ansiosa situacional y perturbación emocional, evidenciando indicadores de depresión leve, angustia, ansiedad, frustración”¹³⁷. Por su parte, en la declaración rendida ante fedatario público, la víctima señaló, *inter alia*, lo siguiente: “[...] la forma como [fui] despedido, separado, destituido[,] como quieran llamar[le], de un digno trabajo estable y permanente[,] protegido y consagrado en la Constitución Política del Estado peruano de[el] cargo de fiscal adjunto provincial provisional del Perú, y la conducta arbitraria de parte del Estado peruano[,] como consecuencias ha provocado un desmedro total [...] del suscrito declarante [...]”¹³⁸.

153. Con base en lo anterior y las circunstancias propias del caso, la Corte estima que la decisión de separar de su cargo al señor Casa Nina ocasionó perjuicios morales a este, por lo que fija, en equidad, la cantidad de USD \$15.000,00 (quince mil dólares de los Estados Unidos de América) por concepto de daño inmaterial.

154. En lo que atañe al alegato del daño al proyecto de vida, la Corte recuerda que en su jurisprudencia ha especificado que el daño al proyecto de vida corresponde a una noción

¹³⁶ Cfr. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2001*. Serie C No. 77, párr. 84, y *Caso Almeida Vs. Argentina, supra*, párr. 80.

¹³⁷ Cfr. Informe psicológico suscrito por Harvis Andrana Cordero Loayza (expediente de prueba, tomo III, anexo 1 al escrito de solicitudes y argumentos, folios 749 a 760).

¹³⁸ Cfr. Declaración rendida por Julio Casa Nina (expediente de prueba, tomo VI, *affidávits*, folio 1280).

distinta del lucro cesante y del daño emergente¹³⁹. Así, el daño al proyecto de vida atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse, razonablemente, determinadas expectativas y acceder a ellas¹⁴⁰. Por tanto, el proyecto de vida se expresa en las expectativas de desarrollo personal, profesional y familiar, posibles en condiciones normales¹⁴¹. Esta Corte ha señalado que el daño al proyecto de vida implica la pérdida o el grave menoscabo de oportunidades de desarrollo personal, en forma irreparable o muy difícilmente reparable¹⁴². Entre otras medidas, la Corte también ha ordenado en casos particulares una compensación relativa a este tipo de daño¹⁴³. En el presente caso, el alegato del daño al proyecto de vida del señor Casa Nina alude a una interrupción de su desarrollo profesional, pero no se demuestra que el proyecto de vida haya sido afectado en forma irreparable o de muy difícil reparación. Ante ello, la Corte considera que no hay suficiente evidencia en el presente litigio que le permita ordenar esta indemnización.

155. Por último, la Corte recuerda que la única víctima declarada como parte lesionada es el señor Julio Casa Nina, sin que el resto de sus familiares sean consideradas víctimas en el presente caso (*supra* párr. 31). De esa cuenta, la Corte no analizará las solicitudes de compensación formuladas en favor de sus familiares.

F. Costas y gastos

156. El señor Casa Nina solicitó, en su escrito de solicitudes y argumentos, que se “ordene al Estado [...] resarcir los gastos y costas en que hay[a] incurrido [...] tanto en el procedimiento tramitado ante la Comisión IDH, como en el sustanciado [...] ante la Corte IDH”. El **Estado** no se pronunció al respecto.

157. La Corte reitera que las costas y gastos hacen parte del concepto de reparación, toda vez que la actividad desplegada por las víctimas con el fin de obtener justicia, tanto a nivel nacional como internacional, implica erogaciones que deben ser compensadas cuando la responsabilidad internacional del Estado es declarada mediante una sentencia condenatoria. En cuanto al reembolso de las costas y gastos, corresponde al Tribunal apreciar prudentemente su alcance, el cual comprende los gastos generados ante las autoridades de la jurisdicción interna, así como los generados en el curso del proceso ante el Sistema Interamericano, teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto y la naturaleza de la jurisdicción internacional de protección de los derechos humanos. Esta apreciación puede ser realizada con base en el principio de equidad y tomando en cuenta los gastos señalados por las partes, siempre que su *quantum* sea razonable¹⁴⁴.

158. En el presente caso no consta en el expediente respaldo probatorio alguno con relación a las costas y gastos en los cuales incurrió el señor Casa Nina en la tramitación del caso ante el Sistema Interamericano; incluso, la víctima no concretó su solicitud indicando un monto

¹³⁹ Cfr. *Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de noviembre de 1998, Serie C, No. 42, párr. 147, y *Caso Álvarez Ramos Vs. Venezuela*, *supra*, párr. 225.

¹⁴⁰ Cfr. *Caso Loayza Tamayo Vs. Perú*, *supra*, párr. 147, y *Caso Álvarez Ramos Vs. Venezuela*, *supra*, párr. 225.

¹⁴¹ Cfr. *Caso Tibi Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 7 de septiembre de 2004, Serie C, No. 114, párr. 245, y *Caso Álvarez Ramos Vs. Venezuela*, *supra*, párr. 225.

¹⁴² Cfr. *Caso Loayza Tamayo Vs. Perú*, *supra*, párr. 150, y *Caso Álvarez Ramos Vs. Venezuela*, *supra*, párr. 225.

¹⁴³ Cfr. *Caso de la Masacre de Las Dos Erres Vs. Guatemala*, *supra*, párr. 293, y *Caso Rosadio Villavicencio Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 14 de octubre de 2019. Serie C No. 388, párr. 249.

¹⁴⁴ Cfr. *Caso Garrido y Baigorria Vs. Argentina*, *supra*, párr. 82, y *Caso Almeida Vs. Argentina*, *supra*, párr. 85.

específico. No obstante, el Tribunal considera que tales trámites necesariamente implicaron erogaciones pecuniarias, por lo que determina que el Estado debe entregar al señor Julio Casa Nina la cantidad de USD \$15.000,00 (quince mil dólares de los Estados Unidos de América) por concepto de costas y gastos. Cabe agregar que en la etapa de supervisión de cumplimiento de la presente Sentencia, la Corte podrá disponer que el Estado reembolse a la víctima o su representante los gastos razonables en que incurran en dicha etapa procesal¹⁴⁵.

G. Reintegro de los gastos al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas

159. En el presente caso, mediante Resolución de 3 de agosto de 2020, la Presidenta de la Corte declaró procedente la solicitud presentada por el señor Julio Casa Nina para acogerse al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas de la Corte. En dicha Resolución se dispuso la asistencia económica necesaria para cubrir los gastos razonables de formalización y envío de la declaración por *affidávit* del señor Casa Nina.

160. El 28 de octubre de 2020, según lo dispuesto en el artículo 5 del Reglamento de la Corte sobre el funcionamiento del referido Fondo, se remitió al Estado una nota informativa sobre erogaciones, a la que se adjuntó un comprobante de gastos por valor de S/ 2.500 (dos mil quinientos soles de la República del Perú). El **Estado** alegó que los costos de la formalización de la declaración del señor Casa Nina ante fedatario público, conforme al comprobante presentado por la representante, resultan "sumamente elevado[s]" y "triplica[n] su valor real, [lo] que no se justifica en el servicio prestado".

161. Al respecto, el Tribunal recuerda que, mediante comunicación de la Secretaría de la Corte de 16 de septiembre de 2020, se informó que lo relativo a la admisibilidad de la referida declaración sería decidido en el momento procesal oportuno, dado que fue remitida ocho días después del plazo previsto. En tal sentido, de acuerdo a lo considerado en esta Sentencia, la Corte admitió la declaración rendida por el señor Julio Casa Nina ante fedatario público (*supra* párr. 40). En lo que respecta a las observaciones del Estado, la Corte hace notar que los costos relativos a la formalización de la declaración de la víctima ante fedatario público corresponden al valor menor informado por la representante mediante las cotizaciones correspondientes. Aunado a ello, el Tribunal no cuenta con los elementos necesarios para determinar, como lo pretende el Estado, que dicho costo podría resultar desproporcionado frente al servicio prestado.

162. Por consiguiente, la Corte ordena al Estado el reintegro a dicho Fondo de la cantidad erogada para la formalización y envío de la declaración por *affidávit* del señor Casa Nina, el cual asciende a la cantidad de USD \$704,46 (setecientos cuatro dólares con cuarenta y seis centavos de los Estados Unidos de América)¹⁴⁶. Este monto deberá ser reintegrado en el plazo de seis meses, contados a partir de la notificación del presente Fallo.

H. Modalidad de cumplimiento de los pagos ordenados

163. El Estado deberá efectuar el pago de la indemnización indicada en el párrafo 132, así como aquellas ordenadas por concepto de daño material e inmaterial, y el reintegro de costas

¹⁴⁵ Cfr. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de septiembre de 2010. Serie C No. 217, párr. 29, y *Caso Almeida Vs. Argentina, supra*, párr. 86.

¹⁴⁶ El monto final indicado resulta de aplicar, a la cantidad consignada en el comprobante de gastos que se adjuntó a la nota informativa remitida al Estado el 28 de octubre de 2020, el tipo de cambio correspondiente a la fecha de emisión de la factura, el cual corresponde a S/ 3,5488 por USD \$1,00, conforme a la información del Banco Central de Reserva del Perú. Disponible en: <https://www.bcrp.gob.pe/estadisticas/reportes-de-operaciones-monetarias-y-cambiaras.html>.

y gastos establecidos en la presente Sentencia, directamente al señor Julio Casa Nina, dentro del plazo de un año, contado a partir de la notificación del presente Fallo.

164. En caso de que el beneficiario fallezca antes de que le sean entregadas las indemnizaciones respectivas, estas se efectuarán directamente a sus derechohabientes, conforme al derecho interno aplicable.

165. El Estado deberá cumplir con las obligaciones monetarias mediante el pago en dólares de los Estados Unidos de América o su equivalente en moneda nacional, utilizando para el cálculo respectivo el tipo de cambio que se encuentre vigente en la bolsa de Nueva York, Estados Unidos de América, el día anterior al pago.

166. Si por causas atribuibles al beneficiario de las indemnizaciones o a sus derechohabientes no fuese posible el pago de las cantidades determinadas dentro del plazo indicado, el Estado consignará dichos montos a su favor en una cuenta o certificado de depósito en una institución financiera peruana solvente, en dólares de los Estados Unidos de América, y en las condiciones financieras más favorables que permitan la legislación y la práctica bancaria. Si no se reclama la indemnización correspondiente una vez transcurridos diez años, las cantidades serán devueltas al Estado con los intereses devengados.

167. Las cantidades asignadas en la presente Sentencia como medida de restitución, indemnización por daños materiales e inmateriales, y como reintegro de costas y gastos, deberán ser entregadas a la persona indicada en forma íntegra, conforme a lo establecido en esta Sentencia, sin reducciones derivadas de eventuales cargas fiscales.

168. En caso de que el Estado incurriera en mora, incluyendo en el reintegro de los gastos al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas, deberá pagar un interés sobre la cantidad adeudada correspondiente al interés bancario moratorio en la República del Perú.

X PUNTOS RESOLUTIVOS

169. Por tanto,

LA CORTE

DECIDE,

Por unanimidad:

1. Desestimar la excepción preliminar relativa a la cuarta instancia, de conformidad con los párrafos 20 y 21 de esta Sentencia.

Por seis votos a favor y uno en contra:

2. Desestimar la excepción preliminar relativa a la falta de competencia de la Corte para conocer sobre alegaciones concernientes al derecho al trabajo, de conformidad con los párrafos 26 y 27 de esta Sentencia.

Disiente el Juez Eduardo Vio Grossi.

DECLARA,

Por seis votos a favor y uno en contra, que:

3. El Estado es responsable por la violación de las garantías judiciales, del derecho de permanecer en el cargo en condiciones de igualdad y el derecho al trabajo que reconocen los artículos 8.1, 23.1 c) y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento, en perjuicio de Julio Casa Nina, en los términos de los párrafos 84 a 110 y 113 de la presente Sentencia.

Disiente el Juez Eduardo Vio Grossi y parcialmente el Juez Humberto Antonio Sierra Porto.

Por seis votos a favor y uno en contra, que:

4. El Estado es responsable por la violación del derecho a la protección judicial, garantizado en el artículo 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de Julio Casa Nina, en los términos de los párrafos 116 a 125 de la presente Sentencia.

Disiente el Juez Eduardo Vio Grossi.

Y DISPONE:

Por seis votos a favor y uno en contra, que:

5. Esta Sentencia constituye, por sí misma, una forma de reparación.

Disiente el Juez Eduardo Vio Grossi.

Por seis votos a favor y un voto en contra, que:

6. El Estado realizará las publicaciones indicadas en el párrafo 133 de la presente Sentencia.

Disiente el Juez Eduardo Vio Grossi.

Por seis votos a favor y uno en contra, que:

7. El Estado deberá adecuar su normativa interna con el fin de garantizar la estabilidad de las y los fiscales provisionales, en los términos de los párrafos 136 a 139 de esta Sentencia.

Disiente el Juez Eduardo Vio Grossi.

Por seis votos a favor y uno en contra, que:

8. El Estado pagará las cantidades fijadas en los párrafos 132, 144, 153 y 158 de la presente Sentencia por concepto de indemnización ante la inviabilidad de reincorporar a la víctima al cargo que venía ejerciendo, así como indemnización por concepto de daño material e inmaterial, y por el reintegro de costas y gastos, en los términos de los párrafos 163 a 168 del presente Fallo.

Disiente el Juez Eduardo Vio Grossi.

Por seis votos a favor y uno en contra, que:

9. El Estado reintegrará al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos la cantidad erogada durante la tramitación del presente caso, en los términos de los párrafos 162 y 168 de esta Sentencia.

Disiente el Juez Eduardo Vio Grossi.

Por seis votos a favor y uno en contra, que:

10. El Estado, dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de esta Sentencia, rendirá al Tribunal un informe sobre las medidas adoptadas para cumplir con la misma, sin perjuicio de lo establecido en el párrafo 133 de la presente Sentencia.

Disiente el Juez Eduardo Vio Grossi.

Por unanimidad, que:

11. La Corte supervisará el cumplimiento íntegro de esta Sentencia, en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento de sus deberes conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma.

El Juez Ricardo Pérez Manrique dio a conocer a la Corte su voto individual concurrente. El Juez Humberto Antonio Sierra Porto dio a conocer a la Corte su voto individual parcialmente disidente. El Juez Eduardo Vio Grossi dio a conocer a la Corte su voto individual disidente.

Redactada en español en San José, Costa Rica, el 24 de noviembre de 2020.

Corte IDH. *Caso Casa Nina Vs. Perú*. Sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2020. Sentencia adoptada en San José de Costa Rica por medio de sesión virtual.

Elizabeth Odio Benito
Presidenta

L. Patricio Pazmiño Freire

Eduardo Vio Grossi

Humberto Antonio Sierra Porto

Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot

Eugenio Raúl Zaffaroni

Ricardo C. Pérez Manrique

Pablo Saavedra Alessandri
Secretario

Comuníquese y ejecútese,

Elizabeth Odio Benito
Presidenta

Pablo Saavedra Alessandri
Secretario

**VOTO DISIDENTE DEL JUEZ EDUARDO VIO GROSSI,
CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS,
CASO CASA NINA VS. PERÚ,
SENTENCIA DE 24 DE NOVIEMBRE DE 2020,
(Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).**

I. INTRODUCCIÓN.

1. Se expide el presente voto parcialmente disidente¹⁴⁷ con relación a la Sentencia del rótulo¹⁴⁸, a los efectos de dar cuenta de las razones por las que se discrepa de lo dispuesto en su Resolutivo N° 2¹⁴⁹, en el que, sobre la base de lo prescrito en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁵⁰, se desestima la excepción preliminar relativa a la falta de competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁵¹ para conocer sobre violaciones concernientes al derecho al trabajo.

2. Ahora bien, atendida la relevancia que está revistiendo el tema en la jurisprudencia de la Corte, se considera necesario reiterar, una vez más, aunque con las modificaciones que impone la peculiaridad del caso de autos, lo expuesto por el suscrito en otros votos individuales¹⁵².

¹⁴⁷ Art. 66.2 de la Convención: “Si el fallo no expresare en todo o en parte la opinión unánime de los jueces, cualquiera de éstos tendrá derecho a que se agregue al fallo su opinión disidente o individual.”

Art. 24.3 del Estatuto de la Corte: “Las decisiones, juicios y opiniones de la Corte se comunicarán en sesiones públicas y se notificarán por escrito a las partes. Además, se publicarán conjuntamente con los votos y opiniones separados de los jueces y con cualesquiera otros datos o antecedentes que la Corte considere conveniente.”

Art.65.2 del Reglamento de la Corte: “Todo Juez que haya participado en el examen de un caso tiene derecho a unir a la sentencia su voto concurrente o disidente que deberá ser razonado. Estos votos deberán ser presentados dentro del plazo fijado por la Presidencia, de modo que puedan ser conocidos por los Jueces antes de la notificación de la sentencia. Dichos votos sólo podrán referirse a lo tratado en las sentencias.”

En lo sucesivo, cada vez que se cite una disposición sin indicar el instrumento jurídico al que corresponde, se entenderá que es de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

¹⁴⁸ En adelante, la Sentencia.

¹⁴⁹ “Desestimar la excepción preliminar relativa a falta de competencia de la Corte para conocer sobre alegaciones concernientes al derecho al trabajo, de conformidad con los párrafos 26 y 27 de esta Sentencia.”

¹⁵⁰ En adelante, la Convención.

¹⁵¹ En adelante, la Corte.

¹⁵² Voto Parcialmente Disidente del Juez Eduardo Vio Grossi, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Empleados de la Fábrica de Fuegos en Santo Antonio de Jesus y sus Familiares Vs. Brasil, Sentencia de 15 de julio de 2020, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas); Voto Parcialmente Disidente del Juez Eduardo Vio Grossi a la Sentencia del 22 de noviembre de 2019, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Hernández Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas; Voto Parcialmente Disidente del Juez Eduardo Vio Grossi, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Muelle Flores Vs. Perú, Sentencia de 06 de marzo de 2019, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas); Voto Parcialmente Disidente del Juez Eduardo Vio Grossi, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso San Miguel Sosa y Otras Vs. Venezuela, Sentencia de 8 de febrero de 2018 (Fondo, Reparaciones y Costas); Voto Parcialmente Disidente del Juez Eduardo Vio Grossi, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Lagos del Campo Vs. Perú, Sentencia de 31 de agosto de 2017, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), y Voto Individual del Juez Eduardo Vio Grossi, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y Otros Vs. Perú, Sentencia de 23 de noviembre de 2017 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

II. ANOTACIONES PRELIMINARES.

3. Pero, previamente, resulta menester aludir a la función del voto individual, al rol de la Corte, a las reglas de interpretación de los tratados y al caso de autos, para, posteriormente, hacer referencia a la interpretación, sucesivamente, del Artículo 26, de las normas de la Carta de la Organización de los Estados Americanos¹⁵³ a que este último alude y de las concernientes al asunto del Pacto de San Salvador, todo lo cual las que puede ayudar a explicar mejor lo que se pretende sostener en este escrito.

A. Función del voto individual.

4. El presente voto individual se formula tanto en ejercicio de un derecho¹⁵⁴, igualmente reconocido en otros tribunales internacionales¹⁵⁵, como en el cumplimiento de un deber, todo ello para contribuir a la mejor comprensión de lo decidido por la Corte en virtud de su competencia, sea contenciosa¹⁵⁶, sea consultiva o no contenciosa¹⁵⁷, que le ha sido asignada y, consecuentemente, para el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

5. Igualmente se expresa este disenso con la esperanza de que la Corte retorne a su postura de no considerar justiciables los derechos aludidos por el artículo 26. Tal confianza reposa en que el fallo de la Corte es únicamente obligatorio para el Estado parte del caso en

¹⁵³ En adelante, la OEA.

¹⁵⁴ *Supra*, N° 1. En lo sucesivo, cada vez que se aluda en las notas a pie de página, a un artículo se indicará "art." y se entenderá que es de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la que, a su turno, será en adelante la Convención.

¹⁵⁵ Art.74.2. del Reglamento de Procedimiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: *"Tout juge qui a pris part à l'examen de l'affaire par une chambre ou par la Grande Chambre a le droit de joindre à l'arrêt soit l'exposé de son opinion séparée, concordante ou dissidente, soit une simple déclaration de dissentiment"*.

Art. 44 del Estatuto de la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos: *"Opinions individuelles Si l'arrêt n'exprime pas en tout ou en partie l'opinion unanime des juges, tout juge aura le droit d'y joindre l'exposé de son opinion individuelle ou dissidente."*

Art. 57 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia: *"Si el fallo no expresare en todo o en parte la opinión unánime de los magistrados, cualquiera de éstos tendrá derecho a que se agregue al fallo su opinión disidente"*.

Art 74.5 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional: *"El fallo constará por escrito e incluirá una exposición fundada y completa de la evaluación de las pruebas y las conclusiones. La Sala de Primera Instancia dictará un fallo. Cuando no haya unanimidad, el fallo de la Sala de Primera Instancia incluirá las opiniones de la mayoría y de la minoría. La lectura del fallo o de un resumen de éste se hará en sesión pública"*.

Art.30.3 del Estatuto del Tribunal Internacional del Mar: *"Si el fallo no expresa en todo o en parte la opinión unánime de los miembros del Tribunal, cualquiera de éstos tendrá derecho a que se agregue al fallo su opinión separada o disidente"*.

¹⁵⁶ Art.62.3: *"La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial"*.

¹⁵⁷ Art. 64: *"1. Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires.*

2. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales."

el que se dicta¹⁵⁸, como que, respecto de los demás Estados, constituye solo una fuente auxiliar de Derecho Internacional, es decir, que no crean derecho sino únicamente determinan el establecido por una fuente autónoma¹⁵⁹.

B. Rol de la Corte.

6. En lo relativo a la Corte, es menester tener presente que lo que a ella le corresponde es impartir Justicia en materia de derechos humanos conforme a Derecho y más específicamente, de acuerdo a la Convención. Por ende, goza de la más amplia autonomía en su quehacer, lo que le impone el imperativo de ser muy rigurosa en el ejercicio de sus competencias y, por lo tanto, en el respeto de los principios inherentes a todo órgano jurisdiccional, tales como la imparcialidad, la independencia, la objetividad, la prescindencia política, la ecuanimidad, la plena igualdad ante la Ley y la Justicia, la no discriminación y la ausencia de prejuicios. Y todo ello a los efectos de no frustrar el intento que ya lleva a cabo desde hace más de 40 años.

7. Asimismo, por lo señalado y además, habida cuenta de que el objetivo perseguido por la Corte en el ejercicio de su competencia contenciosa, debe ser el efectivo y pronto restablecimiento, por parte del Estado de que se trate, del respeto de los derechos humanos violados¹⁶⁰, ella debe proceder acorde al principio "*pacta sunt servanda*"¹⁶¹, vale decir, exigirle a aquél lo que realmente libre y soberanamente se comprometió a cumplir¹⁶². La seguridad jurídica que dicha regla implica no debe ser entendida, entonces, como una limitación o restricción al desarrollo de los derechos humanos, sino que más bien como el instrumento que mejor puede garantizar su respeto.

8. En el mismo orden de ideas, cabe resaltar que, aunque la controversia verse sobre la vulneración de derechos de un ser humano y pese a que éste puede, por disposición

¹⁵⁸ Art. 68: "1. Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.

2. La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado."

¹⁵⁹ Art.38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia: "1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;

b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;

c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;

d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59.

2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio ex aequo et bono, si las partes así lo conviniere."

¹⁶⁰ Art.63.1: "Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada."

¹⁶¹ Art. 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados:" "*Pacta sunt servanda*". Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe".

En lo sucesivo, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados será identificada como "la Convención de Viena".

¹⁶² Art. 33: "Son competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en esta Convención:

a) la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Comisión, y

b) la Corte Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Corte".

reglamentarias, más no convencional, presentar escritos ante la Corte y ser escuchado por ella¹⁶³, el juicio correspondiente sigue siendo entre Estados Partes de la Convención, los que en la Corte y frente al Estado denunciado, son representados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos¹⁶⁴. Es, en consecuencia, en tal escenario en el que los Estados han soberanamente consentido en limitar parcialmente su soberanía al reconocer la existencia de derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico internacional. Pero, también es cierto que ellos no han abdicado de su competencia interna, doméstica o exclusiva para regularlos, bajo el concepto de derechos fundamentales, en sus constituciones e incluso se han reservado, especialmente a través del principio de complementariedad y coadyuvancia de la jurisdicción internacional respecto de la nacional¹⁶⁵ y de la consagración del requisito del previo agotamiento de los recursos internos¹⁶⁶, la preeminencia para conocer y resolver las controversias que se susciten a su respecto.

9. Por lo dicho es que, en definitiva, no se está en presencia solo de un relación entre el Estado presuntamente violador de los derechos humanos y la presunta víctima, sino de un asunto que se ubica en el orden público interamericano, esto es, de una materia que afecta globalmente los intereses de la sociedad internacional y es por ello que se le reconoce al individuo cierta subjetividad jurídica internacional, la que, pese a su limitado alcance, ha constituido uno de los grandes avances o transformaciones que el Derecho Internacional ha tenido durante la segunda mitad del siglo XX.

10. Y tal vez sea bueno que la condición de sujeto internacional del ser humano sea parcial, pues de otro modo la relación entre el Estado presuntamente infractor y la presenta víctima sería absolutamente asimétrica, desequilibrada, desigual, en perjuicio de esta última, ya que no dispondría del apoyo o peso político que los demás Estados pueden proporcionar sea a través de la Comisión¹⁶⁷ sea en vista de que se cumpla la sentencia correspondiente¹⁶⁸.

11. Ahora bien, evidentemente, la Corte debe juzgar acorde a lo que disponga el Derecho, expresado, a su respecto, en la Convención. y, por ende, en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el que, a su turno, integra. Ello incluye a las respectivas normas procesales, que, especialmente en el área de los derechos humanos, son tan esenciales como

¹⁶³ Art.25.1 del Reglamento de la Corte: "*Participación de las presuntas víctimas o sus representantes 1. Después de notificado el escrito de sometimiento del caso, conforme al artículo 39 de este Reglamento, las presuntas víctimas o sus representantes podrán presentar de forma autónoma su escrito de solicitudes, argumentos y pruebas y continuarán actuando de esa forma durante todo el proceso.*"
Y Arts. 39.1.d.y 5, 40, 42.3., 43, 46.1., 50.5., 51.5.7.y 9. 52.2.,53, 56, 62, 63, 66.2., 66.1. y 6., y 69.1. y 3., todos del Reglamento de la Corte.

¹⁶⁴ Art. 35: "*La Comisión representa a todos los miembros que integran la Organización de los Estados Americanos.*"
Art. 61.1: "*Sólo los Estados Partes y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte.*"
En lo sucesivo, la Comisión.

¹⁶⁵ Preámbulo, párr.3.

¹⁶⁶ Art. 46.1.a): "*Para que una petición o comunicación presentada conforme a los artículos 44 ó 45 sea admitida por la Comisión, se requerirá: a) que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos;*"

¹⁶⁷ *Supra*, Nota N° 18.

¹⁶⁸ Art.65: "*La Corte someterá a la consideración de la Asamblea General de la Organización en cada período ordinario de sesiones un informe sobre su labor en el año anterior. De manera especial y con las recomendaciones pertinentes, señalará los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos.*"

las sustantivas, puesto que su respeto permite que estas últimas realmente puedan ser efectivas. Así, la forma está indisolublemente ligada al fondo. Y es que, en gran medida, las normas procesales, estimadas a veces como meras formalidades y, por ende, susceptibles de no considerarse a fin de privilegiar a las sustantivas, condicionan la aplicabilidad de éstas. No ponderar esta circunstancia podría acarrear un efecto devastador para la vigencia de los derechos humanos.

12. Así las cosas, la Corte debe respetar el principio de Derecho Público de que únicamente se puede hacer lo que la norma expresamente disponga, por lo que, en cuanto a lo no regulado, rige la jurisdicción interna, doméstica o exclusiva del Estado de que se trate¹⁶⁹, principio previsto expresamente en la Carta de la OEA¹⁷⁰ e indirectamente en la Convención¹⁷¹. Sobre este particular, procede tener en cuenta que la teoría de los poderes implícitos, que consagra el principio de que la correspondiente organización internacional de que se trate dispone de las facultades necesarias para cumplir su cometido aún en la eventualidad de que la convención de base nada indique sobre el particular¹⁷², lo que se expresa en la regla de la competencia de la competencia¹⁷³, se aplica a la Corte solamente en cuanto sea necesario para el ejercicio de sus competencias de juzgar o de emitir opiniones consultivas, expresamente conferidas por la Convención y no en cuanto al eventual ejercicio de facultades del todo innecesarias a tal propósito.

13. Entonces, la Corte debe, por una parte, proceder acorde únicamente a lo que la Convención efectivamente dispone y no lo que desearía que establezca y por la otra, evitar modificarla, facultad asignada expresamente a los Estados Partes de aquella¹⁷⁴. En consecuencia, si no está de acuerdo con lo que la norma convencional establece, lo que la

¹⁶⁹ “La cuestión de si un asunto determinado corresponde o no a la jurisdicción exclusiva del Estado, es una cuestión esencialmente relativa, la que depende del desarrollo de las relaciones internacionales. En el estado actual del desarrollo del derecho internacional, la Corte es de opinión que los asuntos relativos a la nacionalidad pertenecen, en principio, a ese dominio reservado”. Corte Permanente de Justicia Internacional, Opinión Consultiva sobre ciertos decretos de nacionalidad dictados en la zona francesa de Túnez y Marruecos, Serie B Nº 4, pág. 24.

Protocole nº 15 portant amendement à la Convention (Européenne) de Sauvegarde des Droits de l’Homme et des Libertés fondamentales, art.1: “A la fin du préambule de la Convention, un nouveau considérant est ajouté et se lit comme suit: Affirmant qu’il incombe au premier chef aux Hautes Parties contractantes, conformément au principe de subsidiarité, de garantir le respect des droits et libertés définis dans la présente Convention et ses protocoles, et que, ce faisant, elles jouissent d’une marge d’appréciation, sous le contrôle de la Cour européenne des Droits de l’Homme instituée par la présente Convention”.

¹⁷⁰ Art. 1, inciso 2º: “La Organización de los Estados Americanos no tiene más facultades que aquellas que expresamente le confiere la presente Carta, ninguna de cuyas disposiciones la autoriza a intervenir en asuntos de la jurisdicción interna de los Estados miembros.”.

¹⁷¹ Art. 31: “Reconocimiento de Otros Derechos. Podrán ser incluidos en el régimen de protección de esta Convención otros derechos y libertades que sean reconocidos de acuerdo con los procedimientos establecidos en los artículos 76 y 77”.

Art. 76.1: “Cualquier Estado parte directamente y la Comisión o la Corte por conducto del Secretario General, pueden someter a la Asamblea General, para lo que estime conveniente, una propuesta de enmienda a esta Convención”.

Art.77.1: “De acuerdo con la facultad establecida en el artículo 31, cualquier Estado parte y la Comisión podrán someter a la consideración de los Estados Partes reunidos con ocasión de la Asamblea General, proyectos de protocolos adicionales a esta Convención, con la finalidad de incluir progresivamente en el régimen de protección de la misma otros derechos y libertades”.

¹⁷² “a [...] de acuerdo al derecho internacional, debe considerarse que la Organización tiene aquellos poderes que, aunque no estén explícitamente previstos en la Carta, se le confieren por inferencia necesaria al ser necesarios para el ejercicio de sus deberes”. CIJ, “Reparation of Injuries Suffered in Service of the U.N.”, pp. 9-12.

¹⁷³ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Jenkins Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de noviembre de 2019. Serie C No. 397, párr. 31.

¹⁷⁴ Supra, Nota Nº 25.

Corte debe hacer, no es ejercer la función normativa internacional que le compete a los Estados, sino representarles la necesidad de modificar la norma de que se trate. Así, la nueva disposición que eventualmente surja del ejercicio de la mencionada función por parte de los Estados, ciertamente gozará de una más sólida y amplia legitimidad democrática.

14. Es en mérito de lo todo lo afirmado precedentemente, que, en rigor, a la Corte no le compete promover y defender los derechos humanos, función ésta que la Convención le asignó expresamente a la Comisión¹⁷⁵ y que podría catalogarse de activista, entendiendo este término en el sentido más positivo posible¹⁷⁶. En cambio, a la Corte, se reitera, le corresponde, en el ejercicio de su competencia contenciosa, fallar, con efecto obligatorio para el o los Estados demandados, en los casos que le son sometidos y, en el ejercicio de su competencia consultiva o no contenciosa, emitir su parecer no obligatorio, esto es, en ambas hipótesis, aplicar e interpretar la Convención. Evidentemente, para tal propósito, no solo debe respetar lo prescrito en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos sino igualmente lo que contempla el Derecho Internacional General y, en último término, el Derecho en general, aún en la eventualidad de que uno, algunos o todos contemplen normas que no se compartan.

15. Y todo ello, no solo en vista de dictar una fundamentada y sólida sentencia u opinión consultiva, sino también a los efectos de que el Estado concernido, tratándose de la primera, restablezca, tan pronto como sea posible, el efectivo goce del derecho humano violado o, en el evento de la segunda, proceda habiendo sido advertido de que, de hacerlo de determinada manera, corre el riesgo de incurrir en una probable violación de un derecho humano. En suma, el apego al Derecho le permite a la Corte ser lo más objetiva posible en sus decisiones y, por ende, más justa.

C. Interpretación de los tratados.

16. Lo que le compete, pues, a la Corte consiste en determinar, entre las varias posibilidades que al efecto se presentan, el sentido y alcance de las disposiciones de la Convención. Ciertamente, en el evento de que el texto de la norma correspondiente no ofrezca varias alternativas de aplicación, no sería necesario indagar más, puesto que no plantearía asunto oscuro o dudoso respecto del que habría que determinar su sentido y alcance.

17. Lo dicho implica que la interpretación de la Convención consiste en desentrañar la voluntad que sus Estados Partes estamparon en ella al momento de suscribirla y, eventualmente, cómo esa expresión convencional debería ser entendida frente a nuevas

¹⁷⁵ Art. 41 de la Convención: "*La Comisión tiene la función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos, y en el ejercicio de su mandato tiene las siguientes funciones y atribuciones:*

a) estimular la conciencia de los derechos humanos en los pueblos de América;

b) formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos;

c) preparar los estudios e informes que considere convenientes para el desempeño de sus funciones;

d) solicitar de los gobiernos de los Estados miembros que le proporcionen informes sobre las medidas que adopten en materia de derechos humanos;

e) atender las consultas que, por medio de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, le formulen los Estados miembros en cuestiones relacionadas con los derechos humanos y, dentro de sus posibilidades, les prestará el asesoramiento que éstos le soliciten;

f) actuar respecto de las peticiones y otras comunicaciones en ejercicio de su autoridad de conformidad con lo dispuesto en los artículos 44 al 51 de esta Convención, y

g) rendir un informe anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos".

¹⁷⁶ Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, 2020. "*Activismo: 1. Tendencia a comportarse de un modo extremadamente dinámico. 2. Ejercicio del proselitismo y acción social de carácter público. Activista: 1. Perteneciente o relativo al activismo. 2. Seguidor del activismo.*"

situaciones. Y a estos propósitos, se debe tener a la Convención, por lo tanto, no únicamente como expresión de la realidad, sino también de lo que se aspira que sea. En otros términos, la Convención no solo da cuenta de la sociedad que regula, sino igualmente de la que se desea que sea.

18. Ahora bien, la principal regla de interpretación de los tratados contenida en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹⁷⁷, es que

"(u)n tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin".

19. Dicha norma comprende, por ende, cuatro métodos de interpretación¹⁷⁸. Uno es el método sustentado en la buena fe, lo que implica que lo pactado por los Estados Partes del tratado de que se trate debe entenderse a partir de que efectivamente ellos tuvieron la voluntad de concordarlo, de suerte de que realmente se aplicara o tuviera un efecto útil. En este sentido, la buena fe se vincula estrechamente al principio *"pacta sunt servanda"*¹⁷⁹. El segundo, es el método textual o literal, que incide en el análisis del texto del tratado, en el vocabulario que emplea y en el sentido ordinario de sus términos. Otro, es el método subjetivo, que busca establecer la intención de los Estados Partes del tratado, analizando para ello, además, los trabajos preparatorios de éste y la conducta ulterior que aquellos han tenido sobre el mismo. Y el cuarto es el método funcional o teleológico, que pretende determinar el objeto y fin para el que fue suscrito el tratado. Dado que estos cuatro métodos de interpretación de un tratado se incluyen en una misma frase, conformando una sola norma, ellos deben aplicarse simultánea y armoniosamente, sin privilegiar ni desmerecer uno u otro. Es esta característica lo que principalmente distingue la interpretación de los tratados de la de otras normas¹⁸⁰.

20. Con relación a la especial regla prevista en el artículo 29 de la Convención¹⁸¹, conocido como principio *pro personae*, procede recordar que se trata de una norma concerniente a la

¹⁷⁷ En adelante, la Convención de Viena.

¹⁷⁸ Art.31de la Convención de Viena: *"Regla general de interpretación.*

1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

2. Para los efectos de la interpretación de un tratado. el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:

a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado:

b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado;

3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones:

b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado:

c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes."

¹⁷⁹ *Supra*, Nota N°15.

¹⁸⁰ Como acontece con lo que dispone el artículo 19 de Código Civil de Chile: *"Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu.*

Pero bien se puede, para interpretar una expresión obscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento."

¹⁸¹ *"Normas de Interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:*

interpretación de la Convención, mandando que, en ese ejercicio, el sentido y alcance que se logre no puede implicar una limitación del derecho humano que garantiza o que es reconocido por los otros instrumentos jurídicos que señala. En ese orden de ideas, dicha norma obliga a interpretar los derechos garantizados en la Convención en el sentido y alcance más amplio que se establezca en ella o en otros instrumentos jurídicos aplicables.

21. Por otra parte, en lo concerniente a la jurisprudencia como instrumento de interpretación, hay que recordar que el fallo dictado por la Corte en un caso que le ha sido sometido, es obligatorio únicamente para el o los Estados partes en el mismo¹⁸². Para los demás Estados, constituye un medio auxiliar en la determinación de las reglas de derecho¹⁸³. Y en cuanto a las opiniones consultivas, ellas no son vinculantes y no lo pueden ser puesto que los Estados no están obligados a comparecer ante la Corte en su correspondiente procedimiento de elaboración, no existe contradictorio en éste, la Convención no le asigna valor obligatorio y dado que pueden pedirla órganos de la OEA e incluso los Estados pueden solicitarlas también respecto de la compatibilidad de alguna de sus leyes con la Convención¹⁸⁴ y ¹⁸⁵.

22. Igualmente, con relación a la jurisprudencia, parece necesario formular unas breves acotaciones acerca de las expresiones de varias sentencias de la Corte, en el sentido de que “*los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales*”¹⁸⁶. La primera anotación es que ello está previsto en el artículo 31.3. a) y b) de la Convención de Viena, al disponer que, junto al contexto, se debe tener los acuerdos y la práctica de los Estados sobre la interpretación del tratado de que se trate. Lo evolutivo debe ser, entonces, más del Derecho aplicable que de la jurisprudencia que se expida sobre él.

23. La segunda observación es que, en consecuencia, la citada interpretación evolutiva debería concernir específicamente a la sociedad que regula el Derecho Internacional y, en

a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;
c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.”

¹⁸² Supra, Nota N° 12.

¹⁸³ Supra, Nota N° 13.

¹⁸⁴ Supra, Nota N° 11.

¹⁸⁵ Voto Individual del Juez Eduardo Vío Grossi, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-24/17, de 24 de noviembre de 2017, Solicitada por la República de Costa Rica, Identidad de Género, e Igualdad y no Discriminación a parejas del Mismo Sexo (Interpretación y Alcance de los Artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en Relación con el Artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), párrs. N°s 8 a 16.

¹⁸⁶ Caso de los Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesus Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de julio de 2020. Serie C No. 407, párr. 158.

En lo sucesivo, cada vez que se indique “párr.” o “párrs.”, se entenderá que se refiere a “párrafo” o “párrafos” de la Sentencia o de la que se trate.

particular, la Convención, es decir, la internacional, conformada por Estados soberanos, que se reputan iguales entre sí, donde no existe una jerarquía preestablecida del poder ni de las normas ni la obligatoriedad de someterse a alguna instancia judicial internacional y en donde las funciones normativas y ejecutivas corresponden a los Estados. Es en tal contexto en que, como indica la doctrina, se debe insertar la función judicial consistente en transformar los mandatos abstractos y generales de la Convención en concretos y particulares y para ello la respectiva instancia judicial no debería delegar en otros su facultad de determinar la referida evolución y las condiciones de vida actuales, puesto que, si lo hiciese, lo que conducir a afirmaciones alejadas de la Justicia que debe impartir.

24. Por otra parte, al recurrir a la interpretación evolutiva, la Corte debe tener especial cuidado en no desvalorizar lo literalmente pactado, dejándolo sin utilidad práctica, generando así inseguridad jurídica en los Estados Partes de la Convención y, en especial, dudas o temores en adherirse a esta última en los que no la han hecho aún.

D. Caso de autos.

25. Sobre este particular, procede recordar que en la Sentencia se indica que el "*Tribunal reafirma su competencia para conocer y resolver controversias relativas al artículo 26 de la Convención Americana como parte integrante de los derechos enumerados en su texto, respecto de los cuales el artículo 1.1 confiere obligaciones de respeto y garantía*¹⁸⁷", añadiendo, después de un punto aparte, que "*(t)al como lo ha indicado en decisiones previas*¹⁸⁸, *las consideraciones relacionadas con la posible ocurrencia de dichas violaciones deben ser estudiadas en el fondo de este asunto*¹⁸⁹."

26. Al no proporcionar la Sentencia otra razón que la expuesta escuetamente como justificación de dicha decisión, obliga, pues, para fundamentar la presente discrepancia, a

¹⁸⁷ Nota al párr. N° 26 de la Sentencia: Cfr. *Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C No 198, párrs. 16, 17 y 100; *Caso Lagos del Campo Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 340, párrs. 142 y 154; *Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de noviembre de 2017. Serie C No. 344, párr. 192; *Caso San Miguel Sosa y otras Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 8 de febrero de 2018. Serie C No. 348, párr. 220; *Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 349, párr. 100; *Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C No. 359, párrs. 75 a 97; *Caso Muelle Flores Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de marzo de 2019. Serie C No. 375, párrs. 34 a 37; *Caso Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB-SUNAT) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de noviembre de 2019. Serie C No. 394, párrs. 33 a 34; *Caso Hernández Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de noviembre de 2019. Serie C No. 395, párr. 62; *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de febrero de 2020. Serie C No. 400, párr. 195; *Caso Spoltore Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 9 de junio de 2020. Serie C No. 404, párr. 85, y *Caso Empleados de la Fábrica de Fuegos en Santo Antônio de Jesus y sus familiares Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 15 de julio de 2020. Serie C No. 407, párr. 23.

¹⁸⁸ Nota al Párrafo N° 26: Cfr. *Caso Muelle Flores Vs. Perú, supra*, párr. 37, y *Caso Empleados de la Fábrica de Fuegos en Santo Antônio de Jesus y sus familiares Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 15 de julio de 2020. Serie C No. 407, párr. 23.

¹⁸⁹ Párr. N° 26.

recurrir a los considerandos atinentes a aquella parte sustantiva de aquella, en donde, como se verá¹⁹⁰, se suministran argumentaciones en favor de la citada decisión adoptada.

27. Sin embargo, para proceder como se indica, se debe tener presente que, al aludir al mencionado artículo 26¹⁹¹, la Sentencia lo hace con referencia específicamente al derecho del trabajo, vale decir, justifica la aplicación de aquél en la atinente a éste¹⁹². De allí, pues, de que lo que se trata en este escrito es exteriorizar, una vez más, la posición de quién suscribe en orden a que los derechos a que se refiere el artículo 26, incluido el derecho al trabajo, no son, por las razones que más se exponen, justiciables ante la Corte, salvo excepciones, entre las que no se encuentra la situación de autos.

28. Es de suma importancia, entonces, desde ya indicar que este voto no se refiere a la existencia del derecho al trabajo como tampoco a la de los demás derechos económicos, sociales y culturales. La existencia de tales derechos no es objeto del presente escrito. Lo que, en cambio, se sostiene aquí, se insiste, es únicamente que la Corte, contrariamente a lo indicado en la Sentencia, carece de competencia para conocer, al amparo de lo previsto en el artículo 26, de las violaciones de aquellos y que la referida en autos no se halla entre las excepciones a esa regla general.

29. Lo anterior no implica, por ende, que las violaciones de dichos derechos no puedan ser justiciables ante las jurisdicciones nacionales correspondientes. Ello dependerá de lo que dispongan los respectivos ordenamientos internos, materia que escapa, en todo caso, al objeto del presente documento y que se inserta en la jurisdicción interna, doméstica o exclusiva de los Estados Partes de la Convención¹⁹³. Asimismo, es factible que en el futuro todos o algunos los Estados Partes de la Convención convengan Protocolos que establezcan la justiciabilidad, ante la Corte, de eventuales violaciones de otros derechos económicos, sociales y culturales, además de los previstos en el Protocolo de San Salvador.

30. Lo que se sostiene en este voto supone, en consecuencia, que se debe distinguir entre los derechos humanos en general, los que, en toda circunstancia, deben ser respetados en virtud de lo prescrito en el Derecho Internacional y aquellos que, además, pueden ser justiciables ante una jurisdicción internacional. A este respecto, cabe llamar la atención de que solo existen tres tribunales internacionales en materia de derechos humanos, a saber, la Corte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. Pues bien, no todos los Estados de las respectivas regiones, han aceptado la jurisdicción del tribunal correspondiente. Por otra parte, no todas las regiones del mundo disponen de una jurisdicción internacional en materia de derechos humanos. Tampoco se ha creado un tribunal universal de derechos humanos.

31. La circunstancia, por lo tanto, de que un Estado no haya aceptado ser sometido a una instancia jurisdiccional internacional en materia de derechos humanos, no significa que éstos no existan y que, consecuentemente, puedan eventualmente ser violarlos. En esta última

¹⁹⁰ *Infra*, párrs. 55 y ss.

¹⁹¹ En adelante, artículo 26.

¹⁹² Párrs. N°s 104 y 105.

¹⁹³ *Supra*, Nota N° 23.

eventualidad, la sociedad internacional podrá emplear medios netamente diplomáticos o políticos para lograr el restablecimiento del respeto de los derechos en comento, no obstante que aquellos puedan ser débiles para tal propósito. Entonces, un asunto es la consagración internacional de éstos y otro, el instrumento internacional que se emplee para lograr que se restablezca su vigencia en las situaciones en que sean violados.

III. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 26.

32. De acuerdo, consecuentemente, con lo expuesto precedentemente, en particular, en cuanto a la interpretación de tratados¹⁹⁴, de lo que se trata, entonces, es interpretar, según los métodos ya enunciados, el artículo 26, el que establece:

"Desarrollo Progresivo. Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados."

33. Una consideración previa. Si bien es loable que en los fallos se citen o invoquen los anteriores para sustentar la misma posición que se sigue, no es menos cierto que la sola referencia a ellos sea suficiente para fundamentarlos. Si así fuese, bastaría, como parece ocurrir en autos¹⁹⁵, en afirmar que, porque ya se resolvió en tal sentido, se decide igual. Más, al proceder en tal forma, se debe tener presente que, con ello, se están confirmando los antecedentes que sustentaron los precedentes, por lo que puede resultar indispensable para quién discrepe de lo decidido, como acontece en autos, abordarlos, pese a que la sentencia correspondiente nada exprese sobre el particular.

A. Buena fe.

34. De acuerdo al método sustentado en la buena fe, es más que evidente que el efecto útil de esa norma es que los Estados Partes de la Convención realmente adopten las providencias, tanto en el ámbito nacional como en el de la cooperación internacional, en vista de lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas de la Carta de la OEA que indica y todo ello según los recursos disponibles. La obligación de los Estados prevista en el artículo 26 es, entonces, la de adoptar las medidas para ser efectivos los señalados derechos y no a que éstos realmente lo sean. La obligación es de comportamiento, no de resultado. Mal podría ser de esta última naturaleza, cuando ella depende de dos factores, los recursos disponibles y la cooperación internacional, que escapan de la sola voluntad del Estado concernido.

35. Sobre este particular, es necesario llamar la atención acerca de que lo que establece el artículo 26 es semejante a lo previsto en el artículo 2 de la Convención, esto es, que los Estados se obligan a adoptar, en este último, medidas si el ejercicio de los derechos consagrados en el artículo 1 de la Convención no estuviere garantizado¹⁹⁶ y en el segundo,

¹⁹⁴ *Supra*, II, c.

¹⁹⁵ Párrs N°s 26 y 104.

¹⁹⁶ Art. 2: "Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados

providencias en vista de lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas de la Carta de la OEA que alude, aunque ambas disposiciones difieren en que esta última condiciona el cumplimiento de lo que establece a la cooperación internacional y a la disponibilidad de los correspondientes recursos.

36. Considerando lo precedente, importa interrogarse, en consecuencia, respecto la razón por la que se convino el artículo 26 y, por tanto, por qué no se abordaron los derechos a que se remite de la misma forma en que se hizo en cuanto a los derechos civiles y políticos. La respuesta sustentada en la buena fe no puede ser otra que la Convención contempló que ambos tipos de derechos humanos, si bien están estrechamente vinculados entre sí en razón del ideal al que se aspira, cual es, según su Preámbulo, el de crear las condiciones que permitan su "goce"¹⁹⁷, son, empero, distintos y particularmente, de desigual desarrollo en el ámbito del Derecho Internacional Público, por lo que deben tener un tratamiento diferenciado, que es precisamente lo que aquella hace en vista de lo que también indica su Preámbulo¹⁹⁸.

37. Entonces y al amparo del principio de buena fe, procede subrayar que de la circunstancia de que en el Preámbulo de la Convención se afirme que la persona debe gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos, no se colige, como lo hace la Sentencia, que el efecto útil del artículo 26 es que las violaciones de los derechos a que alude son justiciables ante la Corte, sino únicamente que los Estados deben adoptar las providencias pertinentes, incluyendo lo pertinente a la cooperación internacional y según los recursos de que dispongan, para hacer progresivamente efectivos dichos derechos.

38. Como una acotación adicional, resulta imperioso expresar que es sorprendente que la Sentencia no se haya referido más extensamente, en parte alguna, a la buena fe como elemento tan esencial como los otros que contempla el art.31.1 de la Convención de Viena para la interpretación de los tratados. En el mismo sentido, es también insólito que no suministre ninguna explicación acerca de la inclusión del artículo 26 en un capítulo separado de los derechos políticos y civiles y, en particular, de cuál sería su razón de ser y su efecto útil. La Sentencia no da respuesta alguna en lo que dice relación al motivo o razón de la existencia del artículo 26 en tanto norma diferente a las previstas en cuanto a los derechos civiles y políticos.

39. En suma, entonces, la buena fe conduce a estimar al artículo 26 en su propio mérito, lo que implica que debe ser interpretado, no como reconociendo derechos que no enumera ni desarrolla, como se hace en autos, sino como remitiendo, para conocerlos, a normas distintas a las de la Convención, como son las de la Carta de la OEA y que, por ende, su efecto útil propio o particular, es, se reitera, que los Estados Partes de la Convención adopten

Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

¹⁹⁷ Párr. 4º: "Reiterando que, con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos."

¹⁹⁸ Considerando 5º: "... la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria (Buenos Aires, 1967) aprobó la incorporación a la propia Carta de la Organización de normas más amplias sobre derechos económicos, sociales y educacionales y resolvió que una convención interamericana sobre derechos humanos determinara la estructura, competencia y procedimiento de los órganos encargados de esa materia".

providencias para hacer progresivamente efectivos los derechos que se derivan de aquellas normas y todo ello considerando la cooperación internacional y los recursos de que dispongan.

40. La Sentencia, entonces, al omitir toda referencia a la buena fe, se aparta ostensiblemente de lo previsto a su respecto, en lo atinente a la interpretación de los tratados, en la Convención de Viena.

B. Tenor literal.

41. Al interpretar el artículo 26 a la luz de su tenor literal o corriente, se puede concluir en que dicha norma:

i. se encuentra, como única disposición, en el Capítulo III, denominado "Derechos Económicos, Sociales y Culturales"¹⁹⁹, de la Parte I, titulada, "*Deberes de los Estados y Derechos Protegidos*", la que también comprende al Capítulo I "*Enumeración de Deberes*", su Capítulo II "*Derechos Civiles y Políticos*"; por lo que, en consecuencia, se puede desprender de lo expuesto que es el propio instrumento convencional el que, a diferencia de lo que ha estimado la Corte en su jurisprudencia²⁰⁰, considera separadamente a los derechos civiles y políticos y a los derechos económicos, sociales y culturales, haciendo una nítida distinción entre ellos, al disponer una consideración especial y diferente a cada uno;

ii. no enumera ni detalla o especifica los derechos que alude, tan solo los identifica como los "*que se derivan*²⁰¹ *de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la*" OEA, vale decir, derechos que se desprenden o se pueden inferir²⁰² de disposiciones de esta última;

iii. *ergo*, directamente no reconoce los derechos a que se refiere ni que se garantice su ejercicio, como sí lo hace la Convención;

iv. no hace efectivos o exigibles tales derechos, pues si así lo hubiera querido, lo habría expresado derechamente y sin ambigüedad alguna, es decir y diferencia de lo que señala la jurisprudencia de la Corte, no "*existe una referencia con el suficiente grado de especificidad al derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias para derivar su existencia y reconocimiento implícito en la Carta de la OEA*"²⁰³

v. dispone, en cambio, una obligación de hacer, no de resultado, consistente en que los Estados Partes de la Convención deben "*adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos*" a que alude, mandato en el que la Sentencia no repara; y

¹⁹⁹ El Capítulo IV de la Parte I se titula "*Suspensión de Garantías, Interpretación y Aplicación*" y el Capítulo V de la misma, "*Deberes de las personas*".

²⁰⁰ *Caso Lagos del Campo Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 340, párr. N° 141.*

²⁰¹ "*Derivar: Dicho de una cosa: Traer su origen de otra.*" Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, 2020

²⁰² "*Inferir: Deducir algo o sacarlo como conclusión de otra cosa*", *Idem*.

²⁰³ *Caso de los Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesus Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de julio de 2020. Serie C No. 407, párr. 155.*

vi. indica que la obligación de comportamiento que establece se cumple *"en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados"*, con lo que no sólo refuerza la falta de efectividad de tales derechos, sino que condiciona la posibilidad de cumplir aquella a la existencia de los recursos de que el pertinente Estado disponga para ello y a la concurrencia de terceros Estados.

42. En suma, se puede concluir en que los derechos en cuestión no son, en términos empleados por la Convención, *"reconocidos"*²⁰⁴, *"establecidos"*²⁰⁵, *"garantizados"*²⁰⁶, *"consagrados"*²⁰⁷ o *"protegidos"*²⁰⁸ en o por ella.

43. Por otra parte, se debe dejar constancia que la Sentencia se limita a afirmar que la Corte recuerda que el derecho al trabajo ha sido un derecho reconocido y protegido a través

²⁰⁴ Art.1.1: *"Obligación de Respetar los Derechos. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social."*

Art.22.4: *"Derecho de Circulación y de Residencia. El ejercicio de los derechos reconocidos en el inciso 1 puede asimismo ser restringido por la ley, en zonas determinadas, por razones de interés público."*

Art.25.1: *"Protección Judicial. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales"*.

Art.29.a): *"Normas de Interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella"*.

Art.30: *"Alcance de las Restricciones. Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas."*

Art.31: *"Reconocimiento de Otros Derechos. Podrán ser incluidos en el régimen de protección de esta Convención otros derechos y libertades que sean reconocidos de acuerdo con los procedimientos establecidos en los artículos 76 y 77."*

Art.48.1.f): *"1. La Comisión, al recibir una petición o comunicación en la que se alegue la violación de cualquiera de los derechos que consagra esta Convención, procederá en los siguientes términos: ... se pondrá a disposición de las partes interesadas, a fin de llegar a una solución amistosa del asunto fundada en el respeto a los derechos humanos reconocidos en esta Convención."*

²⁰⁵ 45.1: *"Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce la competencia de la Comisión para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado parte alegue que otro Estado parte ha incurrido en violaciones de los derechos humanos establecidos en esta Convención."*

²⁰⁶ Art 47.b: *"La Comisión declarará inadmisibles toda petición o comunicación presentada de acuerdo con los artículos 44 ó 45 cuando: ... no exponga hechos que caractericen una violación de los derechos garantizados por esta Convención"*.

²⁰⁷ Art.48.1.f): *"1. La Comisión, al recibir una petición o comunicación en la que se alegue la violación de cualquiera de los derechos que consagra esta Convención, procederá en los siguientes términos: ... se pondrá a disposición de las partes interesadas, a fin de llegar a una solución amistosa del asunto fundada en el respeto a los derechos humanos reconocidos en esta Convención."*

²⁰⁸ Art.4.1: *"Derecho a la Vida. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente."*

Art. 63.1: *"Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada."*

del artículo 26 en diferentes precedentes por este Tribunal²⁰⁹ , indicando en la respectiva nota a pie de página las sentencias correspondientes²¹⁰.

44. El derecho del trabajo no es, pues, *"un derecho protegido por el artículo 26 de la Convención"* o *"un derecho reconocido"* por *"el artículo 26"*, sino que es un derecho que se derivaría *"de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la"* OEA, es decir, es un derecho que tiene su origen esta última y no en la Convención.

45. En síntesis, la Convención no *"realiza"*, como se afirma la jurisprudencia de la Corte, *"una remisión directa a las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA"*, sino que, a lo más y tal como por lo demás textualmente aquella lo indica, los derechos de que se trata *"pueden ser derivados interpretativamente del artículo 26"* y *"su existencia y reconocimiento"* sería *"implícito en la Carta"*. Pues bien, para determinar esos derechos y estimarlos, en términos empleados por la Convención, como *"reconocidos"*, *"establecidos"*, *"garantizados"*, *"consagrados"* o *"protegidos"* en o por ella, únicos respecto de los que, por su violación, son justiciables ante la Corte, sería necesario interpretar las citadas normas de la Carta de la OEA, derivar de allí los derechos correspondientes y considerarlos, consecuentemente, reconocidos, más no expresamente, sino que solo implícitamente, por dicho tratado, ejercicios intelectuales todos, demasiados alejados de las expresiones directas y claras de la Convención respecto de los derechos a que ella se refiere, como para tenerlos en cuenta para concluir que estos últimos se encuentran comprendidos en aquella.

46. Al actuar en esa dirección, indudablemente que la jurisprudencia de la Corte hace caso omiso del tenor literal del artículo 26 y, consecuentemente, no aplica armoniosamente a su respecto lo previsto en el artículo 31.1 de la Convención de Viena ni efectúa, en rigor, una interpretación de aquél. Al parecer, el tenor literal de lo pactado no tiene, para la jurisprudencia de la Corte, relevancia alguna y, por ende, lo considera como un mero formulismo, lo que le posibilita atribuir a dicha disposición un sentido y alcance que escapa con mucho a lo que los Estados expresamente estamparon, como si en realidad quisieron convenir otra cosa, lo que, evidentemente, choca contra toda lógica.

C. Método subjetivo.

47. Al intentar tener en cuenta el contexto de los términos de la Convención, se debe aludir al sistema consagrado en la Convención en el cual él se inserta, lo que importa que:

a) dicho sistema está conformado por los deberes y derechos que dispone, los órganos encargados de garantizar su respeto y exigir su cumplimiento y disposiciones concernientes a la Convención²¹¹;

²⁰⁹ Párr. N° 104.

²¹⁰ Cfr. *Caso Lagos del Campo Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 340, párrs. 142 y 145. En similar sentido: *Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de noviembre de 2017. Serie C No. 344, y *Caso San Miguel Sosa y otras Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 8 de febrero de 2018. Serie C No. 348.

²¹¹ *"Parte III, "Disposiciones generales y transitorias"*.

b) en lo relativo a los deberes, ellos son dos, a saber, la *"Obligación de Respetar los Derechos"*²¹² y el *"Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno"*²¹³ y en lo atinente a los derechos, ellos son los *"Derechos Civiles y Políticos"*²¹⁴ y los *"Derechos Económicos, Sociales y Culturales"*²¹⁵; y

c) en lo pertinente a los órganos, ellos son la Comisión, la Corte y la Asamblea General de la OEA, correspondiéndole a la primera la promoción y defensa de los derechos humanos²¹⁶, a la segunda, interpretar y aplicar la Convención²¹⁷ y a la tercera, adoptar las medidas que correspondan para hacer cumplir el pertinente fallo²¹⁸;

48. De la interpretación armónica de esas normas, se puede colegir que a los Estados que han reconocido la competencia contenciosa de la Corte, únicamente se les puede requerir, en cuanto al caso que le ha sido sometido a ésta, el debido respeto de los derechos civiles y políticos *"reconocidos", "establecidos", "garantizados", "consagrados" o "protegidos"* por la Convención y además, siempre que eventualmente sea menester, la adopción, *"con arreglo a (los) procedimientos constitucionales (del correspondiente Estado) y a las disposiciones de (aquella) ..., las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades"*.

49. En cambio, respecto de los derechos *"que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la"* OEA, únicamente se puede requerir de los Estados la adopción *"por vía legislativa u otros medios apropiados"*, de *"providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad"* de aquellos y ello *"en la medida de los recursos disponibles"*.

50. Ahora bien, procede dejar constancia, a los efectos de la aplicación de este método de interpretación, que en la Carta de la OEA se incorporaron *"normas más amplias sobre derechos económicos, sociales y educacionales"* y que en la Convención se determinó *"la estructura, competencia y procedimiento de los órganos encargados de esa materia"*²¹⁹.

²¹² *Supra*, Nota N° 58.

²¹³ *Supra*, Nota N° 50.

²¹⁴ Parte I, Capítulo II, arts.3 a 25. Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (art.3), Derecho a la vida (art.4), Derecho a la integridad personal (art.5), Prohibición de la esclavitud y la servidumbre (art.6), Derecho a la libertad personal (art.7), Garantías judiciales (art.8), Principio de legalidad y retroactividad (art.9), Derecho a indemnización (art.10), Protección de la honra y la dignidad (art.11), Libertad de conciencia y de religión (art.12), Libertad de pensamiento y de expresión (art.13), Derecho de rectificación o respuesta (art.14), Derecho de reunión (art.15), Libertad de asociación (art.16), Protección a la familia (art.17), Derecho al nombre (art.18), Derechos del niño (art.19), Derecho a la nacionalidad (art.20), Derecho a la propiedad privada (art.21), Derecho de circulación y de residencia (art.22), Derechos políticos (art.23), Igualdad ante la ley (art.24) y Protección judicial (art.25).

²¹⁵ *Supra*, parr. N° 32.

²¹⁶ *Supra*, Nota N° 18.

²¹⁷ *Supra*, Nota N° 10.

²¹⁸ Art. 65: *"La Corte someterá a la consideración de la Asamblea General de la Organización en cada período ordinario de sesiones un informe sobre su labor en el año anterior. De manera especial y con las recomendaciones pertinentes, señalará los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos."*

²¹⁹ Preámbulo de la Convención, párr. 5°.

51. Es decir, ha sido la propia Convención la que, en cumplimiento de dicho mandato, le dio a los derechos civiles y políticos un tratamiento diferenciado de los derechos económicos, sociales y culturales, expresado, el primero en el Capítulo II de la Parte I de la Convención y el segundo en el Capítulo III de la misma parte e instrumento. De suerte, por tanto, que la indivisibilidad de los derechos civiles y políticos y de los derechos económicos, sociales y culturales a que hace referencia el Preámbulo de la Convención, es al "goce" de ambos tipos de derechos humanos y no a que deban someterse a las mismas reglas para su ejercicio y fiscalización internacional.

52. Asimismo, es menester hacer presente que, en cuanto a lo que el artículo 31.2 de la Convención de Viena considera como contexto no existe *acuerdo alguno que se refiera a* (la Convención) *y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de su celebración* ni tampoco algún *instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración* de la Convención y *aceptado por las demás como instrumento referente* a ella.

53. Tampoco existe junto al contexto, como lo dispone el artículo 31.3 de la Convención de Viena, algún *acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación* de la Convención *o de la aplicación de sus disposiciones ni una práctica ulteriormente seguida en la aplicación* de ella, *por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de su interpretación*, salvo el Protocolo de San Salvador.

54. Por ende, no resulta aceptable que, ante la ausencia de lo que se conoce por la doctrina como la "interpretación auténtica", el sentido y alcance de la Convención sea determinado por la Corte al margen y aún en contradicción con lo pactado por sus Estados Partes. La Convención, como todo tratado, no existe al margen de lo que estos últimos expresamente convinieron.

55. En apoyo de lo resuelve, la Sentencia sí menciona, empero, el artículo XIV de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, el artículo 29.d) de la Convención y la *Observación General No. 18 sobre el derecho al trabajo*, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas. En cuanto al primero, cabe señalar que no establece la justiciabilidad ante la Corte del derecho al trabajo y lógicamente no lo hizo, pues a la fecha de dicho instrumento, aquella no existía.

56. Respecto del segundo, procede insistir en que él se refiere a la interpretación de la Convención que pueda limitar o excluir el goce y ejercicio o el efecto de derechos humanos reconocidos por esta última, lo que no ocurre, por ende, con los derechos que derivan de la Carta de la OEA. Además, tampoco dice relación con la justiciabilidad del derecho al trabajo.

57. Finalmente, en cuanto a la referencia al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, se trata de un órgano compuesto de 18 expertos independientes, esto es, no está conformado por representantes de Estados, y que supervisa la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales por sus Estados partes, vale decir, no dice relación con la Convención, de modo que mal puede disponer la justiciabilidad ante la Corte del derecho al trabajo, lo que, por cierto, no hace. Adicionalmente, procede añadir que la resolución del citado Comité constituye más bien una aspiración, por lo demás legítima, de cambio o desarrollo del Derecho Internacional en la materia.

58. Es, pues, irrefutable que ninguno de los textos recién citados, se reitera, ninguno, dice relación o dispone que las presuntas violaciones del derecho al trabajo, como tampoco a los demás derechos económicos, sociales y culturales que se derivan de las normas económicas,

sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la OEA, puedan ser llevadas ante la Corte para que resuelva sobre ellas.

59. A lo precedentemente indicado, procede añadir que las referencias que la Sentencia hace a la legislación interna del Estado²²⁰, tampoco justifica la tesis sostenida por ella en cuanto a que habilitaría para que se pudiera recurrir ante la Corte por las violaciones de los derechos antes mencionados. La competencia de la Corte deriva de la facultad que se le concede por la Convención y no por una disposición del derecho interno del Estado de que se trate, aunque, evidentemente, dicho ordenamiento jurídico se debe tener presente, conforme lo indica el citado artículo 29, al momento de interpretar aquella a los efectos de que ello no limite el goce y el ejercicio de un derecho reconocido por este último.

60. Con respecto a lo sostenido precedentemente, se debe remarcar que en la propia Sentencia se indica que *"el problema jurídico planteado por la presunta víctima se relaciona con los alcances del derecho al trabajo, y en particular sobre el derecho a la estabilidad laboral, entendido como un derecho protegido por el artículo 26 de la Convención Americana"*²²¹. El asunto sometido a la Corte no era, pues, el de la judicialización ante la Corte de las violaciones de dicho derecho sino de su alcance.

61. Adicionalmente, se debe advertir que en otras sentencias de la Corte se alcanzó un resultado análogo al que se pretende en autos, aplicando únicamente disposiciones de la Convención referentes a derechos que ésta reconoce y lógicamente dentro de los límites de ellas, sin haber tenido necesidad de recurrir al artículo 26. De modo, pues, que no se vislumbra la razón por la insistencia de señalar dicha norma como fundamento para que las violaciones de los derechos humanos que se *"derivan"* de la Carta de la OEA puedan ser conocidas por la Corte, cuando es evidente que ello no solo resulta superfluo, sino que puede acarrear que también las violaciones de otros derechos que se estimen que asimismo deriven de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la OEA, sean sometidas a conocimiento y resolución de aquella.

62. De lo reseñado, se puede concluir, por lo tanto, que la aplicación del método subjetivo de interpretación de los tratados, conduce al mismo resultado ya antes señalado, a saber y a diferencia de lo que indica la Sentencia, que en momento alguno se incluyó a los derechos económicos, sociales y culturales que se *"derivan"* de las normas de la Carta de la OEA, entre ellos, el derecho al trabajo, en el régimen de protección previsto en la Convención.

D. Método funcional o teleológico.

63. Al tratar de precisar el objeto y fin de la disposición convencional que interesa, se puede sostener que:

a) el propósito de los Estados al suscribir la Convención fue *"consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre"*²²²;

²²⁰ Párr. N° 105.

²²¹ Párr. N° 104.

²²² Preámbulo, párr. 1°.

b) para ello, "la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria (Buenos Aires 1967) aprobó la incorporación a la propia Carta de la Organización (de los Estados Americanos) de normas más amplias sobre derechos económicos, sociales y educacionales" y se "*resolvió que una Convención interamericana sobre derechos humanos determinara la estructura, competencia y procedimiento de los órganos encargados de esa materia*";

c) es del todo evidente, entonces, que, lo dispuesto en la citada Conferencia se cumplió, en lo concerniente a los derechos económicos, sociales y educacionales, con el Protocolo de Buenos Aires y en lo que respecta a la estructura, competencia y procedimiento de los órganos encargados de esa materia, con la Convención; y

d) es, por tanto, dando cumplimiento a ese mandato, que se incluyó el artículo 26 en la Convención en un capítulo separado del relativo a los derecho políticos y civiles y, además, estableciendo una especial obligación para los Estados Partes de la Convención, no existente en cuanto a los recién mencionados derechos, a saber, la de adoptar las "*providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los*" derechos a los que se refiere y ello "*en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados*".

64. En otros términos, el objeto y fin del artículo 26 es que se adopten las providencias que señala para lograr a efectividad de los derechos que indica y no que éstos sean exigibles de inmediato y menos aún que sean justiciables ante la Corte. Téngase en cuenta, a este respecto, que el propio título de la disposición es "*Desarrollo Progresivo*" y que el del Capítulo III, del que es la única norma, es "*Derechos Económicos, Sociales y Culturales*", de donde se colige que lo que ordena tal norma, su objeto y fin, es que se adopten medidas para lograr, progresivamente, la efectividad de los derechos a que se refiere y no que éstos sean efectivos.

65. Aceptar que, para interpretar una específica disposición de la Convención, bastaría evocar el objeto y fin general de ésta antes señalado, de suyo amplio vago o impreciso y, por tanto, implicaría afectar la seguridad y certeza jurídicas que debe caracterizar a todo fallo de la Corte, puesto que dejaría a su criterio, con extenso margen, la determinación de los derechos que "*derivan*" de las mencionadas normas de la Carta de la OEA, por lo que los Estados Partes de la Convención no sabrían con antelación a los juicios correspondientes, cuales son.

66. Es por tal motivo que no se puede compartir el criterio expuesto en la jurisprudencia de la Corte, en el sentido de que en mérito de lo previsto en los artículos 1 y 2 de la Convención, el artículo 26 distingue entre "*aspectos que tienen una exigibilidad inmediata*" y "*aspectos que tienen un carácter progresivo*"²²³, puesto que ello se aparta ostensiblemente de lo previsto en la aludidas disposiciones, que establecen que los derechos a que se refieren son únicamente los "*reconocidos*", "*establecidos*", "*garantizados*", "*consagrados*" o "*protegidos*" en o por ella, lo que no acontece con los aludidos por el artículo 26. Además, la indicada distinción que hace la Sentencia sería, en sí misma, confusa y aún contradictoria, ya que, por una parte, no se sabría con certeza y con antelación al proceder cuales aspectos o más exactamente, cuales derechos a que alude el artículo 26 serían exigibles de inmediato y cuales requerirían que progresen con tal propósito y por la otra, los primeros no requerirían la adopción de providencias para ser exigibles, mientras los otros no podrían serlo en tanto no se adopten aquellas.

²²³ *Caso de los Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesus Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 15 de julio de 2020. Serie C No. 407, párr. N° 172.

67. Por otra parte, un proceder como el aludido, conllevaría, por parte de la Corte, la asunción de la función normativa internacional, que, en lo concerniente a la Convención, solo corresponde a sus Estados Partes²²⁴. Y ello en atención a que, con la ausencia de especificación de los derechos que se derivan de las normas de la Carta de la OEA, la Corte podría establecer derechos no expresamente previstos en dichas normas y disponer que son justiciables ante ella.

68. En definitiva, pues, discrepando de la Sentencia, se puede afirmar que la aplicación del método funcional o teleológico de interpretación de tratados respecto del artículo 26 de la Convención, conduce a la misma conclusión a que se llega con la utilización de los demás métodos de interpretación de tratados, es decir, que dicha disposición no tiene por finalidad establecer derecho humano alguno, sino únicamente consagrar el deber de los Estados Partes de aquella de adoptar medidas para hacer efectivos los derechos económicos, sociales y culturales que se “*derivan*” de la Carta de la OEA.

E. Medios Complementarios.

69. En lo concerniente a los medios complementarios de interpretación de tratados²²⁵, es de destacar que, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos de 1969, en la que se acordó el texto definitivo de la Convención, se propusieron en esta materia, dos artículos. Uno fue el 26 en los términos que actualmente figura en la Convención. Dicho artículo fue aprobado²²⁶.

70. El otro artículo propuesto, el 27, expresaba:

“Control del Cumplimiento de las Obligaciones. Los Estados Partes deben remitir a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos copia de los informes y estudios que en sus respectivos campos someten anualmente a las Comisiones Ejecutivas del Consejo Interamericano Económico y Social y del Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura, a fin de que aquélla verifique si se están cumpliendo las obligaciones antes determinadas, que son la sustentación indispensable para el ejercicio de los otros derechos consagrados en esta Convención.”

71. Nótese que el mencionado proyecto de artículo 27, que no fue aprobado²²⁷, se refería a “informes y estudios” para que la Comisión verificara si se estaban cumpliendo las referidas obligaciones y distinguía, entonces, entre, por una parte, “*las obligaciones antes determinadas*”, obviamente en el artículo 26, es decir, las pertinentes a los derechos que “*derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de*

²²⁴ *Supra*, Nota N° 25.

²²⁵ Art.32 de la Convención de Viena: “*Medios de interpretación complementarios. Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31:*

a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o

b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.”

²²⁶ Actas de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, 7 a 22 de noviembre de 1969, OEA/Ser.K/XVI/1.2, p. 318.

²²⁷ Actas de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, 7 a 22 de noviembre de 1969, OEA/Ser.K/XVI/1.2, p. 448.

Buenas Aires" y por la otra parte, "los otros derechos consagrados en esta Convención", esto es, los "derechos civiles y políticos".

72. De suerte que con la adopción del artículo 26, no se tuvo la intención de incorporar los derechos económicos, sociales y culturales en el régimen de protección previsto en la Convención. La única proposición que hubo al respecto fue que se sometiera a examen de órganos de la OEA el cumplimiento de las obligaciones referidas a esos derechos, por estimar que dicho cumplimiento era la base para la realización de los derechos civiles y políticos. Y, como se indicó, esa propuesta no fue acogida. Ello confirma, por lo tanto, que los Estados Partes de la Convención no tuvieron la voluntad alguna de incluir a los derechos económicos, sociales y culturales en el régimen de protección que establece, en cambio, para los derechos civiles y políticos²²⁸.

IV. LA CARTA DE LA OEA.

73. Pues bien, atendido el hecho de que el artículo 26 remite a "las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires", resulta indispensable, para conocer el alcance de aquél, referirse asimismo al contenido de las mencionadas normas y, en particular, a las citadas en la Sentencia.

74. Con relación al derecho al trabajo, la Sentencia evoca a los artículos 45.b y c²²⁹, 46²³⁰ y 34.g²³¹ de la Carta de la OEA.

75. Ahora bien, basta la sola lectura de las normas citadas para comprobar, con claridad y sin la menor duda, que ellas establecen obligaciones de hacer o de comportamiento, expresadas en los "máximos esfuerzos" a que los Estados se comprometen a fin de lograr la aplicación de los "principios" y "mecanismos" que indica, entre los que se encuentra el derecho al trabajo, o para facilitar la integración latinoamericana, la armonización de las legislaciones laborales y la protección de los derechos de los trabajadores, o para lograr la "meta básica"

²²⁸ Voto concurrente del Juez Alberto Pérez Pérez, Caso Gonzales Lluy y Otros Vs. Ecuador, Sentencia de 1 de septiembre de 2015, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

²²⁹ Artículo 45 de la Carta de la OEA: "Los Estados miembros, convencidos de que el hombre sólo puede alcanzar la plena realización de sus aspiraciones dentro de un orden social justo, acompañado de desarrollo económico y verdadera paz, convienen en dedicar sus máximos esfuerzos a la aplicación de los siguientes principios y mecanismos: [...] b) El trabajo es un derecho y un deber social, otorga dignidad a quien lo realiza y debe prestarse en condiciones que, incluyendo un régimen de salarios justos, aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia, tanto en sus años de trabajo como en su vejez, o cuando cualquier circunstancia lo prive de la posibilidad de trabajar; c) Los empleadores y los trabajadores, tanto rurales como urbanos, tienen el derecho de asociarse libremente para la defensa y promoción de sus intereses, incluyendo el derecho de negociación colectiva y el de huelga por parte de los trabajadores, el reconocimiento de la personería jurídica de las asociaciones y la protección de su libertad e independencia, todo de conformidad con la legislación respectiva [...]."

²³⁰ Artículo 46 de la Carta de la OEA: "Los Estados miembros reconocen que, para facilitar el proceso de la integración regional latinoamericana, es necesario armonizar la legislación social de los países en desarrollo, especialmente en el campo laboral y de la seguridad social, a fin de que los derechos de los trabajadores sean igualmente protegidos, y convienen en realizar los máximos esfuerzos para alcanzar esta finalidad."

²³¹ Artículo 34.g de la Carta de la OEA: "Los Estados miembros convienen en que la igualdad de oportunidades, la eliminación de la pobreza crítica y la distribución equitativa de la riqueza y del ingreso, así como la plena participación de sus pueblos en las decisiones relativas a su propio desarrollo, son, entre otros, objetivos básicos del desarrollo integral. Para lograrlos, convienen asimismo en dedicar sus máximos esfuerzos a la consecución de las siguientes metas básicas: [...] g) Salarios justos, oportunidades de empleo y condiciones de trabajo aceptables para todos."

consistente en salarios justos, oportunidades de empleo y condiciones de trabajo aceptables para todos..

76. No se debe olvidar que todas las normas citadas se encuentran en el Capítulo VII de aquella, denominado "*Desarrollo Integral*". Téngase en cuenta, sobre este particular, que dicho capítulo comienza estableciendo, que:

"(l)os Estados miembros, inspirados en los principios de solidaridad y cooperación interamericanas, se comprometen a aunar esfuerzos para lograr que impere la justicia social internacional en sus relaciones y para que sus pueblos alcancen un desarrollo integral, condiciones indispensables para la paz y la seguridad. El desarrollo integral abarca los campos económico, social, educacional, cultural, científico y tecnológico, en los cuales deben obtenerse las metas que cada país defina para lograrlo."

77. Es decir, dispone la obligación general de los Estados americanos de aunar sus esfuerzos para lograr la justicia social y el desarrollo integral. No dispone que ellos respetarán o garantizarán derechos de las personas. Y esa premisa inspira a todo el citado Capítulo VII.

78. De modo, pues, que las referidas normas no establecen obligaciones de resultado, esto es, no disponen que se respeten los derechos humanos que se deriven de las normas que alude, sino que se realicen los "*máximos esfuerzos*" para lograr así los "*principios*", "*mecanismos*", "*metas*" y "*finalidad*" que indican. Es decir, las normas en cuestión, si bien aluden al derecho del trabajo, al derecho de los trabajadores y a las condiciones laborales, lo hacen en tanto constituyen sea la base, origen o razón sea un fin²³² respecto de la que hay que realizar los máximos esfuerzos para alcanzarlos o para que sean una realidad

79. Así las cosas, el abanico de posibilidades de las que el intérprete podría "*derivar*" derechos humanos no expresamente contemplados, en noma internacional alguna, sería enorme, por no afirmar, sin límite. Baste con leer lo que los propios artículos de la Carta de la OEA señalados en la Sentencia, mencionan como "*metas básicas*"²³³ o como "*principios y*

²³² Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, 2020.

²³³ Art. 34: "a) Incremento sustancial y autosostenido del producto nacional per cápita; b) Distribución equitativa del ingreso nacional; c) Sistemas impositivos adecuados y equitativos; d) Modernización de la vida rural y reformas que conduzcan a regímenes equitativos y eficaces de tenencia de la tierra, mayor productividad agrícola, expansión del uso de la tierra, diversificación de la producción y mejores sistemas para la industrialización y comercialización de productos agrícolas, y fortalecimiento y ampliación de los medios para alcanzar estos fines; e) Industrialización acelerada y diversificada, especialmente de bienes de capital e intermedios; f) Estabilidad del nivel de precios internos en armonía con el desarrollo económico sostenido y el logro de la justicia social; g) Salarios justos, oportunidades de empleo y condiciones de trabajo aceptables para todos; h) Erradicación rápida del analfabetismo y ampliación, para todos, de las oportunidades en el campo de la educación; i) Defensa del potencial humano mediante la extensión y aplicación de los modernos conocimientos de la ciencia médica; j) Nutrición adecuada, particularmente por medio de la aceleración de los esfuerzos nacionales para incrementar la producción y disponibilidad de alimentos; k) Vivienda adecuada para todos los sectores de la población; l) Condiciones urbanas que hagan posible una vida sana, productiva y digna; m) Promoción de la iniciativa y la inversión privadas en armonía con la acción del sector público, y n) Expansión y diversificación de las exportaciones."

*mecanismos*²³⁴ o como la *"finalidad"*²³⁵, para percatarse, sin margen de duda alguna, que dichas disposiciones no tienen por objeto establecer derecho alguno ni menos aún la justiciabilidad ante la Corte de sus violaciones, sino que sencillamente consagran aspiraciones que deben ser alcanzadas mediante el cumplimiento de obligaciones de comportamiento, expresadas en el despliegue de los *"máximos esfuerzos"* que los Estados miembros de la OEA deben realizar al efecto.

80. De continuar la Corte con esta tendencia y llevada a su extremo, todos los Estados Partes de la Convención y que han aceptado su jurisdicción, eventualmente podrían ser llevados ante ella por no alcanzar plenamente alguno de los *"principios"*, *"metas"* o *"mecanismos"* o *"finalidad"* contempladas en la Carta de la OEA de los que la Sentencia deriva derechos, lo que, a todas luces, parecería alejado de lo que los Estados Partes deseaban al firmar la Convención o, al menos, de la lógica implícita en ella, en especial, por la forma en que está redactado el mencionado Capítulo VII.

81. Lo anterior resulta particularmente evidente, por ejemplo, en lo que se refiere a la *"(i)ndustrialización acelerada y diversificada, especialmente de bienes de capital e intermedio"*, la *"(e)stabilidad del nivel de precios internos en armonía con el desarrollo económico sostenido y el logro de la justicia social"*, la *"(p)romoción de la iniciativa y la inversión privadas en armonía con la acción del sector público"*, la *"(e)xpansión y diversificación de las exportaciones"*, *"(e)l funcionamiento de los sistemas de administración pública, banca y crédito, empresa, distribución y ventas, en forma que, en armonía con el sector privado, responda a los requerimientos e intereses de la comunidad"*, y la facilitación del *"proceso de la integración regional latinoamericana"*. Resulta al menos dudoso que se haya querido derivar de esas afirmaciones derechos humanos referidos a esos temas, que, de suyo, integran la jurisdicción interna, doméstica o exclusiva del Estado²³⁶

82. Por tanto, en razón de todo lo señalado, es que es evidente que *"de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires"* a que

²³⁴Art. 45: *"Todos los seres humanos, sin distinción de raza, sexo, nacionalidad, credo o condición social, tienen derecho al bienestar material y a su desarrollo espiritual, en condiciones de libertad, dignidad, igualdad de oportunidades y seguridad económica; b) El trabajo es un derecho y un deber social, otorga dignidad a quien lo realiza y debe prestarse en condiciones que, incluyendo un régimen de salarios justos, aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia, tanto en sus años de trabajo como en su vejez, o cuando cualquier circunstancia lo prive de la posibilidad de trabajar; c) Los empleadores y los trabajadores, tanto rurales como urbanos, tienen el derecho de asociarse libremente para la defensa y promoción de sus intereses, incluyendo el derecho de negociación colectiva y el de huelga por parte de los trabajadores, el reconocimiento de la personería jurídica de las asociaciones y la protección de su libertad e independencia, todo de conformidad con la legislación respectiva; d) Justos y eficientes sistemas y procedimientos de consulta y colaboración entre los sectores de la producción, tomando en cuenta la protección de los intereses de toda la sociedad; e) El funcionamiento de los sistemas de administración pública, banca y crédito, empresa, distribución y ventas, en forma que, en armonía con el sector privado, responda a los requerimientos e intereses de la comunidad; f) La incorporación y creciente participación de los sectores marginales de la población, tanto del campo como de la ciudad, en la vida económica, social, cívica, cultural y política de la nación, a fin de lograr la plena integración de la comunidad nacional, el aceleramiento del proceso de movilidad social y la consolidación del régimen democrático. El estímulo a todo esfuerzo de promoción y cooperación populares que tenga por fin el desarrollo y progreso de la comunidad; g) El reconocimiento de la importancia de la contribución de las organizaciones, tales como los sindicatos, las cooperativas y asociaciones culturales, profesionales, de negocios, vecinales y comunales, a la vida de la sociedad y al proceso de desarrollo; h) Desarrollo de una política eficiente de seguridad social, e i) Disposiciones adecuadas para que todas las personas tengan la debida asistencia legal para hacer valer sus derechos."*

²³⁵ *Supra*, Nota N° 86.

²³⁶ *Supra*, Nota N° 23.

se refiere el artículo 26, no se colige, a diferencia de lo que se indica en autos, la competencia de la Corte de conocer y resolver las eventuales violaciones de los derechos que se “*derivan*” de ellas.

V. EL PROTOCOLO DE SAN SALVADOR.

83. A mayor abundamiento a lo ya expresado, cabe referirse al “*Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales – Protocolo de San Salvador*”, el que también es citado en la jurisprudencia de la Corte en apoyo a su interpretación del artículo 26²³⁷, pero que el suscrito estima que su suscripción y vigencia respalda, por el contrario, lo que sostiene en este escrito.

84. Dicho instrumento²³⁸ es adoptado en consideración a lo previsto en los artículos 31, 76 y 77²³⁹ de la Convención. Así lo expresa su propio Preámbulo, al señalar que

“(t)eniendo presente que si bien los derechos económicos, sociales y culturales fundamentales han sido reconocidos en anteriores instrumentos internacionales, tanto de ámbito universal como regional, resulta de gran importancia que éstos sean reafirmados, desarrollados, perfeccionados y protegidos en función de consolidar en América, sobre la base del respeto integral a los derechos de la persona, el régimen democrático representativo de gobierno, así como el derecho de sus pueblos al desarrollo, a la libre determinación y a disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, y considerando que la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que pueden someterse a la consideración de los Estados partes reunidos con ocasión de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos proyectos de protocolos adicionales a esa Convención con la finalidad de incluir progresivamente en el régimen de protección de la misma otros derechos y libertades,”

85. De lo transcrito se desprende, por ende, que se trata de un acuerdo “*Adicional a la Convención*”, que tiene por específica finalidad reafirmar, desarrollar, perfeccionar y proteger los derechos económicos, sociales y culturales y de progresivamente incluirlos en el régimen de protección de la misma y lograr su plena efectividad.

86. Esto es, el Protocolo se adopta dado que los derechos económicos sociales y culturales no han sido, a la fecha de su suscripción, reafirmados, desarrollados, perfeccionados y protegidos ni incluidos en el régimen de protección de la Convención, lo que implica que tampoco tienen plena efectividad en virtud del artículo 26. De otra manera, no se entendería la finalidad ni la conveniencia del Protocolo.

²³⁷ *Caso de los Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesus Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 15 de julio de 2020. Serie C No. 407, párr.161.

²³⁸ En lo sucesivo, el Protocolo.

²³⁹ *Supra*, Nota N° 25.

87. En esa perspectiva, el Protocolo reconoce²⁴⁰, establece²⁴¹, enuncia²⁴² o consagra²⁴³ los siguientes derechos: Derecho al Trabajo (art.6) , Condiciones Justas, Equitativas y Satisfactorias de Trabajo (art.7), Derechos Sindicales (art.8), Derecho a la Seguridad Social (art.9), Derecho a la Salud (art.10), Derecho a un Medio Ambiente Sano (art.11), Derecho a la Alimentación (art.12), Derecho a la Educación (art.13), Derecho a los Beneficios de la Cultura(art.14), Derecho a la Constitución y Protección de la Familia (art.15), Derecho de la Niñez (art.16), Protección de los Ancianos (art.17) y Protección de los Minusválidos (art.18). Téngase presente que, por el contrario, el artículo 26 no establece o consagra derecho alguno, solo se remite a los que se “*deriven*” de la Carta de la OEA.

88. Y respecto de esos derechos reconocidos por el Protocolo, los Estados Partes se comprometen a adoptar, de manera progresiva, las medidas que garanticen su plena efectividad (arts.6.2, 10.2, 11.2 y 12.2). En esto hay una coincidencia con lo previsto en el artículo 26, es decir, que tanto el Protocolo como esta última disposición, dicen relación con derechos cuya efectividad no existe o no es plena.

89. El Protocolo igualmente contempla una norma, el artículo 19, concerniente a los medios de protección de los antes señalados derechos. Tales medios consisten en los informes que los Estados Partes deben presentar a la Asamblea General de la OEA “*respecto de las medidas progresivas que hayan adoptado para asegurar el debido respeto de los derechos consagrados en el mismo Protocolo*”, en el tratamiento que el Consejo Interamericano Económico y Social y el Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura de la organización le den a tales informes y en la opinión eventualmente que pueda proporcionar sobre el particular la Comisión²⁴⁴. Nótese que esta disposición es similar al proyecto de artículo 27 de la Convención, que fue rechazado por la Conferencia correspondiente.

²⁴⁰ Art. 1: “*Obligación de Adoptar Medidas .Los Estados partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo.*”

Art.4: “*No Admisión de Restricciones. No podrá restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos reconocidos o vigentes en un Estado en virtud de su legislación interna o de convenciones internacionales, a pretexto de que el presente Protocolo no los reconoce o los reconoce en menor grado.*”

²⁴¹ Arts.2: “*Obligación de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos establecidos en el presente Protocolo no estuviera ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de este Protocolo las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos.*”

Art.5: “*Alcance de las Restricciones y Limitaciones. Los Estados partes sólo podrán establecer restricciones y limitaciones al goce y ejercicio de los derechos establecidos en el presente Protocolo mediante leyes promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática, en la medida que no contradigan el propósito y razón de los mismos.*”

Art.19.6: “*Medios de Protección. En el caso de que los derechos establecidos en el párrafo a) del artículo 8 y en el artículo 13 fuesen violados por una acción imputable directamente a un Estado parte del presente Protocolo, tal situación podría dar lugar, mediante la participación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y cuando proceda de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la aplicación del sistema de peticiones individuales regulado por los artículos 44 a 51 y 61 a 69 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.*”

²⁴² Art.3: “*Obligación de no Discriminación. Los Estados partes en el presente Protocolo se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.*”

²⁴³ Art.19.1: “*Medios de Protección 1. Los Estados partes en el presente Protocolo se comprometen a presentar, de conformidad con lo dispuesto por este artículo y por las correspondientes normas que al efecto deberá elaborar la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, informes periódicos respecto de las medidas progresivas que hayan adoptado para asegurar el debido respeto de los derechos consagrados en el mismo Protocolo.*”

²⁴⁴ Art. 19: “*Medios de Protección.1. Los Estados partes en el presente Protocolo se comprometen a presentar, de conformidad con lo dispuesto por este artículo y por las correspondientes normas que al efecto deberá elaborar la*

90. Todo lo anteriormente reseñado significa, primeramente, que, para los Estados Partes del Protocolo, la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales es de naturaleza progresiva, vale decir, *a contrario sensu*, aquellos no se encuentran vigentes o, al menos, plenamente vigentes.

91. En segundo término y, en consecuencia, ello importa, para los aludidos Estados, que lo dispuesto en el 26 implica que los citados derechos no se encuentren comprendidos entre los que se aplica el sistema de protección previsto en la Convención o que se estén vigentes, dado que, en caso contrario, la adopción del Protocolo hubiese sido innecesaria.

92. Téngase presente también que en la OEA se creó el Grupo de Trabajo para Analizar los informes Periódicos de los Estados Partes del Protocolo²⁴⁵, como mecanismo para dar seguimiento al cumplimiento de los compromisos contraídos por dicho instrumento en la materia. Ello confirma que, indudablemente, la voluntad de los mencionados Estados ha sido la de crear un mecanismo no jurisdiccional para la supervisión internacional del cumplimiento del Protocolo.

93. La única excepción a ese régimen está prevista en el numeral 6 del artículo 19, a saber, que

Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, informes periódicos respecto de las medidas progresivas que hayan adoptado para asegurar el debido respeto de los derechos consagrados en el mismo Protocolo.

2. Todos los informes serán presentados al Secretario General de la Organización de los Estados Americanos quien los transmitirá al Consejo Interamericano Económico y Social y al Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura, a fin de que los examinen conforme a lo dispuesto en el presente artículo. El Secretario General enviará copia de tales informes a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

3. El Secretario General de la Organización de los Estados Americanos transmitirá también a los organismos especializados del sistema interamericano, de los cuales sean miembros los Estados partes en el presente Protocolo, copias de los informes enviados o de las partes pertinentes de éstos, en la medida en que tengan relación con materias que sean de la competencia de dichos organismos, conforme a sus instrumentos constitutivos.

4. Los organismos especializados del sistema interamericano podrán presentar al Consejo Interamericano Económico y Social y al Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura informes relativos al cumplimiento de las disposiciones del presente Protocolo, en el campo de sus actividades."

5. Los informes anuales que presenten a la Asamblea General el Consejo Interamericano Económico y Social y el Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura contendrán un resumen de la información recibida de los Estados partes en el presente Protocolo y de los organismos especializados acerca de las medidas progresivas adoptadas a fin de asegurar el respeto de los derechos reconocidos en el propio Protocolo y las recomendaciones de carácter general que al respecto se estimen pertinentes.

6. En el caso de que los derechos establecidos en el párrafo a) del artículo 8 y en el artículo 13 fuesen violados por una acción imputable directamente a un Estado parte del presente Protocolo, tal situación podría dar lugar, mediante la participación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y cuando proceda de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la aplicación del sistema de peticiones individuales regulado por los artículos 44 a 51 y 61 a 69 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

7. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos podrá formular las observaciones y recomendaciones que considere pertinentes sobre la situación de los derechos económicos, sociales y culturales establecidos en el presente Protocolo en todos o en algunos de los Estados partes, las que podrá incluir en el Informe Anual a la Asamblea General o en un Informe Especial, según lo considere más apropiado.

8. Los Consejos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en ejercicio de las funciones que se les confieren en el presente artículo tendrán en cuenta la naturaleza progresiva de la vigencia de los derechos objeto de protección por este Protocolo."

²⁴⁵ AG/RES. 2262 (XXXVII-O/07), del 05/06/2007.

"en el caso de que los derechos establecidos en el párrafo a) del artículo 8²⁴⁶ y en el artículo 13²⁴⁷ fuesen violados por una acción imputable directamente a un Estado parte del presente Protocolo, tal situación podría dar lugar, mediante la participación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y cuando proceda de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la aplicación del sistema de peticiones individuales regulado por los artículos 44 a 51 y 61 a 69 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos."

94. Lo indicado precedentemente implica que únicamente en el evento de violación de los derechos referidos a los sindicatos y a la educación, los pertinentes casos pueden ser justiciables ante la Corte. Respecto de la violación de los demás derechos, entre los que estarían los demás aspectos del derecho al trabajo, opera, por el contrario, sólo el sistema de informes establecido en el artículo 19 del Protocolo.

95. Por ende, el Protocolo es una enmienda a la Convención. Así se desprende de su propio texto, al considerarse como Protocolo, figura expresamente prevista en aquella²⁴⁸. Procede resaltar el hecho de que en su Preámbulo se deja constancia de que se adopta considerando que la Convención contempla esa posibilidad²⁴⁹. Se trata, pues, de un "protocolo adicional" a ella suscrito "con la finalidad de incluir progresivamente en el régimen de protección de la misma otros derechos y libertades", los que, por tanto, no los incluía.

96. De manera, en consecuencia, que dicho instrumento, al establecer en su artículo 19 la competencia de la Corte para conocer las eventuales violaciones de los derechos referidos a

²⁴⁶ Art.8: "Derechos Sindicales. 1. Los Estados partes garantizarán: a) el derecho de los trabajadores a organizar sindicatos y a afiliarse al de su elección, para la protección y promoción de sus intereses. Como proyección de este derecho, los Estados partes permitirán a los sindicatos formar federaciones y confederaciones nacionales y asociarse a las ya existentes, así como formar organizaciones sindicales internacionales y asociarse a la de su elección. Los Estados partes también permitirán que los sindicatos, federaciones y confederaciones funcionen libremente".

²⁴⁷ Art.13: "Derecho a la Educación. 1. Toda persona tiene derecho a la educación.
2. Los Estados partes en el presente Protocolo convienen en que la educación deberá orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad y deberá fortalecer el respeto por los derechos humanos, el pluralismo ideológico, las libertades fundamentales, la justicia y la paz. Convienen, asimismo, en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad democrática y pluralista, lograr una subsistencia digna, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos raciales, étnicos o religiosos y promover las actividades en favor del mantenimiento de la paz.
3. Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio del derecho a la educación:
a. la enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente;
b. la enseñanza secundaria en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;
c. la enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados y en particular, por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;
d. se deberá fomentar o intensificar, en la medida de lo posible, la educación básica para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria;
e. se deberán establecer programas de enseñanza diferenciada para los minusválidos a fin de proporcionar una especial instrucción y formación a personas con impedimentos físicos o deficiencias mentales.
4. Conforme con la legislación interna de los Estados partes, los padres tendrán derecho a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos, siempre que ella se adecue a los principios enunciados precedentemente.
5. Nada de lo dispuesto en este Protocolo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, de acuerdo con la legislación interna de los Estados partes."

²⁴⁸ *Supra*, Nota N° 25.

²⁴⁹ *Supra*, párr.84.

los sindicatos y a la educación, no está limitando a aquella sino todo lo contrario, la está ampliando. De no existir el Protocolo, la Corte no podría conocer ni siquiera la eventual violación de esos derechos.

97. Todo lo precedentemente expuesto es, por ende, prueba más que evidente que, para los Estados Partes del Protocolo, lo previsto en el artículo 26 de la Convención no puede ser interpretado en orden a que establece o reconoce derechos económicos, sociales o culturales ni que habilita para elevar un caso de violación de ellos a conocimiento de la Corte. Se reitera que, si así lo hubiese establecido, obviamente no se hubiese celebrado el Protocolo. Es, por tal motivo, entonces, que ha sido necesaria su adopción. Su suscripción no se explicaría de otra manera.

98. En mérito de lo precedentemente afirmado, se puede concluir en que el Protocolo es, en consecuencia, la nítida demostración de que lo previsto en el artículo 26 no establece derecho humano alguno.

VI. CONCLUSIONES.

99. Es, entonces, por lo todo lo expuesto, incluido lo indicado en las Anotaciones Preliminares²⁵⁰, que se disiente de la Sentencia, en especial, de lo indicado en su resolutive N° 2²⁵¹.

100. Al efecto, se debe señalar que la Sentencia, al desestimar la excepción de la falta de competencia para conocer de violaciones de derechos humanos invocando la aplicación del artículo 26, no deja margen alguno al presente disenso para pronunciarse sobre sus demás puntos resolutive. Esto es, al sostenerse en este voto que la Corte carece de la citada competencia, lógicamente, se afirma que no procedía que ella se pronunciara sobre el fondo del caso, como ha acontecido. La única salvedad a ello es lo previsto en el Resolutive N° 11, al que se ha concurrido aprobándolo dado que, sencillamente, repite lo que establece el Reglamento de la Corte²⁵², motivo por el que, de no haberse incluido, de todas maneras, se aplicaría.

101. Por otra parte, parecería conveniente insistir, una vez más, que este escrito no dice relación con la existencia del derecho al trabajo en el ámbito del Derecho Internacional. Ello escapa a su propósito. Únicamente se sostiene que su eventual violación no puede ser sometida al conocimiento y resolución de la Corte.

²⁵⁰ *Supra*, II.

²⁵¹ *Supra*, Nota N° 3.

²⁵² Art. 69. "Supervisión de cumplimiento de sentencias y otras decisiones del Tribunal.

1. La supervisión de las sentencias y demás decisiones de la Corte se realizará mediante la presentación de informes estatales y de las correspondientes observaciones a dichos informes por parte de las víctimas o sus representantes. La Comisión deberá presentar observaciones al informe del Estado y a las observaciones de las víctimas o sus representantes.

2. La Corte podrá requerir a otras fuentes de información datos relevantes sobre el caso, que permitan apreciar el cumplimiento. Para los mismos efectos podrá también requerir los peritajes e informes que considere oportunos.

3. Cuando lo considere pertinente, el Tribunal podrá convocar al Estado y a los representantes de las víctimas a una audiencia para supervisar el cumplimiento de sus decisiones, y en ésta escuchará el parecer de la Comisión. }4. Una vez que el Tribunal cuente con la información pertinente, determinará el estado del cumplimiento de lo resuelto y emitirá las resoluciones que estime pertinentes. 5. Estas disposiciones se aplican también para casos no sometidos por la Comisión."

102. Y más aún. Se debe asimismo indicar que tampoco el presente voto debe ser entendido en orden a que eventualmente no se esté a favor de someter ante la Corte las violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales. Lo que se considera sobre el particular es que, si se procede a establecer esa competencia jurisdiccional, ello, debe hacerse por quién detenta la titularidad de la función normativa internacional. No parecería conveniente que el órgano al que le compete la función judicial interamericana asuma aquella otra función, máxime cuando los Estados a los que les corresponde esta última son democráticos y a su respecto rige la Carta Democrática Interamericana²⁵³, la que prevé la separación de poderes y la participación ciudadana en los asuntos públicos, lo que, sin duda, la Corte debería igualmente y en su ámbito, respetar.

103. Asimismo, es imperioso repetir que, de persistirse en el derrotero adoptado por la Sentencia, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos en su conjunto podría verse seriamente limitado. Y ello en razón de que muy probablemente, por una parte, no se incentivaría, sino todo lo contrario, la adhesión de nuevos Estados a la Convención ni la aceptación de la competencia contenciosa de la Corte por los que no lo hayan hecho y por la otra parte, podría renovarse o aún acentuarse la tendencia entre los Estados Partes de la Convención de no dar cumplimiento completo y oportuno a sus fallos. En suma, se debilitaría los principios de la seguridad y de certeza jurídica, el que, en lo atinente a los derechos humanos, también beneficia a las víctimas de sus violaciones al garantizar el cumplimiento de las sentencias de la Corte por sustentarse sólidamente en los compromisos soberanamente asumidos por los Estados.

104. Sobre este último particular, no está de más recordar que, en la práctica y más allá de cualquier consideración teórica, la función de la Corte es, en definitiva, dictar fallos que restablezcan, lo más pronto posible, el respeto de los derechos humanos violados en un específico caso. No es tan seguro que ello se logre respecto de violaciones de esos derechos que no fueron consideradas en la Convención como justiciables ante aquella ni tampoco cuando, más que procurar resolver el caso que le ha sido sometido, parecería que la preocupación principal fuese establecer normas, pautas o estándares de aplicación general y no fallar específicamente un caso y que, a partir de allí y de varias sentencias dictadas en el mismo sentido o en la misma dirección, se desprenda una jurisprudencia, compuesta, por ende, por varios precedentes coincidentes.

Eduardo Vio Grossi
Juez

Pablo Saavedra Alessandri
Secretario

²⁵³ Adoptada en el Vigésimo Octavo Período Extraordinario de Sesiones de la Asamblea General de la OEA, 11 de septiembre de 2001, Lima, Perú.

**VOTO CONCURRENTENTE Y PARCIALMENTE DISIDENTE DEL
JUEZ HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO**

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

CASO CASA NINA VS. PERÚ

**SENTENCIA DE 24 DE NOVIEMBRE DE 2020
(Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)**

1. Con el acostumbrado respeto por las decisiones mayoritarias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte” o “el Tribunal”), el presente voto tiene por objeto señalar algunas discrepancias frente al análisis de fondo que realizó la Corte acerca de la responsabilidad internacional del Estado de Perú (en adelante “el Estado” o “Perú”). Asimismo, explicar mi disidencia parcial frente al punto resolutivo 3 en el que se declararon violadas conjuntamente las garantías judiciales, el derecho de permanecer en el cargo en condiciones de igualdad y el derecho al trabajo del señor Julio Casa Nina.

2. Con este propósito abordaré los siguientes puntos: i) la práctica de abordar las alegadas violaciones en un mismo punto resolutivo y la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales; ii) la interpretación ambivalente del artículo 23 en relación con la desvinculación de funcionarios públicos; iii) la falta de relación entre las nociones de estabilidad laboral y los criterios que condicionan los cargos de provisionalidad: el plazo, y iv) el alcance de la noción control de convencionalidad en lo que refiere a la obligación de reformar disposiciones del derecho interno y la noción de recurso judicial efectivo.

3. En este sentido, el voto complementa la posición ya expresada en mis votos parcialmente disidentes a los casos *Lagos del Campo Vs. Perú*²⁵⁴, *Trabajadores Cesados de Petroperú y otros Vs. Perú*²⁵⁵, *San Miguel Sosa y otras Vs. Venezuela*²⁵⁶, *Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala*²⁵⁷, *Muelle Flores Vs. Perú*²⁵⁸, *Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB-SUNAT) Vs. Perú*²⁵⁹, *Hernández Vs. Argentina*²⁶⁰ y *Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka*

²⁵⁴ Cfr. *Caso Lagos del Campo Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 340. Voto parcialmente disidente del Juez Humberto Antonio Sierra Porto.

²⁵⁵ Cfr. *Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de noviembre de 2017. Serie C No. 344. Voto parcialmente disidente del Juez Humberto Antonio Sierra Porto.

²⁵⁶ Cfr. *Caso San Miguel Sosa y otras Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 8 de febrero de 2018. Serie C No. 348. Voto parcialmente disidente del Juez Humberto Antonio Sierra Porto.

²⁵⁷ Cfr. *Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C No. 359. Voto parcialmente disidente del Juez Humberto Antonio Sierra Porto.

²⁵⁸ Cfr. *Caso Muelle Flores Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de marzo de 2019. Serie C No. 375. Voto parcialmente disidente del Juez Humberto Antonio Sierra Porto.

²⁵⁹ Cfr. *Caso Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB-SUNAT) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de noviembre de 2019. Serie C No. 394. Voto parcialmente disidente del Juez Humberto Antonio Sierra Porto.

²⁶⁰ Cfr. *Caso Hernández Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de noviembre de 2019. Serie C No. 395. Voto parcialmente disidente del Juez Humberto Antonio Sierra Porto.

*Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina*²⁶¹; así como en mis votos concurrentes en los casos *Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador*²⁶² y *Poblete Vilches y otros Vs. Chile*²⁶³.

i) La práctica de abordar las alegadas violaciones en un mismo punto resolutivo y la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales.

4. En opiniones separadas anteriores he expresado detalladamente múltiples argumentos que evidencian las contradicciones e inconsistencias lógicas y jurídicas de las que adolece la teoría de la justiciabilidad directa y autónoma de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (en adelante "DESCA") a través del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante "la Convención" o "la Convención Americana"). Efectivamente, esta posición asumida por la mayoría de los jueces del Tribunal desde el caso *Lagos del Campo Vs. Perú* desconoce las reglas de interpretación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados²⁶⁴, cambia la naturaleza de la obligación de progresividad²⁶⁵, ignora la voluntad de los Estados plasmada en el Protocolo de San Salvador²⁶⁶ y mina la legitimidad del Tribunal²⁶⁷; solo por mencionar algunos argumentos.

5. En esta oportunidad no pretendo ahondar en el sentido antes señalado, sino centrar la atención en una práctica, relacionada con esta postura jurídica, que se evidencia al declarar las violaciones en los puntos resolutivos, así como al abordar las alegaciones en un mismo capítulo.

6. En primer lugar, como lo señalé en los casos *Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB-SUNAT) Vs. Perú*²⁶⁸ y *Hernández vs. Argentina*²⁶⁹, el Tribunal modifica de manera antojadiza y sin justificación su técnica para construir la parte resolutive de sus decisiones; pretende invisibilizar las discrepancias internas sobre el alcance del artículo 26.

²⁶¹ Cfr. *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de febrero de 2020. Serie C No. 400. Voto parcialmente disidente del Juez Humberto Antonio Sierra Porto.

²⁶² Cfr. *Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298. Voto concurrente del Juez Humberto Antonio Sierra Porto.

²⁶³ Cfr. *Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 349. Voto Concurrente del Juez Humberto Antonio Sierra Porto.

²⁶⁴ Cfr. *Caso Muelle Flores Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de marzo de 2019. Serie C No. 375. Voto parcialmente disidente del Juez Humberto Antonio Sierra Porto, párr. 13.

²⁶⁵ Cfr. *Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C No. 359. Voto parcialmente disidente del Juez Humberto Antonio Sierra Porto, párr. 10.

²⁶⁶ Cfr. *Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 349. Voto concurrente del Juez Humberto Antonio Sierra Porto, párr. 3.

²⁶⁷ Cfr. *Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de noviembre de 2017. Serie C No. 344. Voto parcialmente disidente del Juez Humberto Antonio Sierra Porto, párr. 23.

²⁶⁸ Cfr. *Caso Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB-SUNAT) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de noviembre de 2019. Serie C No. 394. Voto parcialmente disidente del Juez Humberto Antonio Sierra Porto, párr. 6.

²⁶⁹ Cfr. *Caso Hernández Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de noviembre de 2019. Serie C No. 395. Voto parcialmente disidente del Juez Humberto Antonio Sierra Porto, párr. 17.

7. Adicionalmente, esta modalidad que agrupa en un solo punto resolutivo la declaración de todas las violaciones, evita que se evidencien las posturas divergentes en relación con la justiciabilidad de los DESCAs, en perjuicio de la legitimidad que otorga la postura unánime del Tribunal en relación con los demás derechos vulnerados. Me refiero a que, si bien la legitimidad principal o de origen de las decisiones de la Corte se da por las mayorías previstas en el Reglamento, sin duda esta se percibe de manera más clara cuando todos los jueces coinciden en la decisión final. En este caso, agrupadas en un solo punto las vulneraciones de los artículos 8.1, 23.1 c) y 26 no se logró mostrar la unanimidad de la Corte en la condena ni la discrepancia parcial en relación con el artículo 26.

8. En segundo lugar, en el presente caso, la mayoría consideró apropiado abordar los alegatos de fondo en un único apartado, y declarar la violación de las garantías judiciales, el derecho de permanecer en el cargo en condiciones de igualdad y el derecho al trabajo del señor Casa Nina en un solo punto resolutivo. Como se puede entrever del análisis de fondo, que evacúa la alegada violación del derecho al trabajo en apenas un par de párrafos (108 y 109), es claro que la misma solo se explica y justifica en su relación con el derecho a la permanencia en el cargo en condiciones de igualdad. Así, no solo se evidencia una vez más la inutilidad del análisis del artículo 26 de la Convención, sino que, además, queda palmario cómo a través de la técnica de agrupar las alegadas violaciones en un único capítulo se desdibujan los contornos de los derechos protegidos por la Convención y se empobrece la calidad argumentativa del Tribunal al momento de acreditar las alegadas violaciones.

9. Este razonamiento es el que motiva esta opinión separada pues, aunque coincido con que se haya declarado la violación de los artículos 8.1 y 23.1 c) y en consecuencia expresé mi voto a favor del punto resolutivo 3, solo por la violación de estos dos artículos. La técnica que utiliza la Corte en esta decisión no me permitió expresar adecuadamente mi posición jurídica, aunque considero que, no solo la justiciabilidad del derecho al trabajo no es jurídicamente viable en el proceso ante la Corte IDH, sino que incluso bajo los criterios desarrollados en la jurisprudencia, la violación del artículo 26 no se encontró probada en el caso.

ii) La interpretación ambivalente del artículo 23 en relación con la desvinculación de funcionarios públicos.

10. De manera adicional a los criterios que me llevaron a plantear mi voto parcial en relación con el punto resolutivo 3, considero relevante hacer referencia a algunos elementos problemáticos del análisis de fondo, empezando por la interpretación del alcance y contenido del artículo 23 de la Convención. En este caso la Corte encontró probada la vulneración del derecho de acceso en condiciones generales de igualdad a las funciones públicas al considerar que la decisión que dio por terminado el nombramiento del señor Casa Nina fue arbitraria, al no corresponder a los motivos permitidos para garantizar su independencia en el cargo de fiscal provisional. Si bien concuerdo con este razonamiento, debo advertir que la Corte obvió una discusión trascendental que el caso ponía nuevamente sobre la mesa, relacionada no ya con el artículo 23.1 c) sino con el artículo 23.2.

11. En el presente caso, se extiende una postura jurisprudencial consolidada en decisiones previas referidas a funcionarios judiciales²⁷⁰ en relación con los criterios para la separación del cargo, en las cuales no se abordó la cuestión de la interpretación literal de las limitaciones a derechos políticos contempladas en el artículo 23. La Corte señaló, “[...] *esta garantía específica de las y los fiscales, en aplicación equivalente de los mecanismos de protección*

²⁷⁰ Cfr. *Caso López Lone y otros Vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C No. 302, y *Caso Rico Vs. Argentina. Excepción Preliminar y Fondo*. Sentencia de 2 de septiembre de 2019. Serie C No. 383.

reconocidos a las juezas y los jueces, conlleva lo siguiente: (i) que la separación del cargo obedezca exclusivamente a las causales permitidas, ya sea por medio de un proceso que cumpla con las garantías judiciales o porque se ha cumplido el término o período de su mandato; (ii) que las y los fiscales solo pueden ser destituidas o destituidos por faltas de disciplina graves o incompetencia, y (iii) que todo proceso seguido contra fiscales se resuelva mediante procedimientos justos, objetivos e imparciales, según la Constitución o la ley, pues la libre remoción de las y los fiscales fomenta la duda objetiva sobre la posibilidad efectiva que tienen de ejercer sus funciones sin temor a represalias”²⁷¹.

12. Por el contrario, en la reciente decisión del caso *Petro Urrego vs. Colombia* la Corte reiteró la posición del caso *López Mendoza vs. Venezuela*²⁷² según la cual “[...] el artículo 23.2 de la Convención Americana es claro en el sentido de que dicho instrumento no permite que órgano administrativo alguno pueda aplicar una sanción que implique una restricción (por ejemplo, imponer una pena de inhabilitación o destitución) a una persona por su conducta social (en el ejercicio de la función pública o fuera de ella) para el ejercicio de los derechos políticos a elegir y ser elegido: sólo puede serlo por acto jurisdiccional (sentencia) del juez competente en el correspondiente proceso penal”²⁷³. En esta ocasión, si bien la Corte fundamentó su postura en una interpretación literal y teleológica del precepto, le dio una categoría diferencial a los derechos políticos de los funcionarios elegidos mediante voto popular, que no se encuentra justificada en el tenor literal de la norma, sin explicar el fundamento de su posición.

13. Lo cierto es que ni entonces ni ahora la Corte aborda la cuestión de que el artículo 23 no reconoce diferencias de trato entre los derechos políticos de los funcionarios públicos en razón de su forma de nombramiento a pesar de que ha fundado su razonamiento en una interpretación fundamentalmente literal²⁷⁴. Tampoco ha cumplido el Tribunal con la carga argumentativa que le corresponde satisfacer al plantear en su jurisprudencia diferencias en el grado de protección de los derechos de los funcionarios públicos.

14. Adicionalmente, el vacío persiste en relación con el alcance del artículo 23.2 y la taxatividad de las hipótesis contempladas para la limitación de derechos políticos. En la decisión queda explícito que tratándose de fiscales la desvinculación del cargo, como una forma de limitación de derechos políticos, es convencional a pesar de que no se ordene mediante condena ante juez competente en proceso penal. Esto último nos lleva también a considerar que la Convención no consagra una prohibición absoluta que impida que, en ciertos supuestos, el derecho disciplinario pueda tener efectos en la permanencia en el cargo.

²⁷¹ Cfr. *Caso Casa Nina vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2020. Serie C No. 419, párr. 80.

²⁷² Cfr. *Caso López Mendoza Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C No. 233, párr. 107.

²⁷³ Cfr. *Caso Petro Urrego Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 8 de julio de 2020. Serie C No. 406, párr. 96.

²⁷⁴ Artículo 23. Derechos Políticos.

1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

iii) La falta de relación entre las nociones de estabilidad laboral y los criterios que condicionan los cargos de provisionalidad: el plazo.

15. Como lo señalé al referirme a la práctica del Tribunal de abordar las alegadas violaciones en un mismo capítulo, desdibujando los alcances de cada uno de los derechos convencionales y afectando la solidez y rigurosidad de la decisión, considero que el análisis del derecho a la estabilidad laboral en relación con las garantías judiciales y el derecho de acceso a funciones públicas en condiciones de igualdad realizado en el presente caso, genera confusiones que acaban reduciendo su ámbito de protección.

16. Sostiene la Corte que la determinación de un plazo o condición en el acto de nombramiento de un fiscal provisional, es un elemento suficiente para garantizar su estabilidad laboral, no solo como un elemento necesario para proteger la independencia de este tipo de funcionarios, sino también su derecho al trabajo.

17. Esta es una postura carente de certeza, la determinación de un plazo en el acto de nombramiento no evita que la permanencia en el cargo dependa de la discrecionalidad del nominador. La determinación de un periodo temporal, en la generalidad de los casos de meses (tres meses, seis o incluso por un año), sigue dejando en manos de la voluntad de este nominador la renovación o terminación de la relación laboral, sin que de esta manera pueda evitar que el funcionario quede expuesto a presiones externas o pueda verse afectado en su independencia ante la falta de seguridad frente a la renovación del periodo.

18. Considero que puede hablarse verdaderamente de estabilidad en el cargo en el caso de los funcionarios en provisionalidad si su permanencia está supeditada exclusivamente a la realización de un concurso o a la comisión de una falta de tipo disciplinario o penal. No puede sostenerse que con contratos precarios que tienen vigencias cortas se protege la estabilidad laboral como componente del derecho al trabajo, pues la determinación de un plazo no garantiza la continuidad en el empleo ni evita la discrecionalidad en la decisión de retiro.

iv) El alcance de la noción control de convencionalidad en lo que refiere a la obligación de reformar disposiciones del derecho interno y la noción de recurso judicial efectivo.

19. En términos generales podría sostenerse que el control de convencionalidad, como una figura propia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, consiste en i) la obligación de inaplicar normas internas contrarias a la Convención o ii) hacer una interpretación conjunta entre la Convención y el orden interno para establecer la que sea más favorable a la protección de los derechos humanos de las personas involucradas. Los elementos de este control son ampliamente desarrollados en la jurisprudencia de la Corte, y se consolidan a partir de su práctica judicial y la de las autoridades nacionales.

20. En el presente caso el Tribunal analizó el control de convencionalidad en dos vertientes, de una parte, consideró que existía una falta de adecuación interna en relación con la garantía de inamovilidad de fiscales en Perú, de otra parte, consideró vulnerado el derecho a un recurso judicial efectivo pues las autoridades nacionales no aplicaron el estándar interamericano.

a. Artículo 2 de la Convención: obligación de reformar disposiciones del derecho interno.

21. Sea lo primero señalar que la Corte consideró que la falta de plazo o condición tanto en el nombramiento como en la destitución del señor Casa Nina, estuvo justificado en normas del orden nacional. Como consecuencia reprochó no solo la interpretación de las autoridades

del orden interno, sino también la falta de expedición de normas conducentes para la efectiva observancia de tales garantías. Finalmente ordenó al Estado hacer las modificaciones normativas a que hubiera lugar para adecuar su ordenamiento a los criterios convencionales. Sin embargo, admitió que antes de que dicha medida se haga efectiva corresponde a todos los funcionarios encargados adelantar un ejercicio interpretativo conforme con las obligaciones del orden internacional.

22. La fórmula adoptada en la parte resolutive pone de manifiesto una posible contradicción, pues, si se puede hacer una interpretación del ordenamiento jurídico que sea acorde con la Convención, no es necesario que se haga una modificación expresa del mismo. Las decisiones que conlleven obligaciones estatales de modificar leyes nacionales deben ser fundadas en una manifiesta e irresoluble contradicción con los derechos humanos previstos en la Convención. En todo caso entiendo que el propósito de la Corte al pedir simultáneamente que se haga una interpretación del ordenamiento interno conforme a la Convención y su jurisprudencia, por una parte, y la modificación normativa por la otra, obedece a una lógica consecuencial: Si los operadores jurídicos nacionales entienden que la dicción literal de las leyes nacionales desconoce la Convención en los términos expresados por sentencia de la Corte IDH, se debería acudir a la modificación normativa.

23. En definitiva, lo que creo es que la Corte debe privilegiar en sus decisiones el ejercicio del control de convencionalidad a través de la interpretación conforme, para evitar que los retrasos propios de los cambios normativos, por lo general trámites de larga duración, dificulten la aplicación pronta de las normas convencionales y de los estándares establecidos por la Corte.

Humberto Antonio Sierra Porto
Juez

Pablo Saavedra Alessandri
Secretario

**VOTO CONCURRENTENTE DEL
JUEZ RICARDO C. PÉREZ MANRIQUE**

CASO CASA NINA VS. PERÚ

**SENTENCIA DE 24 DE NOVIEMBRE DE 2020
(Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)**

I. Introducción

1. En la sentencia se declara, entre otras, la violación de los artículos 8.1, 23.1 c) y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante la "Convención") por la violación de las garantías judiciales, el derecho de permanecer en el cargo en condiciones de igualdad y el derecho al trabajo. El caso se relaciona con una serie de violaciones ocurridas en el marco del procedimiento que culminó con la separación del señor Julio Casa Nina del cargo de Fiscal Adjunto Provisional de la Segunda Fiscalía Penal de la Provincia de Huamanga, Ayacucho, Perú.

2. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "Corte IDH" o "la Corte") por medio de la sentencia desestimó las excepciones preliminares relativas a la cuarta instancia y a falta de competencia de la Corte para conocer sobre alegaciones concernientes al derecho al trabajo, y concluyó que la República del Perú es responsable por la violación del derecho a las garantías judiciales, el derecho de permanecer en el cargo en condiciones de igualdad y el derecho al trabajo, en relación con las obligaciones de respetar y garantizar dichos derechos.

3. Por medio del presente, concuro con lo establecido en la Sentencia y realizo este Voto con los objetivos de: (i) profundizar en la manera en que considero que la Corte IDH debería abordar los casos que involucren violaciones a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, con base en la universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación de todos los derechos humanos como fundamento de su justiciabilidad; y (ii) exponer sobre la protección de la participación en la función pública, su relación con el derecho humano al trabajo y la independencia de las y los fiscales en un Estado Democrático de Derecho.

II. La cuestión de la Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. Competencia de la Corte IDH

a) Excepción de incompetencia *ratione materiae*

4. El Estado señaló que la Corte IDH no puede asumir competencia respecto de la presunta violación de un derecho o libertad no incluida en el régimen de protección de la Convención y el Protocolo de San Salvador. Por lo que, plantea que no es competente para pronunciarse sobre la violación del derecho al trabajo conforme al artículo 26 de la Convención porque los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales no se pueden someter al régimen de peticiones individuales (párrafo 22 de la sentencia). Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la "Comisión") y los representantes solicitaron desestimar la excepción puesto que los derechos deben ser entendidos integralmente y son exigibles en todos los casos (párrafo 24 y 25 de la sentencia).

5. En definitiva, la Corte desestimó la excepción preliminar y reafirmó su competencia para "*conocer y resolver controversias relativas al artículo 26 de la Convención Americana, como parte integrante de los derechos enumerados en su texto, respecto de los cuales el artículo 1.1 confiere obligaciones de respeto y garantía*" (párrafo 26 de la sentencia).

6. En este sentido, voté por rechazar la excepción planteada, por considerar que los argumentos expresados por la Corte IDH en el caso *Acevedo Buendía y Otros ("Cesantes Y Jubilados de la Contraloría") Vs. Perú*²⁷⁵ resultaban trasladables a la posición que se sostiene en este caso. En particular, comparto los presupuestos allí esgrimidos en cuanto a que: (1) la Corte "tiene el poder inherente a sus atribuciones de determinar el alcance de su propia competencia (*compétence de la compétence*)"; (2) cuando un Estado reconoce la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria establecida en el artículo 62.1 de la Convención, ello conlleva la admisión estatal de la potestad de la Corte de resolver cualquier controversia relativa a su jurisdicción; (3) la Corte ejerce una jurisdicción plena sobre todos los artículos y disposiciones de la Convención, abarcando por tanto el artículo 26 de la misma; (4) si un Estado es Parte de la Convención Americana y ha reconocido la competencia contenciosa de la Corte, ésta es competente para decidir si el referido Estado ha incurrido en una violación o incumplimiento de alguno de los derechos reconocidos en la Convención, inclusive en lo concerniente al artículo 26 de la misma. Por lo tanto, coincido con lo decidido en el entendido que el análisis de esta controversia, es decir, la determinación de si el Estado es responsable por el incumplimiento del artículo 26 de la Convención, corresponde ser abordado en el capítulo de fondo de la presente Sentencia.

b) La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales: antecedentes, el debate en la Corte y las diferentes posiciones. Mi posición.

7. La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales ha sido objeto de discusión tanto por la doctrina como en la Corte, y existen tres posturas al respecto, tal como mencioné, entre otros, en mi voto concurrente a la sentencia de 21 de noviembre de 2019 del caso *Asociación Nacional De Cesantes Y Jubilados de la Superintendencia Nacional De Administración Tributaria (Ancejub-Sunat) Vs. Perú*²⁷⁶. La primera postura plantea que el análisis de violaciones individuales a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales se debe realizar exclusivamente en su relación con los derechos reconocidos expresamente por los artículos 3 al 25 de la Convención y con base en lo expresamente permitido por el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales (en adelante "Protocolo de San Salvador") en su artículo 19.6²⁷⁷. Mientras que la segunda visión sostiene que la Corte tiene competencia para conocer violaciones autónomas a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales con fundamento en el artículo 26 de la Convención, entendiendo que serían justiciables de forma individual²⁷⁸.

²⁷⁵ Cfr. *Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C No. 198, párrs. 16 y 17.

²⁷⁶ Cfr. *Caso Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB-SUNAT) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de noviembre de 2019. Serie C No. 394.

²⁷⁷ Cfr. *Caso "Instituto de Reeduación del Menor" Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112. O el *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005*. Serie C No. 125. Por mencionar dos ejemplos, así como en el *Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298.

²⁷⁸ Cfr. *Caso Lagos del Campo Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 340, párrs. 142 y 154; *Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de noviembre de 2017. Serie C No. 344, párr. 192; *Caso San Miguel Sosa y otras Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 8 de febrero de 2018. Serie C No. 348, párr. 220; *Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 349, párr. 100; *Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C No. 359, párrs. 75 a 97; *Caso Muelle Flores Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de marzo de 2019. Serie C No. 375, párrs. 34 a 37; *Caso Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB-SUNAT) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de noviembre de 2019. Serie C No. 394, párrs. 33 a 34; *Caso Hernández Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de noviembre de 2019. Serie C No. 395, párr. 62, y *Caso*

8. Tal como lo he mencionado en votos anteriores y reiterando los fundamentos allí planteados²⁷⁹, me afilio a una postura diversa que he llamado "la tesis de la indivisibilidad - simultaneidad" y que se basa en la universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación entre los derechos humanos, para sostener la competencia de la Corte para conocer sobre violaciones individuales de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. Lo anterior bajo la convicción de que los Derechos Humanos son interdependientes e indivisibles, de manera tal que los derechos civiles y políticos se encuentran entrelazados con los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. Esta interdependencia e indivisibilidad permite ver al ser humano de manera integral como titular pleno de derechos. De no verlo así se estará fragmentando artificialmente los derechos y la dignidad humana.

9. Similar visión se afirma en el Preámbulo del Protocolo de San Salvador: "*Considerando la estrecha relación que existe entre la vigencia de los derechos económicos sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos, por cuanto las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, por lo cual exigen una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su vigencia plena, sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros*".

10. Dentro de esta visión, el artículo 26 de la Convención funciona como un artículo marco, en el entendido que hace alusión de forma general a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, cuya lectura y determinación nos remite a la Carta de la OEA. En segundo lugar, el Protocolo de San Salvador individualiza y da contenido a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, explicitando que son justiciables por medio de peticiones individuales ante la Corte los casos relacionados a derechos sindicales y educación (art. 19.6). Se menciona en el Protocolo que resulta de gran importancia que estos (derechos) sean reafirmados, desarrollados perfeccionados y protegidos (ver Preámbulo). Finalmente, existe un conjunto de instrumentos del *corpus juris* interamericano que también hacen referencia a los DESCAs.

11. Por su parte, ya he subrayado la importancia del artículo 4 del Protocolo de San Salvador en cuanto a la no admisión de restricciones de los DESCAs. El artículo 4 del Protocolo de San Salvador plantea que: "*no podrá restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos reconocidos o vigentes en un Estado en virtud de su legislación interna o de convenciones internacionales a pretexto de que el presente Protocolo no los reconoce o los reconoce en menor grado*". En aplicación de las disposiciones del mismo se ha creado el Mecanismo de Monitoreo del Grupo de Trabajo del Protocolo de San Salvador que es el encargado de definir los indicadores que deben incluirse en los informes de los Estados Partes y monitorear el cumplimiento de las obligaciones del Protocolo.

12. A mi modo de ver, por lo expresado y sus antecedentes, es menester concluir que no es de recibo restringir el acceso a la justicia interamericana respecto a alegadas violaciones de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. Incluso, tal posición sería contraria al principio de interpretación *pro persona* de los Derechos Humanos, previsto en el artículo 29 de la Convención atendiendo a éste como herramienta hermenéutica en perspectiva sistémica del

Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020. Serie C No. 400, párr. 195.

²⁷⁹ Cfr. Voto concurrente a la sentencia de 21 de noviembre de 2019 del caso *Asociación Nacional De Cesantes Y Jubilados De La Superintendencia Nacional De Administración Tributaria (Ancejub-Sunat) Vs. Perú* y a la sentencia de 22 de noviembre de 2019 del caso *Hernández Vs. Argentina, Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina, Caso Empleados de la fábrica de fuegos en Santo Antônio de Jesus y sus familiares vs. Brasil*

Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

13. Advertí también que el Protocolo de San Salvador, al tiempo que avanzó en el contenido de los derechos económicos, sociales y culturales, prescribe expresamente la utilización del sistema de peticiones individuales por medio del artículo 19, párrafo 6, respecto a los derechos al trabajo y la educación. Por lo que, en esos casos, no es necesario ningún esfuerzo argumentativo toda vez que su competencia resulta del texto del tratado.

14. Asimismo, se debe tener en cuenta que la parte II de la Convención señala en su artículo 44 que: "Cualquier persona o grupo de personas (...) puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte". Por su parte, el artículo 48 indica que: "La Comisión, al recibir una petición o comunicación en la que se alegue la violación de los derechos que consagra esta Convención, procederá en los siguientes términos...". De igual manera, el artículo 62 No 3 de la Convención indica que: "La Corte tiene competencia para conocer cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido..." (subrayado del autor).

15. Del análisis de los anteriores artículos surge que: (1) los derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales pueden ser llevados a conocimiento de ambos órganos de protección; (2) la Comisión y la Corte IDH pueden tener competencia sobre los casos planteados al respecto; (3) no se hacen distinciones entre derechos civiles, políticos, sociales, culturales y ambientales en lo que respecta a su protección; y (4) pretender que los órganos de protección interamericanos solo puedan conocer los derechos civiles y políticos sería contrario a las notas de universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación entre los derechos humanos, que implicaría una fragmentación de la protección internacional de la persona que iría en directo detrimento de la dignidad humana fundamento y fin de los derechos humanos.

16. En la destitución del Sr. Casa Nina se plantea la falta de previsión de alguna condición resolutoria de manera objetiva y previa al ingreso a la función, que determinara la terminación del nombramiento como fiscal provisional. Por lo que la Corte entiende "*que el señor Casa Nina ejerció el cargo sin la seguridad de la permanencia en sus funciones*²⁸⁰, es decir, desprovisto de una salvaguarda esencial para garantizar su independencia." (párrafo 86). Es menester señalar que más allá del carácter provisional del cargo, el Estado tiene el deber para garantizar la independencia en el ejercicio de la función acusatoria, de asegurar criterios objetivos para acceder al cese del provisorio.

17. Es así que en una interpretación armónica de los instrumentos americanos, la Corte, a través de la consideración de la interdependencia e indivisibilidad de los derechos civiles y políticos por una parte y los económicos, sociales, culturales y ambientales por la otra, puede pronunciarse respecto de las violaciones de unos y otros. Así es que un mismo hecho por acción u omisión simultáneamente puede significar la violación de un derecho civil y político y de un derecho económico, social, cultural y ambiental.

18. Tal como resulta del Resolutivo 3 de la sentencia: "*El Estado es responsable por la violación de las garantías judiciales, del derecho de permanecer en el cargo en condiciones de igualdad y el derecho al trabajo que reconocen los artículos 8.1, 23.1 c) y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento*".

²⁸⁰ La testigo Rita Arleny Figueroa Vásquez declaró que "uno de los derechos de los [f]iscales, es la permanencia en el servicio hasta los setenta (70) años, de acuerdo con la Constitución Política del Perú, lo cierto es que en el caso de los [f]iscales [p]rovisionales no [t]itulares, no cabe la exigencia de tal atributo, en tanto, su permanencia depende de la decisión del titular del pliego; es decir, del/la Fiscal de la Nación, en tanto por 'necesidades del servicio' puede concluir con su 'designación'". Cfr. Declaración rendida por Rita Arleny Figueroa Vásquez (expediente de prueba, tomo VI, *affidávits*, folio 1243).

19. Comparto el dispositivo en cuanto del mismo resulta que existe una violación conjunta y simultánea de los derechos: a la protección especial de acceso y permanencia en la función pública e independencia del fiscal, establecido en el artículo 23.1 de la Convención; y el derecho al trabajo, en cuanto no se respetó ni garantizó la independencia que garantice la seguridad en el trabajo, conforme el art. 26 de la Convención. Derecho reconocido además por el artículo XIV de la Declaración Americana que establece: "*Toda persona que trabaja tiene derecho de recibir una remuneración que, en relación con su capacidad y destreza le asegure un nivel de vida conveniente para sí misma y su familia*". Esta violación conjunta e indivisible de derechos es a mi criterio, en el caso, el fundamento de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

20. Ello es así, en cuanto en mi posición, los derechos civiles y políticos vulnerados son indivisibles del derecho al trabajo, pues las violaciones del derecho reconocido en el artículo 23.1 de la Convención Americana está relacionada directamente y constituyen hechos inescindibles con la violación al derecho al trabajo. Razón por la cual, a continuación, profundizaré sobre la importancia de la protección de la participación en la función pública, su relación con el derecho humano al trabajo y la independencia de las y los fiscales en un Estado Democrático de Derecho.

III. Protección de la participación en la función pública, su relación con el derecho humano al trabajo y la independencia de las y los fiscales en un Estado Democrático de Derecho.

21. Tal como lo plantea la sentencia la protección de la participación en la función pública en relación con el derecho humano al trabajo y la protección de la independencia de las fiscalas y los fiscales es fundamental en un Estado Democrático de Derecho. En virtud de ello, para profundizar los fundamentos de la Corte, a continuación, haré consideraciones respecto de algunos conceptos relacionados con este tema vinculando la protección del sistema universal de derechos humanos y el regional.

22. Para abordar esta cuestión la Corte partió de la base de dilucidar lo relativo al reconocimiento de las garantías específicas propias de las juezas y los jueces a las y los fiscales. Para ello, partió de tres premisas: "*(i) el deber del Estado de garantizar la prestación de los servicios de justicia; (ii) la necesidad primordial de que quienes intervengan en la prestación de tales servicios sean funcionarias y funcionarios titulares inamovibles, salvo causas de separación o destitución preestablecidas, y (iii) en casos excepcionales en que se requiera la designación de funcionarias o funcionarios provisionales, que el nombramiento, permanencia y cese en el ejercicio del cargo se sujeten a condiciones predeterminadas*" (párrafo 69).

23. Así es que en el presente voto se destaca que la Corte ha planteado la necesidad de que en lo que concierne a violaciones a los derechos humanos y, en general, en el ámbito penal, "*los Estados garanticen una investigación independiente y objetiva*"²⁸¹, *habiendo enfatizado que las*

²⁸¹ Cfr. *inter alia*, *Caso Bueno Alves Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 164, párr. 108, y *Caso Isaza Uribe y otros Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 de noviembre de 2018. Serie C No. 363, párr. 150. También se refieren a tales exigencias, entre otros, los siguientes instrumentos: Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, 1984, artículo 12; Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura, 1985, artículo 8; Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, 2003, artículo 11.2, y Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, 2006, artículo 12. Véase también: Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias, Recomendada por el Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas en su Resolución 1989/65, de 24 de mayo de 1989, principio 9; Principios relativos a la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Adoptados por la Asamblea General en su Resolución 55/89 Anexo, de 4 de diciembre de

autoridades a cargo de la investigación deben gozar de independencia, de jure y de facto, lo que requiere "no sólo independencia jerárquica o institucional, sino también independencia real" (párrafo 69).²⁸² Sumado a que con el fin de salvaguardar la independencia y objetividad de las y los fiscales en el ejercicio de sus funciones, "también se encuentran protegidas y protegidos por las siguientes garantías: (i) a un adecuado nombramiento; (ii) a la inamovilidad en el cargo, y (iii) a ser protegidas y protegidos contra presiones externas" (párrafo 79).

24. Teniendo en cuenta lo anterior, es que destaco la especial importancia de la salvaguarda de la independencia de las fiscalas y los fiscales para la preservación del Estado de Derecho. Lo que ya fue desarrollado por la Corte en el caso *Martínez Esquivia Vs. Colombia*, donde concluyó que la garantía de estabilidad e inamovilidad de juezas y jueces, dirigida a salvaguardar su independencia, resulta aplicable a las fiscalas y los fiscales en razón a la naturaleza de las funciones que ejercen. Esta afirmación es especialmente trascendente en el espacio interamericano donde en las últimas décadas casi todos los países han puesto en funcionamiento sistemas acusatorios de investigación penal. La imparcialidad del Ministerio Público es esencial para evitar la arbitrariedad y para garantizar la ecuanimidad en el ejercicio de la investigación penal.

25. También quienes desempeñan función pública son alcanzados por el Derecho al Trabajo. Destaco lo establecido en el Convenio sobre las relaciones de trabajo en la administración pública, 1978 (núm. 151) de la Organización Internacional del Trabajo.²⁸³ El Convenio en su artículo 9 reconoce los derechos civiles y políticos de los empleados públicos, así plantea que "*Los empleados públicos, al igual que los demás trabajadores, gozarán de los derechos civiles y políticos esenciales para el ejercicio normal de la libertad sindical, a reserva solamente de las obligaciones que se deriven de su condición y de la naturaleza de sus funciones.*" También dicho Convenio prevé en su artículo 8 que para la solución de conflictos es "*se deberá tratar de lograr, de manera apropiada a las condiciones nacionales, por medio de la negociación entre las partes o mediante procedimientos independientes e imparciales, tales como la mediación, la conciliación y el arbitraje, establecidos de modo que inspiren la confianza de los interesados.*"

26. En relación al caso, el Sr. Casa Nina como fiscal al ser un funcionario público también recibe una protección del derecho laboral en el ejercicio de su función, resultando adecuado el análisis realizado en la sentencia. Teniendo en cuenta lo planteado por el Convenio N° 151 resulta importante resaltar la protección de los derechos civiles y políticos de los funcionarios públicos y la recomendación en materia de solución de conflictos sobre las condiciones laborales o la permanencia en el cargo de regímenes de negociación colectiva u otros como la mediación. Por esa doble calidad de funcionario público y de fiscal la víctima goza de la protección jurídica imprescindible, para poder ejercer su función con independencia, garantía intrínsecamente relacionada con la vigencia del Estado Democrático de Derecho.

27. Lo anterior se complementa con las mencionadas "Directrices sobre la función de los fiscales" de Naciones Unidas que disponen la situación y condiciones de servicio de las personas designadas como fiscales estableciéndose que los Estados "*garantizarán que los fiscales puedan*

2000, principio 2, y Comité contra la Tortura, Observación General No. 2, *Aplicación del artículo 2 por los Estados Partes*, CAT/C/GC/2, 24 de enero de 2008, párr. 26.

²⁸² Cfr. *Caso Baldeón García Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147, párr. 95; *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150, párr. 81, y *Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166, párr. 122.

²⁸³ Organización Internacional del Trabajo por medio del Convenio sobre las relaciones de trabajo en la administración pública, 1978 (núm. 151) disponible en https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C151

ejercer sus funciones profesionales sin intimidación, trabas, hostigamiento, injerencias indebidas o riesgo injustificado de incurrir en responsabilidad civil, penal o de otra índole."²⁸⁴ El principio de independencia de la función pública del fiscal también puede ser interpretado a partir de los "Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura" adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985.²⁸⁵

IV. Conclusión

28. El Tribunal no debe de perder de vista que su función primaria es conocer sobre casos que requieran la interpretación y aplicación de las disposiciones de la Convención cuando le sean sometidos, con el objetivo de decidir si existió una violación a un derecho o libertad protegido, y disponer que se le garantice al lesionado el goce de su derecho o libertad conculcado. En ese sentido, la Corte tiene una vocación de hacer justicia en casos concretos dentro de los límites previstos por el derecho de los tratados. Pero también tiene una función de contribuir a que se realicen los objetivos de la Convención, y eso implica atender los problemas que aquejan a nuestras sociedades. Es importante considerar que la legitimidad del Tribunal se funda en la solidez de sus razonamientos y en su apego al derecho y la prudencia de sus fallos.

29. En el caso, el Sr. Casa Nina debió ejercer el cargo de fiscal sin la seguridad de la permanencia de sus funciones pese al carácter de provisional de su nombramiento, lo que implica la falta de salvaguarda para asegurar su independencia. Es en esta línea que este voto concurre con lo planteado por la sentencia y resalta la importancia de la protección del desempeño de la función pública también como parte integrante del derecho laboral, teniendo en cuenta especialmente en el caso la importancia de la independencia de los fiscales en un Estado Democrático de Derecho.

Ricardo C. Pérez Manrique
Juez

Pablo Saavedra Alessandri
Secretario

²⁸⁴ Directrices sobre la función de los fiscales. Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba), del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990, ONU Doc. A/CONF.144/28/Rev. 1 p. 189 (1990).
<https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/RoleOfProsecutors.aspx>

²⁸⁵ "Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura" disponibles en <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/independencejudiciary.aspx>



Corte Suprema de Justicia de la Nación

Buenos Aires, 3 de Mayo de 2022

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Karlen, Alejandro Hernán c/ Estado Nacional, Poder Ejecutivo de la Nación s/ ejecución de sentencia", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

Que los argumentos aducidos en el recurso extraordinario y mantenidos en la queja podrían, *prima facie*, involucrar cuestiones de orden federal susceptibles de examen en la instancia del art. 14 de la ley 48, por lo que la queja es procedente, sin que esto implique pronunciamiento sobre el fondo del asunto (art. 285 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación; y doctrina de Fallos: 308:249; 317:1447; 323:813; 327:516 y 328:4288, entre otros).

Que, por otra parte, las cuestiones debatidas revisten trascendencia institucional y las circunstancias invocadas por el Estado Nacional en esta presentación directa, con sustento en elementos verosímiles, podrían ocasionar agravios de muy dificultosa reparación ulterior; lo que exige preservar la jurisdicción del Tribunal para el dictado de una sentencia útil en la causa (Fallos: 322:2424; 325:3464 y 329:1714).

Por ello, se hace lugar a la queja y se decreta la suspensión del curso del proceso. Exímase al recurrente de integrar el depósito, cuyo pago se encuentra diferido de conformidad con lo prescripto en la acordada 47/91. Agréguese el

recurso directo a los autos principales. Notifíquese a las partes, hágase saber a la titular del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n° 1 y córrase vista a la Procuración General de la Nación.

DISI-//-



Corte Suprema de Justicia de la Nación

-//-DENCIA DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON HORACIO ROSATTI

Considerando:

Que el Tribunal estima que no se hallan *prima facie* configurados los presupuestos para la suspensión solicitada, toda vez que del planteo articulado no se advierten circunstancias que podrían ocasionar agravios de muy dificultosa reparación ulterior o exigieran preservar la jurisdicción del Tribunal para el dictado de una sentencia útil en la causa, ello en cuanto la ejecución del pronunciamiento en crisis no sería, en principio, susceptible de afectar la jurisdicción de esta Corte (Fallos: 329:1714). Por ello, no corresponde acceder al pedido formulado por la recurrente, sin que esto implique pronunciamiento alguno sobre el fondo del asunto que será objeto de oportuno tratamiento.

Recurso de queja interpuesto por el **Estado Nacional, Jefatura de Gabinete, parte demandada**, representado por los **Dres. Anabel Etchepare y Axel Monsech Páez**, con el patrocinio letrado del **Dr. Santiago Juan Manuel Herrera**.

Tribunal de origen: **Cámara Nacional Electoral**.

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n° 1, con competencia Electoral, Secretaría Electoral**.



CAF 35381/2011/1/RH1
EN - DNM - Disp 28367/05 (expte 215355-3/96)
c/ Vidal, ----- s/ recurso directo para
juzgados.

Corte Suprema de Justicia de la Nación

Buenos Aires, 26 de Abril de 2022

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa EN - DNM - Disp 28367/05 (expte 215355-3/96) c/ Vidal, ----- s/ recurso directo para juzgados", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

Que los agravios del apelante encuentran adecuada respuesta en el dictamen de la señora Procuradora Fiscal, a cuyos fundamentos y conclusiones corresponde remitir en razón de brevedad.

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por medio de quien corresponda, proceda a dictar nuevo fallo con arreglo a lo expresado. Devuélvase la causa CAF 40878/2013 "Vidal, ----- c/ EN - DNM - Disp. 2460/13 s/ recurso directo DNM" al Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal n° 1, Secretaría n° 2, agregada a la presente. Notifíquese, agréguese la queja al principal y, oportunamente, remítase.

Firmado Digitalmente por ROSENKRANTZ Carlos Fernando

Firmado Digitalmente por MAQUEDA Juan Carlos

Firmado Digitalmente por LORENZETTI Ricardo Luis

Recurso de queja interpuesto por ----- Vidal, parte demandada, representada por el Dr. Santiago Roca, Defensor Público Oficial interinamente a cargo de los Juzgados Federales de Ejecuciones Fiscales Tributarias.

Tribunal de origen: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV.

Tribunal que intervino con anterioridad: Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal n° 8.



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

S u p r e m a C o r t e :

-I-

A fs. 212/213 vta. de los autos principales (al que corresponderán las siguientes citas), la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (Sala IV) confirmó la sentencia de la instancia anterior en cuanto había autorizado la retención de J V -migrante de nacionalidad uruguaya- al solo y único efecto de perfeccionar su expulsión del territorio nacional.

Para así decidir, señaló que la disposición de la Dirección Nacional de Migraciones (DNM) 28367/05, que había declarado irregular la permanencia de aquél en el país y ordenado su expulsión, se encontraba firme y consentida ya que la impugnación de dicho acto en sede administrativa resultó extemporánea.

Agregó que la tramitación de la causa "V , J c/ EN s/recurso directo", en la que se cuestiona la orden de expulsión y que se encuentra en trámite ante el Juzgado en lo Contencioso Administrativo Federal N° 1, no constituía un obstáculo para emitir un pronunciamiento respecto de la retención del señor V , "toda vez que tal temperamento no solo avalaría un elíptico intento de dilatar el cumplimiento de la retención, sino que también implicaría sustraer del conocimiento del juez natural la verificación de los recaudos para la procedencia de esa medida, entre los que se encuentra la

firmeza de la expulsión, configurando una indebida interferencia entre procesos judiciales en trámite”.

-II-

Disconforme con tal pronunciamiento, el migrante dedujo el recurso extraordinario de fs. 215/230 cuya denegación (fs. 243) originó la interposición de la presente queja.

En primer lugar, aduce que la sentencia resulta arbitraria pues se aparta de las constancias de la causa, al sostener que **la DNM inició la presente acción al solo efecto de que se ordenara la retención del señor V**, sin embargo, la alzada decidió autorizar tal medida utilizando argumentos que preanuncian la suerte de la causa que tramita ante el Juzgado en lo Contencioso Administrativo Federal N° 1.

Agregó que la alzada se apartó de las prescripciones del art. 82 de la ley 25.871 que otorga efectos suspensivos a los recursos judiciales interpuestos contra las resoluciones emanadas de la Administración. Así, explicó que la orden de expulsión no se encontraba firme, ya que había sido recurrida en instancia judicial, por lo que, de efectivizarse la retención dispuesta, se violarían sus derechos de libertad ambulatoria y defensa reconocidos por la Constitución Nacional.

Alegó que, al pronunciarse en relación a la firmeza de la disposición 28367/05, el tribunal apelado resolvió el fondo del asunto e interfirió sobre la decisión relativa a la orden de expulsión que deberá tomar el titular del citado juzgado de primera instancia.



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

-III-

Antes de pronunciarme sobre el asunto, considero oportuno efectuar una breve reseña de los acontecimientos que precedieron al presente pleito.

Así, cabe recordar que la DNM a través de la disposición DNM 28367/05, declaró irregular la permanencia en el país del señor J V y ordenó su expulsión del territorio nacional una vez cumplida la pena impuesta y cesado el interés judicial (art. 2°).

Dicha medida fue impugnada en sede administrativa por el destinatario y, a su turno, confirmada por la DNM por intermedio de la disposición 002460/13, en la que señaló que el recurso presentado no había cumplido con los requisitos establecidos en los arts. 15 y 16 del decreto 1759/72.

Contra este último acto, el extranjero dedujo el recurso judicial que actualmente se encuentra en trámite ante el Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal N° 1, secretaría N° 2, bajo la caratula "V , J c/ E.N.- D.N.M.- disp. 2460/13 s/ recurso directo D.N.M." (expte. 40.8787/13).

La DNM, de su lado, inició la presente causa con posterioridad al dictado de la disposición 28367/05 con el objeto de que se ordenase la retención del migrante a los fines de cumplir la medida de expulsión dispuesta en dicho acto.

La titular del Juzgado en lo Contencioso Administrativo Federal N° 8 autorizó la retención, decisión que fue confirmada por la cámara.

-IV-

Sentado ello, es mi opinión que asiste razón al recurrente en cuanto sostiene que el pronunciamiento de la alzada resulta arbitrario pues prescinde de dar un tratamiento adecuado a la controversia de acuerdo con las constancias de la causa y la normativa aplicable, a la vez que se funda en afirmaciones dogmáticas que no dan respuesta a los planteos del afectado (Fallos 319:722).

Así lo entiendo, en razón de lo dispuesto en el art. 70 de la ley 25.871 que, en su redacción original aplicable al *sub lite*, prevé que "[f]irme y consentida la expulsión de un extranjero, el Ministerio del Interior o la Dirección Nacional de Migraciones, solicitarán a la autoridad judicial competente que ordene su retención, mediante resolución fundada, al solo y único efecto de cumplir aquélla". Habida cuenta, entonces, de los términos de dicha norma, y el alcance del carácter instrumental del instituto de la retención respecto de la medida de expulsión que de ella surge, considero que el pronunciamiento impugnado por esta vía resulta prematuro. De conformidad con las constancias de la causa, en efecto, la orden de expulsión que recae sobre J V se encuentra actualmente en debate en el marco de la causa CAF 40878/2013 "V J c/ E.N. DNM disp. 2460/13 s/recurso directo", en trámite ante el juzgado en lo Contencioso Administrativo Federal N° 1 sin haberse dictado aún el pronunciamiento de primera instancia (v. expediente citado que corre agregado al presente).

En tales condiciones, entiendo, pues, que la sentencia apelada no constituye una derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las circunstancias del caso y tiene graves



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

defectos en la consideración de cuestiones conducentes para la correcta solución del litigio, por lo que, al guardar el planteo de la apelante relación directa e inmediata con las garantías constitucionales invocadas, corresponde descalificar el fallo sobre la base de la doctrina de la arbitrariedad (conf. Fallos: 314:535; 319:2511 y 326:2205, entre otros), sin que lo dicho implique abrir juicio sobre la solución que, en definitiva, proceda adoptar sobre el fondo del asunto.

-v-

Por todo lo expuesto, opino que corresponde hacer lugar a la queja interpuesta, dejar sin efecto la sentencia apelada en cuanto fue materia de recurso extraordinario y devolver la actuaciones al tribunal de procedencia para que, por quien corresponda, se dicte una nueva conforme a lo aquí dictaminado.

Buenos Aires, de octubre de 2020.

MONTI
Laura
Mercedes

Firmado digitalmente por
MONTI Laura
Mercedes
Fecha: 2020.10.30
22:14:43 -03'00'



Corte Suprema de Justicia de la Nación

Buenos Aires, 22 de Marzo de 2022

Vistos los autos: "Indar Tax SA c/ G.C.B.A. y otros s/ impugnación actos administrativos s/ recurso de inconstitucionalidad concedido".

Considerando:

Que los agravios del apelante encuentran adecuada respuesta en el dictamen de la señora Procuradora Fiscal de la Nación, a cuyos fundamentos y conclusiones corresponde remitir en razón de brevedad.

Por ello, se desestima el recurso extraordinario. Con costas. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

VO-//-

-// -TO DEL SEÑOR VICEPRESIDENTE DOCTOR DON CARLOS FERNANDO
ROSENKRANTZ

Considerando:

Que los agravios planteados por la recurrente deben ser desestimados por las razones expresadas en el dictamen de la señora Procuradora Fiscal (apartados I, II, III y IV, párrafos primero y segundo), a las que cabe remitir por razones de brevedad.

Por ello, se desestima el recurso extraordinario. Con costas. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

Firmado Digitalmente por ROSATTI Horacio Daniel

Firmado Digitalmente por ROSENKRANTZ Carlos Fernando

Firmado Digitalmente por MAQUEDA Juan Carlos

Firmado Digitalmente por LORENZETTI Ricardo Luis



Corte Suprema de Justicia de la Nación

Recurso extraordinario interpuesto por **Indar Tax S.A.**, parte actora, representada por el **Dr. Javier P. Manzano**.

Traslado contestado por el **Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires**, representado por la **Dra. Carolina Andrea Pieroni**, con el patrocinio de la **Dra. Isabel Tereza Córdoba**.

Tribunal de origen: **Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires**.

Tribunal que intervino con anterioridad: **Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario, Sala I**.



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

S u p r e m a C o r t e :

- I -

A fs. 354/362, el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires desestimó el recurso interpuesto por INDAR TAX S.A. contra la sentencia de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de esa jurisdicción (Sala I), por la cual -y por mayoría- confirmó el pronunciamiento de primera instancia que desestimó el planteo de inconstitucionalidad de los arts. 41 *bis* de la ordenanza 41.815 y 3° de la ley 787.

Surge de la sentencia que la actora promovió acción ordinaria contra la Dirección General de Educación Vial y Licencias del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante GCBA) con el objeto de impugnar la resolución 1160/SIyP/05 que dispuso la sanción de caducidad de la licencia de taxi 11623 correspondiente a un vehículo de la empresa accionante. La resolución indicó que se fundaba en el art. 41 *bis* de la ordenanza 41.815 (modificada por la ley 787) al haberse verificado, en un control de tránsito, que dicho vehículo era conducido por un chofer que "no estaba habilitado por SACTA al efecto". La actora adujo en la demanda que por error había dado de baja del registro de SACTA S.A. al chofer que conducía el vehículo y cuestionó la falta de razonabilidad del acto administrativo mediante el cual se le impuso la sanción de caducidad de la licencia, solicitando que se declarara la

inconstitucionalidad de las normas mencionadas en dicho acto por haberse afectado los principios de razonabilidad y proporcionalidad de las leyes.

Para resolver de tal modo, la jueza Ruiz, que votó en primer lugar, sostuvo que la actora no había planteado caso constitucional alguno. Entendió que *"es claro que Indar Tax S.A. no comparte la solución de la cámara ni los fundamentos que sostienen la sentencia de fs. 299/303"* (fs.355). La discrepancia indicada carece de un respaldo argumental sólido que la vincule con la afectación de los derechos constitucionales que la impugnante entiende vulnerados. El déficit aludido no puede suplirse con la mera invocación de disposiciones constitucionales pues si así fuere el Tribunal se vería convertido, de ordinario, en tercera instancia obligada de todos los pronunciamientos dictados por el Poder Judicial de la Ciudad.

Por su parte, los jueces Lozano y Weimberg entendieron que la actora había omitido cuestionar el régimen de funcionamiento y control del servicio público de automóviles de alquiler, del que forma parte la norma cuestionada, al solicitar y aceptar, sin reserva, la licencia cuya caducidad fue establecida por la resolución 1160/SIyP/05. En esas condiciones, afirmaron que *"el planteo de inconstitucionalidad resulta infundado"* (fs. 361).

Los jueces Casás y Weimberg consideraron que la infracción prevista en el art. 41 *bis* de la ordenanza 41.815 sanciona la puesta en peligro de la seguridad de los usuarios, exista o no una efectiva lesión a uno de ellos concretamente. Es decir -interpretaron- que la norma tiene por objeto evitar el



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

empleo de un medio que estima adecuado para afectar la seguridad que, en este caso, no es otro que el ejercicio del servicio de taxi por conductores que no se encuentren habilitados y, en consecuencia, fuera del Registro Único del Servicio Público de Automóviles de Alquiler con Taxímetro y ajenos al control de la autoridad de aplicación. Agregaron que, aun cuando Bassi (el chofer del vehículo en cuestión) mantuvo la tarjeta habilitante en su poder -y la alegada relación de confianza laboral entre la actora y él-, al haber sido dado de baja del Registro por la empresa, el funcionamiento del citado mecanismo de control pudo verse obstaculizado y, de ese modo, afectado el cumplimiento de la finalidad que persigue la norma.

En esa línea, aseveraron que *"el recurrente no ha logrado evidenciar una desmesura extrema entre la pena aplicada y la infracción verificada"* (fs. 358). En ese contexto, descartaron *"que la sanción cuestionada carezca de razonabilidad constitucional"* (fs. 358).

La jueza Conde, que votó en forma separada aunque con argumentos similares a los del doctor Casás, interpretó que el art. 41 *bis* de la ordenanza 41.815 (según la redacción introducida por la ley 787) tiene dos objetivos, uno mediato, referido a que la provisión del servicio público de taxi no comprometa la seguridad, y otro inmediato, vinculado al primero, esto es tutelar el cumplimiento de los regímenes de control que sobre los choferes deban realizarse para tenerlos habilitados. En ese contexto, sostuvo que *"si no existiera ese control por*

parte de la Administración, podría ocurrir, entonces, que un sujeto que no puede ser habilitado para conducir un taxi, por carecer de los requisitos indispensables para dicha tarea, en los hechos se desempeñe como chofer de taxi, con el consiguiente riesgo que ello implicaría" (fs. 360). Así pues, consideró que desde ese punto de vista, en abstracto, no parecía irrazonable establecer una sanción grave (caducidad de la licencia) ante una falta de similar gravedad (conducción de taxi por sujeto no habilitado). Dijo que la rigurosidad del sistema sancionatorio apunta a evitar que el transporte público de pasajeros quede en manos de choferes no habilitados, de los que no se sabe si reúnen o no los requisitos para desempeñarse en dicha tarea, y de esa manera reducir la inseguridad vial.

Descartó el argumento de la actora en orden a que la ley prevé una sanción única sin atenuantes ni supuestos de excepción para esta categoría de infracciones, pues entiende que la norma contempla la posibilidad de aplicar sanciones suspensivas de diferente severidad, la caducidad de la licencia y hasta la inhabilitación por cinco años del titular. En ese orden, tomó en cuenta que no se habían aplicado las sanciones más severas de las previstas para la infracción gravísima descripta en la norma, ello es así pues si bien se había sancionado a la recurrente con la caducidad de la licencia no se le había aplicado la inhabilitación del titular de ella por cinco años también autorizada por la norma.

Por lo demás, agregó que no observaba que la actora hubiera comprobado desproporción alguna, puesto que en este caso la sanción impuesta no sólo se encuentra justificada por la finalidad que se propuso el legislador con ella, sino también



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

porque la medida sancionatoria no parece siquiera haber significado un costo en exceso gravoso para la actora. Ello, dijo, pues la caducidad dispuesta alcanza apenas a tan solo uno de los 70 vehículos habilitados para taxímetro de su propiedad, mientras que su deber de diligencia era aún mayor desde que tenía esa cantidad de licencias y otro tanto o más como choferes, no obstante haber calificado -su propia falta gravísima- como un mero error de baja.

- II -

A fs. 365/385, la actora interpuso recurso extraordinario contra dicha decisión. El tribunal superior de la causa lo concedió, parcialmente, por la cuestión federal relacionada con la validez constitucional de la sanción de caducidad de licencia prevista en el art. 41 *bis* de la ordenanza 41.815 (texto según art. 3° de la ley 787 - v. fs. 413/414) y lo denegó por los restantes agravios (fs. 414), sin que se dedujera queja al respecto.

La actora sostiene que desde el punto de vista formal, tras analizar los fundamentos del pronunciamiento, que la sentencia carece de unidad lógica jurídica pues los motivos expuestos por cada uno de los jueces para desestimar el recurso son dispares y contradictorios, de esta manera -concluye- se ha llegado a un acuerdo formal pero sin coincidencias ni uniformidad alguna entre los votos de cada magistrado.

En cuanto al fondo de la cuestión, asevera que, al momento de labrarse el acta de infracción, la tarjeta que habilitaba al chofer para trabajar con el vehículo de propiedad de la empresa estaba vigente al igual que la relación laboral con él. En ese contexto, aduce que los jueces no lograron conectar la existencia de una tarjeta magnética vigente (es decir, cuya fecha de expedición no había fenecido a aquel momento) con el concepto de "choferes no habilitados". Ello pues SACTA S.A. (empresa emisora y de control del citado registro) tenía los antecedentes del citado chofer al punto de haber emitido la citada tarjeta, prueba evidente de que se cumplía con toda la normativa.

Alega que los art. 41 bis de la ordenanza 41.815 y 3° de la ley 787 de la Ciudad de Buenos Aires establecen un sistema de sanciones "único" que se aplica indiscriminadamente, incluso para situaciones no tipificadas ni previstas en la ley, pues recuerda que el primero de ellos prescribe que "será considerada falta gravísima la prestación del servicio de taxi mediante un conductor no habilitado o cuya habilitación se encuentre vencida por más de ciento veinte días" y que "la sanción a aplicar por esta infracción será la caducidad de la licencia".

En ese contexto, entiende que las circunstancias fácticas relatadas no contemplan la situación de hecho de estos autos, pues no puede asimilarse un chofer con tarjeta vigente a la de un chofer no habilitado, pues la baja no es la condicionante de la pérdida de la situación de chofer, ni de su tarjeta.

Expresa que una interpretación discreta y razonable de la citada ordenanza, armonizada con el resto del ordenamiento



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

dentro del cual se ubica, permite sostener que la finalidad de dicha norma fue el correcto desenvolvimiento del servicio público de taxímetro, y que de los antecedentes de la ley 787 surge que la consagración de la grave sanción de caducidad de la licencia apuntó a la prevención del delito y que no hubo razones vinculadas a otros factores. Por ello, dice que, con relación a las sanciones, se establece una paulatina punición en resguardo del interés público de acuerdo a la gravedad y reiteración de las infracciones que contempla desde el apercibimiento hasta la caducidad de la licencia e inhabilitación del titular.

Concluye así que el artículo 41 *bis* de la ordenanza 41.815 afecta gravemente el derecho a trabajar y ejercer industria lícita, al determinar la caducidad de la licencia como única sanción para el supuesto de encontrarse manejando un taxímetro a un chofer no habilitado sin contemplar "**atenuantes ni tampoco supuestos de excepción**" (el resaltado es del original, v. fs. 382), además de que "*la norma peca de desproporción cuando aplica una sanción de manera tan terminante respecto del titular de la licencia y ninguna, respecto del chofer que conducía sabiendo que no estaba habilitado*" (v. fs. 382).

- III -

A mi modo de ver, con relación al agravio sobre el modo de emitir los votos en los tribunales colegiados y las formalidades que deben observarse en las sentencias, V.E. ha

establecido que constituyen cuestiones en principio, por su naturaleza, ajenas al recurso extraordinario previsto en el art. 14 de la ley 48 (Fallos: 304:154 y sus citas; 321:1653, entre otros) y, toda vez que dicho agravio fue desestimado expresamente por el superior tribunal de la causa sin que el apelante haya deducido queja al respecto, la competencia de V.E. ha quedado habilitada en la medida en que la concedió el *a quo*.

- IV -

En cuanto al fondo de la cuestión, de acuerdo a la doctrina del Tribunal, la sola alegación de que una norma vulnera la Constitución Nacional no satisface la exigencia de debida fundamentación, en los términos del art. 15 de la ley 48, si no se expresan razones justificantes de tal aserto (Fallos: 307:2485 y sus citas) como tampoco es suficiente, a tal fin, la reiteración dogmática de meras manifestaciones, opuestas con anterioridad y atendidas, a su turno, por los jueces de la causa (Fallos: 310:1560).

Hay que recordar, como punto de partida que la declaración de inconstitucionalidad de una norma implica un acto de suma gravedad institucional, de manera que debe ser considerada como *ultima ratio* del orden jurídico (Fallos: 302:457) y que es preciso poner de resalto que está a cargo de quien afirma la irrazonabilidad de una norma la fundamentación adecuada de su aseveración.

En tales condiciones, observo, preliminarmente, que los planteos efectuados en el recurso están referidos básicamente a la aplicación que hizo el GCBA de los arts. 41 *bis* de la ordenanza 41.815 y 3° de la ley 787 de la Ciudad de Buenos Aires



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

al constatarse, en un control de tránsito, que el vehículo taxímetro de propiedad de INDAR TAX S.A. no estaba habilitado para circular, debido a que la propia actora lo había dado de baja del registro respectivo. De allí que la tacha de inconstitucionalidad de dichas normas que realiza la apelante al entender que ellas afectan "los derechos a trabajar y ejercer industria lícita", sin aportar mayores fundamentos, se halla efectuada sobre la base de la aplicación de la norma y no sobre su cotejo con esos derechos y garantías previstos en la Constitución Nacional.

Además, es necesario recordar que el debate sobre la razonabilidad de una norma no puede llevarse a cabo sino en el ámbito de las previsiones en ella contenidas y de modo alguno sobre la base de los resultados posibles de su aplicación, lo que importaría valorarla en mérito a factores extraños a sus disposiciones (Fallos: 299:45; 316:1261). Por tal motivo el interesado en la declaración de inconstitucionalidad de una norma debe demostrar claramente de qué manera la norma contraría la Constitución Nacional.

En efecto, la apelante se queja de que los arts. 41 *bis* de la ordenanza 41.815 y 3° de la ley 787 de la Ciudad de Buenos Aires establecen la caducidad de la licencia como única sanción para el supuesto de que un chofer no habilitado se encontrara manejando un taxímetro sin contemplar "**atenuantes ni tampoco supuestos de excepción**" (el resaltado es del original del recurso extraordinario, v. fs. 382).

Según este agravio, parecería que lo pretendido por la actora, más que el control de constitucionalidad de la norma, sería obtener una norma confeccionada y sancionada a su medida que contemple las situaciones que invoca. Al respecto, cabe recordar que el examen de razonabilidad no ha de incluir la eficacia de los medios arbitrados para alcanzar los fines propuestos o si debieron elegirse esos u otros procedimientos, lo que resulta ajeno a la competencia de V.E. (Fallos: 277:147).

Ello es así, por el principio axiomático sentado en reiterados pronunciamientos de la Corte, según el cual la misión más delicada que compete al Poder Judicial es la de saber mantenerse dentro de la órbita de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a otros poderes o jurisdicciones, toda vez que es el judicial el llamado por ley para sostener la observancia de la Constitución Nacional (Fallos: 342:509; 341:1511; 329:1675; 328:3573 y 326:2004) y de ahí que un avance en desmedro de otras facultades revestiría la mayor gravedad para la armonía constitucional y el orden público. Eso es lo que, a mi modo de ver, sucedería en el *sub lite* si se llegase a una conclusión distinta a la apuntada, toda vez que una decisión en el sentido propuesto por la apelante importaría, indefectiblemente, en una intromisión en las atribuciones propias de la Legislatura del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires sobre el modo de legislar en una materia, como es el ejercicio del poder de policía local, que le resulta exclusiva y excluyente.

Por otra parte, tengo para mí, tal como ponderaron algunos de los magistrados de la causa, que no resulta irrazonable ni desproporcionado establecer una sanción rigurosa



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

como la caducidad de la licencia frente a una falta de similar gravedad, como es la conducción de taxímetro por un sujeto no habilitado, pues el sistema sancionatorio apunta a reducir la inseguridad vial al evitar que el transporte público de pasajeros quede en manos de choferes inhabilitados, de los que no se sabe si reúnen o no los requisitos para desempeñarse en dicha tarea.

Cabe acotar, por último, que no se me escapa que aun cuando la ordenanza 41.815 del 23 de diciembre de 1986 fue abrogada por la ley 3.622 del 11 de noviembre del 2010, estimo que subsiste el interés de ambas partes en obtener un pronunciamiento judicial sobre los efectos jurídicos que produjo la norma durante el tiempo que estuvo vigente (conf. arg. del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema en Fallos: 326:1138).

- V -

Por las consideraciones que anteceden, opino que corresponde desestimar el recurso extraordinario planteado.

Buenos Aires, de octubre de 2020.



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
FEDERAL- SALA V

23440/2022 "JUEZ, LUIS ALFREDO Y OTRO c/ HONORABLE CAMARA
DE SENADORES DE LA NACION s/AMPARO LEY 16.986"

Buenos Aires, de mayo de 2022.-MLA

AUTOS Y VISTOS:

El Sr. Juez de Cámara, Dr. Jorge Federico Alemany dijo:

I-Que el 30/4/22 el juez de la anterior instancia rechazó la acción de amparo interpuesta por los Senadores Nacionales, Luis Alfredo Juez y Humberto Luis Schiavoni -este último también en su carácter de Presidente del Bloque Frente PRO-, contra la Honorable Cámara de Senadores de la Nación, tendiente a obtener la declaración de nulidad del Decreto de Presidencia Parlamentario N° 33/22, por medio del cual la Presidencia del Senado designó para integrar el Consejo de la Magistratura, como miembro titular, al senador Claudio Martin Doñate y, como suplente, al senador Guillermo Snopek.

En la demanda de amparo sostuvieron que ese acto resultaba evidentemente ilegítimo, por contrariar lo decidido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo "Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires y otro c/ EN - ley 26.080 - dto. 816/99 y otros s/ proceso de conocimiento", del 16 de diciembre de 2021 (Fallos 344:3636), en el expediente N° CAF 29053/2006, que tramita por ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 3. En consecuencia, solicitaron que se declarasen inválidas tales designaciones, y se procediera al efectivo nombramiento de los senadores Luis Alfredo Juez, como consejero titular, y Humberto Luis Schiavoni, como consejero suplente, propuestos por la segunda minoría parlamentaria, de conformidad con lo ordenado en ese fallo, y lo establecido al respecto en el artículo 2, inciso 3°, de la ley 24.937 y su rectificativa, la ley 24.939.

Como fundamento central, el magistrado sostuvo que la controversia suscitada entre el bloque Frente PRO y el nuevo bloque denominado "Unidad Ciudadana" remitía al examen del artículo 66

Fecha de firma: 10/05/2022

Firmado por: MARIA LAURA AMERI, SECRETARIA DE CAMARA

Firmado por: GUILLERMO FABIO TREACY, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: PABLO GALLEGOS FEDRIANI, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: JORGE ALEMANY, JUEZ DE CAMARA



#36501948#326994316#20220510102645201

de la Constitución Nacional y del artículo 55 del Reglamento del Senado, en el que se establecen cuáles son las potestades propias de ese órgano parlamentario en orden a la formación de los bloques. En particular, sostuvo que lo relativo a la “oportunidad”, es decir, al momento en que fue conformado ese nuevo bloque, y a la “subjetividad”, es decir, a las razones subjetivas que pudieron haber sido tenidas en mira para decidirlo constituyen “cuestiones políticas” que, como regla, no están sujetas a la revisión Judicial.

En cuanto interesa, el magistrado se fundó en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre la revisión de variados actos de esa misma naturaleza dentro del ámbito del Congreso y del Poder Ejecutivo, tales como el procedimiento de sanción de una ley que declaró la intervención federal de una provincia (Fallos 53:420, “Cullen”); de deliberación y sanción de leyes tributarias (Fallos 141:271, “Compañía Azucarera” y Fallos 210:855, “Petrus”); de la facultad del Poder Ejecutivo de nombrar y remover a los empleados de su administración (Fallos 254:43, “Ávila Posse”); como así también la legalidad de la composición del Congreso (Fallos 23:257, “Varela”) entre otros; y los demás antecedentes reseñados en la sentencia del 30/04/22, relacionados con las denominadas “cuestiones políticas no justiciables”.

II-Que, contra ese pronunciamiento los actores apelaron y fundaron el recurso el 2 de mayo de 2022, contestado por la parte demandada el 4 de mayo de 2022.

Sostienen que el 13 de abril de 2022 el bloque Frente PRO formuló la propuesta de designación del Senador Luis Juez como representante de la segunda minoría en el Consejo de la Magistratura de la Nación, mientras que la conformación del bloque de Unidad Ciudadana tuvo lugar con posterioridad, vencido el plazo de 120 días fijado en el considerando 17º de la sentencia dictada en la referida causa “Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires y otro c/ EN - ley 26.080 - dto. 816/99 y otros s/ proceso de conocimiento”, del 16 de diciembre de 2021. Además, expresan que la subdivisión del bloque mayoritario, que dio lugar a la formación del nuevo bloque que se atribuye el carácter de segunda minoría, resulta inválida por fraudulenta; ya que no respondería a verdaderas razones de afinidad política.





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
FEDERAL- SALA V

En este sentido, y con cita de Fallos 330:2222, manifiestan que las disposiciones del Reglamento del Senado son susceptibles de revisión judicial, y que en la sentencia definitiva dictada en la causa ya indicada (Fallos 344:3636), cuyo incumplimiento dio lugar a la demanda de amparo, se dispuso que el Congreso debe dictar en un plazo razonable una ley que organice el Consejo de la Magistratura de la Nación, y hasta tanto esa ley sea dictada, corresponde que en los puntos regidos por las normas declaradas inconstitucionales "...recobre plena vigencia el régimen previsto por la ley 24.927 y su correctiva 24.939...".

En tales condiciones afirman que, ya había transcurrido el plazo de 120 días para cumplir con esa sentencia, firme y consentida, y el nuevo bloque denominado "Unidad Ciudadana" aún no había sido conformado, por lo que el derecho de proponer y designar al representante le correspondía al bloque al que pertenecen. En razón de que, según entienden, no está controvertido que, desde el momento de la notificación de la sentencia que puso fin a esa causa -el 16 de diciembre del 2021-, hasta el del vencimiento del plazo de 120 días fijado en ella, -el 15 de abril de 2022-, el bloque del Frente PRO constituía, de manera indiscutida, la segunda minoría.

En este orden de ideas, ponen de resalto que la conformación del nuevo bloque, resultante de la división del bloque mayoritario constituido por el Frente de Todos, resulta una maniobra o ardid, únicamente destinado a privarlos de la representación que les corresponde, pues vino a conformar un bloque correspondiente a una pretendida "segunda minoría" de manera artificial, ya que todos sus integrantes son políticamente afines con los del bloque mayoritario. En tal sentido, agregan que la cuestión debe ser revisada judicialmente ya que lo relacionado con la propuesta y la designación de los representantes que, según la leyes 24.937 y 24.939 corresponden a la segunda minoría no puede quedar librado a lo que decida la mayoría de ese cuerpo, que siempre trataría de favorecerse, mientras que las leyes 24.937 y 24.939 preservan esa representación para la segunda minoría.

III- Que, el 5/05/22 se corrió vista al Fiscal General de Cámara, quien dictaminó el 06/05/22. Sostuvo, entre otros fundamentos, que correspondía desestimar la acción de amparo por



considerar que la "...la decisión de los miembros de la Cámara Alta de formar parte de un bloque o alejarse de aquel al que pertenecen es una elección de estricto contenido y afinidad política y, como tal, se encuentra exenta del control de los magistrados" (cfr. punto 11, último párrafo del dictamen).

IV- Que, así planteada la cuestión, es menester señalar que tal como reiteradamente se ha expresado, el amparo constituye un proceso excepcional, utilizable en delicadas y extremas situaciones en las que, por carencia de otras vías aptas, peligra la salvaguarda de derechos fundamentales, y exige circunstancias muy particulares caracterizadas por la presencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiestas que, ante la ineficacia de los procedimientos ordinarios, originan un daño concreto y grave, sólo eventualmente reparable por esta vía urgente y expeditiva (Fallos: 310:576 y 2740; 311:612, 1974 y 2319; 314:1686; 317:1128; 323:1825 y 2097, entre muchos otros).

El Máximo Tribunal precisó, desde Fallos: 239:459, ese carácter excepcional de la acción y exigió, como uno de los requisitos inexcusables para su viabilidad, la inexistencia de otras vías legales idóneas para la protección del derecho lesionado, o que la remisión a ellas produzca un gravamen serio no susceptible de reparación ulterior (doctrina de Fallos:263:371, considerando 6°; 270:176; 274:13; 293:580; 294:452; 295:132; 301:801; 303:419 y 2056, entre otros); es decir, siempre que se advierta la ineficacia cierta de los procedimientos ordinarios previstos para obtener la adecuada tutela de los derechos cuya lesión se invoca.

V-Que, con relación a lo establecido en el artículo 66 de la Constitución Nacional, y en el art 55 del Reglamento del Senado, relativo a la formación de los bloques, cabe tener presente lo expresado en el precedente de Fallos 343:195, considerandos 11 y 12, y sus citas, y en particular, en el considerando16, último párrafo, relativo al alcance de las atribuciones del Senado para dictar su propio reglamento. Allí se recuerda el mismo principio que inspira la regla general a la que se refiere el juez Maqueda en el considerando 20 de su disidencia de Fallos 330:3160: "...la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables determina y restringe como margen del control de constitucionalidad la





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
FEDERAL- SALA V

revisión de la sustancia política de los actos de los otros poderes, carácter que reviste la atribución prescripta en el art. 64 de la Constitución Nacional en tanto que, en el marco de la norma, su ejercicio tiene un contenido fuertemente discrecional. Es una cuestión vinculada a la esfera interna del Poder Legislativo, que al referirse a su propia integración está sometida al criterio de ponderación del propio cuerpo sin forma jurídica precisa"; principio que resultaría también predicable respecto de la atribución prevista en el artículo 66 de la Constitución; ya que es una regla elemental de nuestro derecho público que cada uno de los tres altos poderes que forman el Gobierno de la Nación aplica e interpreta la Constitución por sí mismo, cuando ejercita las facultades que ella les confiere respectivamente (cfr. Fallos 52:420).

En tal sentido, lo relativo a la "oportunidad" y a la "intencionalidad", es decir, a lo relacionado con el momento, y consistencia de las afinidades políticas necesarias y suficientes para conformar un nuevo bloque, constituyen cuestiones inherentes al funcionamiento interno de la Cámara, y responden a las reglas de la lógica política, puesto que de la propia dinámica parlamentaria resulta que los bloques conformados por los representantes elegidos por el voto popular se forman, se modifican, mutan, se transforman y se transfiguran; se integran y se desintegran; forman coaliciones entre ellos, de un modo temporal o permanente; lo que pone de manifiesto que, por razones válidas de lógica política y no jurídica, la representación parlamentaria puede asumir válidamente cualquiera de esas modalidades, con el debido respeto de las reglas preestablecidas por el propio cuerpo, a los derechos y prerrogativas inherentes a la calidad de legislador, y a la participación de las minorías.

Al respecto, cabe señalar que el precedente de Fallos 330:2222, invocado por los apelantes, no se refería a una controversia suscitada en el seno del Congreso en relación a quiénes constituían el bloque mayoritario, o la primera o segunda minoría. En ese caso, se admitió la revisión judicial de las disposiciones contenidas en el Reglamento del Senado, en lo relativo al quórum de la sesión en la que al demandante le había sido rechazado el acuerdo, porque ello lo afectaba de manera personal y directa.

Fecha de firma: 10/05/2022

Firmado por: MARIA LAURA AMERI, SECRETARIA DE CAMARA

Firmado por: GUILLERMO FABIO TREACY, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: PABLO GALLEGOS FEDRIANI, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: JORGE ALEMANY, JUEZ DE CAMARA



#36501948#326994316#20220510102645201

También cabe recordar que esa regla general, según la cual el criterio de ponderación corresponde al propio cuerpo, no es absoluta y no rige en caso de extralimitación en el ejercicio de los poderes respectivos, aunque le hayan sido directamente atribuidos (Fallos 343:195, considerandos 11º, 12º, 13º, 14 º y 15º, último párrafo, y sus citas).

Por tales motivos, los tribunales de justicia, por deferencia a los otros poderes del Estado, en lo que concierne al ejercicio de las facultades que la Constitución Nacional les atribuye de manera directa, suelen abstenerse de ejercer su función jurisdicción de manera irrestricta, tanto a los fines de evitar cualquier posibilidad de conflicto con los otros poderes, en el caso, con el Poder Legislativo en lo relativo a los denominados “interna corporis acta”, y, además, para preservarse de los debates que se deben resolver dentro del ámbito del proceso político; por lo que su revisión resulta admisible, si bien de modo excepcional (cfr. a título ilustrativo: “The Justiciability of Legislative Rules and the ‘Political Question’”, Miller, Michael B.; California Law Review 78: 1341, y “El control jurisdiccional de los actos parlamentarios: Un enfoque comparado”, Suzie Navot, disponible en https://www.csjn.gov.ar/dbre/investigaciones/2008_1.2.pdf, págs. 1/22).

VI- Que, por otra parte, los apelantes afirman que la lesión invocada comporta un palmario incumplimiento de lo decidido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires y otro c/ EN - ley 26.080 - dto. 816/99 y otros s/ proceso de conocimiento”, del 16 de diciembre de 2021 (Fallos 344:3636), ya aludida. Concretamente, los actores sostienen que se ha incumplido con lo establecido en el considerando 17, y en punto III de la parte resolutive, en la que se dispuso de manera expresa: “Ordenar al Consejo de la Magistratura que, dentro del plazo máximo de ciento veinte (120) días corridos contados desde la notificación de la presente sentencia, disponga lo necesario para la integración del órgano, en los términos de los arts. 2º y 10 de la ley 24.937 (texto según ley 24.939)”.

En cuanto interesa, y como ya se dijo, destacan que, durante el transcurso de esos 120 días, la segunda minoría correspondía al bloque del PRO, y que al vencimiento de ese plazo el nuevo bloque de





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
FEDERAL- SALA V

“Unidad Ciudadana” aún no se había constituido. Al respecto, afirman que, en caso de que fuera admitida la lógica política asumida en la sentencia apelada, la auténtica y verdadera segunda minoría siempre podría ser artificialmente suplantada por la subdivisión del bloque mayoritario, siempre que tuviera el número de representantes suficiente como para desplazarla, de tal manera que, con ese criterio, resultaría imposible dar cumplimiento a lo ordenado en la sentencia.

Al respecto, cabe señalar que tales cuestionamientos atañen directamente a la interpretación y ejecución del fallo dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa referida. Por tanto, como regla, no son atendibles en el presente juicio de amparo que, como ya se dijo, constituye un remedio extraordinario, cuya admisión exige circunstancias muy específicas y no reemplaza ni sustituye a los procedimientos ordinarios previstos para la tutela de los derechos que se dicen lesionados. En el caso, la presente acción no puede sustituir el procedimiento de ejecución de la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la ya citada causa “Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires” (expediente n° 29053/2006), radicada ante el Juzgado N° 3 de este fuero. En definitiva será el máximo tribunal quien determinará el alcance preciso de su propia sentencia y, en su caso, ordenará su ejecución (cfr. artículo 16 de la ley 48; Fallos 330:4263, entre otros). En consecuencia, no es posible advertir la ineficacia cierta del procedimiento de ejecución de la sentencia cuyo incumplimiento se denuncia en el caso.

VII- Que, por ello, corresponde rechazar el recurso de apelación; y confirmar la sentencia apelada, en los términos expuestos en el presente fallo; imponer las costas por su orden, pues los demandantes pudieron considerarse razonablemente asistidos de un mejor derecho (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). **ASI VOTO.**

El Sr. Juez de Cámara, Dr. Guillermo F. Treacy, dijo:

I.- Que adhiero en lo sustancial al voto que antecede, tanto a sus fundamentos como a la solución que allí se propicia. Sin perjuicio de ello, estimo pertinente añadir las consideraciones siguientes.



II.- Que en particular, en lo relativo al considerando V resulta oportuno recordar que existen razones elementales de respeto al principio de división de poderes que exigen una especial prudencia por parte de los tribunales judiciales, máxime cuando se trata de la interpretación de reglas establecidas por las Cámaras del Congreso para su funcionamiento (art. 66 CN). Tal prudencia se impone con particular énfasis cuando son los propios legisladores quienes invocan una lesión a reglas que ellos mismos han contribuido a fijar, tanto por acción como por omisión al no promover su modificación. En el caso, los amparistas no identifican norma alguna en concreto -que imponga un deber de actuar en determinado sentido-, cuya lesión pueda ser remediada en el ámbito judicial, lo que determina la improcedencia de su planteo tal como ha sido traído a conocimiento del tribunal (v. en sentido análogo, la tesis de Miller, Michael B., “The Justiciability of Legislative Rules and the ‘Political’ Political Question”, California Law Review 78: 1341). En efecto, no puede dejar de advertirse que la pretensión de aquellos se orienta, en definitiva, a que un tribunal los designe como consejeros de la magistratura en representación del Senado de la Nación, eludiendo la voluntad expresa de dicho cuerpo. En esta línea, resulta necesario balancear el rol de los tribunales en cuanto al ejercicio del control de constitucionalidad sobre los *interna corporis acta* (en este caso, del Senado) y el debido respeto a las decisiones del Congreso en materias que la Constitución les atribuye en forma exclusiva, y que pueden y deben resolverse en el marco del proceso político, salvo situaciones de manifiesta irregularidad en las que sería justificada la intervención judicial (v. en cuanto a tendencias actuales, Navot, Suzie, “El control jurisdiccional de los actos parlamentarios: Un enfoque comparado”, Investigaciones 1-2 (2008), especialmente pág. 22, texto disponible en: https://www.csjn.gov.ar/dbre/investigaciones/2008_1_2.pdf).

En otro orden, tampoco los argumentos en torno a la existencia de un hecho nuevo resultan determinantes para una solución distinta. En efecto, en autos no se advierte en cabeza de los amparistas más que un *derecho en expectativa* a ser designados, en la medida en que el cuerpo al que pertenecen hubiera mantenido la configuración de los bloques partidarios. No verificándose tal hipótesis, los argumentos en cuanto al lugar de presentación de notas por parte de los senadores





Poder Judicial de la Nación

**CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
FEDERAL- SALA V**

constituyen cuestiones de organización interna de la Cámara, sin que los interesados identifiquen una norma concreta que especifique que debió seguirse un criterio diferente.

III.- Que por lo expuesto, y por los demás fundamentos expuestos en el voto al que adhiero, corresponde rechazar la presente acción, con costas por su orden pues los amparistas pudieron creerse asistidos de un mejor derecho (art. 68 segundo párrafo del CPCCN). **ASÍ VOTO.**

El Sr. Juez de Cámara, Dr. Pablo Gallegos Fedriani adhiere a los votos que anteceden.

Por ello, **SE RESUELVE:** rechazar el recurso de apelación; y confirmar la sentencia apelada, en los términos expuestos en el presente fallo; imponer las costas por su orden, pues los demandantes pudieron considerarse razonablemente asistidos de un mejor derecho (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Regístrese, notifíquese a las partes y al Fiscal General, y devuélvase.

Guillermo F. Treacy

Jorge Federico Alemany

Pablo Gallegos Fedriani





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
FEDERAL- SALA II

Expte. n° 6747/2021

//nos Aires, 24 de mayo de 2022

Y VISTOS, estos autos caratulados: “Coto Centro Integral de Comercialización S.A. c/ E.N. – M° de Desarrollo Productivo (Exp-2018-43118991) s/ recurso directo – Ley 24.240 – art. 45”, causa n° 6.747/2021;

Y CONSIDERANDO:

I.- Que, por disposición n° DI-2019-326-APN-DNDC#MPYT, del 13/05/2019, el Sr. Director Nacional de Defensa del Consumidor impuso a la firma Coto Centro Integral de Comercialización S.A. –en adelante Coto–, una sanción de multa de pesos doscientos mil (\$200.000), por considerarla incurso en infracción al artículo 7° de la Ley n° 24.240 de Defensa del Consumidor (LDC), por haberse tenido por constatado por medio de una inspección realizada en un local de dicha empresa, el incumplimiento de oferta del programa Precios Cuidados (cfr. expediente administrativo individualizado como EX-2018-43118991-APN-DGD#MDP digitalizado bajo la denominación “[Actuaciones Administrativas Principal – Parte 4](#)”, páginas 1/4 del archivo digital, en esp. art. 1°).

Para decidir de ese modo, el señor Director Nacional de Defensa del Consumidor comenzó por señalar que las actuaciones habían sido iniciadas por medio del Acta n° 7615, confeccionada el 30/08/2018, mediante la cual se dejó constancia de la presencia de inspectores de la Dirección de Lealtad Comercial de la Subsecretaría de Comercio Interior, dependiente de la Secretaría de Comercio del ex Ministerio de Producción de la Nación, en el local comercial de Coto sito en la calle Hipólito Yrigoyen 3702, de esta Ciudad. Así, se señaló que los funcionarios habían constatado en el momento de la inspección, la falta de exhibición de múltiples productos pertenecientes al programa “Precios Cuidados”, así como de carteles que identifican a ciertos productos como pertenecientes a dicho programa, marcados con una cruz (X) en el Anexo I del Acta de Inspección. Como consecuencia de ello, se levantaron cargos por presunta infracción al artículo 7° de la Ley n° 24.240 y se le otorgó a la inspeccionada el plazo de ley para presentar descargo y pruebas.

A su turno, se indicó que la sumariada había presentado su descargo el 17/09/2018, presentación que fue proveída el 25/09/2018, oportunidad en la cual se la tuvo por extemporánea, en función de lo cual fueron desestimadas las alegaciones allí vertidas.

Sentado lo expuesto, en el acto bajo reseña se recordó que en las actuaciones de referencia se le imputó a la firma aquí actora la presunta infracción



al art. 7 LDC el cual establece que “[l]a oferta dirigida a consumidores potenciales indeterminados, obliga a quien la emite durante el tiempo en que se realice, debiendo contener la fecha precisa de comienzo y de finalización, así como también sus modalidades, condiciones o limitaciones. La revocación de la oferta hecha pública es eficaz una vez que haya sido difundida por medios similares a los empleados para hacerla conocer. La no efectivización de la oferta será considerada negativa o restricción injustificada de venta, pasible de las sanciones previstas en el artículo 47 de esta ley”.

Sobre dicha base, se advirtió que mediante el Acta de Inspección antes mencionada, se había dejado constancia de la verificación realizada en el local de la firma Coto CICSA, constatándose en las distintas góndolas de exposición, la falta de exhibición de los productos pertenecientes al programa Precios Cuidados y de carteles indicadores de dicho programa en ciertos productos, detallados en el referido instrumento, por lo que la autoridad de aplicación consideró que se verificaba una clara infracción al artículo 7° de la Ley n° 24.240.

En este punto, en la disposición sancionatoria se observó que la Adenda del Convenio de Compromiso de Precio Final de Venta al Consumidor por parte de las empresas de supermercados, y que fuera suscripta con la firma imputada, establecía que no será sancionable, en función del manipuleo y continuo tránsito de clientes, la falta de carteles/cenefas de precios cuidados, siempre que ésta no superase el 15% (quince por ciento) de la muestra total relevada que figurase detallada en el acta. Por todo lo cual, y en el entendimiento de que los productos que se encontraban en existencia (stock) y que carecían de cartel indicador de integrar el programa de Precios Cuidados (catorce) no superaban el 15%, se entendió que no correspondía sancionar a la firma respecto de los mismos, por quedar comprendidos dentro de la excepción prevista en la cláusula quinta de la mencionada Adenda.

Paralelamente, se indicó que la Adenda referida también estipulaba que se consideraba satisfecha la oferta dirigida a los consumidores en el marco de lo estipulado en el Convenio y dicha Adenda, en la medida en que el local de la empresa de supermercados tuviera, para su comercialización en góndola, al menos un ochenta por ciento (80%) del total de productos que integran el Anexo I del citado convenio. En tales condiciones, se dispuso que, atento a que sobre veinte (20) de los productos faltantes se había dado aviso de su falta de *stock* mediante el sistema de Alertas Tempranas, no se analizaría la presunta infracción respecto de aquéllos.





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
FEDERAL- SALA II

Expte. n° 6747/2021

Sin embargo, en el acto se señaló que, sobre el resto de los productos faltantes (sesenta y cinco), toda vez que superaban el veinte por ciento (20%) del total de los productos del Programa de Precios Cuidados vigente a la fecha de la inspección, se debía tener por acreditada la infracción y sancionar a la firma sumariada respecto de aquéllos. En tal contexto, se recordó que infracciones como la examinada revisten el carácter de “formales”, en las que la verificación de los hechos hace nacer, por sí, la responsabilidad del infractor, y que la infracción se configura por la sola omisión o el incumplimiento de los deberes u obligaciones a cargo de los prestadores de bienes y servicios y no requiere de la intención ni de la producción del daño concreto, sino que basta la conducta objetiva contraria a la ley.

Con base en todo lo expuesto, en la disposición referida se consideró acreditada la infracción al art. 7° de la Ley n° 24.240 y sus modificatorias, todo lo cual hacía a COTO pasible de la sanción prevista en el artículo 47 de dicho cuerpo normativo, indicándose que ésta se graduaba según las circunstancias del caso y los elementos indicados en el artículo 49 de la ley citada. De este modo, se señaló que, en cumplimiento de la normativa vigente, a los fines de la imposición de la multa se tenía en cuenta una serie de factores, tales como la posición relevante en el mercado que ocupa la firma infractora, el número de productos en transgresión a la oferta realizada, así como también el informe de antecedentes glosado a las actuaciones principales.

Por último, se dispuso la obligación de la sancionada de publicar la resolución condenatoria a su costa en la forma prevista en el artículo 47 LDC – referente a la sanción accesoria–, lo que se sustentaba en la necesidad de informar a los consumidores de las contravenciones a sus derechos y la importancia de divulgar los medios con que cuentan para defenderse, meritando también el carácter ejemplar y disuasivo de la sanción.

II.- Que disconforme con lo resuelto, la firma sancionada [solicitó la revisión judicial](#) del acto administrativo conforme lo prevé el artículo 45 de la Ley n° 24.240.

II.1.- Tras efectuar una reseña de lo acontecido a lo largo del desarrollo del procedimiento, y a modo de cuestión preliminar, la recurrente acusó la nulidad del procedimiento sancionatorio que culminara con el dictado de la sanción aquí impugnada, sobre la base de la falta de consideración y análisis del descargo deducido por su parte.



En tal sentido, la accionante se quejó de que la administración no haya tratado las defensas introducidas, limitándose a exponer que su descargo había sido presentado de manera extemporánea en virtud de la fecha que surgía del sello colocado en el escrito (17/09/2018), sin percatarse de que el documento había sido dado de alta en el Sistema de Gestión Documental Electrónica (GDE) e incorporado al expediente el día 6/09/2018, fecha que sí se ubicaba dentro del plazo legal. Señaló que tal discrepancia se había originado a partir de un error involuntario del agente de la Mesa de Entradas del organismo, al pretender cambiar la fecha (del 6/09/2020 al 7/09/2020) debido al horario de presentación del descargo y al de funcionamiento de la oficina administrativa. Así, destacó que en el expediente administrativo EX-2018-43118991-APN-DGD#MP había sido incorporado el documento de descargo de Coto identificado como IF-2018-43964723-APN-DGD#MP, de cuya última foja (51) surgía la constancia de alta e incorporación al sistema, constatándose que aquél había sido presentado dentro de los cinco (5) días hábiles desde la notificación, ocurrida el 30/08/2018, siendo su fecha de presentación y alta en el sistema el 6/09/2018 a las 17:43:17hs..

En definitiva, la firma actora postuló que tales circunstancias la habían colocado en una situación de indefensión total, transgrediendo el debido proceso adjetivo, la búsqueda de la verdad material, y la garantía de defensa en juicio (artículo 1º, inciso f, de la Ley 19.549 y artículo 18 de la Constitución Nacional). Consideró que lo expuesto resultaba causal de nulidad absoluta e insanable, al habersele impedido defenderse útilmente, exponer la realidad de los sucesos, hacerse oír con carácter previo a la emisión del acto, obtener una resolución que haga mérito de las defensas expuestas y producir prueba al respecto –en especial las que considera conducentes por las particularidades de la sucursal que, según postuló, debe ser equiparada a “Sucursal Mini”, en la que no se comercializan todos los productos del programa Precios Cuidados–, y participar del proceso sancionatorio como colaborador de la Administración.

Por lo demás, refirió que dicha situación había generado un gran perjuicio a su parte, al implicar una irrazonable extensión temporal del procedimiento sancionatorio, que *“seguramente hubiera concluido de otro modo de haberse considerado oportunamente las defensas propuestas”* (sic). Y agregó que el procedimiento llevado a cabo denotaba un vicio en la finalidad, por desviación del poder punitivo del Estado, el cual –según postula– debiera estar orientado no solo a reprimir, sino también a evitar conductas indeseadas.





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
FEDERAL- SALA II

Expte. n° 6747/2021

II.2.- En subsidio, la empresa actora planteó que el acto administrativo en cuestión adolecía de ciertos vicios que acarrearaban su nulidad en los términos del artículo 14 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (LNPA).

Al respecto, y de manera inicial, aseveró que no había existido infracción al artículo 7 LDC, en el entendimiento de que la realidad demostraba que existían diversos factores e implicancias de la cadena de suministro que no eran advertidos en el programa.

En cuanto a la efectiva oferta de los productos contemplados en el programa Precios Cuidados, la recurrente postuló esencialmente que la Dirección había arribado a una conclusión errónea, en función de que: no analizó el tipo de mercado de que se trata, que consideró debía ser equiparado a “Minimercado”; no contempló que esa clase de locales no tiene espacio ni disponibilidad logística para ofertar todos los productos del programa; no realizó correctamente el cálculo del 20% de margen, que debió ser efectuado sobre el total de productos efectivamente comercializados por “Minimercados”; no individualizó los productos informados mediante el sistema de Alertas Tempranas –que según señaló superaban la cantidad informada por la Dirección–, ni los productos presuntamente faltantes, reivindicando que en el listado del acta obran algunos ajenos a la comercialización en “Minimercados”.

Por todo ello, afirmó que la referida disposición constituía un acto administrativo nulo, de nulidad absoluta, pues presentaba vicios en sus elementos esenciales, y que debía ser revocada en los términos del artículo 17 de la LNPA.

En concreto, y cuanto concierne a los vicios en la motivación del acto, la firma encartada sostuvo que la misma resultaba insuficiente e inadecuada, puesto que no se habrían explicitado de manera pormenorizada y correcta las verdaderas circunstancias del caso, y las razones que llevaron al dictado de la disposición, lo que la tornaba –en dicha tesis– nula de nulidad absoluta e insanable.

Agregó que en la disposición no solo no se había realizado un análisis de las alegaciones incorporadas en el descargo –cuya presentación en tiempo consideró probada–, sino que tampoco se hallaba fundada la aplicación de la sanción, atento a que la administración se había limitado a reproducir frases genéricas, sin siquiera individualizar los productos que se habrían considerado en infracción.

Con relación a los alegados vicios en la causa, la recurrente esgrimió que, si bien se había tenido por configurada la infracción al artículo 7° de la LDC por incumplimiento de la oferta, no se encontraban cumplidos los antecedentes de hecho para la aplicación de la normativa prescripta, indicando que no se había



explicado de qué modo el incumplimiento del programa Precios Cuidados podría configurar una falta subsumible dentro del artículo referido, que preveía distintos tipos infraccionales.

Paralelo a ello, también señaló que el listado utilizado por los inspectores no era el correcto para el tipo de comercio de la sucursal fiscalizada, que subsumió –según la hipótesis intentada– en la categoría de “chicos”, y propició que aquella debía ser asimilada a los denominados “Minimercados”, en los cuales había determinados productos que no se comercializaban. En dicha línea, aseveró que *“contaba con los productos incluidos en el Convenio, que se comercializan en dicha sucursal equiparable a ‘Minimercado’” (sic).*

Así, insistió en que la autoridad de aplicación no había brindado las pautas mínimas que le permitieran realizar una defensa efectiva y concreta, al no indicarse cuántos productos debía comercializar un “Minimercado” bajo el programa Precios Cuidados, es decir, el total sobre el que debían realizarse –en la tesis actoral– los cálculos correspondientes, en virtud del Anexo I de la Adenda firmada entre su parte y la Secretaría de Comercio el 21/05/2018, vigente al momento de la inspección, y que se acompañó como prueba. Sin perjuicio de ello, la firma actora advirtió que podía ocurrir que existiesen faltantes de *stock* por circunstancias imputables al proveedor, situación que era informada oportunamente a la Dirección mediante el Sistema de Alerta Temprana.

Por su parte, y en cuanto a los vicios en el procedimiento, la accionante recordó que el derecho al debido procedimiento adjetivo se encuentra consagrado en el artículo 1º de la LNPA, derivado de la garantía de defensa en juicio. En este sentido, sostuvo que la sanción impuesta vulneraba el debido procedimiento administrativo, al postular que la disposición recurrida había devenido en abstracta y extemporánea, conforme a que los antecedentes de hecho se habían tornado “abstractos”. Al efecto, indicó que la inspección de la sucursal había tenido lugar el día 30/08/2018, pero que recién el 15/12/2020, la Dirección había notificado a su parte la disposición sancionatoria dictada el 13/05/2019.

De este modo, la recurrente consideró que el vicio en el procedimiento resultaba manifiesto y su entidad lo tornaba nulo de nulidad absoluta e insanable, lo que solicitó así se declare, en el entendimiento de que, en caso contrario, se estaría convalidando el actuar irregular e ilegítimo de la administración al asentirse que ésta suscriba un acto en cualquier momento, contrariando los principios según los cuales su actuar debe ser coordinado, eficiente y legítimo, y el principio de juridicidad. Asimismo, afirmó que la Dirección había vulnerado la





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
FEDERAL- SALA II

Expte. n° 6747/2021

seguridad jurídica, toda vez que “*el procedimiento había perdurado de manera excesiva e ilegal en el tiempo, dictándose una disposición definitiva totalmente extemporánea, sin merituar que el objeto del sumario ha devenido ampliamente abstracto*” (sic).

A su turno, y respecto del objeto y finalidad del acto, la accionante sostuvo que el monto de la sanción resultaba irrazonable. En tal sentido, alegó que en la disposición recurrida no se mencionaban parámetros razonables en la determinación del *quantum*, resultando éste arbitrario, desproporcionado y excesivamente alto. Así, tras recordar el principio de proporcionalidad, advirtió que los fundamentos utilizados en la disposición para intentar justificar el monto de la sanción resultaban genéricos, de lo que infirió que no se habrían considerado las cuestiones particulares del caso. En otras palabras, explicó que la Administración no sólo se encuentra obligada a calificar la conducta supuestamente constatada y tipificarla conforme la ley, sino que, verificados aquellos principios, debe necesariamente disponer aquella sanción que más se corresponda con la infracción cometida, lo que consideró que no se verifica en el *sub examine* al aplicarse una sanción irrazonable, injustificada y desproporcionada.

La recurrente concluyó sobre el punto que se configuraba un vicio en el elemento objeto de la disposición, por pretender –a su juicio– una actuación jurídicamente imposible (cfr. art. 7º, inc. c, de la LNPA), como así también en el elemento finalidad, habiendo incurrido la Dirección en un vicio por exceso de poder o de punición (cfr. art. 7º, inc. f, de la LNPA).

II.3.- En subsidio de lo anterior, la empresa actora planteó agravios en torno de la cuantía de la multa, cuya reducción solicitó.

Para ello, y tras insistir en que la graduación del castigo carecía de adecuada motivación, añadió que, frente a ello, se erigía la garantía que surge del principio republicano de gobierno en cuanto impone a la administración dar cuenta de sus actos, indicando los fundamentos de las sanciones, para que éstas puedan ser impugnadas debidamente por los particulares, y que el órgano jurisdiccional cuente con los datos necesarios para controlar su legitimidad, razonabilidad y proporcionalidad.

Por otro lado, alegó que el monto fijado carece de razonabilidad, postulando que no se había verificado daño alguno, dolo comprobado y/o beneficio directo. Citó jurisprudencia en apoyo de su postura.



Finalmente, para el hipotético caso de que no se haga lugar a los planteos de nulidad incluidos en el recurso y, eventualmente, se confirme la multa, solicitó que se reduzca su monto en forma sustancial, en atención a la manifiesta desproporción invocada, considerando que aquél resultaba injustificado, irrazonable y exagerado, constituyendo un exceso en el ejercicio de las facultades punitivas.

III.- Que, con fecha 7/05/2021, el Estado Nacional [contestó](#) los agravios formulados por la encartada, solicitando –esencialmente– el rechazo del recurso intentado y, consecuentemente, la confirmación del acto impugnado.

IV.- Que, en tales condiciones, el Sr. Fiscal General ante las Cámaras Nacionales de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal y en lo Contencioso Administrativo Federal, en su [dictamen](#) del 17/12/2021, consideró que este Tribunal era competente para conocer en autos, en razón de lo dispuesto en el artículo 76 de la Ley n° 26.993 y, por ende, de la vigencia ultraactiva, en este aspecto, del artículo 45 de la Ley n° 24.240. Además, se pronunció favorablemente por la admisibilidad formal del recurso intentado.

V.- Que, de manera preliminar, es oportuno recordar que los jueces no están obligados a seguir a las partes en todas y cada una de las argumentaciones que se pongan a consideración del Tribunal, sino tan solo en aquellas que sean conducentes para decidir el caso y que basten para dar sustento a un pronunciamiento válido (*Fallos*: 258:304; 262:222; 265:301; 272:225; 278:271; 291:390; 297:140; 301:970, entre muchos otros).

Por lo demás, tampoco es obligación del juzgador ponderar todas las pruebas agregadas, sino únicamente las que estime apropiadas para resolver el conflicto (Cám. Nac. Civ., Sala B, “P., A. c/ S., E. S.”, del 5/02/2010). Vale decir que, en cada caso en el que le toca intervenir, el magistrado ha de realizar una verdadera reconstrucción histórica, con el objeto de verificar si fueron acreditados los hechos propuestos por las partes. Para ello, debe examinar detenidamente las pruebas rendidas, apreciarlas con un criterio lógico jurídico y, finalmente, asignarles su valor de acuerdo con las reglas de la sana crítica (conf. art. 386, C.P.C.C.N.) y las máximas de la experiencia, constituyendo un límite esencial la fundamentación de sus argumentaciones (cfr. esta Sala, “Schalscha, Germán c/ ANA s/ daños y perjuicios”, sent. del 14/05/2010, entre muchos otros).

VI.- Que, por otra parte, atento el tenor de la materia involucrada, así como de la infracción que se tuvo por configurada en la disposición en estudio, se estima procedente repasar el tipo de facultades ejercidas por la autoridad





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
FEDERAL- SALA II

Expte. n° 6747/2021

demandada, con miras a ponderar la legitimidad y regularidad de la actuación que se impugna en autos.

En dicha misión, debe recordarse que ante la necesidad de suplir las denominadas “fallas de mercado”, el Estado interviene en la actividad económica, estableciendo –al efecto– ciertas “reglas de juego”, que se encuentran plasmadas en distintas normas de orden público.

En lo que aquí interesa, el régimen bajo examen requiere de pautas claras y transparentes que garanticen grados aceptables de seguridad jurídica, permitiendo así el ingreso y permanencia de los participantes. A tal fin, resulta determinante evitar desvíos o captación potencial de clientela por medio de métodos contrarios a la lealtad en las relaciones comerciales.

En definitiva, el artículo 42 de la Constitución Nacional establece, en lo que aquí respecta, que: “[l]os consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digna. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados...”.

También es del caso recordar que la Ley de Defensa del Consumidor n° 24.240, junto con las normas complementarias dictadas al efecto, constituyen un bloque normativo que tienen, entre otros fines, el de amparar la confianza de los consumidores, de modo tal que quien oferta bienes o servicios debe observar determinadas reglas que resguarden dicha confianza (cfr. esta Sala, “Amerilab S.A. c/ DNCI – Disp. 75/13 – Expte. S01:14.202/11”, causa n° 28.349/13, sent. del 26/06/2014).

En este contexto, el artículo 7° del Capítulo III, titulado “Condiciones de la Oferta y Venta”, de la Ley n° 24.240, dispone, que: “[l]a oferta dirigida a consumidores potenciales indeterminados, obliga a quien la emite durante el tiempo en que se realice, debiendo contener la fecha precisa de comienzo y de finalización, así como también sus modalidades, condiciones o limitaciones. La revocación de la oferta hecha pública es eficaz una vez que haya sido difundida por medios similares a los empleados para hacerla conocer. La no efectivización de la oferta será considerada negativa o restricción injustificada de venta, pasible de las sanciones previstas en el artículo 47 de esta ley...”.

Ello sentado, y para comprender la lógica que subyace al ordenamiento repasado, cabe tener presente que, sobre el mismo, esta Sala ha resuelto que se



trata de disposiciones que se enmarcan dentro de un sistema global de normas, principios, instituciones e instrumentos de implementación por medio del cual el Estado busca direccionar el actuar de los agentes económicos, con el propósito de tutelar los derechos de los usuarios y consumidores; recomponiendo el equilibrio que debe existir en todos los vínculos entre comerciantes y consumidores o usuarios –afectados por las situaciones abusivas que se presentan en la vida cotidiana–, así como la relación entre los mismos comerciantes, que compiten entre sí (confr. esta Sala, *in rebus*: “Sud Inversiones y Análisis S.A. c/ DNCI – Disp. 285/12”, sent. del 10/10/2013; “Citibank N.A. – Sucursal Argentina y otro c/ DNCI s/ defensa del consumidor – Ley 24.240 – art. 45”, causa n° 70.690/15, sent. del 17/11/2016; “Banco del Chubut S.A. c/ DNCI s/ defensa del consumidor – Ley 24.240 – art. 45”, causa n° 57.169/2019, sent. del 13/05/2020; y, “Coto Centro Integral de Comercialización S.A. c/ E.N. – M° Desarrollo Productivo Ex 3892097/18 s/ recurso directo Ley n° 24.240 – art. 45” causa n° 9.242/21, sent. del 14/09/2021, entre otros).

VII.- Que, ahora bien, previo a abordar los agravios esbozados por la recurrente, resulta oportuno repasar los antecedentes fácticos que surgen del expediente administrativo EX-2018-43118991-APN-DGD#MDP (ver [Parte 1](#), [Parte 2](#), [Parte 3](#) y [Parte 4](#)) de los que se sigue –en lo sustancial y en cuanto interesa referir– que:

i.- La empresa aquí actora, Coto Centro Integral de Comercialización S.A., suscribió la “Adenda del Convenio de Compromiso de Precio Final de Venta al Consumidor por Parte de las Empresas de Supermercados”, con fecha 21/05/2008 (cfr. pág. 12/15, Parte 1).

En dicho convenio, entre otras cuestiones, se estipuló en la cláusula quinta, titulada: “Consideraciones sobre cumplimiento de oferta y exhibición a consumidores”, que: “[...]el Estado Nacional deja constancia que dada la gran cantidad de productos que se suman a la canasta del programa Precios Cuidados a partir de la suscripción de la presente Adenda, se considerará satisfecha la oferta dirigida a los consumidores, en el marco de lo estipulado en el Convenio y esta Adenda, en la medida en que la empresa de supermercados posea, para su comercialización en góndola, al menos un ochenta por ciento (80%) del total de los productos que integran el Anexo I [...]. En función del manipuleo y continuo tránsito de clientes puede encontrarse faltantes de carteles/ cenefas de precios cuidados o faltantes de obleas de precios, ambas circunstancias no serán





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
FEDERAL- SALA II

Expte. n° 6747/2021

sancionables si el porcentaje de desvíos es inferior al quince por ciento (15%) de la muestra total relevada que figurase detallada en el acta o en la auditoria”.

Por último, en la cláusula sexta del referido convenio, se estableció que “... [l]as partes se comprometen a dar completo e irrestricto cumplimiento a las obligaciones emergentes de la presente Adenda así como del Convenio oportunamente suscripto, bajo los principios de buena fe, máxima colaboración y transparencia, en el marco de la normativa vigente”.

ii.- Por otra parte, como se ha indicado *supra* en el considerando I de la presente, las actuaciones *sub examine* fueron iniciadas de oficio a raíz del labrado del Acta de Inspección n° 7615, del jueves 30 de agosto del año 2018, por medio de la cual los funcionarios intervinientes, debidamente habilitados y por instrucciones impartidas por la Secretaría de Comercio del ex Ministerio de Producción, dejaron constancia de su presencia en el local comercial de la firma Coto CICSA, sito en la calle Hipólito Yrigoyen n° 3702, de esta Ciudad, donde fueron atendidos por el gerente de la sucursal.

Seguidamente, se consignó que procedieron “...a realizar un control de los productos incluidos en el programa ‘Precios Cuidados’ que la inspeccionada posee listos para su comercialización al público, cuyos resultados se consignan en planillas identificadas como Anexo A, Anexo I que constan de cinco (5) hojas. En el marco del programa aludido, convenio suscripto entre el Estado Nacional y la firma COTO CICSA, aprobado mediante resolución de la Secretaría de Comercio n° 2/2014 publicada en el boletín oficial del 13/01/2014, con sus correspondientes adendas, del relevamiento efectuado se advierte que la firma inspeccionada presenta los incumplimientos: A) Falta de stock de los productos comprometidos en el programa ‘Precios Cuidados’ los cuales se indican en el Anexo I mediante una letra (x), B) Falta de obleas que identifiquen los productos del programa en la góndolas del local comercial. En consecuencia, por lo expuesto se formulan cargos por presunta infracción al artículo n° 7 de la Ley 24240 de Defensa del Consumidor, toda vez que la firma COTO CICSA no diera cumplimiento con la oferta pública comprometida a consumidores indeterminados, respecto de la comercialización de las mercaderías acordadas en los términos del programa ‘Precios Cuidados’”.

Finalmente se indicó que se le otorgaban a la firma actora cinco (5) días para que presentase su descargo por escrito y ofreciera pruebas, por ante la dirección actuante en los días y horarios indicados. Asimismo, se dejó sentado que todas las presentaciones debían ser “efectuadas en Mesa de Entradas del



Ministerio de Producción... en el horario de 9:00 a 17:00hs...” (ver págs. 3/10, parte 1).

Cabe referir que dicho instrumento fue suscripto por los dos funcionarios intervinientes y que el Sr. Gerente de la referida sucursal de Coto no firmó el mismo (se consignó la leyenda “no autorizado a firmar”).

iii.- Por su parte, la empresa Coto formuló su descargo por medio de una presentación de 50 páginas, identificada como IF-2018-43964723-APN-DGD#MP, figurando en la primera página un sello de recepción con fecha del 17/09/2018 (cfr. págs. 17/26, de la Parte 1, Parte 2, hasta pág. 15 de la Parte 3). A su vez, se dejó sentado que “[e]l documento fue importado por el sistema GEDO con un total de 50 página/s”, y que fue firmado digitalmente por medio del sistema de Gestión Documental Electrónica – GDE en “*Date: 2018.09.06 17:43:14 -03'00'*” (cfr. pág. 16, Parte 3).

iv.- No obstante ello, por medio de la providencia del 25/09/2018, la Dirección de Protección Jurídica del Consumidor, sostuvo que “*la presentación en despacho agregada a las presentes actuaciones como IF-2018-43964723-APN-DGD#MP, fue presentada con fecha 17/09/2018*”, por lo que la tuvo por extemporánea, concluyendo que no correspondía considerarla (pág. 20, Parte 3).

v.- A continuación, se agregó una copia de la información que surge del registro de la base de datos de la Coordinación de Actuaciones por Infracción, respecto de las sanciones que recibiera la firma Coto CICSA (págs. 21/22, Parte 3).

vi.- En tales condiciones, con fecha 23/04/2019 se expidió el Sr. Asesor Legal de la Coordinación de Actuaciones por Infracción, en el sentido de considerar que la conducta endilgada a la firma Coto CICSA por presunto incumplimiento al art. 7º de la Ley nº 24.240 se encontraba configurada, a tenor de los fundamentos fácticos y jurídicos que surgían del anteproyecto de acto que se adjuntaba (págs. 25 y 26/29, Parte 3). Asimismo, con fecha 24/04/2019 el Sr. Coordinador de dicha dependencia también se expidió en ese sentido, proponiendo que la multa fuera graduada entre los montos de \$150.000 y \$350.000 (pág. 30, Parte 3).

vii.- Finalmente, y con previo dictamen jurídico del 26/04/2019 (págs. 31/32), se dictó la disposición nº DI-2019-326-APN-DNDC#MPYT, aquí cuestionada, mediante la cual el Sr. Director Nacional de Defensa del Consumidor impuso a la firma Coto la sanción de multa de pesos doscientos mil (\$200.000) por considerarla incurso en infracción al artículo 7º de la Ley nº 24.240, dada la





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
FEDERAL- SALA II

Expte. n° 6747/2021

constatación del incumplimiento de oferta de los productos del programa Precios Cuidados (cfr. páginas 1/4, Parte 4).

VIII.- Que, efectuadas las precisiones que anteceden, cabe adelantar que, cómo se verá, la pretensión de la recurrente tendiente a que se declare la nulidad de la disposición cuestionada no ha de tener favorable acogida.

En efecto, y como punto de partida, debe advertirse que a esta altura no se encuentra controvertido por la firma recurrente la plataforma fáctica consignada en el Acta de Inspección, concretamente que el día 30/08/18, en la sucursal sita en Hipólito Yrigoyen 3702, de esta Ciudad, se constató la falta de exhibición de diversos productos pertenecientes al programa Precios Cuidados, sino que la encartada ensaya una serie de argumentos que pretende exculporios a fin ser eximida de la sanción impuesta a raíz de los hechos referidos.

Recuérdese que, como fuera relatado a lo largo de la presente, la apelante sostiene, esencialmente, la nulidad absoluta e insanable del acto impugnado, sobre la base de considerar que han mediado graves deficiencias en el procedimiento y que la referida disposición contiene vicios de entidad suficiente en sus elementos causa, motivación, finalidad y objeto, solicitando en subsidio la reducción de la multa.

IX.- Que, así las cosas, razones de orden metodológico imponen el tratamiento, en primer término, de las postulaciones actorales referentes a las deficiencias que se achacan en general al procedimiento sancionatorio, y en particular las que se enfocan en postular el estado de indefensión que le habría generado a la firma actora la falta de tratamiento de las defensas que oportunamente planteara, al haberse tenido por extemporáneo el descargo que presentara (*vide*, en esp., acápite V, del memorial).

IX.1.- Sobre el punto, cabe recordar que de conformidad con lo que ya se señalara en la reseña efectuada en el considerando VII, al momento en que se labrara el Acta de Inspección (30/08/2018), en cumplimiento con las estipulaciones contenidas en el art. 45, cuarto párrafo, LDC, juntamente con la imputación, se le otorgó a la encartada un plazo de cinco (5) días hábiles a efectos de que efectuara su descargo y ofreciera y acompañara las pruebas que estimara pertinentes.

Según surge de autos, dicho descargo fue agregado a las actuaciones por medio de la presentación identificada como IF-2018-43964723-APN-DGD#MP. Sin embargo –y en línea con las postulaciones de la recurrente– se advierte una discrepancia entre el cargo colocado en la primera página del escrito, con fecha



17/09/2018, y la constancia de ingreso del descargo al sistema electrónico, que reza “[e]l documento fue importado por el sistema GEDO con un total de 50 página/s”, y que fue firmado digitalmente por medio del sistema de Gestión Documental Electrónica – GDE en “Date: **2018.09.06 17:43:14 -03'00'”** (el destacado es propio). Paralelamente, la Dirección de Protección Jurídica del Consumidor, sostuvo que “*la presentación en despacho agregada a las presentes actuaciones como IF-2018-43964723-APN-DGD#MP, fue presentada con fecha 17/09/2018*”, la tuvo por extemporánea, y concluyó que no correspondía considerarla.

En tales condiciones, cabe señalar que, en atención a las fechas apuntadas, no podría válidamente entenderse que un escrito presentado en una fecha determinada pueda ser agregado y firmado digitalmente, en una fecha anterior. Por lo tanto, en el caso, resulta razonable interpretar que el escrito fue efectivamente presentado en la fecha que surge del sistema de Gestión Documental Electrónica, es decir, el 6/09/2018, a las 17:43 hs., tal como lo advirtió la actora en su recurso.

Al efecto, vale recordar que, por medio de la Ley n° 27.446 de Simplificación y desburocratización de la administración pública nacional (B.O. del 18/06/2018), en su capítulo I titulado: “Firma digital. Gestión documental electrónica”, se estableció “...que los documentos oficiales electrónicos firmados digitalmente, expedientes electrónicos, comunicaciones oficiales, notificaciones electrónicas y domicilio especial constituido electrónico de la plataforma de trámites a distancia y de los sistemas de gestión documental electrónica que utilizan el sector público nacional [...], en procedimientos administrativos y procesos judiciales, tienen para el sector público nacional idéntica eficacia y valor probatorio que sus equivalentes en soporte papel o cualquier otro soporte que se utilice a la fecha de entrada en vigencia de la presente medida, debido a su interoperabilidad que produce su reconocimiento automático en los sistemas de gestión documental electrónica, por lo que no se requerirá su legalización” (art. 7°).

De igual modo, y en cuanto aquí importa destacar, del Reglamento de Procedimientos Administrativos (decreto n° 1759/72 – T.O. 2017), surge que los expedientes administrativos tramitarán por medios electrónicos (art. 1°), y se debe utilizar el Sistema de Gestión Documental Electrónica para la totalidad de las actuaciones administrativas, incluyendo el expediente electrónico, las comunicaciones oficiales electrónicas, los formularios y documentos oficiales





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
FEDERAL- SALA II

Expte. n° 6747/2021

electrónicos, como único medio de creación, registro, firma y archivo de todos los documentos inherentes a la gestión administrativa (art. 5°, inc. c).

Asimismo, y en cuanto a las formalidades de los escritos, dicho reglamento prevé que “[l]os documentos presentados en soporte papel ante la Administración deberán ser digitalizados de acuerdo con la normativa vigente, por las Mesas de Entradas para su incorporación al Expediente Electrónico [...]. La digitalización del documento [...] y su vinculación al Sistema de Gestión Documental Electrónica importa su autenticación siendo responsabilidad del personal interviniente la verificación del instrumento (art. 15, inc. d). Y que “[t]odo documento electrónico firmado digitalmente en el Sistema Electrónico de Gestión Documental tendrá carácter de original, y los reproducidos en soporte electrónico a partir de originales de primera generación en cualquier otro soporte, digitalizados de acuerdo al procedimiento que establezca la normativa aplicable serán considerados originales y tendrán idéntica eficacia y valor probatorio que sus equivalentes en soporte papel” (art. 15, inc. e).

En particular, también cabe tener presente que, en punto a la presentación de escritos, fecha y cargo, en el art. 25 del reglamento citado, se establece que: “[t]odo escrito inicial o en el que se deduzca un recurso podrá presentarse a través de la plataforma electrónica de Trámites a Distancia (TAD), en la mesa de entradas o receptoría del organismo competente o podrán emitirse por correo. El sistema electrónico dejará constancia de la fecha y hora de presentación de los escritos realizada por los particulares en dicha plataforma electrónica y de los actos producidos por los usuarios de dicho sistema (inc. a); los escritos posteriores podrán presentarse o remitirse igualmente a la oficina donde se encuentra el expediente, o a través de la plataforma electrónica de Trámites a Distancia (TAD). La autoridad administrativa deberá dejar constancia en cada escrito de la fecha en que fuere presentado, poniendo al efecto el cargo pertinente [...]” (inc. b).

Del mismo modo, en dicho artículo se dispone que “[e]l escrito no presentado dentro del horario administrativo del día en que venciere el plazo, solo podrá ser entregado válidamente, en la oficina que corresponda, el día hábil inmediato y dentro de las DOS (2) primeras horas del horario de atención de dicha oficina” (inc. b, *in fine*). Y se agrega que “[e]n los expedientes electrónicos se aplicarán los plazos establecidos en el artículo 30 inciso b) del presente Reglamento [...]” (inc. c). Al respecto, en el art. 30, inc. b, se establece que “[l]a carga de documentación puede realizarse durante las VEINTICUATRO (24) horas de todos los días del año. El cómputo de plazos se hará a partir del primer día hábil



siguiente al de la carga de documentación [...]”, y que “[l]a carga de documentación efectuada en un día inhábil se entenderá efectuada el primer día hábil siguiente”.

Sentado lo expuesto, las circunstancias previamente apuntadas, analizadas a la luz de la normativa referida, permiten concluir que el escrito de descargo fue presentado por la empresa recurrente dentro del plazo legal previsto, por cuanto, si bien fue deducido una vez transcurridos los cinco días con los que contaba a tal efecto desde la notificación del acto (en atención a que se presentó el día 6/09/2018, pero fuera del horario de atención de la oficina receptora), cabe entender que fue antes de vencidas las dos primeras horas del día hábil siguiente – cfr. art. 25 RPA; pauta, además, ya aplicable en la órbita administrativa conforme se desprendía de la doctrina de *Fallos*: 300:1070, causa: “Fundación Universidad de Belgrano” y, esta Sala, *in re* “Calandrino, Guillermo Augusto c/ UBA s/ Educación Superior – Ley 24.521 – Art. 32”, causa n° 46.087/14, sent. del 6/10/2015–. Ello así, toda vez que, según se dejó sentado en el Acta de inspección, las presentaciones debían ser “*efectuadas en Mesa de Entradas del Ministerio de Producción... en el horario de 9:00 a 17:00hs...*”, y según surge de la incorporación al expediente electrónico: “[e]l documento fue importado por el sistema GEDO con un total de 50 página/s”, y firmado digitalmente por medio del sistema de Gestión Documental Electrónica – GDE en “*Date: 2018.09.06 17:43:14 -03'00'”*”.

IX.2.- Sin perjuicio de lo expuesto, y aun cuando asiste razón a la apelante en cuanto a que debieron haber sido consideradas sus defensas, no debe perderse de vista que ello por sí solo no acarrea la nulidad de la disposición en estudio, a poco que se repare en la inveterada jurisprudencia del Máximo Tribunal según la cual la eventual restricción de la defensa en el procedimiento administrativo es subsanable en el trámite jurisdiccional subsiguiente (conf. *Fallos*: 212:456; 218:535; 267:393; 273:134 y 331:2769, entre otros; y en igual sentido, esta Sala *in rebus*: “Delia, Carmelo Franco c/ Dirección General Impositiva s/ recurso directo de organismo externo”, causa n° 18.387/16, sent. del 14/06/2016; y, “Coto Centro Integral de Comercialización S.A. c/ E.N. – M° Desarrollo Productivo Exp. 82953951/20 s/ recurso directo – Ley 24.240 – art. 45”, causa n° 17.105/21, sent. del 15/12/2021).

Es que, las nulidades procesales no responden a un mero prurito formal, sino que tienen como requisito esencial la existencia de un interés jurídico propio, lesionado por el acto que se impugna, pues resulta inconciliable con el objeto del





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
FEDERAL- SALA II

Expte. n° 6747/2021

proceso la nulidad por la nulidad misma o para la satisfacción de un interés meramente teórico (cfr. esta Sala, *in rebus*: “Coto CICSA S.A. c/ DNCI – Disp. 808/10 – Expte. S01:73749/09”, causa n° 12.065/11, sent. del 6/06/2011; “Chen, Jiang c/ E.N. – DNM s/ recurso directo DNM”, causa n° 7.175/18, sent. del 5/06/2018; y, “Díaz Panno, Nicolás A. c/ E.N. – M° Seguridad – PFA – resol. 5962/12 s/personal mil. y civil de las FF.AA. y de Seg.”, causa n° 27.163/13, sent. del 23/06/2020, entre muchos más).

Por lo tanto, quien plantea la nulidad de un acto, debe señalar, de modo preciso, tanto los vicios que éste presenta como el perjuicio sufrido, y con esa finalidad, no es suficiente la mera invocación de la vulneración del derecho de defensa, si no se indican, concretamente, las defensas que se ha visto impedido de oponer el interesado, y de qué modo ese vicio habría incidido en el ejercicio de aquel derecho para que, eventualmente, la autoridad administrativa arribara a una solución distinta de la adoptada (doc. *Fallos*: 320:1611; en igual sentido, esta Sala, en numerosas ocasiones, tales como la de los autos “Riquelme Medina”, causa n° 31.485/14, del 16/06/2015; “Bossi Arancibia”, causa n° 24.656/15, del 29/09/2015; “Laboratorios IMVI”, causa n° 43.131/15, del 20/10/2015; “Giménez”, causa n° 1.354/15, del 17/11/2015; “Coto”, causa n° 68.816/15, del 25/08/2016; con idéntica comprensión: Sala III, en autos “David, Lucio Alberto”, causa n° 23.005/12, del 4/02/2014; y, “Securitas Argentina”, causa n° 16.710/13, del 4/02/2014).

Así, su procedencia exige la acreditación de un daño serio e irreparable que no pueda ser subsanado sino por medio de esa declaración (conf. exigencia que emana del artículo 172 del código de rito; y, esta Sala, “Unilever de Argentina S.A. c/ DNCI – Disp. 87/13 – Ex. S01:389.419/11”, sent. del 13/03/2014, y sus citas), pues adoptar un temperamento diferente significaría contradecir el principio que indica que no hay nulidad sin perjuicio y que no corresponde formular una declaración de este tipo por la nulidad misma (conf., doctrina de *Fallos*, 314:290; 319:119; 320:1611; 322:507; y 324:1564; entre otros; asimismo, Sala IV, en autos “Cáceres, Pablo Luis c/ E.N. – M° Seguridad – GN s/ personal militar y civil de las FF.AA. y de Seg.”, causa n° 27.355/14, sent. 22/11/2018).

En línea con ello, se ha interpretado que invalidar lo actuado sobre argumentaciones de índole procesal, como se propicia, además de implicar una visión extremista de los principios basales en materia adjetiva, carece de finalidad práctica y trascendencia, e importaría declarar la nulidad por la nulidad misma, solución ciertamente inaceptable en el ámbito del derecho procesal (cfr. C.S.J.N.,



Fallos, 320:1611; 322:507; 325:1649; 324:1564; entre muchos otros, y esta Sala en autos “Diorio, Daniel Carlos c/ E.N. – M° Agricultura G. y P.”, expte. n° 36.591/2013, sent. del 9/12/2014, y “Brandizzi, Daniel c/UBA s/educ. superior – Ley 24521 – art. 32”, expte. n° 19.179/18, sent. del 1/11/2018, entre otros; en igual sentido: Sala III, “Induca SACIIYFTF 39448-A c/DGA s/rec. directo de org. externo”, expte. n° 8737/2020, sent. del 17/03/2021).

En efecto, se ha señalado que la omisión de un trámite en el expediente administrativo no acarrea sin más la nulidad de la resolución que en él recaiga, sino que deberán ponderarse en cada caso concreto las consecuencias producidas por tal situación a la parte interesada, en particular en cuanto atañe a la eventual falta de defensa que ella realmente pudiere haber originado y, sobre todo, lo que hubiera podido variar el acto administrativo en caso de observarse el trámite omitido (cfr. esta Sala, *in re* “M. F. J. c/ E.N. – P.J.N. – C.S.J.N. – Resol 50/11 5/13 s/ proceso de conocimiento”, causa n° 22.978/13, sent. del 6/08/2020; y, asimismo, Sala III, causa: “Rollero, Guillermo Rubén c/ P.N.A”, causa n° 8.815/09, del 7/02/2012).

De otra parte, y según pacífica jurisprudencia, cuando la alegada restricción de la defensa en juicio ocurre en un procedimiento que se sustancia en sede administrativa, la violación al art. 18 de la Constitución Nacional no se produce en tanto exista la posibilidad de subsanarse en una etapa jurisdiccional ulterior, porque se satisface la exigencia de la defensa en juicio ofreciendo la posibilidad de ocurrir ante un organismo jurisdiccional en procura de justicia (doc. *Fallos*: 205:549; 247:52; 267:393; 305:831; 300:1047; 310:360; esta Sala, *in re* “W. J. R. c/ E.N. – M° Defensa – EMGA – Resol. n° 1581/10 382/10 M° Def. y otro s/ proceso de conocimiento”, causa n° 272/12, sent. del 19/06/2018, y sus citas; asimismo: Sala I, “Club Atlético Chacarita Juniors”, causa n° 46.349/15, sent. del 27/09/2016; Sala III, “Cereales del Sur”, causa n° 15.331/13, sent. del 4/02/2014; “Círculo de Inv. S.A. de ahorro para fines determinados”, causa n° 152.691/02, sent. del 20/11/2012; y, Sala V, “Banco Quilmes”, causa n° 14.006/97, sent. del 11/08/2016, entre otros).

Y éste es, precisamente, el supuesto de autos, dado que la firma actora ha podido ejercer su defensa, desarrollando las articulaciones pertinentes, las que son materia de examen y tratamiento por esta jurisdicción, con lo que queda saneado el defecto que alega.

En virtud de todo lo expuesto, corresponde entonces desestimar los agravios intentados sobre el punto.





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
FEDERAL- SALA II

Expte. n° 6747/2021

X.- Que, desbrozado lo que antecede, e ingresando al estudio de los restantes planteos de la accionante, cabe comenzar por analizar lo expresado en torno de la –supuesta– inadecuada e insuficiente motivación por parte de la autoridad administrativa demandada (v. en esp. ap. 6.2 del memorial).

Así las cosas, cabe liminarmente advertir que las respectivas apreciaciones no comportan sino meras disconformidades –ciertamente genéricas– con relación a lo decidido, carentes de cualquier tipo de asidero, a poco que se repare en que, tal como se sigue del relato efectuado en el considerando I de la presente, la autoridad de aplicación ha expresado las razones de hecho y de derecho que la llevaron a decidir como lo hizo en orden a tener por configurada la conducta infraccional.

De esta manera, en punto a la motivación, debe recordarse que la misma consiste en la exposición de los motivos que indujeron a la Administración Pública a emitir el acto (cfr. Marienhoff, Miguel Santiago, “Tratado de Derecho Administrativo”, ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, cuarta ed. actualizada, T. II, pág. 327, acápite 411, quien define el concepto de modo similar al que sigue el resto de la doctrina nacional). También se ha señalado que la motivación equivale a los así llamados “considerandos” del acto, y que queda equiparada a la “justificación” de éste (ver en idéntico sentido, esta Sala, *in rebus*: “Wal-Mart Argentina SRL c/ DNCI s/ lealtad comercial – Ley 22.802 – art. 22”, causa n° 41.868/14, sent. del 11/06/2015; y, “Banco Itaú Argentina S.A. c/ DNCI s/ defensa del consumidor – Ley 24.240 – art. 45”, causa n° 71.709/18, sent. del 3/04/2019).

Bajo este entendimiento, no se advierte que el elemento en estudio merezca las objeciones que le dirige la apelante, máxime cuando del texto de la disposición n° DI-2019-326-APN-DNDC#MPYT, que luce en las páginas 1/4 del archivo digital de las actuaciones administrativas EX-2018-43118991-APN-DGD#MDP (cfr. [Parte 4](#)), se desprende una serie de dieciséis párrafos con diversas consideraciones que, a juicio de este Tribunal, satisfacen razonablemente el recaudo de dar basamento o justificación suficiente a la medida que en definitiva se adopta, circunstancia que descarta la procedencia de los agravios sobre este particular. Nótese, en tal sentido que se repasan en dichos pasajes los hechos y antecedentes de la imputación infraccional, incluyéndose la constatación de la conducta transgresora y el derecho aplicable, que determina la subsunción de aquélla en las previsiones de las normas invocadas por la autoridad de aplicación.

Por lo demás, no puede soslayarse que, si bien es cierto que se tuvo por extemporáneo el descargo de la encartada, en la disposición impugnada se



ponderó que los productos que se encontraban en *stock* y que carecían de cartel indicador de precios cuidados (catorce) no superaban el 15%, concluyéndose que no correspondía sancionar a la firma respecto de los mismos, por quedar comprendidos dentro de la excepción prevista en la cláusula quinta de la mencionada Adenda.

En otras palabras, de los dos cargos imputados originalmente –falta de exhibición de productos pertenecientes al programa Precios Cuidados y de carteles indicadores de dicho programa en ciertos productos–, solo el primero de ellos fue tenido por configurado, y, luego, por ende, considerado como base de la sanción.

Paralelamente, no han de correr mejor suerte las manifestaciones en punto a la supuesta omisión de la administración de individualizar los productos que se habrían considerado en transgresión. Por un lado, por cuanto los productos han sido efectivamente individualizados con una (x) en el listado identificado como Anexo I del Acta de Inspección (cfr. págs. 6/10, [Parte 1](#)). Y, respecto de los veinte (20) productos sobre los que se dispuso que no correspondía analizar la presunta infracción, por considerarse que la sumariada había dado aviso de su falta de *stock* mediante el sistema de Alertas Tempranas, no resultaría válido que la recurrente invoque ahora desconocimiento alguno a su respecto, por cuanto dicha ponderación se basó precisamente en la denuncia de tales faltantes realizada por la propia firma en el sistema referido, siendo los restantes sesenta y cinco (65) productos del listado aludido, los que finalmente se consideraron para tener por verificada la infracción a la ley.

En definitiva, las manifestaciones intentadas por la firma actora no resultan suficientes a fin de acreditar el vicio alegado, quedando la motivación del acto administrativo impugnado, al abrigo de las tachas que se le dirigen en el recurso bajo examen.

XI.- Que, por otra parte, en cuanto a las invocadas deficiencias en el elemento *causa* del acto cuestionado (v. en esp. ap. 6.3 del recurso) al estimar que no se encontraban cumplidos los antecedentes de hecho para la aplicación del art. 7º de la LDC, no tienen peso para hacer caer la validez de lo actuado.

En este sentido, no debe perderse de vista que la firma sancionada no ha desplegado elemento probatorio alguno con entidad suficiente para desvirtuar la infracción constatada en el acta n° 7615 –incumplimiento al programa de ‘Precios Cuidados’–, por lo cual debe estarse a la plena fe que, como regla, se otorga a los instrumentos públicos, lo que constata la existencia material de los hechos y





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
FEDERAL- SALA II

Expte. n° 6747/2021

circunstancias de que se da cuenta en el instrumento (en ello es pacífica la jurisprudencia de esta Cámara de Apelaciones, cfr. esta Sala, *in re* “Inc S.A. c/ DNCI s/ Lealtad Comercial – Ley 22.802 – art. 22”, causa n° 72.814/17, sent. del 22/03/2018; en igual sentido véase: Sala III, expte. “Jumbo Retail Arg. SA c/DNDC /EN – M° Desarrollo Productivo s/defensa del consumidor – Ley 24240 – art. 45”, expte. n° 8213/2020, sent. del 07/04/2022; Sala IV, en autos “Cencosud SA c/EN – M° Desarrollo Prod. Ex. 29217610/20 – Resol. 333/20 s/recurso dir. De org. Externo”, expte. n° 22.339/2021, sent. del 12/04/2022; Sala V en autos “Farmacity c/EN – M° Desarrollo Prod. – Expt. 25922745/20 s/recurso directo Ley 24.240 – art. 45”, expte. n° 11.070/2021, sent. del 03/05/2022). La regularidad del acta n° 7615 del 30/08/2018, por lo demás, no ha sido desvirtuada.

Al ser ello así, procede recordar que el apartamiento de las conclusiones alcanzadas por los organismos administrativos técnicos con facultades jurisdiccionales –tal el caso de la DNDC–, sólo puede justificarse con la demostración de que ha mediado error, omisión o vicio con entidad suficiente para invalidar el acto (conf. esta Sala, *in re*: “Unilever de Argentina S.A. c/ DNCI – Disp. 87/13”, sent. del 13/03/2014, y sus citas); lo que no se verifica en la especie.

Es que, para desvirtuar la validez de las actuaciones labradas y las conclusiones alcanzadas por el Sr. Director Nacional de Defensa del Consumidor, no bastan meras afirmaciones de la sumariada porque –en definitiva– todo lo actuado y, en especial, el acto sancionador –cuya invalidez aquí se persigue– goza de la presunción de legitimidad consagrada en el artículo 12 de la Ley n° 19.549.

Al respecto, se ha dicho que se presume que la actividad de la Administración guarda conformidad con el ordenamiento jurídico, presunción que subsiste en tanto no se declare lo contrario por el órgano competente. La jurisprudencia es casi unánime en reconocer tal carácter a los actos administrativos e interpreta que ésta cede únicamente ante la demostración de los vicios que lo privan de validez jurídica, o en otras palabras, “cuando la decisión adolece de vicios formales o sustanciales o ha sido dictada sobre la base de presupuestos fácticos manifiestamente irregulares, reconocidos o fehacientemente comprobados” (conf. Gordillo, Agustín – Daniele, Mabel –Directores–, “Procedimiento Administrativo. Decreto ley 19.549/1972 y normas reglamentarias – Ley de Procedimientos Administrativos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Comentados y concordados”, Buenos Aires, editorial Lexis Nexis, segunda edición, página 160; y, esta Sala, *in re*: “Volkswagen Argentina



S.A. c/ DNCI s/ recurso directo de organismo externo”, causa n° 65.721/2015, sent. del 15/12/2016, entre muchos más), condición excepcional que no se configura en el *sub examine*.

Tal resulta ser, en el marco legal vigente, el punto del que debe partirse en el análisis del caso, pues así lo exige la peculiar naturaleza del procedimiento administrativo llevado a cabo. Si se adoptara otra tesitura, la prerrogativa de la Administración respecto de la legitimidad de sus actos desaparecería frente a cualquier proceso judicial, obligando al Estado a demostrar, en cada caso, la veracidad de los hechos en los que se asienta, así como la validez de las conclusiones extraídas de ellos, cuando –por el contrario– es el interesado el que debe alegar y probar su nulidad en juicio (conf. C.S.J.N., en *Fallos*: 218:312, 324 y 372; 294:69; entre otros).

De modo que, dado el principio de legitimidad que fluye de todo acto administrativo, una de las consecuencias obligadas es que ante un actuar que no esté afectado de un vicio grave y manifiesto, es necesario para quien sostiene su nulidad, alegarla y, sobre todo, probarla (conf. C.S.J.N., *in re*: “Hernández, Jorge Omar c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y otros.”, de *Fallos*: 310:234; asimismo, esta Sala, *in rebus*: “Milner, Norberto Eduardo c/ E.N. – M° Defensa – EMGE y otros s/ daños y perjuicios”, causa n° 11.980/08, sent. del 3/08/2015; y, “Lucero, Daniela Marcela y otros c/ E.N. – M° Seguridad – PFA s/ personal militar y civil de las FF.AA. y de Seg.”, causa n° 3.977/17, sent. del 23/03/2021, entre otros).

Específicamente, recuérdese que, a fin de sostener el supuesto defecto en la causa del acto, la recurrente arguyó, esencialmente, que la sucursal inspeccionada debía ser equiparada a la categoría de “*Minimercado*”, de lo que infirió, entre otras cuestiones, que el listado utilizado por los inspectores no era el correcto, y que, por ende, sí contaba con los productos incluidos en el Convenio para dicho tipo de comercio.

Sin embargo, la tesis formulada por la recurrente en dicho pasaje de su escrito no puede tener favorable andamiaje, a poco que se constate que, de las propias constancias acompañadas por su parte como prueba documental –tanto al deducir el descargo, como al interponer el recurso bajo examen– surge que la sucursal Coto ubicada en la calle Hipólito Yrigoyen 3702 de esta Ciudad–y cuya inspección dio origen a la sanción aquí recurrida–, tiene asignado el Formato “*Supermercado Chico*” (cfr. ‘Anexo I Listado de Sucursales Coto’, que luce en: pág. 5, [Parte 2](#), y pág. 67, [Expte. Asociado Parte 1](#)). Asimismo, en el encabezado





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
FEDERAL- SALA II

Expte. n° 6747/2021

del Anexo A del acta de inspección, se consignó “Nombre del comercio: Coto”, “Formato: Supermercado”.

En razón de lo expuesto, se advierte que la hipótesis intentada por la firma actora no se condice con la realidad, por cuanto no aportó elementos verosímiles que convenzan de alterar el tipo o formato de comercio donde se llevó a cabo el control e inspección administrativos.

Ello así, en tanto de la documentación acompañada por la misma recurrente, se desprende la categoría de “Supermercado” y no de “Minimercado” en referencia a la sucursal relevada según el Acta 7615, lo cual conduce sin más a descartar de plano toda exégesis intentada por la encartada en tal sentido. Bajo el contexto así referido, lucen inconducentes las cuestiones y circunstancias invocadas al respecto resultando carentes de idoneidad a efectos de la procedencia del recurso interpuesto.

En este punto, no debe dejar de mencionarse que el artículo 377 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, plasmando un principio elemental del Derecho Procesal, establece que quien alega un hecho debe probarlo. Es decir que, cada parte soporta la prueba de los hechos a los que atribuye la producción del efecto jurídico que pretende. La actividad probatoria constituye, como toda carga procesal, un imperativo del propio interesado. Esa actividad procesal es la encargada de producir el convencimiento o certeza sobre los hechos controvertidos y supone un imperativo del propio interés del litigante, quien a su vez puede llegar a obtener una decisión desfavorable en el caso de adoptar una actitud omisiva (cfr. C.S.J.N., *Fallos*: 318:2555, 321:1117; 331:881; entre muchos otros y esta Sala *in rebus* “Syphon S.A. c/ E.N. – M° Industria – SIC y PYMES – Resol 54/05 – Exp. S01:73989/05 s/ proceso de conocimiento”, causa n° 14.810/11, sent. del 10/11/2016; y, “Telecom Personal SA c/ DNCI s/ defensa del consumidor – Ley 24.240”, expte. n° 58.665/2015, sent. del 13/10/2016; y Sala III, “Coto CICSA c/EN – M° Desarrollo Prod. – DNDC – Disp. 915/19 s/recurso directo Ley 24240 – art. 45”, expte. n° 11.121/2021, sent. del 03/05/2022, entre tantos otros).

Así las cosas, es menester recordar que mediante la [providencia](#) de fecha 31/05/2021, se le hizo saber a las partes que a la presente causa se le aplicarían las disposiciones del C.P.C.C.N, circunstancia que no fue rebatida en el momento procesal oportuno, por lo que devino firme y consentida.

Bajo las consideraciones apuntadas, cabe entonces concluir que la recurrente no ha logrado desvirtuar la materialidad fáctica del incumplimiento



atribuido en el momento en que se llevó a cabo la inspección de que da cuenta el Acta n° 7615, por cuanto las argumentaciones expresadas en el memorial no resultan en modo alguno eximentes de la falta imputada.

La circunstancia señalada resulta dirimente, en tanto se tenga presente que esta Sala ha resuelto que traduce infracción al régimen examinado el incumplimiento de oferta, por el cual los productos ofertados (en concreto, del programa “Precios Cuidados”) no se encontraron de modo efectivo a disposición del público, en forma constante e ininterrumpida; véase, en este sentido, esta Sala *in re* “INC S.A. c/ DNCI s/ recurso directo de org. ext.”, causa n° 9.401/2014, sent. del 6/11/2014, en especial el Consid. X; y, más recientemente, en autos “Coto Centro Integral de Comercialización S.A. c/ EN – M° Desarrollo Productivo (Ex 3892097/18) s/ recurso directo Ley n° 24.240 – art. 45”, causa n° 9.242/21; sent. del 14/09/2021. Cabe destacar que han seguido una hermenéutica afin: la Sala I en “Wal – Mart Argentina SRL c/ DNCI s/ recurso directo de organismo externo”, causa n° 9.423/14, sent. del 16/07/2015; la Sala III, en autos “Jumbo Retail Argentina S.A. c/ DNCI s/ recurso directo ley 24.240 – art. 45”, causa n° 5.590/14, sent. del 9/12/2014; la Sala IV en “INC S.A. c/ DNCI s/ defensa del consumidor – Ley 24.240 – art. 45”, causa n° 59.414/18, sent. del 22/11/2018; y, la Sala V en “COTO CICSA c/ E.N. – M° Desarrollo Productivo – Disp. 179/19 s/ recurso directo Ley 24.240 – art. 45”, causa n° 8.027/21, sent. del 24/08/2021; con lo que media sobre el punto uniformidad de criterio en esta Cámara de Apelaciones.

En tales condiciones, de la reseña expuesta resulta con total claridad que la recurrente no solo no ha aportado –ni en sede administrativa ni en sede judicial– elemento probatorio alguno que pueda dar certeza de sus dichos, sino que los aportados, resultan contrarios a la tesis por ella propiciada, todo lo cual conduce a descartar el planteo analizado.

XII.- Que, tampoco resultan conducentes las demás deficiencias endilgadas al procedimiento en cuyo marco recayó la medida que se impugna.

En efecto, según se ha referido, la recurrente vierte quejas referentes a que la Dirección habría vulnerado el principio de seguridad jurídica, sobre la base de invocar que “*el procedimiento había perdurado de manera excesiva e ilegal en el tiempo, dictándose una disposición definitiva totalmente extemporánea, sin merituar que el objeto del sumario ha devenido ampliamente abstracto*” (*sic*, en esp. ap. 6.4 del memorial). Al respecto, cabe señalar que dichas manifestaciones, tal y como han sido formuladas, no resultan suficientes para otorgar carácter de agravio a este aspecto del recurso (arg. art. 265 C.P.C.C.N.).





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
FEDERAL- SALA II

Expte. n° 6747/2021

Ello así, por cuanto la encartada se limitó a efectuar una serie de afirmaciones en punto a las diversas fechas en las que se habrían dado algunas actuaciones del iter administrativo, esgrimiendo que la disposición recurrida había devenido “*abstracta y extemporánea*”, mas sin formular un reproche preciso al respecto; se omite en este sentido estructurar un discurso de base jurídica o una subsunción en institutos que muestren la alegada ilegalidad de lo actuado. Máxime cuando siquiera se invocaron defensas relativas a la prescripción o violación del plazo razonable. Dicho de otro modo, no se efectuó una crítica concreta y razonada, sino meras afirmaciones carentes de sustento, privadas de todo respaldo probatorio.

Conviene añadir –a todo evento y a los fines de dar acabada respuesta a las postulaciones de la apelante sobre el punto– que el análisis sobre la duración del procedimiento referido arroja conclusiones diversas a las postuladas por el recurrente, en tanto dista de lucir como “*excesiva e ilegal*”, a lo que se agrega que una porción de la etapa final del mismo ha transcurrido en el marco de la emergencia sanitaria provocada por el COVID-19, y en vigencia de la suspensión de los plazos en los procesos administrativos.

En definitiva, cabe desestimar este aspecto del recurso en la medida en que el lapso temporal que insumió la tramitación del procedimiento –en un contexto mundial tan particular– mal puede ser catalogado como excesivo.

XIII.- Que, ello sentado, procede seguidamente ingresar al análisis de las objeciones relativas a la finalidad y al objeto del acto que se impugna.

Sobre esta cuestión, es preciso aclarar que las meras consideraciones formuladas por la recurrente (ap. 6.5 del recurso), sin sustento en prueba concreta, no resultan suficientes para tener por demostrado el vicio en la finalidad invocado y hacer caer la presunción de legitimidad del acto administrativo (art. 12 LNPA); esto es, para considerar probado que al dictar el acto la autoridad haya incurrido en exceso de poder o de punición (cfr. esta Sala, *in re* “COTO CICSA – expte. 20287906/21 c/ E.N. – M° de Desarrollo Productivo s/ recurso directo – Ley 24.240 – art. 45”, causa n° 7.094/21, sent. del 18/02/2022), o, en desviación de poder, por ejercerse la competencia persiguiéndose otros fines distintos de los que justificaron el otorgamiento de la respectiva facultad (ver art. 7°, inc. f, de la Ley n° 19.549). La demostración de la existencia de desviación de poder en el acto atacado debe ser cierta y precisa, a fin de lograr acreditar que el fin perseguido en el acto administrativo cuestionado, no es en realidad la verdadera finalidad de éste, sino una distinta que se quiere encubrir legalmente (conf. esta Sala, en autos



“Jumbo Retail Argentina S.A. c/ DNCI s/ defensa del consumidor – Ley 24.240 – art. 45”, causa n° 5.087/20, sent. del 17/09/2021), supuesto no probado ni verificado en autos.

En similar sentido, este Tribunal considera que las manifestaciones de la sancionada respecto del alegado vicio en el objeto resultan genéricas e ineficaces para desvirtuar las consideraciones de la Administración, carentes además de todo respaldo probatorio.

En suma, se observa que la recurrente no demuestra con eficacia los presupuestos básicos necesarios para tildar de nulo el acto administrativo bajo examen que, por lo demás, cumple con los estándares de los artículos 7º, 8º y concordantes de la Ley n° 19.549, toda vez que ha sido dictado por autoridad competente, de conformidad con los hechos y antecedentes de la causa y el derecho aplicable.

Es decir que, en definitiva, no se advierte en estos autos la presencia de vicios en los elementos esenciales del acto sancionatorio cuestionado, ni en la valoración allí efectuada, en tanto se describen adecuadamente los hechos, sin que pueda imputarse arbitrariedad en la razonable ponderación realizada por la autoridad de aplicación.

En consecuencia, y al no haberse acompañado prueba idónea tendiente a desacreditar lo actuado en sede administrativa, corresponde rechazar las quejas formuladas por la firma recurrente y confirmar la sanción aplicada mediante la disposición n° DI-2019-326-APN-DNDC#MPYT.

XIV.- Que, de igual modo, no es hábil para eximir de responsabilidad a la infractora la alegada ausencia de perjuicio, derivado de la conducta infraccional que da origen a estos autos.

Al respecto, cabe recordar que las conductas que se imputan a la recurrente encuadran dentro de las denominadas infracciones *formales*, en las cuales, la verificación de los hechos hace nacer, por sí, la responsabilidad del infractor. La infracción se configura por la sola omisión o el incumplimiento de los deberes u obligaciones a cargo de los prestadores de bienes y servicios, y no requiere la producción de daño concreto; basta la conducta objetiva contraria a la ley (cfr. en igual sentido, esta Sala *in re* “Banco Itaú Argentina S.A. c/ DNCI s/ defensa del consumidor – Ley 24.240 – art. 45”, causa n° 71.709/18, sent. del 3/04/2019). Es que, ciertamente, se trata de aquellos ilícitos denominados de “pura acción” u “omisión” y, por tal motivo, su apreciación es objetiva (conf. esta Sala, *in rebus* “Inc S.A. c/ DNCI s/ lealtad comercial – Ley 26.361 – art. 35”, sent. del





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
FEDERAL- SALA II

Expte. n° 6747/2021

9/09/2014; y, “Banco Santander Río S.A. c/ E.N. – M° Desarrollo Productivo – Exp. 386411/16 s/ recurso directo Ley 24.240 – art. 45”, causa n° 10.051/21, sent. del 25/03/2022; y en igual sentido, la Sala IV en: “Coto Ctro. Integral de Comerc. SA c/EN – M° Desarrollo Prod. Ex. 47380282/20 – Disp. 235/21 s/recurso directo ley 24240 – art. 45”, expte. n° 17.410/21, sent. del 31/03/2022; entre muchas otras).

Por último, corresponde poner de relieve que la Ley de Defensa del Consumidor no requiere la configuración de un elemento subjetivo especial, estableciendo una conducta objetiva opuesta a los preceptos de la ley, sin que pueda pretenderse la verificación de un tipo penal concreto o la exigencia de dolo o culpa en los términos exigidos por el derecho penal (conf. Sala V de este Fuero, *in re* “Lesami S.A. c/ DNCI – Disp 520/08 – Expte. S01:283883/06”, sent. del 29/09/2009; y, asimismo, esta Sala, “INC S.A. c/ E.N. – DNCI – Disp. n° 165/12 – Expte. S01:338441/09”, causa n° 32.140/12, sent. del 28/05/2013, entre muchas otras).

En esta línea, se tiene dicho que las normas legales imponen una conducta objetiva que debe ser respetada, bajo apercibimiento de las sanciones que allí están previstas (cfr. esta Sala, *in re* “Moni Online S.A. c/ Ministerio de Desarrollo Productivo s/ recurso directo art. 45 Ley 24.240”, causa n° 11.124/21, sent. del 7/12/2021, y sus citas). Asimismo, es preciso destacar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha interpretado que la “infracción no requiere la comprobación de un perjuicio concreto al consumidor, ya que basta con que se incurra en algunas de las conductas descriptas en la norma, con aptitud para inducir a error, engaño o confusión, para que se configure la infracción, con prescindencia de la producción de un resultado” (*Fallos*: 324:2006).

Bajo tal hermenéutica, la alegación de la recurrente relativa a que no produjo perjuicio alguno, más allá de que tampoco aparece acreditada, no puede prosperar, pues para la constatación de infracciones como las examinadas, sólo se requiere la simple verificación material de su comisión, sin que se adviertan en este caso, razones significativas por las que se justifique un apartamiento de aquel principio.

Con arreglo a lo expuesto, se impone desestimar las quejas de la recurrente y tener por configurada la infracción endilgada por incumplimiento a lo dispuesto en el artículo 7° de la Ley n° 24.240.

XV.- Que, verificada la conducta infraccional, resta analizar los agravios formulados por la recurrente con relación a la alegada falta de fundamentación de



la sanción, en referencia al *quantum* de la multa impuesta, en lo atinente a la desproporción endilgada a su cuantía (fijada, como se ha dicho, en \$200.000).

En primer término, recuérdese que la graduación de la sanción es –en principio– resorte primario de la Administración, constituyendo el ejercicio de un poder propio. Dentro de ella, la competencia ha sido asignada a un órgano especializado cuyos actos han de ser controlados por el Poder Judicial en orden a su razonabilidad, sin que esto habilite a los jueces para sustituir el criterio administrativo.

Ello, no obstante, es preciso destacar que el obrar de los poderes públicos no puede ser irrazonable o arbitrario, y que no hay actividad de la administración ajena al control judicial de legalidad y razonabilidad. Conteste con dicho principio, la jurisprudencia ha reafirmado que la actuación administrativa debe ser racional y justa, y la circunstancia de que la Administración obre en ejercicio de facultades con mayor margen de discrecionalidad, no constituye justificativo de su conducta arbitraria, pues es precisamente la razonabilidad con que se ejercen tales facultades el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado, y que permite a los jueces, ante planteos concretos de la parte interesada, verificar el cumplimiento de dicho presupuesto (cfr. C.S.J.N., *Fallos*: 304:721; 305:1489; 306:126; y, esta Sala, *in re*: “AMX Argentina S.A. c/ DNCI – Disp. 819/11 – Expte. S01:135711/10”, sent. del 7/05/2013, entre muchos otros).

En este sentido, se ha dicho que lo razonable es lo opuesto a lo arbitrario, y significa, conforme a la razón, justo, moderado, prudente, todo lo cual puede ser resumido con arreglo a lo que dicte el sentido común (conf. Segundo V. Linares Quintana, “Reglas para la interpretación constitucional”, Ed. Plus Ultra, Buenos Aires, 1987, página 122).

También es preciso tener en cuenta, en orden a la extensión y alcance económico de la multa impuesta, que la función judicial no puede reemplazar la acción de los otros poderes, ni asumir sus responsabilidades o sustituirlos en las facultades que a ellos les conciernen, y que –precisamente en el ejercicio de la potestad sancionatoria– se reconoce al órgano competente un razonable margen de apreciación en la graduación de la pena a imponer (conf. Sala III, doctrina, en las causas “Lamaga SRL – TFN 25088-I c/ Dirección General Impositiva”, sent. del 10/04/2008; y “Obras Civiles S.A. – TF 20336-I c/ Dirección General Impositiva”, sent. del 16/04/2008, y sus citas; asimismo, esta Sala *in re* “Jumbo Retail Argentina S.A. c/ DNCI s/ Defensa del Consumidor – Ley 24240 – Art. 45”, causa n° 5.087/20, sent. del 17/09/2021; entre otras).





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
FEDERAL- SALA II

Expte. n° 6747/2021

En efecto, el artículo 47 de la Ley n° 24.240 establece, en lo que aquí importa, que, verificada la existencia de la infracción, el transgresor será sancionado con multa de cien pesos (\$100) hasta cinco millones de pesos (\$5.000.000).

Asimismo, el artículo 49 del mismo cuerpo legal determina los criterios para graduar las sanciones y dispone –en cuanto aquí interesa– que se tendrá en cuenta el perjuicio resultante de la infracción para el consumidor o usuario, la posición en el mercado del infractor, la cuantía del beneficio obtenido, el grado de intencionalidad, la gravedad de los riesgos o de los perjuicios sociales derivados de la infracción y su generalización, la reincidencia y las demás circunstancias relevantes del hecho.

Sobre tales bases, debe ponerse de relieve que la autoridad de aplicación manifestó que para la graduación de la multa impuesta, se tenían en consideración las circunstancias del caso y los elementos indicados por el artículo 49 de la Ley n° 24.240. En particular, tuvo en consideración la posición relevante de la infractora en el mercado, el número de productos en transgresión a la oferta realizada, y, el informe de antecedentes que se encuentra glosado a las actuaciones principales.

Así las cosas, lo cierto es que la autoridad administrativa tuvo en cuenta los parámetros señalados en orden a la graduación de la sanción, sin que la recurrente haya logrado rebatir, de modo eficaz, los fundamentos en que se sustentó la determinación del *quantum* de la multa aplicada. No alcanza, a tal fin, la sola calificación de la sanción como excesiva, arbitraria o desproporcionada, sino que debe demostrarse que, en el caso concreto, la Administración obró con exceso de punición.

En este orden de ideas, la firma COTO se limitó a efectuar –con citas de doctrina– una serie de consideraciones genéricas y abstractas respecto de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, del exceso de punición y de la arbitrariedad, mas sin efectuar referencias concretas acerca de cómo tales cuestiones se configurarían en el caso. Antes bien, las escasas alegaciones postuladas, reivindicando una postura exculpatoria sobre la base de alegar una orfandad argumentativa de parte de la autoridad de aplicación, comportan un mero disentimiento respecto de lo resuelto por la autoridad administrativa, todo lo cual dista de ser catalogado como aquellas críticas concretas y razonadas de lo decidido (arg. art. 265 C.P.C.C.N.; asimismo, esta Sala, *in re* cfr. esta Sala, *in re*



“Banco Santander Río S.A. c/ DNCI s/ defensa del consumidor – Ley 24.240 – art. 45”, causa n° 8.047/18, sent. del 22/09/2020).

En función de las consideraciones precedentes, en atención a la conducta reprochada, el bien jurídico protegido y los montos –mínimo y máximo– previstos para las multas en el artículo 47 de la Ley n° 24.240 (\$100 a \$5.000.000), la sanción impuesta por la suma de PESOS DOSCIENTOS MIL (\$200.000) no sólo respeta los límites legales, sino que, además, no se exhibe como manifiestamente desproporcionada con la trascendencia, magnitud y caracteres del injusto verificado, además de que resulta más cercana al mínimo que al máximo legal.

En tales condiciones, y en tanto la recurrente no ha logrado acreditar el exceso, exorbitancia o desproporción en la cuantía de la multa impuesta, ni que ésta exceda el disvalor de la conducta achacada, se impone desestimar la queja en examen.

XVI.- Que, como corolario de lo expuesto en los considerandos precedentes, cabe señalar que las distintas circunstancias de la causa permiten considerar regular y adecuada la medida adoptada respecto de los hechos constitutivos de la infracción, y carente de apartamiento alguno de la normativa aplicable al caso, por lo que corresponde desestimar el recurso interpuesto por la firma COTO CENTRO INTEGRAL DE COMERCIALIZACIÓN S.A., confirmando la sanción aplicada, con costas a la recurrente vencida. Esto último, procede en tanto no median motivos que justifiquen apartarse del principio general de la derrota, criterio que, por lo demás, es el uniforme y ampliamente seguido en causas análogas a la presente (cfr. art. 68, del C.P.C.C.N.).

XVII.- Que, finalmente, cabe expedirse en torno de la retribución de la profesional interviniente.

A tales efectos, debe tenerse presente que mediante la regulación de honorarios se busca compensar de modo adecuado la tarea desplegada por la profesional que actuó durante la sustanciación de la causa. En dicha tarea, ha de ponderarse la magnitud del trabajo realizado, el grado de responsabilidad asumido, en concordancia con la complejidad de los intereses económicos en juego y la contribución aportada para llegar a la solución definitiva del pleito.

Además, a fin de lograr una retribución equitativa y justa, no resulta conveniente la aplicación automática de los porcentajes previstos en la Ley de Arancel, en la medida en que las cifras a las que se arriba lleven a una evidente e injustificada desproporción con la labor desplegada. Tal proceder, limita la misión del juzgador a un trabajo mecánico sin un verdadero análisis y evaluación de la





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
FEDERAL- SALA II

Expte. n° 6747/2021

tarea encomendada a los abogados, peritos, consultores y otros (cfr. esta Sala, “Seguridad Cono Sur SA c/ PNA – Disp. n° 36/12”, sent. del 4/06/2013 y sus citas).

Por otra parte, cabe también recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que el valor del juicio no es la única base computable para las regulaciones de honorarios, las que deben ajustarse al mérito, naturaleza e importancia de la labor profesional (*Fallos*: 270:388; 296:124; entre otros), debiendo por lo demás asegurarse una suma que comporte una retribución mínima y digna de los trabajos profesionales realizados.

Contempladas estas directivas, en atención a la naturaleza, resultado y monto del litigio –conf. multa impugnada–; considerando el valor, motivo, extensión y calidad jurídica de la labor desarrollada en el marco del recurso tramitado, corresponde regular en la suma de PESOS CIENTO OCHO MIL DOCE (\$108.012) –equivalente a 12 UMAs– los honorarios de la Dra. María Alejandra GUTIÉRREZ, por la dirección letrada y representación del Estado Nacional (conf. arts. 16, 20, 21, 29, 44 inciso a, y concordantes de la Ley n° 27.423, y Acordada n° 12/2022 de la C.S.J.N. sobre fijación del valor del UMA, del 23/05/2022).

El importe del Impuesto al Valor Agregado integra las costas del juicio y deberá adicionarse a los honorarios cuando la profesional acreedora revista la calidad de responsable inscripta en dicho tributo (cfr. esta Sala, “Beccar Varela Emilio – Lobos Rafael Marcelo c/ Colegio Público de Abogados”, sent. del 16/07/1996).

Para el caso de que la profesional no haya denunciado la calidad que inviste frente al IVA, el plazo para el pago del tributo sobre los honorarios regulados correrá a partir de la fecha en que lo haga.

Los honorarios fijados precedentemente deberán ser abonados dentro de los diez (10) días de notificado el presente pronunciamiento (art. 54 de la Ley de Arancel).

En caso de incumplimiento, la acreedora queda facultada para solicitar la intimación de pago para que se cumpla en el plazo de cinco (5) días, bajo apercibimiento de ejecución, la que tramitará por ante la primera instancia del fuero.

Para ello, hágase saber a la presentante que, en virtud de lo normado por la Ley n° 26.685, como así también en razón de lo dispuesto en el punto 2º) de la Acordada n° 6/14 de la CSJN, los documentos electrónicos que surgen del



Sistema de Consulta de Causas del Poder Judicial de la Nación (<http://scw.pjn.gov.ar/scw/home.seam>) tienen la misma eficacia jurídica y valor probatorio que sus equivalentes convencionales; de modo tal que al no resultar necesaria su certificación, deberán ser presentados en la mesa de asignaciones de la Secretaría General de la Cámara para el ingreso del respectivo incidente. Si vencidos los plazos mencionados la interesada no impulsa el proceso en el término de diez (10) días hábiles, las actuaciones se remitirán a la instancia de origen sin más trámite.

Por las razones expuestas, este Tribunal **RESUELVE**: **1º**) desestimar el recurso de apelación interpuesto por la firma COTO CENTRO INTEGRAL DE COMERCIALIZACIÓN S.A. y, en consecuencia, confirmar la disposición nº DI-2019-326-APN-DNDC#MPYT dictada por el Sr. Director Nacional de Defensa del Consumidor; **2º**) imponer las costas a cargo de la recurrente vencida (cfr. artículo 68 del C.P.C.C.N.); y, **3º**) fijar los honorarios de la profesional interviniente de conformidad con la estimación efectuada en el Considerando XVII.

Regístrese, notifíquese –a las partes y al Sr. fiscal general– y, oportunamente, devuélvase.

JOSÉ LUIS LOPEZ CASTIÑEIRA

LUIS M. MÁRQUEZ

MARÍA CLAUDIA CAPUTI





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL.

SALA I

**18100/2021 ASOCIACION CIVIL GENTE DE DERECHO c/
GCBA-LEY 6452 Y OTRO s/AMPARO LEY 16.986. (Juzg. n° 8)**

Buenos Aires, 29 de abril de 2022.-

Y VISTOS; CONSIDERANDO:

El juez Rodolfo Eduardo Facio dijo:

I. Que el dr. Jorge Gabriel Rizzo, en su condición de “Ciudadano Argentino y vecino de la Capital Federal” y de presidente de la “ASOCIACIÓN CIVIL GENTE DE DERECHO (POR LA DEFENSA DE LA REPÚBLICA, LOS DERECHOS CIVILES Y SOCIALES)” [Asociación Civil Gente de Derecho], con el patrocinio letrado de los dres. Juan Pablo Irrera y Lucas Ezequiel Lorenzo, promovió “**Acción de Amparo, Ley 16986 y art. 43 de la Constitución Nacional contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires** [...] con el objeto de que se declare la inconstitucionalidad de los artículos 4 y 7 de la Ley 6452 de la Ciudad de Buenos Aires (B.O. del 29/10/2021), sancionada por la Legislatura de la Ciudad en su sesión del 30/09/21, que modifican los arts. 26 y 37 de la Ley 402 de la Ciudad de Buenos Aires (Texto Consolidado Ley 6347), por cuanto comportan una inexcusable violación del orden jurídico constitucional, vulnerando lo dispuesto por los artículos 1, 5, 18, 31, 75 inciso 30 y 129 de la Constitución Nacional, al quebrantarse principios constitucionales superiores, tales como el respeto al juez natural y el debido proceso, pudiendo generar una severa crisis institucional al avanzar sobre materias que pertenecen, de manera exclusiva, al Congreso de la Nación, procurándose con esta acción la tutela jurisdiccional de los intereses de los abogados que “GENTE DE DERECHO” representa hace ya más de quince años, habiendo sido la agrupación más votada por los matriculados de la Capital Federal en



doce elecciones desde 2006 a la fecha [...]” (escrito del 1 de noviembre de 2021).

II. Que la jueza titular del Juzgado n° 8 resolvió: “1) [Hacer] lugar a la excepción de falta de legitimación procesal del accionante e inexistencia de caso opuesto por el GCBA. En consecuencia, se rechaza la acción de amparo interpuesta, por Asociación Civil Gente de Derecho. 2) Costas por su orden de conformidad con lo dispuesto por el art. 17, ley 16986 y art. 68, -segundo párrafo- del CPCCN), dado el fundamento por el cual se rechaza la acción. 3) El modo en que se resuelve torna insustancial el tratamiento del fondo del asunto” (sentencia del 11 de febrero de 2022).

Para decidir de esa manera, expuso los siguientes fundamentos.

1. “Con la reforma constitucional de 1994 se reconocieron ‘nuevos derechos’ y ‘derechos de incidencia colectiva’, cuestión que se proyecta evidentemente en el ámbito de la legitimación procesal y en lo atinente a los efectos de las sentencias judiciales”.

2. La “legitimación para obrar del accionante” “tiene lugar cuando aquel es la persona especialmente habilitada para asumir tal calidad con referencia a la materia concreta sobre la que versa el proceso [...]; ello, por ser titular de la relación jurídica substancial en que se funda la pretensión, y con prescindencia de la fundabilidad de ésta [...]”.

3. “La pauta a la cual es menester atenerse, como principio, a fin de determinar en cada caso, la existencia o no de legitimación procesal está dada por la titularidad activa o pasiva, de la relación jurídica sustancial controvertida en el pleito”.

4. “Sostuvo el Alto Tribunal que la admisión de acciones directas de inconstitucionalidad como el amparo, la acción de mera certeza o el juicio sumario en materia constitucional; no pueden





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL.

SALA I

**18100/2021 ASOCIACION CIVIL GENTE DE DERECHO c/
GCBA-LEY 6452 Y OTRO s/AMPARO LEY 16.986. (Juzg. n° 8)**

importar el olvido de la exigencia de caso; que tiende a preservar el ejercicio equilibrado de los poderes establecidos por la Ley Fundamental [...] Por lo cual no hay causa cuando se procura la declaración general y directa de inconstitucionalidad de normas o actos de los otros poderes”.

5. “La declaración de inconstitucionalidad de una norma requiere no solo demostrar de qué manera se contraviene la Constitución Nacional, sino probar que ello **causa gravamen en el caso concreto**. Criterio que reiteró la Corte en el precedente “Asociación de Testigos de Jehova”, del 9/8/2005 (C.S. “Fallos”: 328:2993)”.

6. “[E]n fecha 15 de junio de 2010, la Corte Suprema, en lo que aquí interesa, desestimó la legitimación del actor que había invocado la calidad de ciudadano, sin demostrar un perjuicio concreto, por considerarla insuficiente a los fines de impugnar la constitucionalidad de una norma (doctrina de ‘Fallos’ 306: 1125; 307: 2384; entre otros). Aclaró que ello no basta para demostrar la existencia de un interés ‘especial’ o ‘directo’, ‘inmediato’, ‘concreto’ o ‘sustancial’, que permita tener por configurado un ‘caso contencioso’; y agregó que admitir la legitimación en un grado que la identifique con el ‘generalizado interés de todos los ciudadanos en el ejercicio de los poderes de gobierno’, deformaría las atribuciones del Poder Judicial en relación con el Ejecutivo y con la legislatura y lo expondría a la imputación de ejercer el gobierno por medio de medidas cautelares”.

7. “[E]n el presente amparo no se advierte un perjuicio concreto de los intereses de los abogados que ‘Gente de derecho’ dice representar (confr. Doctrina de ‘Fallos’ 322: 528; 324: 2048) sino, como ya se dijo, la accionante pretende la declaración de



inconstitucionalidad de una norma procesal, dictada por la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires; sin acreditar el agravio concreto a sus asociados”.

8. “[L]a cuestión se encuentra en estudio del Alto Tribunal (Expte N° 78500/15), por el conflicto suscitado entre la Cámara Civil y el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad”.

III. Que contra ese pronunciamiento la Asociación Civil Gente de Derecho interpuso recurso de apelación (escrito del 13 de febrero de 2022), que fue concedido “en ambos efectos” (15 de febrero de 2022) y replicado —en cuanto ahora interesa— por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (escrito del 25 de febrero de 2022).

IV. Que las críticas exteriorizadas en el memorial pueden ser sintetizadas de la siguiente manera:

1. “[E]l rechazo por parte de S.S. se exhibe genérico y abstracto en cuanto señala que: *‘Por otra parte, vale recordar que para que la pretensión esgrimida en sede judicial constituya un “caso” o “causa”, se requiere que quien la ejerza sea un sujeto debidamente legitimado, esto es, con interés suficiente para solicitar la protección del derecho que se dice vulnerado (C.S. ‘Fallos’: 324:2381 y 2388)’*. Sin mencionar que se trata de **fallos** dictados en el año 2001, conviene citar lo pertinente de los sumarios para ilustrar cómo son **tergiversados por S.S.**, al sólo efecto de justificar un rechazo genérico, sin aplicación al **CASO** concreto”.

2. “[N]o se puede soslayar el carácter lacónico de la ‘sentencia’, si es que puede predicarse tal carácter a los triviales e injustificados argumentos que pretenden erigirse en una resolución judicial que resuelve en forma definitiva una acción de amparo.

Efectivamente, no puede hablarse de una sentencia ajustada a





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL.

SALA I

**18100/2021 ASOCIACION CIVIL GENTE DE DERECHO c/
GCBA-LEY 6452 Y OTRO s/AMPARO LEY 16.986. (Juzg. n° 8)**

derecho, en tanto acto jurisdiccional válido, por tratarse de un caso de ausencia total de juicio crítico valorativo”.

3. “[N]uestra Constitución en su art. 17 es clara en cuanto determina el requisito ineluctable de que las sentencias se encuentren ‘fundadas en ley’. Asimismo, atento la referencia a la supletoriedad de *‘las disposiciones procesales en vigor’*, por el art. 17 de la ley 16.986, debe tenerse en cuenta que la ‘sentencia’ que aquí se ataca debe cumplir con el requisito del art. 163 inc. 5 del CPCCN, esto es, contener los fundamentos y la aplicación de la Ley, circunstancia ésta que no se satisface con una resolución por demás escueta y carente de fundamentación”.

4. El requisito de fundamentación es indispensable. “[R]esulta ineludible la alusión a la doctrina de la arbitrariedad, creación pretoriana de nuestro Tribunal Supremo, que (en fallos 298:360) ha dicho: *‘El objeto de la doctrina de la arbitrariedad no es corregir en tercera instancia fallos equivocados o que se reputen tales, ni sustituir a los jueces de la causa en cuestiones que por su índole les son privativas, pues sólo se procura cubrir los defectos graves de fundamentación o razonamiento que tornen ilusorio el derecho de defensa y conduzcan a la frustración del derecho federal invocado’*. (El destacado es propio)”.

5. “[U]na resolución como la aquí puesta en crisis constituye una violación total al derecho de defensa en juicio, y el menoscabo absoluto de una garantía constitucional como es la acción de amparo, prevista expedita y rápida ante *todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos* por la misma;



demostrando además un perjuicio claro al adecuado servicio de justicia”.

6. Es “desacertada la interpretación desplegada por la Sra. Jueza al considerar que *“no se advierte un perjuicio concreto de los intereses de los abogados que “‘GENTE DE DERECHO’” dice representar”*.

El artículo 43 de la Constitución Nacional prevé “que: *‘Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines...’*”.

“Sobre este punto y a mayor abundamiento, **basta leer del instrumento constitutivo** oportunamente acompañado, lo relativo a su DENOMINACIÓN, DOMICILIO Y OBJETO SOCIAL, para exhibir el desconocimiento supino del derecho procesal de V.S. En efecto, **“GENTE DE DERECHO”**, se trata de una entidad sin fines de lucro, constituida nada menos que *‘por la defensa de la República, los derechos civiles y sociales’*”.

7. **“Extremos estos que, al comportar un cercenamiento arbitrario del sistema republicano de gobierno, y las garantías esenciales del juez natural, debido proceso, defensa en juicio y plazo razonable de juzgamiento, nos legitima adecuadamente como representantes de un colectivo indudablemente afectado por la ley, a los efectos de ejercer la acción de amparo conforme al art. 43 CN y los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, incorporados a ella con jerarquía suprallegal, en virtud del art. 75 inc. 22 CN.”**

8. **“[L]a aplicación futura de la norma en una situación dada, hace predecible la indudable ocasión de un daño y de las**





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL.

SALA I

**18100/2021 ASOCIACION CIVIL GENTE DE DERECHO c/
GCBA-LEY 6452 Y OTRO s/AMPARO LEY 16.986. (Juzg. n° 8)**

consiguientes acciones judiciales, todo lo cual implica, no sólo un desgaste jurisdiccional innecesario, sino también de tiempo de vida humana de las partes afectadas, que bien se podría evitar con el previo pronunciamiento judicial”.

9. “¿Es preciso —a la luz del art. 43 de la CN y de los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos— tener que encontrarnos frente a la violación de un derecho en un caso concreto y al mismo tiempo tener que interponer la demanda dentro de los quince días hábiles a partir de la fecha en que el acto fue ejecutado o debió producirse (art. 2 inc. e Ley 16.986), para tener habilitada la vía constitucional que aquí se cercena? El cuestionamiento previo evidencia una clar[í]sima incompatibilidad fáctica-normativa, no deseada por nuestros constituyentes”.

10. “La afectación, en el caso particular de los abogados, se encuentra claramente determinada en el propio texto normativo impugnado, hoy vigente”; la ley local impugnada “crea una nueva instancia (la tercera) en los procesos judiciales que tramitan ante la Justicia Nacional Ordinaria con asiento en la Ciudad de Buenos Aires (Civil, Comercial, del Trabajo y Criminal y Correccional), totalizando entonces cuatro instancias (seis en materia penal para el caso de que hubiera debate oral) para que cualquier causa judicial llegue a una sentencia definitiva por la Corte Suprema”.

V. Que, como puede apreciarse, la cuestión sometida al conocimiento de esta sala consiste en determinar si la Asociación Civil Gente de Derecho cuenta con la legitimación activa para demandar como lo hizo.



VI. Que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha enfatizado, en cuanto aquí concierne, las siguientes nociones:

—La necesidad de que quien demanda cuente con legitimación procesal, en tanto constituye un presupuesto necesario para que exista un “caso” —o una “causa”— que deba ser resuelto por el Poder Judicial de la Nación, surge de los artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional, “los cuales, siguiendo lo dispuesto en la sección II del art. III de la ley fundamental norteamericana, encomiendan a los tribunales de la república el conocimiento y decisión de todas las ‘causas’, ‘casos’ o ‘asuntos’ que versen —entre otras cuestiones— sobre puntos regidos por la Constitución” (Fallos: 322:528).

—Al reglamentar el artículo 116 de la Ley Fundamental, el artículo 2° de la ley 27 “expresa que la justicia nacional ‘nunca procede de oficio y sólo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte’ [...]” (ídem).

—“[N]o hay causa ‘cuando se procura la declaración general y directa de inconstitucionalidad de las normas o actos de los otros poderes’; ni, por ende, existe facultad alguna en cabeza del Poder Judicial de la Nación que lo autorice, en tales circunstancias, a formular dichas declaraciones [...]” (ídem).

—“El fundamento último de este criterio es el de salvaguardar el principio constitucional de la división de poderes” (ídem).

VII. Que la mirada referente a la preservación del principio constitucional de la división de poderes ha sido recibida de la Corte Suprema de los Estados Unidos, que la sostiene hasta la actualidad (“*Allen v. Wright*” —468 U. S. 737, 751 (1984)—, “*Raines v. Byrd*” —521 U.S. 811 (1997)— y “*Transunion LLC v. Ramirez*”, sentencia del 25 de junio de 2021 —II, A).





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL.

SALA I

**18100/2021 ASOCIACION CIVIL GENTE DE DERECHO c/
GCBA-LEY 6452 Y OTRO s/AMPARO LEY 16.986. (Juzg. n° 8)**

En ese sentido, aquella corte suprema ha explicado que los tribunales federales no ejercen la supervisión legal general de los otros dos poderes del Estado ni de las entidades privadas, y que únicamente pueden resolver “una controversia real con impacto real en personas reales” (“*Transunion LLC v. Ramirez*”).

VIII. Que en torno a la legitimación que aquí se examina, esta sala, por aplicación de la línea jurisprudencial trazada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha expresado en diversas causas (“*Cámara Unión Argentina de Empresarios de Entretenimiento c/ EN –AFIP s/ proceso de conocimiento*”, pronunciamiento del 6 de abril de 2018, “*CECA Asoc. Civil c/ EN- M° E- Res 100/05 -SAGPA.R 1108 1385 113/04 EX 261850/04 s/ proceso de conocimiento*”, pronunciamiento del 29 de mayo de 2019, y “*Massei, Rubén Ángel y otro c/ EN –ENACOM otros s/ proceso de conocimiento*”, pronunciamiento del 23 de diciembre de 2020):

1. La configuración de un “caso” presupone la existencia de “parte”, esto es la de “quien reclama o se defiende y, por ende, la de quien se beneficia o perjudica con la resolución adoptada al cabo del proceso”; la “parte” debe demostrar que los agravios expresados la afectan de forma “suficientemente directa” o “substancial” (Fallos: 306:1125; 308:2147; 310:606; 333:1212 y 1217), y que hay “caso” cuando “se persigue en concreto la determinación del derecho debatido entre partes adversas” (Fallos: 156:318; 321:1352; 322:528; 326:4931), de modo tal que, asumiendo la justiciabilidad de la controversia, un eventual pronunciamiento favorable al demandante podría reparar el perjuicio concreto, actual e inminente que se invoca (Fallos: 321:1352; 323:1339). Se requiere, por tanto, la demostración de un interés especial en el proceso, que se traduce en que los



agravios alegados afecten a quien acciona de forma “suficientemente directa” o “substancial”, esto es, que posean “concreción e inmediatez” bastante para configurar una controversia definida, concreta, real y sustancial que admita remedio a través de una decisión que no sea sólo una opinión acerca de cuál sería la norma en un estado de hecho hipotético (Fallos: 326:1007).

2. Uno de los presupuestos necesarios para que exista un “caso” (o, dicho con otras palabras, una “causa”), en términos constitucionales y legales, “es la legitimación de la persona que ha promovido la acción (Fallos: 322:528; 323:4098; 339:1223), es decir, que se cumplan las condiciones bajo las cuales esa persona puede presentarse ante los tribunales como una de las partes de la controversia (Fallos: 340:1614, voto del juez Rosenkrantz).

3. La existencia de un “caso”, con arreglo a un tradicional criterio establecido por el Máximo Tribunal, depende que, como integrante del Poder Judicial de la Nación, esta sala se encuentre habilitada “para el ejercicio de la jurisdicción asignada por la Constitución Nacional en su artículo 116 y por la ley 27 en su artículo 2º, por lo que su comprobación es imprescindible (Fallos: 326:3007; 332:111; 339:1223; 340:1614, voto del juez Rosenkrantz).

IX. Que el fiscal general opinó que “en consonancia con lo dictaminado en la causa N° 18.101/2021 y una vez admitida en ella la existencia de un caso judicial a instancias de la legitimación del Colegio Público actor, corresponde declarar inoficioso el tratamiento del recurso de apelación deducido en autos” (dictamen del 25 de marzo de 2022).

X. Que, a mi juicio, el reconocimiento de la legitimación activa al Colegio Público de Abogados de la Capital Federal en la causa n° 18.101/2021 (“Colegio Público de Abogados de la Capital





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL.

SALA I

**18100/2021 ASOCIACION CIVIL GENTE DE DERECHO c/
GCBA-LEY 6452 Y OTRO s/AMPARO LEY 16.986. (Juzg. n° 8)**

Federal c/ GCBA -ley 6452 y otro s/amparo ley 16.986”) no comporta una razón idónea para declarar que resulta inoficioso examinar las objeciones formuladas por la Asociación Civil Gente de Derecho en su recurso de apelación.

XI. Que aquí puede detectarse un “interés concreto, directo e inmediato” exhibido por la Asociación Civil Gente de Derecho, habida cuenta del modo como ha sido constituida, de sus propósitos básicos y de su composición, con arreglo a su estatuto (artículos 1º, 2º y 5º), y del rol preponderante que el Máximo Tribunal ha remarcado en el precedente “*Rizzo, Jorge Gabriel (apoderado Lista 3 Gente de Derecho) s/ acción de amparo c/ Poder Ejecutivo Nacional, ley 26.855, medida cautelar (Expte. N° 3034/13)*” (Fallos: 336:760), en el que, tras poner relieve que “el actor invoca el carácter de apoderado de una agrupación integrada por abogados de la matrícula federal que participa en los procesos de elección de los representantes de ese estamento técnico en el Consejo de la Magistratura”, afirmó que “se encuentra acreditada la existencia de un interés ‘concreto’, ‘directo’ e ‘inmediato’ de su parte en obtener la declaración de inconstitucionalidad de las disposiciones”, y, consecuentemente, reconoció su legitimación activa.

XII. Que desde esa perspectiva debe tenerse en cuenta, decisivamente, que la Asociación Civil Gente de Derecho pretende, concretamente, que se declare la inconstitucionalidad de la ley 6452 sancionada por la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con fundamento en que: (i) la ley “**crea una nueva instancia, inconstitucional e ilegítima, para todos los procesos judiciales que tramitan ante la Justicia Nacional Ordinaria por la cual, previo a**



la presentación del Recurso Extraordinario Federal que prevé el artículo 14 de la Ley 48, debería ocurrirse ante el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires como si se tratara de una instancia superior a las Cámaras Nacionales de Apelaciones”, y “ha cercenado los legítimos derechos de quienes ejercen la profesión de abogados en la Capital Federal, y en última instancia de los justiciables que sean patrocinados por aquellos”; (ii) “Sin convenio con el Gobierno Federal y sin transferencia, en palabras de los constituyentes, mal puede una norma local invadir facultades del Congreso de la Nación (art. 75 inc. 30 CN) pretendiendo apoderarse de competencias que constitucionalmente deben ser transferidas mediante un acuerdo previo”.

XIII. Que, en suma, toda vez que, a partir de la potencial aplicación de la ley local impugnada, se configura nítidamente —como señalé, en el acuerdo de hoy, en la causa n° 18.101/2021— una “controversia real con impacto real en personas reales”, debe hacerse lugar a los agravios ofrecidos por la Asociación Civil Gente de Derecho, revocarse la sentencia apelada y ordenarse que, por medio de quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento siguiendo las pautas aquí enunciadas.

XIV. Que las costas de ambas instancias quedan a cargo del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en tanto resulta vencido (artículo 14 de la ley 16.986).

Las juezas Clara María do Pico y Liliana María Heiland adhieren al voto del juez Rodolfo Eduardo Facio.





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL.

SALA I

**18100/2021 ASOCIACION CIVIL GENTE DE DERECHO c/
GCBA-LEY 6452 Y OTRO s/AMPARO LEY 16.986. (Juzg. n° 8)**

En mérito de las razones expuestas, y habiendo dictaminado el fiscal general, el tribunal **RESUELVE**: 1. Admitir los agravios ofrecidos por la Asociación Civil Gente de Derecho, revocar la sentencia apelada y ordenar que, por medio de quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento siguiendo las pautas aquí enunciadas; 2. Imponer las costas de ambas instancias al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (considerando XIV).

Regístrese, notifíquese —al fiscal general mediante correo electrónico— y devuélvase.





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
FEDERAL- SALA II

//nos Aires, 24 de mayo de 2022.

Y VISTOS: estos autos, caratulados “Banco Supervielle SA c/ Agencia Nacional de Acceso a la Información Pública (RESOL. 263/20, EXPTE. S04 0057473/15, exp. digital 59192291/20) s/proceso de conocimiento”, y

CONSIDERANDO:

1°) Que mediante la [resolución](#) del 14 de octubre de 2021, el Sr. juez de la instancia de origen rechazó la medida de no innovar solicitada por Banco Supervielle S.A., a los efectos que se dispusiera que la Agencia de Acceso a la Información Pública (en adelante, AAIP) se abstuviera de promover la ejecución de la suma correspondiente a la multa aplicada mediante la resolución 263/2020, así como de trabar administrativa o judicialmente medidas de cualquier naturaleza, hasta no existiera una sentencia judicial definitiva sobre la materia involucrada.

Señaló que, con la provisionalidad característica de las consideraciones que se vertían en el marco de pronunciamientos meramente cautelares como el presente, no encontraban reunidos los recaudos que justificarían el dictado de la medida que se solicitaba.

En tal sentido, puntualizó que “... más allá del examen jurídico, tendiente a dilucidar la conformidad o disconformidad del accionar administrativo cuestionado con el ordenamiento legal vigente, lo cierto es que en el supuesto de autos no se advierte, *prima facie*, que se haya logrado acreditar, con el debido sustento la verosimilitud del derecho invocado” (sic).

Precisó que la pretensión esgrimida, revestía una entidad de por sí compleja, sustentada en cuestiones de carácter fáctico-jurídico, sobre las que no cabía pronunciarse en el restringido marco de conocimiento propio de un proceso cautelar.

Afirmó que, asimismo, las consideraciones expuestas precedentemente y las constancias obrantes en las actuaciones administrativas, obstaban a que pudiera encontrarse verificada la existencia de vicios de carácter manifiesto, que tornaran ilegítimos, manifiestamente arbitrarios o irrazonables los actos impugnados (ello, -según aclaró- más allá del análisis que pudiera



efectuarse en la oportunidad procesal correspondiente sobre las cuestiones que aducía la actora como fundamento de su pretensión).

Concluyó que lo señalado era así, en la medida que tal análisis excedía el estrecho marco de conocimiento precautorio y exigía –irremediablemente– incursionar en un ámbito de conocimiento ajeno al presente incidente cautelar, que debía desentrañarse con plena intervención de la contraria en el marco del proceso principal.

Tras recordar que las medidas cautelares no podían ser concedidas cuanto no se había podido demostrar alguno de los requisitos que hacían a su procedencia (verosimilitud en el derecho y peligro en la demora), puso de relieve que, de las constancias obrantes en la causa hasta ese momento, no se observaba que existiera un peligro particularizado y concreto en la demora.

En este aspecto, destacó que el peligro en la demora debía ser concreto e inminente y no meramente conjetural o hipotético.

2°) Que contra dicho pronunciamiento, el 20 de octubre de 2021 la parte actora interpuso recurso de [apelación](#), y presentó el pertinente [memorial](#) el 15 de marzo de 2022.

La demandada [contestó](#) el correspondiente traslado, el 25 de marzo de 2022.

3°) Que el Banco Supervielle S.A. se agravia del rechazo de la medida solicitada.

Recuerda que la Administración pretende aplicar una multa, que tiene naturaleza sancionatoria.

Entiende que, con anterioridad a la efectivización de la sanción, el imputado debe tener la oportunidad de defenderse en el marco de un proceso donde exista la acusación, la defensa, la prueba y la sentencia, ante un órgano imparcial e independiente.

Señala que la verosimilitud del derecho es evidente en el caso, ante la manifiesta ilegalidad del acto impugnado, en tanto se impone una multa, posibilitando que se ejecute la misma antes de que exista sentencia definitiva en la causa, violando así el principio de inocencia.





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
FEDERAL- SALA II

Sostiene que "... se agravia ya que se intenta imponer una multa bajo una notoria ARBITRARIEDAD", y "[s]e viola de forma evidente el DEBIDO PROCESO, ya que se deberían haber analizado en debida forma la prueba ofrecida y argumentos de mi parte" (sic). Recalca que la falta de consideración de los hechos y del derecho, trae aparejado un vicio en el acto emitido, al apartarse de los factores que resultan relevantes a los efectos de sustentar la actuación, configurando de esta forma un accionar arbitrario que lo torna nulo de forma absoluta.

Pone de relieve que resulta claro y evidente que, en el caso, resultan suficientemente acreditados los requisitos del art. 230 del C.P.C.C.N., respecto de la inminente ejecución de una multa impuesta por una resolución que en modo alguno se encuentra firme.

Aclara que la medida cautelar solicitada tiene por objeto suspender el ilegítimo actuar de la parte demandada. al pretender ejecutar una resolución que no se encuentra firme, en clara contraposición a la propia normativa aplicable.

Expone que apuntará las razones por las cuales no cabe sino pronunciarse en favor de la arbitrariedad manifiesta de la pretensión de pago perseguida por la AAIP, mientras que la resolución que impuso la multa no se halle firme.

En orden a la verosimilitud del derecho, manifiesta que si bien no pretende desconocer la ejecutoriedad característica de los actos administrativos, no debe confundirse la firmeza de una resolución, con su ejecutoriedad, ya que existen pronunciamientos judiciales que se pueden ejecutar sin estar firmes.

Plantea que la medida peticionada no tiene por objeto analizar la legitimidad o ilegitimidad de la multa impuesta -lo que oportunamente será debatido y acreditado en la pertinente acción de nulidad- sino simplemente evitar que el organismo demandado ejecute indebidamente la multa hasta tanto la resolución que la impone no se encuentre firme en sede judicial. Aclara que en esta oportunidad, su parte "... únicamente exige que la AAIP adopte su conducta a la mentada norma que regula su accionar" (sic).

Recalca que la presente medida cautelar no tiene por objeto la suspensión de efectos de la resolución sancionatoria,



sino que se trata de una medida de no innovar tendiente a evitar su ejecución, no con fundamento específico en su ilegitimidad.

Insiste en que “[d]e esta manera, la verosimilitud en el derecho viene dada justamente por la imposibilidad de perseguir ese cobro compulsivo y la ilegitimidad de la conducta de la parte demandada sería justamente la pretensión de ejecutar la multa sin encontrarse esta firme, en abierta contradicción a la normativa aplicable al caso y en abierta contradicción incluso, a sus propios actos” (sic).

Añade que, por otra parte, de esta manera se distingue el fundamento de la cautelar del fondo del asunto, de manera de evitar cualquier tipo de prejuizamiento.

Cita jurisprudencia que entiende avala su postulación.

Puntualiza que, “... de esta manera, son claros los términos de la norma citada precedentemente, al establecer que solo será exigible el cobro de la multa (ante la falta de pago) por vía de ejecución fiscal, siendo para ello preciso contar con el testimonio autenticado de la resolución condenatoria firme” (sic); y que, para ello “... es preciso que la resolución adquiriera firmeza, es decir, que trascienda todas las instancias de impugnación, administrativas y judiciales, previstas en el ordenamiento jurídico” (sic). Añade que, por ende, la verosimilitud en el derecho es clara y manifiesta en el *sub examine*, en tanto: “(i) una norma que expresamente indica que únicamente podrá perseguirse el cobro compulsivo de las multas aplicadas por al AAIP una vez que exista una resolución condenatoria firme, (ii) se encuentra pendiente aún la revisión judicial de la sanción aplicada y (iii) existen incluso propios actos de la AAIP en la cual se reconoció la operatividad de la norma antes referida” (sic).

En cuanto al peligro en la demora, alega que contrariamente a lo sostenido por el Sr. juez, en el presente caso dicho peligro es claro, manifiesto y encuentra fundamento en la propia respuesta de la parte demandada al presentar el informe previsto en el artículo 4° de la ley 26.854.

Explicita que, de no hacerse lugar a la presente solicitud, la AAIP podrá ejecutar la resolución sancionatoria (no firme) sin ningún tipo de limitación y en contra de la normativa aplicable al caso,





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
FEDERAL- SALA II

llevando adelante el cobro de la multa impuesta indebidamente, y que aún no han adquirido firmeza, por la vía de la ejecución fiscal, generando perjuicios patrimoniales graves contra su parte y un dispendio jurisdiccional innecesario.

Esgrime que el rechazo de la tutela requerida causa a su parte un daño irreparable, y que existe un peligro inminente que requiere la urgente protección cautelar.

Dice que no debe confundirse una situación de “imposibilidad de pago” con la “existencia de perjuicios graves de imposible reparación ulterior”, como concretamente se ha alegado al momento de petitionar la cautelar. Añade que para poder recuperar el eventual monto que la demandada pretende cobrar compulsivamente, su parte debe (i) impugnar judicialmente la resolución que impuso la multa, (ii) obtener una sentencia firme favorable que declare la nulidad de dicha resolución en un proceso que, sumando todas las instancias posibles, seguramente no durará menos de 5 años, (iii) cuando se obtenga la decisión favorable se deberá iniciar el reclamo de repetición ; (iv) aun cuando se haga lugar al reclamo de repetición, continuará el conflicto respecto si corresponde la aplicación de intereses sobre los importes abonados en concepto de multa, si cuadra incluir los gastos causídicos de la ejecución fiscal; el tipo de tasa de interés aplicable.

Pone de relieve que “... nuestro sistema jurídico no garantiza el reintegro integral de un crédito cuando la contraparte es el Estado Nacional en función de todos los particulares ‘beneficios’ que tanto las normas (como también la jurisprudencia) le han reconocido en detrimento de los derechos de los particulares” (sic).

Recalca que no existirá una reparación integral del perjuicio patrimonial que causará el cobro anticipado de la multa, y, asimismo, que “... están también involucrados otro tipo de derechos que tampoco podrán ser reparados a posteriori, dado que mi mandante tiene el derecho a no ser perseguido hasta tanto no exista resolución condenatoria firme, tal y como se ha explicado al momento de fundar la verosimilitud en el derecho” (sic).

Concluye que, en suma, el peligro en la demora surge (i) del propio accionar de la parte demandada (en cuanto a la intimación de pago efectuada en el presente caso), y (ii) de la propia



contestación de la ANAIP, que sostiene en el punto III.4) de su informe que a su entender ya se encuentra en condiciones de iniciar una ejecución de la multa.

En otro orden de ideas, alega que "... en ningún momento se ha desconocido la existencia de un interés público vinculado al actuar de la AAIP, sino que, por el contrario, se ha sostenido que el dictado de una medida cautelar tendiente a evitar el cobro compulsivo de una multa mientras la misma no se encuentre firme en nada afecta ni el interés público comprometido ni las facultades de fiscalización y control que la AAIP ostenta y válidamente puede seguir ejerciendo sin ningún tipo de restricción en el marco de la medida cautelar Solicitada" (sic).

En relación a la contracautela, solicita que, dadas las particularidades del caso y la reconocida solvencia de su parte, no se le exija aquélla, "... atento a encontrarse en los supuestos del artículo 200 inc. 1 del Código Procesal (ENTIDAD RECONOCIDAMENTE ABONADA)" -sic-.

4°) Que la Agencia de Acceso a la Información Pública, al [contestar](#) el traslado del memorial, replicó los agravios de su contraria, en los términos que surgen de la presentación del 25 de marzo de 2022, a los que cabe remitir en atención a la brevedad.

5°) Que interesa precisar que en los presentes obrados, el Banco Supervielle S.A. promovió una [demanda](#) impugnativa y acción de nulidad contra el acto administrativo dictado por la Agencia de Acceso a la Información Pública, en los términos previstos en el artículo 25 de la ley 19.549, "... con el objeto de que V.S.:

A- Dicte sentencia declarando la nulidad de la Resolución 2020-67759293-APNDNPDP, en tanto, como se advertirá seguidamente, la decisión contiene graves y evidentes vicios por violar la ley aplicable y no respetar formas esenciales todo lo cual lo convierte en un acto administrativo nulo de nulidad absoluta e insanable (artículo 14 inc b de la ley 19.549).

B- En subsidio, se declare la nulidad de la Resolución RESOL-2018-62581407- APN-DNPDP, en tanto que contiene graves y evidentes vicios por resultar falsos los hechos invocados, violar la ley aplicable y no respetar formas esenciales todo lo cual lo convierte





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
FEDERAL- SALA II

en un acto administrativo nulo de nulidad absoluta e insanable” (sic) -ver punto “II.- OBJETO”, de la demanda-.

Añadió que “[e]l objeto consiste en la revocación del acto que agota la vía administrativa RESOL-2020-263-APN-AAIP (en adelante la “Resolución”) dictada el 06 de octubre de 2020 y notificada a mi representada el día 22 de octubre de 2020 (ANEXO II) recaída en el expediente N° EX2020-59192291-APN-DNPDP#AAIP, resultante de la digitalización del expediente CUDAP: EXP-204: 0057473/2015” (sic).

Recalcó que la resolución, que se encontraba suscripta por el director de la AAIP, resolvió rechazar el recurso interpuesto y declararlo inadmisibile, ordenando que se registrara como infractora a su parte.

Manifestó que fue la propia Administración, la que indicó en la RESOL-2018-156 que la resolución podía ser recurrida, mediante recurso jerárquico y/o alzada.

Tras citar lo dispuesto por el art. 40 del decreto 1759/1972, puntualizó que el interés del legislador fue otorgar las máximas garantías sobre las posibilidades de defensa, “... por lo que ahora no puede vulnerar de forma arbitraria los derechos que le asisten a los administrados” (sic).

Sostuvo que, para el hipotético caso que estos argumentos no resultaren suficientes, a continuación se expondría los argumentos de hecho y derecho por los cuales se debería dejar sin efecto “... la multa impuesta por PESOS SEISCIENTOS SESENTA Y DOS MIL SEISCIENTOS (\$ 662.600,00) por haber incurrido en una supuesta infracción leve de PESOS (\$ 10.000,00) y VEINTISEIS (26) infracciones graves de PESOS VEINTICINCO MIL CIEN (\$ 652.600,00) y por ende dejar sin efecto la inscripción en el registro de infractores” (sic).

En dicho marco, peticionó el dictado de una medida cautelar de no innovar que impidiera a la demandada exigir de cualquier modo la pretensión contenida en la resolución relativa a la multa e inscripción en el registro de infractores; así como que la medida comprendiera la inhibición para ejecutar, solicitar medidas cautelares de cualquier naturaleza u obstaculizar la regular actividad de su parte por dicha causa.



Dejó constancia que la finalidad de la tutela requerida, consistía en que la demandada "... se abstenga de promover la ejecución de las sumas que pretende tanto en forma administrativa o judicial, hasta tanto no exista una sentencia judicial definitiva sobre la materia involucrada" -ver punto VIII de la demanda-.

Refirió a los recaudos que hacían a la admisibilidad de la medida peticionada, en los términos que se desprenden del capítulo VIII de la demanda, a los que corresponde remitir en homenaje a la brevedad.

6°) Que en primer lugar corresponde precisar el objeto de la medida cautelar pretendida, toda vez que tal dilucidación condiciona la intensidad de sus requisitos de procedencia, cuya aplicación habrá de revisarse ante esta Alzada.

En este sentido, cabe advertir que la tutela pretendida persigue que no se ejecute la sanción de multa aplicada al actor, al alegar dicha parte que ésta no se encuentra firme; es decir, la única cuestión debatida en este marco cautelar, es la actual posibilidad de ejecutar la sanción.

Siendo ello así, debe precisarse que la disposición DNPDP N° 7/2005 establece en el punto 10 del Anexo II, que "[l]a falta de pago de las multas aplicadas hará exigible su cobro por ejecución fiscal, constituyendo suficiente título ejecutivo el testimonio autenticado de la resolución condenatoria firme" (sic).

En tales condiciones, la petición del actor consiste en obtener una medida de no innovar, ya que reviste un alcance conservatorio del *status quo* para evitar que la sentencia del proceso principal se torne inoficiosa (peligro en la demora) y la ejecución de la multa le ocasione un daño irreversible, o de imposible o muy difícil reparación ulterior –conf. el escrito de inicio, capítulo VIII–.

7°) Que a esta altura cabe recordar que, que la procedencia de las medidas cautelares está subordinada a una estricta apreciación de los requisitos de admisión, los cuales consisten en la apariencia o verosimilitud del derecho invocado por quien las solicita, y el peligro en la demora, que exige la probabilidad de que la tutela jurídica definitiva que el actor aguarda de la sentencia a pronunciarse no pueda, en los hechos, realizarse. Es decir, que a raíz del transcurso del tiempo,





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
FEDERAL- SALA II

los efectos del fallo final resulten prácticamente inoperantes (conf. Sala III, *in re* “Servivave SA c/EN-AFIP-DGI s/amparo ley 16.986”, del 11/8/15, con cita de “Guimajo SRL c/EN-AFIP-DGI s/medida cautelar autónoma”, del 26/4/12).

Con base en lo expuesto corresponde precisar que la verosimilitud en el derecho invocado por la parte actora se sustenta en la facultad que invoca, de diferir el pago de la multa hasta que el acto que la dispuso adquiera firmeza (*fumus non mali iuris*), debiendo señalarse que acerca de este aspecto central, el art. 10 del anexo II de la disposición DNPDP N° 7/2005 exige que el acto debe encontrarse firme como condición para habilitar su ejecutoriedad.

Y en cuanto al aspecto fáctico de la cuestión, cabe señalar que, en las presentes actuaciones, el Banco Supervielle S.A. promovió, como proceso principal, la demanda de impugnación y nulidad de las resoluciones por las que se impuso la multa y se confirmó la misma -ver la reseña formulada en el considerando 5° del presente pronunciamiento-.

En tales condiciones, en lo que concierne al ámbito de conocimiento que corresponde al presente proceso cautelar, la circunstancia apuntada en relación a la promoción de la demanda de nulidad resulta suficiente para considerar que, en principio, no se encuentra firme el acto sancionatorio. Por ende, asiste a la actora -en apariencia- en el derecho que alega.

En sentido concordante se ha expedido esta Sala en una anterior oportunidad, en la que se revocó la resolución de grado que rechazó la medida solicitada por la allí accionante -ver “Telefónica Móviles Argentina SA c/ Agencia de Acceso a la Información Pública-Resol 235/19 s/medida cautelar (autónoma)”, expediente N° 16.280/2021, sentencia del 29 de marzo de 2022-.

También ha señalado este Tribunal, en una causa en la que se debatía análoga cuestión que la presente, pero en la que la medida cautelar peticionada por la allí actora había sido concedida por la instancia de grado y apelada por la AAIM, que “... a lo expuesto, cabe añadir en sentido contrario al sostenido por la recurrente que, en autos se verifica de manera suficiente la verosimilitud en el derecho para diferir el pago de la multa hasta que el acto adquiera firmeza, con base



precisamente en el citado art. 10 del Anexo II de la disposición DNPDP N° 7/2005 que prevé que la falta de pago de las multas aplicadas hará exigible su cobro por ejecución fiscal, constituyendo suficiente título ejecutivo el testimonio autenticado de la resolución condenatoria firme, circunstancia esta última que –por el momento– no se ha configurado” - ver “Telefónica Móviles Argentina SA c/ EN - Agencia de Acceso a la Información Pública s/ medida cautelar (autónoma)”, expte. N° 13.688/2020, sentencia del 30 de abril de 2021-.

8°) Que, por otra parte, el recurrente sostuvo, en relación a la configuración del recaudo del peligro en la demora, que éste se visualizaba si se advertía en forma objetiva en la posibilidad de que la AAIP ejecutara una multa no firme, sin sentencia definitiva. Señaló que “[e]l requisito del peligro en la demora no tiene que ver solamente con el monto en discusión, sino que está relacionado con la imposibilidad o dificultad de reparación del daño” (sic). Añadió que la medida cautelar que solicitaba tenía por finalidad evitar el daño irreversible que la circunstancia apuntada provocaría a su parte -ver escrito de demanda-.

Al respecto, cabe tener por configurado el recaudo del peligro en la demora, a la luz de lo dispuesto por la AAIP mediante la providencia PV-2020-74975179-APN-AAIP, del 3 de noviembre de 2020, dictada en el marco de las actuaciones administrativas (ver el [expediente administrativo](#) acompañado por la demandada, página 58).

Allí se expresa que:

“En el expediente de referencia, la AGENCIA DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA dictó la Resolución AAIP N° 156 del 29 de noviembre de 2018, mediante la cual sancionó a la firma BANCO SUPERVIELLE S.A. aplicándole una multa de PESOS SEISCIENTOS SESENTA Y DOS MIL SEISCIENTOS (\$ 662.600,00), por haber infringido las obligaciones de la Ley N° 26.951 y sus normas reglamentarias y complementarias.

De las constancias obrantes en autos surge que la Resolución AAIP N° 156 del 29 de noviembre de 2018, se encuentra firme toda vez que no resulta ser susceptible de impugnación por recurso administrativo alguno. En virtud de ello y no habiéndose





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
FEDERAL- SALA II

registrado el pago de la multa impuesta, se remiten las actuaciones para su ejecución” -sic-.

La existencia de esta providencia, en el escenario antes descrito (promoción de la demanda impugnatoria) justifica que se tenga por configurado el recaudo del peligro en la demora que se exige para otorgar la tutela anticipada.

A lo que se añade que nada ha dicho la demandada con respecto a encontrarse en trámite un proceso de ejecución judicial que de algún modo conmueva el dictado de la presente.

9°) Que teniendo por cumplidos los extremos que justifican admitir la medida peticionada corresponde determinar el alcance de la presente tutela.

En consecuencia, se ordena a la Agencia de Acceso a la Información Pública (AAIP) que se abstenga de promover la ejecución de la multa impuesta mediante RESOL-2018-156-APN-AAIP. Ello, por el término de seis meses, computado desde la notificación de la presente (arg. art. 5° de la ley 26.854).

10) Que, el actor peticiona que no se le exija contracautela, alegando para ello su acreditada solvencia.

En autos, el contenido económico involucrado en la pretensión cautelar justifica establecer una contracautela real, debiendo recordarse que el fundamento de la caución se vincula con el principio de igualdad de las partes.

Por ello, en el caso, debe ponderarse no solo el alegado alto grado de certeza en el derecho invocado sino también la naturaleza, importancia y trascendencia de la cuestión, así como los valores económicos comprometidos.

En el *sub lite*, dadas las circunstancias del caso, los términos en que es concedida la presente medida cautelar y lo dispuesto por el art. 199 del C.P.C.C.N., corresponde rechazar la petición del actor consistente en que no se establezca contracautela, y fijar prudencialmente como caución real la suma de pesos CIENTO NOVENTA Y OCHO MIL SETECIENTOS OCHENTA (\$ 198.780,00) - equivalente al treinta por ciento del monto de la multa aplicada- que deberá ser prestada en la instancia de origen, sea en dinero efectivo, títulos, valores, bienes embargables o seguro de caución.



11) Que las costas se distribuyen por su orden, en atención a las particularidades del caso (art. 68, segundo párrafo del CPCCN) -ver, en sentido análogo, la causa caratulada “Telefónica Móviles Argentina”, expte. Nro. 16.280/2021 y, más arriba citada-.

Por todo lo expuesto, el Tribunal –por mayoría– RESUELVE: a) admitir el recurso deducido por la parte actora y revocar la resolución apelada; b) en consecuencia, conceder la medida cautelar solicitada, con el alcance dispuesto en el considerando 9° y con la caución establecida en el considerando 10; c) imponer las costas por su orden, en atención a las particularidades del caso (art. 68, 2° párrafo del CPCCN).

Regístrese, notifíquese y gírese.

JOSÉ LUIS LOPEZ CASTIÑEIRA

LUIS MARÍA MÁRQUEZ

MARÍA CLAUDIA CAPUTI
(en disidencia)

La Sra. Jueza María Claudia Caputi dijo:

Que a mi criterio, no hay mérito para alterar lo resuelto en la anterior instancia, en cuanto fue rechazada la petición vinculada a la traba de una medida de no innovar, por la que el Banco Supervielle S.A. propicia que la Agencia de Acceso a la Información Pública (en adelante, AAIP) se abstenga de promover la ejecución de la suma correspondiente a la multa aplicada mediante la resolución 263/2020, o de disponer medidas de análogos efectos, hasta que no recaiga un pronunciamiento judicial definitivo sobre la materia involucrada.

A tal fin hago propios, por compartirlos, los razonamientos del voto (concurrente) del Sr. Juez Rodolfo Eduardo FACIO, en los autos “Telefónica Móviles Arg. SA c/Agencia de Acceso a la Información Pública - Resol. 201/19 s/medida cautelar”, expte. n° 16.281/2021 –de la Sala I de





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
FEDERAL- SALA II

esta Cámara de Apelaciones—, emitido el 5 de abril del año en curso, cuyo texto completo doy por reproducido por motivos de brevedad, y que obra en el siguiente hipervínculo:

[http://scw.pjn.gov.ar/scw/viewer.seam?
id=0b3YAiLJLjbhVj9OFz6EV97UnUn10gLQGdtVdpOml8A
%3D&tipoDoc=sentencia&cid=258902](http://scw.pjn.gov.ar/scw/viewer.seam?id=0b3YAiLJLjbhVj9OFz6EV97UnUn10gLQGdtVdpOml8A%3D&tipoDoc=sentencia&cid=258902)

Por lo cual, concluyo que corresponde desestimar los agravios y confirmar el pronunciamiento apelado, con costas (art. 68, primer párrafo, del código de rito). ASI VOTO.-

MARÍA CLAUDIA CAPUTI





República Argentina - Poder Ejecutivo Nacional
Las Malvinas son argentinas

Dictamen Jurídico

Número:

Referencia: EX-2022-15432602-APN-SE#MEC

SEÑORA SUBSECRETARIA LEGAL
DE LA SECRETARÍA LEGAL Y ADMINISTRATIVA
DEL MINISTERIO DE ECONOMÍA:

Esa Subsecretaría solicitó la intervención de esta Procuración del Tesoro de la Nación a fin de que emita opinión acerca de algunas cuestiones vinculadas con la gestión de Nucleoeléctrica Argentina S.A. (NASA), que fueron objeto de observaciones por parte de la Sindicatura General de la Nación; esto es la conformación de una Unidad de Gestión de Proyectos Nucleares (UGPN) dotada de un régimen de procedimientos especiales, y la validez de la instrucción impartida por el titular de la Secretaría de Energía en una Asamblea de Accionistas de NASA, para la construcción y puesta en Marcha del Proyecto Nacional CANDU.

- I -

ANTECEDENTES

1. En el orden 3 consta la nota N.º NO-2022-00000017-NASA-D#NASA, a través de la cual, el Presidente del Directorio de NASA puso a consideración de este Organismo Asesor dos cuestiones vinculadas con la gestión de la empresa, esto es la conformación de una Unidad de Gestión de Proyectos Nucleares (UGPN) dotada de un régimen de procedimientos especiales; y la validez de la instrucción impartida por el titular de la Secretaría de Energía en una Asamblea de Accionistas de NASA, para la construcción y puesta en Marcha del Proyecto Nacional CANDU.

1.2. Al respecto, la Presidencia del Directorio de NASA dio cuenta de su interpretación con relación a ambos asuntos.

Sobre el primero, indicó que la UGPN es un órgano perteneciente a la estructura societaria de NASA, y que *No existe impedimento normativo alguno para que el H. Directorio de NASA*

diseñe, apruebe y utilice un marco normativo diferenciado para los proyectos que le son encomendados, amparados por la Ley N° 26.566 (B.O. 24-12-09), en la medida en que el procedimiento cuestionado (denominado -OP-06-51 Revisión 9-), fue aprobado tal como se muestra en el Acta de Directorio N.º 827 del 7 de julio de 2021, en los términos de la Ley N.º 19.550 (T.O. por el Dto N.º 841/84, B.O. 30-3-84).

En tal sentido, destacó que de acuerdo con lo previsto por el artículo 10 de la Ley N.º 26.566, los actos cumplidos o que deba realizar NASA para la ejecución de una cuarta central nuclear, se rigen por las normas y principios del derecho privado.

En cuanto al segundo, advirtió que el Secretario de Energía dispone de competencias asignadas normativamente para impartir la instrucción de voto para la construcción y puesta en marcha del Proyecto Nacional CANDU, de manera que así se cumpliría con la exigencia del artículo 15 de la Ley N.º 26.566.

2. En el orden 4 se encuentra la nota N.º NO-2022-13184447-APN-PTN, por la cual el Subprocurador del Tesoro indicó que era necesaria la previa intervención de los servicios jurídicos de NASA y del Ministerio de Economía, y también que debían glosarse los antecedentes del caso.

3.1. En el orden 5, fue incorporado a las actuaciones el Dictamen de la Gerencia de Asuntos Jurídicos y Societarios de NASA, del 14 de febrero de 2022.

3.2. Allí, en coincidencia con la Presidencia del Directorio de NASA, respecto a la primera cuestión, se manifestó que *...la UGPN es un órgano dentro de la estructura societaria de **NASA** (...) y que no ...se advierte impedimento normativo alguno para que el H. Directorio de **NASA** diseñe, apruebe y utilice un marco normativo diferenciado para los proyectos que le son encomendados, amparados por la Ley N° 26.566.*

La aludida Gerencia fundó la afirmación antes transcrita en la facultad que tiene NASA para actuar en el ámbito del derecho privado, en los términos de los artículos 10 de la Ley N.º 26.566 y 2.º del Decreto de Necesidad y Urgencia N.º 1085/06 (B.O. 25-8-06); y puso de resalto que *La gestión de los negocios sociales importa decidir los actos adecuados para la realización de las actividades constitutivas del objeto social...*, dentro del cual se encuentran los cometidos que la Ley N.º 26.566 le encomendó a esa Sociedad.

Con respecto a la segunda cuestión, expresó que el Secretario de Energía es competente para **Entender en la definición de la política nuclear (...) y en particular lo relacionado con la generación de energía nucleoelectrónica** (ver al respecto, Decreto N° 804/2020).

4. En el orden 9, se encuentra el documento donde se detalla el Procedimiento Operativo denominado *OP-06-51 PROCEDIMIENTO DE COMPRAS Y CONTRATACIONES, Revisión 9*, que tiene por objeto *Definir las pautas, las responsabilidades y los niveles de autorización para el proceso de Compras y Contrataciones de la UGPN...*

5. En el orden 11 la Secretaría de Energía remitió las actuaciones a la Dirección General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Economía, poniendo de manifiesto que *...la consulta reviste importante relevancia para la Secretaría de Energía (...) toda vez que versa sobre un plan*

estratégico en el marco de la política nacional energética y la legitimidad de la instrucción que en oportunidad se ha impartido. Es por ello se solicita, en esta instancia, la intervención del Servicio Jurídico Permanente del Ministerio de Economía.

6.1. En el orden 21 se agregó el Dictamen de firma conjunta de la Dirección General de Asuntos Jurídicos y de la Dirección de Asuntos Administrativos y Finanzas Públicas, ambas del Ministerio de Economía, donde se trataron los antecedentes del expediente y efectuaron consideraciones preliminares sobre el alcance de la opinión, haciendo cita de dictámenes de esta Casa.

6.2. Seguidamente, hicieron una reseña normativa, identificaron las competencias de la Secretaría de Energía, y citaron el artículo 1.º de la Ley N.º 26.566, cuyos alcances serán analizados más adelante.

Además, destacaron el alcance del artículo 10 de dicha ley, por el que se excluye la aplicación de las normas o principios de derecho público a los actos realizados o a realizar por NASA para la ejecución de la cuarta central nuclear, según se analizará en los capítulos que siguen.

6.3. En cuanto a las dos cuestiones que motivan la consulta formulada en estas actuaciones, indicaron que *Respecto a las facultades del Directorio de NASA para crear la UNIDAD DE GESTIÓN DE PROYECTOS NUCLEARES y dotarla de procedimientos diferenciados, forzoso es señalar que la competencia de la Empresa se encuentra ceñida a su Decreto de constitución (Decreto N° 1540/94), a los fines de desarrollar la actividad de generación nucleoelectrónica, y de su Estatuto Social que en el Artículo 4º desarrolla su objeto social relativo a "...la producción de energía eléctrica y su comercialización en bloque mediante la utilización de las centrales nucleares... (...) La finalización de las obras y puesta en marcha... como así también la construcción y puesta en marcha de otras Centrales Nucleares..."*.

De allí que, por su competencia sustancial, la creación de la UGPN resulta un acto conducente para el cumplimiento del objeto social de NASA, a la luz de la legislación vigente (Ley N.º 26.566).

En lo que hace a la cuestión de la validez de la instrucción emitida por el titular de la Secretaría de Energía a quienes participaron y votaron en la Asamblea General Ordinaria y Extraordinaria de Accionistas de NASA, del 23 de junio de 2021, en particular en lo referido a la construcción y puesta en marcha del Proyecto Nacional CANDU, el Servicio Jurídico opinó que el Secretario de Energía se ajustó a las normas de atribución de competencias, las que resultan obligatorias. Por lo tanto, esa instrucción es plenamente válida.

7. En el orden 23 obra la intervención de la Subsecretaría Legal del Ministerio de Economía, cuya titular ordenó remitir este expediente a la Procuración del Tesoro.

8. En este estado y con tales antecedentes, las actuaciones fueron giradas a este Organismo Asesor.

1. A los fines del encuadramiento jurídico de los temas en consulta, en primer lugar, debe tenerse presente el artículo 141 del Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN), aprobado por Ley N.º 26.994 (B.O. 8-10-14), que define a las personas jurídicas como *...todos los entes a los cuales el ordenamiento jurídico les confiere aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación.*

1.1. Asimismo, el artículo 143 del citado Código establece que *La persona jurídica tiene una personalidad distinta de la de sus miembros.*

1.2. Por otra parte, el artículo 149 dispone que *La participación del Estado en personas jurídicas privadas no modifica el carácter de éstas. Sin embargo, la ley o el estatuto pueden prever derechos y obligaciones diferenciados, considerando el interés público comprometido en dicha participación.*

1.3. Por último, el artículo 150 expresa que *Las personas jurídicas privadas que se constituyen en la República, se rigen:*

a) *por las normas imperativas de la ley especial o, en su defecto, de este Código;*

b) *por las normas del acto constitutivo con sus modificaciones y de los reglamentos, prevaleciendo las primeras en caso de divergencia...*

2.1. Por su parte, la norma constitutiva de NASA es el Decreto N.º 1540/94 (B.O. 2-9-94), el que en su artículo 1.º establece que *A los fines de la reorganización de las funciones actualmente a cargo de la COMISION NACIONAL DE ENERGIA ATOMICA créase el ENTE NACIONAL REGULADOR NUCLEAR como entidad autárquica en jurisdicción de la PRESIDENCIA DE LA NACION, constitúyese la sociedad NUCLEOELECTRICA ARGENTINA SOCIEDAD ANONIMA (NUCLEOELECTRICA ARGENTINA S.A.) y determínase que la COMISION NACIONAL DE ENERGIA ATOMICA continuará en jurisdicción de la PRESIDENCIA DE LA NACION.*

2.2. Esa misma norma, en su artículo 6.º determina que *la Sociedad cuya constitución se dispone, en los términos del Artículo 1º de este acto, se regirá por este decreto, por sus respectivos Estatutos y por lo previsto en el Capítulo II, Sección V, Artículos 163 a 307 y concordantes de la Ley Nº 19.550 (t. o. 1984).*

3. Es así que, habiéndose señalado que NASA se ajustará a las disposiciones aplicables a las sociedades anónimas, corresponde hacer aplicación de las normas que rigen a estas últimas (en especial, arts. 1.º, 2.º, 163 a 307 y concordantes de la Ley N.º 19.550).

4.1. En lo que respecta específicamente a la actividad de NASA, el artículo 1.º de la Ley N.º 26.566 declara de interés nacional *...las actividades de diseño, construcción, licenciamiento, adquisición de bienes y servicios, montaje, puesta en marcha, marcha de prueba, recepción y puesta en servicio comercial, de una cuarta central de uno o dos módulos de energía de fuente nuclear a construirse en la República Argentina y todos los actos necesarios que permitan concretar la extensión de vida de la Central Nuclear Embalse, encomendando a Nucleoeléctrica Argentina Sociedad Anónima (NASA) la materialización de dos objetivos fijados en el presente artículo.*

4.2. Asimismo, su artículo 10 establece que *Los actos realizados por Nucleoeléctrica Argentina Sociedad Anónima (NASA) necesarios para la total ejecución y puesta en servicio comercial de*

una cuarta central de uno o dos módulos de energía de fuente nuclear y para la extensión de vida de la Central Nuclear Embalse, se regirán por las normas y principios del derecho privado, por lo que no le serán de aplicación las disposiciones de la Ley 19.549 de Procedimientos Administrativos y sus modificatorias y reglamentarias, del Decreto 1023 de fecha 13 de agosto de 2001 y sus modificatorios —Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional— de la Ley 13.064 de Obras Públicas y sus modificatorias, de la Ley 22.016, de la Ley 25.551, de la Ley 25.300, de la Ley 24.493, del Decreto 491 de fecha 12 de marzo de 2002 y sus modificatorios, del Decreto 601 de fecha 11 de abril de 2002, del Decreto 894 de fecha 11 de julio de 2001 y del Decreto 577 de fecha 7 de agosto de 2003 y sus modificatorios, del Decreto 1757 de fecha 5 de septiembre de 1990, de la Ley 18.753, ni, en general, las normas o principios de derecho administrativo, sin perjuicio de los controles que resulten aplicables por imperio de la Ley 24.156 de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional, sus modificatorias y normas reglamentarias.

5. Por otro lado, cabe remitirse a lo previsto en el Organigrama de Aplicación de la Administración Nacional Centralizada, aprobado por el Decreto N.º 50/19 (B.O. 20-12-19) y sus modificatorios (en particular el Decreto N.º 804/20, B.O. 15-10-20).

Allí están fijados los *Objetivos* de la Secretaría de Energía del Ministerio de Economía.

En particular, se observa que es competencia de esa Secretaría *Entender en la definición de la política nuclear, en todo lo relacionado con los usos pacíficos de la energía nuclear o fuentes radiactivas, el ciclo de combustibles, la gestión de residuos radiactivos, el desarrollo e investigación de la actividad nuclear, y en particular lo relacionado con la generación de energía nucleoelectrónica.*

- III -

CONSIDERACIONES PRELIMINARES

1. Previamente, debe destacarse, según reiterada doctrina de esta Casa, que *...la Procuración del Tesoro de la Nación no entra a considerar los aspectos técnicos de las cuestiones planteadas, por resultar ello ajeno a su competencia. Su función asesora se encuentra restringida al análisis de las cuestiones de Derecho y su aplicación al caso concreto, quedando libradas las apreciaciones sobre cuestiones técnicas a la autoridad administrativa con competencia en la materia* (v. Dictámenes 281:57, 319:450, entre otros).

2. En tal sentido, este asesoramiento se limitará al análisis de las cuestiones estrictamente jurídicas, no tratará aspectos técnicos, ni económicos, ni se referirá a cuestiones de oportunidad, mérito o conveniencia, por ser materias ajenas a la competencia de este Organismo Asesor (v. Dictámenes 259:129; 259:132 y 260:264, entre muchos otros).

- IV -

ANÁLISIS

1. Cabe recordar que las cuestiones sobre las que se solicita la opinión de esta Casa son:

a) La primera, respecto a si el Directorio de NASA cuenta con facultades para crear la UGPN y dotarla de procedimientos diferenciados (señalándose el procedimiento denominado *OP-06-51, Revisión 9*, como el procedimiento vigente y sobre el que se hace la consulta concreta), con la finalidad de que dicha Unidad lleve a cabo las acciones que le son encomendadas a NASA en el marco de la Ley N.º 26.566.

b) La segunda, en relación a si la instrucción de voto emitida por el titular de la Secretaría de Energía a quienes participaron en la Asamblea General Ordinaria y Extraordinaria de Accionistas de NASA, el 23 de junio de 2021, en particular, para la construcción y puesta en marcha del Proyecto Nacional CANDU, resulta válida.

Ahora bien, ambos pedidos de asesoramiento, en última instancia, se reducen a identificar si NASA y el Secretario de Energía ejercieron, respectivamente, sus atribuciones según el régimen jurídico aplicable.

2. En cuanto a la capacidad de NASA para constituir la UGPN y establecer un procedimiento diferenciado contrayendo así derechos y obligaciones regidos por el derecho privado para cumplir con las acciones que le fueron encomendadas, deben tenerse en cuenta, en primer lugar, las normas a partir de las cuales se la puede considerar como un sujeto de derecho privado con personalidad jurídica propia; y en segundo, que expresamente recibió un mandato legal para actuar en el ámbito del derecho privado (art. 10 de la Ley N.º 26.566).

La utilización por parte del Estado de técnicas de gestión y normas de derecho privado, en especial allí donde están en juego cuestiones patrimoniales, no es, por cierto, novedosa. La doctrina ha tratado la cuestión en estos términos *...en el ámbito del Derecho patrimonial, la utilización por la Administración de formas y técnicas de Derecho Privado tiene normalmente (...) carácter instrumental*. (García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Editorial Civitas, Madrid, 1986, Cuarta Edición, Tomo I, p. 49).

En ese sentido, y en relación con la cuestión que nos ocupa, se trata de una técnica instrumental a través de la cual el Estado lleva a cabo actividades de interés nacional (art. 1.º de la Ley N.º 26.566); y a ello se adiciona que el origen del mandato para actuar bajo normas del derecho privado deriva expresamente de una ley del Congreso (art. 10 de la Ley N.º 26.566).

Así, no debe pasar inadvertido que el legislador utilizó un tipo innovador, no sólo en el caso de NASA sino también dentro del proceso de reasunción de actividades económicas, encarado en la primera década de este siglo, para dotar de mayor flexibilidad y eficacia al accionar público: el de la sociedad comercial de propiedad del Estado que utiliza formas privadas y aplica derecho privado (Balbín, Carlos F., *Tratado de Derecho Administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 2º edición, 2015, tomo II, págs. 228-229).

Es en este contexto que debe señalarse que los artículos 2.º, 141 y 143 de la Ley de Sociedades (T.O. 1984) brindan el sustento normativo para concebir a las personas jurídicas como entes con personalidad diferenciada de los miembros que la integran y capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones.

De allí que NASA, al poseer capacidad jurídica de derecho privado, no está sujeta a ninguna de las restricciones inherentes a los principios de la permisión expresa o de lo razonablemente

implícito contenido en la norma, a los que debe sujetarse la competencia de los órganos y entes estatales.

En ese orden de ideas, la creación de la UGPN, cómo órgano societario de NASA, se encontró amparada por la Ley N.º 26.566, el Estatuto y las normas de la Ley de Sociedades, por lo que no resulta pasible de reproche jurídico.

3.1. En ese sentido, el ordenamiento jurídico al que queda sujeta NASA fue establecido en el Decreto N.º 1540/94.

En efecto, el artículo 1.º de esa norma dispuso la constitución de la sociedad, y el 6.º su sometimiento a las disposiciones de la Ley de Sociedades.

3.2. El objeto social de NASA se encuentra definido en el artículo 4.º de su Estatuto, que dice *La sociedad tiene por objeto principal la producción de energía eléctrica y su comercialización en bloque (...) como así también la construcción y puesta en marcha de otras Centrales Nucleares. (...) La Sociedad podrá realizar todas aquellas actividades que resulten necesarias o convenientes para el cumplimiento de su objeto social y a tales efectos, tendrá plena capacidad jurídica para adquirir derechos, contraer obligaciones y realizar todos los actos que no le estén prohibidos...* (orden 6, pág. 8).

3.3. Específicamente, la Ley N.º 26.566 encomendó a NASA el cumplimiento de dos objetivos concretos *...el diseño, construcción, licenciamiento, adquisición de bienes y servicios, montaje, puesta en marcha, marcha de prueba, recepción y puesta en servicio comercial, de una cuarta central de uno o dos módulos de energía de fuente nuclear a construirse en la República Argentina y todos los actos necesarios que permitan concretar la extensión de vida de la Central Nuclear Embalse...* (art. 1.º).

3.4. Para cumplir con tales objetivos, NASA se rige por el derecho privado, según lo establece el artículo 10 de la citada Ley N.º 26.566.

3.5. Es entonces que para llevar a cabo los referidos objetivos debe recurrir a su *...plena capacidad jurídica para adquirir derechos, contraer obligaciones y realizar todos los actos que no le estén prohibidos...*, tal como lo indica el estatuto.

Entonces, es posible colegir que, en uso de su capacidad jurídica de derecho privado, NASA dispone de aptitud suficiente para crear una Unidad o estructura interna, así como ciertos procedimientos específicos y propios de la sociedad; tal como ocurrió con el procedimiento OP-06-51 Revisión 9, el que, incluso, fue aprobado por Acta de Reunión de Directorio N.º 827 (v. orden 8, pág. 7), afirmación que no implica pronunciamiento alguno sobre sus términos o su contenido.

3.6. Así las cosas, y con el alcance normativo señalado, especialmente luego de la sanción de la Ley N.º 26.566, la utilización de un procedimiento específico por parte de la UGPN para llevar a cabo actos que hagan al objeto social de NASA, además de posible, es jurídicamente válida, siempre que tales actos se ajusten a las pautas del derecho privado aplicable y a las reglas internas de la sociedad, derivadas del Estatuto y de las restantes normas que pudieran estar involucradas.

En tal sentido, se puede replicar lo opinado por el servicio jurídico del Ministerio de Economía (v. orden 21, Cap. III, apart. 3.1.), en cuanto a que el artículo 4.º del Estatuto Social establece que el objeto social de NASA es *...la producción de energía eléctrica y su comercialización en*

bloque mediante la utilización de las centrales nucleares... (...) La finalización de las obras y puesta en marcha... como así también la construcción y puesta en marcha de otras Centrales Nucleares...

Además, y tal como se refirió en el dictamen de la Gerencia de Asuntos Jurídicos y Societarios de NASA (v. orden 5), se debe considerar que, en los términos del artículo 22 del Estatuto Social *El Directorio tiene los más amplios poderes y atribuciones para la organización y administración de la sociedad, sin otras limitaciones que las que resulten de la ley, el decreto que constituyó esta sociedad, y el presente estatuto (...) y en general, realizar cuantos mas actos se vinculen con el cumplimiento del objeto social* (orden 6, pág. 12).

Al respecto, esa cláusula estatutaria debe ser interpretada conforme a la doctrina especializada, la que ha dicho que *El directorio es el único órgano de funcionamiento necesario y permanente en la sociedad anónima. Sus funciones deben ser, por naturaleza, permanentes e ininterrumpidas ... la latitud y la intensidad de dichas funciones origina la dificultad de enunciarlas y, más aún, de precisarlas ... Esta amplitud de funciones se advierte también en que la noción de “acto de administración” es mucho más amplia en la esfera societaria que en la civil, siendo una de sus facetas la realización de todas las operaciones mediante las cuales se da cumplimiento al objeto social, esto es, una función de gestión operativa integral del patrimonio social* (Muguillo, Roberto A., *Ley de Sociedades Comerciales. Ley 19.550 comentada y concordada*, Bs. As., 2009, Ed. Abeledo Perrot, pág. 391).

En similar sentido se ha señalado que a) *...cuando el directorio determina políticas a seguir en la administración o fija pautas para su conducción, éstas no son las de un directorio en particular, sino las de la propia sociedad por medio del órgano competente para ello. Es que dentro del amplio espectro de acciones que encuadran en la noción de administración, al directorio le competen absolutamente todas las funciones que atañen a la calidad de sujeto de derecho de la sociedad ... f) su función consiste en realizar todos los actos de administración tanto ordinarios como extraordinarios, de la sociedad* (Verón, Alberto Víctor, *Ley General de Sociedades 19.550*, Bs. As., 2015, Ed. Thomson Reuters - La Ley, T. V, págs. 759 y 760).

En ese marco, la utilización de un procedimiento específico por parte de la UGPN para llevar a cabo actos que hagan al objeto social de NASA se fundamenta en que la intervención y operación de la referida Unidad, surge como una forma de NASA de organizar sus procesos, distribuir las competencias internas y eventualmente, disponer de un mecanismo para asignar las responsabilidades que puedan derivarse de alguna decisión.

Ello así, en tanto no se ha puesto en duda que *...la UGPN es un órgano interno dentro de la estructura societaria de NASA* (orden 3, pág. 5), y que su existencia, *per se*, en nada afecta o puede afectar la validez de las eventuales decisiones que pudieran tomarse a través de dicha estructura interna de la sociedad.

4. En cuanto a *la instrucción de voto emitida por la Secretaría de Energía* para actuar tal como se lo hizo, deben tenerse presentes las distintas conceptualizaciones referidas a la competencia.

4.1. Desde antaño esta Procuración del Tesoro ha expresado que la competencia es el *... complejo de funciones atribuido a un órgano administrativo, la medida de la potestad atribuida a cada órgano o, dicho de otro modo, el conjunto de facultades, poderes y atribuciones que*

corresponden a un determinado órgano en relación a los demás (v. Dictámenes 244: 510, con cita de Marienhoff, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, Tomo I, pág. 390, y Dictámenes 319:230).

También, la definió como el ...conjunto de atribuciones y funciones que un órgano o un ente público pueden ejercer legítimamente (Dictámenes 319:230), o bien, la aptitud legal de obrar de los órganos o entes estatales, o la regla que determina las materias que entran en la esfera propia de cada autoridad (Dictámenes 311:244 y 319:230).

El concepto de competencia, tal como se lo identificó, permite determinar el alcance de los cometidos que corresponden a cada órgano o ente de la Administración de acuerdo al ordenamiento jurídico (v. Dictámenes 311:244).

De allí que la asignación de competencias entre los órganos que componen la Administración Pública centralizada y las personas jurídicas públicas estatales que integran la Administración Pública descentralizada, constituye un principio básico de la organización administrativa, en cuanto con ella se lleva a cabo la distribución de tareas o funciones para cumplir con los fines estatales (v. Dictámenes 319:230).

Por ello es que la competencia, en esos términos reviste un carácter objetivo, en tanto requiere de una norma constitucional, legal o reglamentaria que la atribuya, representando a la vez una autorización y una limitación para actuar (v. Dictámenes 306:342; 311:244; y 319:230, entre otros).

En igual sentido, dijo que *Desde una postura iusfilosófica, pero de innegable concreción práctica, se ha partido de una premisa denominada “axioma ontológico de la libertad” que se expresa en la regla según la cual “todo lo que no está prohibido está permitido”, de aplicación tanto para las personas humanas y jurídicas de derecho privado (y ahí se habla de capacidad) como para los órganos y personas jurídicas de derecho público (competencia) (...) (v. Linares, Juan Francisco, “La competencia y los postulados de la permisión”, en Revista Argentina de Derecho Administrativo, Plus Ultra, Buenos Aires, 1971, N° 2, pág. 13 y ss.; ídem en Derecho Administrativo, Astrea, Buenos Aires, 1986, pág. 243 y ss.) (Dictámenes 319:230).*

4.2. Ahora bien, recordadas las características de la competencia establecidas por este Organismo Asesor a través de su doctrina, debe efectuarse un análisis particularizado con respecto a la cuestión traída a análisis, en los términos de los artículos 141, 143 y 149 del CCyCN, la normativa de la Ley de Sociedades (T.O. 1984) y el Decreto N.º 50/19 y sus modificatorios.

De estas normas se desprende que una sociedad anónima cuyo capital esté constituido por acciones cuya titularidad corresponde al Estado, es una persona jurídica con aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación (v. art. 141), con una personería jurídica diferenciada de la de sus miembros (v. art. 143), siendo que la participación del Estado en esta sociedad a través de las acciones que le confieren derechos de voto en la Asamblea de Accionistas, no modifica su carácter de *privada* (v. art. 149). En otras palabras, las personalidades jurídicas del Estado y de NASA, no se confunden en una única personalidad.

Es decir, en el presente caso, tales artículos hacen que NASA tenga capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de sus fines estatutarios, a los que se añaden los que establece la Ley N.º 26.566.

Ello lo realiza con una personalidad jurídica separada de la de los socios que componen la Asamblea de Accionistas, en la cual el Estado Nacional se encuentra representado por la Secretaría de Energía.

Para intervenir en la asamblea, el ordenamiento prevé, incluso, la actuación por medio del mandato (art. 239 de la Ley N.º 19.550), posibilidad que, en el derecho administrativo tiene su equivalente funcional en la *instrucción* -art. 2 del Reglamento de Procedimientos Administrativos Dto. N.º 1759/72 T.O. 2017, B.O. 2-11-2017-(v. orden 7).

Es de esta forma que el Estado Nacional *participa* en NASA, circunstancia que, como se dijo más arriba, en base a las previsiones del CCyCN, no modifica el carácter de persona jurídica de derecho privado de esa sociedad.

4.3. En este estado, corresponde analizar las competencias otorgadas a la Secretaría de Energía por el Decreto N.º 50/19 y sus modificatorios.

Allí se contempla, entre los objetivos de la Secretaría de Energía *Entender en la definición de la política nuclear, en todo lo relacionado con los usos pacíficos de la energía nuclear o fuentes radiactivas, el ciclo de combustibles, la gestión de residuos radiactivos, el desarrollo e investigación de la actividad nuclear, y en particular lo relacionado con la generación de energía nucleoelectrónica.*

Esta Casa tuvo oportunidad de pronunciarse sobre el alcance de los términos que adoptan las normas para atribuir distintos grados de competencias.

Al respecto, el término *entender* significa *Ocuparse directamente de un asunto con responsabilidad primaria* (Dictámenes 240:184).

4.4. Todo lo expuesto indica que las normas que rigen las sociedades comerciales en las que participa el Estado, y las atributivas de competencias otorgadas en favor de la Secretaría de Energía, admiten la posibilidad jurídica de que se confieran instrucciones de voto válidas, tal como lo fue la impartida por el titular del referido órgano a quienes participaron en la Asamblea General Ordinaria y Extraordinaria de Accionistas de NASA, del 23 de junio de 2021, para la construcción y puesta en marcha del Proyecto Nacional CANDU.

- V -

CONCLUSIONES

En razón de todo lo expresado, entiendo que el Directorio de NASA cuenta con atribuciones para crear la UGPN y dotarla de procedimientos diferenciados, a fin de llevar a cabo las acciones que le han sido encomendadas a NASA en el marco de la Ley N.º 26.566; y que la instrucción de voto emitida por el Secretario de Energía a quienes participaron en la Asamblea General Ordinaria y Extraordinaria de Accionistas de NASA, del 23 de junio de 2021, en particular, para la construcción y puesta en marcha del Proyecto Nacional CANDU, ha sido emitida en el marco de su competencia.

Buenos Aires, 20 de agosto de 1996.

Vistos los autos: "Alcántara Díaz Colodrero, Pedro c/
Banco de la Nación Argentina s/ juicios de conocimientos".

Considerando:

1º) Que según consta en autos, el Banco de la Nación Argentina, ante el incumplimiento en el pago de la deuda contraída por un deudor de dicha institución, dispuso -en función de los privilegios y régimen de ejecución especial previsto en el art. 29 de su carta orgánica- subastar un inmueble gravado con preanotación hipotecaria en primer grado a su favor de propiedad del ejecutado. El 28 de enero de 1986 se realizó el remate en el cual el señor Pedro Alcántara Díaz Colodrero resultó adjudicatario del bien subastado. Conforme a lo determinado en las condiciones de la subasta, el actor abonó las sumas correspondientes en concepto de comisión y de seña y a cuenta de precio. El saldo debía integrarse una vez aprobada la subasta.

2º) Que el remate fue oportuna y fundadamente impugnado por el deudor. Por tal motivo, el 19 de mayo de 1986 la entidad bancaria resolvió no aprobar la subasta y restituir al demandante el importe total abonado. Expresó, como fundamento de la decisión, que la liquidación de la deuda no se ajustó a lo pactado y que la intimación efectuada por la sucursal consignó un importe superior al debido. Contra dicho acto interpuso el actor recurso de revocatoria y alzada, los cuales fueron rechazados por la demandada y el Ministerio de Economía, Obras y Servicios Públicos.

3º) Que, ante la situación expuesta, la actora

-//- demandó al Banco de la Nación Argentina reclamando el pago de los daños y perjuicios derivados de la no aprobación dilatada y arbitraria del remate y la restitución doblada de la seña y la comisión abonadas.

La Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, al rechazar el recurso de apelación deducido por la demandante, confirmó el fallo de primera instancia mediante el cual se declaró la caducidad del plazo para demandar y expresó que no es admisible la acción por cobro de pesos o indemnización de daños sin impugnar dentro del plazo del art. 25 de la ley 19.549 la legitimidad del acto administrativo que desestimó la pretensión o cuyo contenido excluye el pago de lo reclamado. Contra dicho pronunciamiento aquélla dedujo el recurso extraordinario de fs. 199/209, que fue parcialmente concedido a fs. 227/228 por estar cuestionado el alcance de una norma de naturaleza federal, como es el art. 25 de la ley de procedimientos administrativos, y denegado en lo relativo a la tacha de arbitrariedad.

4º) Que los agravios planteados por el recurrente, consistentes en la inaplicabilidad del plazo para demandar, previsto en la citada disposición legal por no consistir el objeto de la pretensión entablada en la anulación de actos administrativos sino en la devolución de sumas de dinero y el pago de daños y perjuicios, suscitan cuestión federal, pues se halla en tela de juicio la interpretación y aplicación de la norma federal antes indicada y la decisión de la alzada ha sido contraria al derecho que en ella fundó la

-//-

-//- apelante (art. 14, inc. 3º, ley 48). Por tanto, corresponde habilitar la instancia extraordinaria, sin que el Tribunal se encuentre limitado, al decidir las cuestiones planteadas en autos, por los argumentos de las partes o del a quo (Fallos: 307:1457; 308:647).

Cabe señalar que no corresponde a la Corte pronunciarse sobre los planteos formulados por el apelante con sustento en la tacha de arbitrariedad, si ante la denegatoria del recurso en este aspecto, no dedujo queja alguna (Fallos: 306:1558 y 312:866).

5º) Que los actos administrativos no impugnados judicialmente en el plazo que establece el art. 25 de la ley 19.549, devienen firmes e irrevisables a pedido del interesado debido a la caducidad operada (doctrina de Fallos: 179: 249, especialmente págs. 279/280), razón por la cual, en tal caso, no es admisible la acción por cobro de pesos o el reclamo de los daños y perjuicios basados en el accionar ilícito de la administración.

6º) Que dicha conclusión es una consecuencia lógica de la naturaleza accesoria -en el ámbito del derecho administrativo- de pretensiones como las antes indicadas respecto de la acción de nulidad, en virtud de la presunción de legitimidad que ostentan los actos administrativos (art. 12 de la ley 19.549), por cuyo mérito se presume que toda la actividad de la administración guarda conformidad con el ordenamiento jurídico, presunción que subsiste en tanto no se declare lo contrario por el órgano competente.

Por lo demás, al no mediar declaración de ilegitimidad no puede haber resarcimiento o pago de suma de dinero

-//- alguna pues falta la causa de tales obligaciones.

7º) Que en el caso de autos, al no haberse cuestionado judicialmente en término las resoluciones del Banco de la Nación Argentina y del Ministerio de Economía -que tuvieron por no aprobada la subasta del inmueble en la cual el actor ofreció el precio más alto- ni haberse declarado su ilegitimidad, no es posible demandar, con posterioridad, el pago de los daños y perjuicios, la devolución doblada del monto abonado en concepto de seña y a cuenta de precio y la suma pagada en concepto de comisión.

Una solución contraria importaría un atentado contra la seguridad jurídica, por cuanto implicaría hacer revivir un derecho extinguido y porque la acción deducida constituiría un recurso contra pronunciamientos de la administración firmes por la falta de impugnación adecuada.

Por ello, se declara admisible el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Hágase saber y devuélvase. JULIO S. NAZARENO - EDUARDO MOLINE O'CONNOR - CARLOS S. FAYT - AUGUSTO CESAR BELLUSCIO - ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI - ANTONIO BOGGIANO - GUILLERMO A. F. LOPEZ - GUSTAVO A. BOSSERT - ADOLFO ROBERTO VAZQUEZ.

ES COPIA

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Cuarta
Sentencia núm. 1.112/2021

Fecha de sentencia: 14/09/2021

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 5909/2021

Ratificación de medidas sanitarias

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria

Fecha de Votación y Fallo:

Ponente: Excm. Sra. D.^a María del Pilar Teso Gamella

Procedencia: T.S.J.GALICIA CON/AD SEC.3

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Pilar Molina
López

Transcrito por: dpp

Nota:

Resumen

Ratificación o autorización adoptadas por las autoridades sanitarias que
puedan limitar derechos fundamentales. Pasaporte Covid.

R. CASACION núm.: 5909/2021

Ponente: Excm.a Sra. D.^a María del Pilar Teso Gamella

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Pilar Molina
López

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Cuarta
Sentencia núm. 1112/2021

Excmos. Sres. y Excm.a Sra.

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, presidente

D.^a María del Pilar Teso Gamella

D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo

D. José Luis Requero Ibáñez

D. Rafael Toledano Cantero

En Madrid, a 14 de septiembre de 2021.

Esta Sala ha visto ha visto el recurso de casación núm. 5909/2021, interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Argimiro Vázquez Guillén, en nombre y representación de la Xunta de Galicia, contra el Auto de 20 de agosto de 2021, dictado por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el procedimiento núm. 7559/2021, sobre ratificación de las medidas aprobadas por Orden, de 13 de agosto de 2021, del Consejero de Sanidad de la citada Xunta.

Ha sido parte el Ministerio Fiscal, en defensa de la legalidad.

Ha sido ponente la Excm.a Sra. D.^a María del Pilar Teso Gamella.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por Auto núm. 97/2021, de 20 de agosto, dictado en el procedimiento núm. 7559/2021, sobre ratificación de la medida sanitaria contenida en la Orden del Consejero de Sanidad de 13 de agosto de 2021, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, acordó:

«[...] Denegar la autorización de las medidas consistentes en la exhibición de documentación para el acceso a determinados establecimientos previstas en la Orden de 13 de agosto de 2021 [...].»

SEGUNDO.- Ante esta Sala, en fecha 25 de agosto de 2021, el Procurador de los Tribunales don Argimiro Vázquez Guillén, en nombre y representación de la Xunta de Galicia ha presentado escrito de interposición de recurso de casación contra el citado auto, en el que suplica a la Sala:

«[...] se tenga por presentado este escrito de interposición del recurso de casación, y se admita este recurso, y se continúe con la tramitación del mismo hasta que recaiga Sentencia donde con anulación y casación del Auto recurrida y declaración de la cuestión de interés casacional que instamos en el sentido manifestado en este escrito, se estimen las posiciones y pretensiones instadas por esta representación. [...].»

TERCERO.- Admitido a trámite el recurso, por diligencia de ordenación de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de fecha 1 de septiembre de 2021, se confirió traslado al Ministerio Fiscal para que compareciera y formulara alegaciones y a la parte recurrente para que formulara alegaciones en el plazo común de tres días.

Trámite evacuado por la Xunta de Galicia, mediante escrito presentado el 2 de septiembre de 2021, en el que se refiere a la sucesión de Ordenes de la Consejería, en los términos que ya había advertido en su escrito de interposición, suplicando que se tenga por hecha tal manifestación.

Por su parte, el Ministerio Fiscal, mediante escrito presentado en el Registro General del Tribunal Supremo el día 2 de septiembre de 2021, solicitó a la Sala:

«[...] que procede estimar en los términos ya expresados, el presente recurso de casación. [...]»

CUARTO.- Por diligencia de ordenación, de fecha 7 de septiembre de 2021, se tiene por evacuado el traslado conferido. Y se tiene por personado en el presente recurso de casación al Ministerio Fiscal, con quien se entenderá la presente y las sucesivas diligencias con el modo y forma previsto en la Ley.

Se pasaron las actuaciones a la Magistrada Ponente Excma. Sra. D^a María del Pilar Teso Gamella para resolver lo que proceda en el presente recurso.

QUINTO.- El día 7 de septiembre del 2021 se ha procedido a la deliberación y fallo del presente recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *El objeto del presente recurso de casación*

Mediante la presente casación se impugna el Auto, de 20 de agosto de 2021, dictado por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, que acordó denegar la autorización, según

declara dicho auto al abordar el “ámbito del presente procedimiento”, respecto *“de la solicitud de ratificación de la Orden del Sr. Conselleiro de Sanidade de la Consellería de Sanidade”*, añadiendo, cuando se aborda “el fondo del asunto”, que debe pronunciarse sobre *“si existe base legal para la autorización de las medidas contenidas en la Orden de 13 de agosto”*.

Conviene, antes de nada, que nos detengamos en el contenido de la citada Orden de 13 de agosto de 2021. Esta Orden lo que acuerda es la *“suspensión de la exigencia de exhibición de documentación para el acceso a determinados establecimientos prevista en la Orden de 25 de junio de 2021”* (apartado primero de la parte dispositiva).

Dicha exigencia de presentación de documentación se sustituye por una *“regulación transitoria y provisional”* que se relaciona también en la parte dispositiva de la expresada Orden. En concreto, para los establecimientos de hostelería y restauración, juego y ocio nocturno, se establece, sustancialmente, una limitación de aforos. Además, se hace una *recomendación* sobre el acceso a estos locales, en determinadas zonas, de hostelería y restauración, y de juegos y apuestas, para el uso de la documentación conocida como pasaporte covid, esto es, la exhibición del documento que acredita tener la pauta completa de la vacuna (i), una prueba diagnóstica de infección activa -PDIA- o test de antígenos (ii), y la recuperación de la infección por el SARS-Cov.2 diagnosticada, respecto del periodo comprendido entre el día 11 y 180 (iii).

En fin, la citada Orden de 13 de agosto señala, en el apartado séptimo de la parte dispositiva, que *“la eficacia de la regulación transitoria y provisional (...) se extenderá hasta el momento en el que tenga efectos la Orden de 13 de agosto de 2021”*, en relación con *“lo que se refiere a las medidas de prevención consistentes en la exhibición de documentación para el acceso a determinados establecimientos, que será objeto de publicación, en su caso, una vez que sea autorizada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia”*. Y *“en el caso de no ser autorizada la orden citada, la eficacia de esta regulación transitoria y provisional se mantendrá hasta su sustitución por las*

correspondientes medidas de prevención que establezca la Consellería de Sanidad”

SEGUNDO.- *El origen de la medida sobre la exhibición de la documentación establecida para entrar en determinados establecimientos*

Lo cierto es, como se infiere del fundamento anterior, que la medida preventiva consistente en la exigencia del “pasaporte Covid”, había sido establecida mediante la Orden de la Consejería de Sanidad de 22 de julio de 2021, por la que se prorroga y modifica la Orden de 25 de junio de 2021, por la que se establecen medidas de prevención específicas como consecuencia de la evolución de la situación epidemiológica derivada de la COVID-19 en la Comunidad Autónoma de Galicia, y se modifica la Orden de 1 de julio de 2021 por la que se aprueba el Protocolo para la reactivación del ocio nocturno en el marco de la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19.

La indicada Orden de 22 de julio dispuso que los establecimientos de ocio nocturno (discotecas, pub, cafés-espectáculo, salas de fiesta y salas de conciertos), podrán desarrollar su actividad tanto en el interior como en terraza, siempre que se ubiquen en los términos municipales de los ayuntamientos con nivel de restricción medio o medio-bajo recogidos en las letras C y D del anexo II de la Orden por la que se establecen medidas de prevención específicas como consecuencia de la evolución de la situación epidemiológica derivada de la Covid-19 en la Comunidad Autónoma de Galicia, vigente en cada momento. De modo que dicha medida no puede adoptarse en los ayuntamientos con nivel máximo (A) y alto (B) en los que se mantiene el cierre del interior. Y respecto de la restauración la medida exigida se concreta, en dicha Orden, respecto de los ayuntamientos con nivel de restricción máximo y alto recogidos en las letras A y B, que antes permanecían cerrados.

Se permitirá, por tanto, el acceso al interior de los establecimientos de ocio nocturno en los correspondientes ayuntamientos con esos niveles de restricción (medio y medio-bajo), y la restauración en los niveles de restricción

alto o muy alto, según señala dicha Orden, siempre que se presente o exhiba, el expresado pasaporte covid, es decir, un certificado emitido por el servicio público de salud, en los casos de vacunación o de recuperación de la enfermedad, y, en los demás casos, mediante las pruebas realizadas por un laboratorio oficial autorizado. En concreto, la indicada Orden establece los tres supuestos siguientes:

1º. Que recibieron la pauta completa de una vacuna contra la COVID-19 para la cual se concedió una autorización de comercialización de conformidad con el Reglamento (CE) nº 726/2004.

2º. Que disponen de una prueba diagnóstica de infección activa (PDIA) negativa. En el caso de los tests rápidos de antígenos, deberán estar enumerados en la lista común y actualizada de tests rápidos de antígenos de la COVID-19 establecida sobre la base de la Recomendación nº 2021/C 24/01 del Consejo de Europa. La prueba debe ser realizada en las últimas 72 horas anteriores.

3º. Que el titular se recuperó de una infección por el SARS-CoV-2 diagnosticada y está en el período comprendido entre el día 11 y el 180, ambos incluidos, después de la PDIA positiva.

Teniendo en cuenta que para acreditar la circunstancia del ordinal segundo, además de la presentación de un certificado, se admitirá la exhibición de la comunicación remitida por el servicio público de salud del resultado negativo de la PDIA realizada en las 72 horas anteriores.

A tales efectos se establece que la “exhibición de la información a que se refiere solamente podrá ser solicitada en el momento de acceso. No se conservarán estos datos ni se crearán ficheros con ellos”.

TERCERO.- *La eficacia y la suspensión de las medidas sanitarias*

A tenor de lo expuesto en los anteriores fundamentos, advertimos, por tanto, que la ratificación que se pretendió ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, relativa a la exhibición de determinada documentación para entrar en algunos establecimientos, y que fue denegada en el auto ahora impugnado, se refería a una medida que no había sido impuesta por la Orden de 13 de agosto pasado, pues dicha Orden había suspendido esa medida acordada en una orden anterior. A pesar de esta circunstancia, esta Sala no advierte la concurrencia de objeción procesal relevante que nos impida pronunciarnos sobre el fondo de las cuestiones ahora suscitadas y que ya abordó el auto que se impugna en esta casación.

La explicación de la singular suspensión acordada en la Orden de 13 de agosto se proporciona en su parte final cuando, se señala, que la Sala de instancia ya había dictado dos Autos de fecha 12 de agosto, denegando las medidas cautelarísimas de suspensión de la Orden de 22 de julio de 2021 que prorroga y modifica la Orden de 25 de junio de 2021 y la Orden de 1 de julio de 2021, pero en sus fundamentos, según declara el preámbulo de la Orden de 13 de agosto, se indicaba que *“las medidas referidas a la obligación de presentar un certificado emitido por el Servicio Público de Salud que acredite las circunstancias que se apuntan en relación con la hostelería y restauración (vacunación, recuperación o prueba diagnóstica de infección activa negativa) requerirían de autorización judicial preceptiva (...) por considerarlas como medidas restrictivas de derechos”*. Añadiendo dicho preámbulo que *“por lo expuesto, el tribunal entiende que estas medidas carecen de vigencia en la Comunidad Autónoma de Galicia, por cuanto no se sometieron a autorización a la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia”*.

En definitiva, la Administración consideró que aunque, entre las medidas previstas en la Orden de 22 de julio de 2021, se encontraba la relativa a la exhibición del indicado pasaporte covid, no debía instarse la correspondiente autorización o ratificación judicial. Así es, la medida no se sometió a la ratificación prevista en el artículo 10.8 de la LJCA, porque la

Administración sostenía que esta medida no afectaba a los derechos fundamentales.

Este argumento, sin embargo, resultó desautorizado por la Sala de instancia, en los expresados autos de 12 de agosto, en cuya fundamentación al tiempo que se denegaba la medida cautelarísima de suspensión porque efectivamente las medidas carecían de vigencia hasta que no fueran ratificadas por la Sala de nuestro orden jurisdiccional en Galicia, también se señalaba que la exhibición de un determinado certificado constituye una medida que ha de someterse a la correspondiente autorización o ratificación judicial por afectar a los derechos fundamentales.

De modo que tales antecedentes pudieron llevar a la Administración a entender que debía someter dicha medida a la correspondiente ratificación, aunque fuera, como es el caso, respecto de una Orden posterior que no imponía la exigencia de dicha medida, sino la suspensión de la misma.

Ahora bien, en atención a los indicados antecedentes que pudieron inducir a cierta confusión, se ha de tener en cuenta que el régimen jurídico de este singular procedimiento, contenido en los artículos 10.8, 11.1.i), y 122 quater, ahora en relación con el artículo 87 ter, de nuestra Ley Jurisdiccional, no impide que nos pronunciemos sobre la autorización o ratificación de la medida que se quiere adoptar, cuando se encuentra suspendida la vigencia de la misma. Además, sobre dicha medida ya se ha pronunciado la Sala de instancia en el auto ahora impugnado, y ni la Administración ni el Ministerio Fiscal ponen ningún reparo al respecto. En todo caso conviene no olvidar que en la Orden de 13 de agosto se impone una similar medida como recomendación en algunos supuestos. Y en este tipo de procedimientos sobre la autorización o ratificación de las medidas adoptadas por la Administración sanitaria, vigentes o suspendidas, el tiempo resulta esencial atendidos los graves intereses concernidos, para evitar indeseables y no justificadas, dilaciones, que pudieran también erosionar la tutela judicial efectiva.

Por otro lado, viene al caso recordar, para clarificar esta cuestión, que ya nos hemos pronunciado sobre la eficacia de las medidas sanitarias adoptadas por la Administración y sometidas a la ratificación judicial, prevista en los artículos 10.8 y 11.1.i) de la LJCA, que no pueden ser aplicadas por la Administración antes de que la Sala de lo Contencioso Administrativo correspondiente se pronuncie al respecto.

En este sentido, en los Autos de 20 de mayo de 2021 (recursos de casación n.º 3417, 3425 y 3473 de 2021), hemos declarado que los citados preceptos de nuestra Ley Jurisdiccional exigen la previa autorización o ratificación previa por parte de la Sala de instancia para que tengan eficacia. Quiere esto decir que la medida sanitaria adoptada por la Administración autonómica o estatal no puede desplegar sus efectos antes de que haya sido ratificada judicialmente. En definitiva, la ratificación prevista en esos preceptos no es una convalidación o confirmación por parte del órgano judicial de un acto de la Administración que ya reúne todas las condiciones legalmente requeridas para ser eficaz. No. Estamos ante una medida que no puede ser aplicada durante el tiempo que media entre su adopción por la Administración y el pronunciamiento judicial sobre su autorización o ratificación, resultando irrelevante a tales efectos la suspensión acordada en sede administrativa. Y desde luego queda a salvo la impugnación ordinaria de este tipo de medidas.

Repárese que no tendría ningún sentido diseñar un procedimiento como el que establecen los artículos 10.8 y 11.1.i) de la LJCA, que se justifica por la afectación de los derechos fundamentales y que impone una intensa celeridad por razones de salud pública, si lo que se pretendiera es un mero control ordinario de las actuaciones de la Administración ya perfectas y plenamente eficaces. Recordemos que es la propia Administración promotora de la medida sanitaria quién solicita la ratificación, de modo que no cabe entender que acude al órgano judicial para impugnar su propia medida sanitaria. En fin, se solicita dicha ratificación para alcanzar la eficacia que por sí sola no tiene.

Téngase en cuenta, por lo demás, que sobre los contornos de este procedimiento ya declaramos, en el Auto de 24 de marzo de 2021 (recurso de casación nº 570/2020), que el procedimiento previsto en los artículos 10.8 y 11.1.i) de la LJCA, es un procedimiento de cognición limitada, preferente y sumario, carente de naturaleza contradictoria (sólo intervienen la Administración pública autora de tales medidas y el Ministerio Fiscal), que se incardina en el ámbito de la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, y que tiene por objeto la autorización o ratificación judicial de medidas limitativas de derechos fundamentales, adoptadas por razones de salud pública.

CUARTO.- *Las cuestiones de interés casacional*

Las cuestiones de interés casacional que propone la Administración recurrente son las siguientes:

A) “Las medidas consistentes en la exhibición de documentación para el acceso a determinados establecimientos no necesita de la autorización judicial del artículo 10.8 de la LJCA, lo que implicaría la inadmisión de nuestra petición de autorización judicial por no proceder la misma”.

B) “En caso de no acogerse la anterior tesis, que son susceptibles de ser autorizadas judicialmente las medidas de exhibición de documentación previstas en la orden por acreditarse suficientemente los requisitos de necesidad e idoneidad de acuerdo con el estándar establecido en la STS de 18.8.21, requisitos incumplidos por el auto”.

QUINTO.- *La posición procesal de las partes*

La Administración promotora de la presente casación, la Junta de Galicia, considera que concurre interés casacional para la admisión y estimación del presente recurso de casación, ante la necesidad de un pronunciamiento de esta Sala del Tribunal Supremo sobre si es preciso, o no,

que la medida relativa a la exhibición de determinada documentación para acceder al interior de determinados establecimientos, ocio nocturno y restauración, sea ratificada judicialmente, pues sostiene que la misma no afecta a los derechos fundamentales y, por tanto, no debe ser objeto de ratificación o autorización judicial. Lo que lleva a la Administración, en los términos ya anunciados en el fundamento anterior, a postular la inadmisión que su propio recurso.

Si dicha tesis no prosperara, la Administración recurrente considera que también el recurso tiene interés casacional, pues los términos en los que se establece dicha medida sanitaria, en las ya citadas Órdenes de la Consellería de Salud, no vulneran los derechos fundamentales que se invocan en el auto recurrido sobre la igualdad, la intimidad, y la protección de datos. De modo que, a su juicio, procede la ratificación de la medida, toda vez que se ha justificado sobradamente la concurrencia de los requisitos de proporcionalidad, necesidad e idoneidad, a tenor de la jurisprudencia de esta Sala Tercera.

Por su parte, el Ministerio Fiscal considera que no se produce vulneración de los derechos fundamentales invocados en el auto impugnado y que la medida resulta justificada, por lo que el recurso de casación ha de ser estimado, y la medida ratificada, asumiendo las consideraciones que ya se formularon por el Ministerio Fiscal ante la Sala de instancia.

SEXTO.- *La previa autorización o ratificación judicial*

Respecto de la primera cuestión de interés casacional que se suscita, relativa a la necesidad o no de someter a la autorización o ratificación judicial del artículo 10.8 de la LJCA, la implantación del pasaporte Covid, esta Sala no comparte la tesis que expresa la Administración recurrente, en su escrito de interposición. En efecto, la recurrente considera que no procede solicitar la autorización o ratificación judicial, toda vez que la mera exhibición de determinada documentación para entrar en algunos establecimientos no guarda relación, ni supone afectación alguna, de los derechos fundamentales.

Teniendo en cuenta que los derechos fundamentales que, a tenor del auto que ahora se impugna, se ven afectados, por la medida sanitaria adoptada, son el derecho a la igualdad (artículo 14 de la CE), el derecho a la intimidad (artículo 18.1 de la CE) y el derecho a la protección de datos de la persona (artículo 18.4 de la CE).

Al respecto, debemos adelantar, no obstante, que no podemos considerar prevalentes los citados derechos fundamentales, en la posterior labor de ponderación a que nos referiremos en fundamentos sucesivos, y que ha de enfrentar a esos derechos fundamentales, con otros derechos fundamentales y bienes constitucionalmente protegidos, ahora prevalentes, y que amparan la implantación de la medida examinada. De modo que esta primera aproximación no nos permite concluir que hay una desvinculación total y absoluta de la medida con las restricciones de tales derechos fundamentales, que permita obviar la ratificación judicial, en los términos que sucintamente veremos.

En el caso del derecho a la igualdad (artículo 14 de la CE), la afectación o limitación puede sostenerse en la medida que unos ciudadanos se ven privados del acceso al interior de determinados establecimientos de ocio por no disponer o no querer exhibir la documentación requerida, ni someterse a ninguna prueba. Es decir, por no acreditar haber sido vacunado, haberse realizado las pruebas exigidas, o por no constar que se ha recuperado de la enfermedad. Debemos reparar, a estos efectos, que la vacunación es voluntaria y que por razones médicas puede haber personas que no pueden ser vacunadas.

El derecho a la intimidad (artículo 18.1 de la CE), por su parte, puede resultar concernido, y restringido, en la medida que se considere que la exhibición de dicha documentación está poniendo de manifiesto datos de carácter íntimo, sobre la salud, que se refieren a ese reducto personal y familiar que protege el derecho a la intimidad, aunque únicamente se refiera a poner de manifiesto si ha sido vacunado o no, o se ha pasado la enfermedad.

Por lo que se refiere al derecho a la protección de datos (artículo 18.4 de la CE) que efectivamente protege no sólo los datos íntimos, sino cualquier información relativa a la persona, también podría verse concernido, si entendiéramos que la circunstancia de haberse vacunado, o no, fuera un dato personal, que aunque no pertenezca a la esfera íntima de la persona, sí es un dato relativo a su privacidad, que está especialmente protegido cuando es objeto de tratamiento.

En definitiva, en esta primera e inicial aproximación a la cuestión no podemos descartar su incidencia, luego veremos si es intensa o tenue, sobre los derechos fundamentales que pueden verse limitados por la medida. De modo que no podemos considerar, en este incipiente acercamiento, que la medida adoptada está completa y absolutamente desligada de los derechos fundamentales para soslayar la autorización o ratificación judicial de las medidas que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen limitación o restricción, por leve que sea, de los derechos fundamentales.

Recordemos que el procedimiento previsto en los artículos 10.8, 87 ter y 122 quater, en fin, se refiere la autorización o ratificación judicial de las medidas adoptadas por las autoridades sanitarias que sean urgentes y necesarias para la salud pública y que *“impliquen la limitación o restricción de derechos fundamentales”*. Pues bien, la interpretación sobre la limitación o restricción de tales derechos no puede realizarse en los términos que propone la Administración, pues supondría desnaturalizar la finalidad de dicho procedimiento que se introdujo en nuestra Ley Jurisdiccional tras la reforma por la Ley 3/2020, de 18 de septiembre. La ratificación o autorización judicial únicamente puede obviarse cuando la falta de restricción o limitación de los derechos fundamentales es manifiesta, evidente, ostensible, indiscutible y palmaria.

SÉPTIMO.- *Las normas legales que amparan la medida cuya autorización deniega el auto recurrido*

La cobertura normativa de las medidas que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública, e impliquen limitación o restricción de derechos fundamentales, se encuentra en la legislación sanitaria. En concreto, en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, además en este caso de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de Salud de Galicia. Aunque la Administración, en coherencia con su tesis sobre la desvinculación de la medida respecto de los derechos fundamentales, no haga referencia en la Orden citada a la primera de estas leyes.

Lo cierto es que sobre dicho marco normativo nos hemos pronunciado con reiteración, entre otras, en nuestras Sentencias de 24 de mayo de 2021 (recurso de casación nº 3375/2021) y de 3 de junio de 2021 (recurso de casación nº 3704/2021), al señalar que la restricción o limitación de derechos fundamentales de la referida Sección 1ª no requiere ineluctablemente de cobertura mediante ley orgánica. Según constante jurisprudencia del Tribunal Constitucional, ello sólo es necesario cuando la restricción -o cualquier otra previsión normativa- implica desarrollo del derecho fundamental de que se trate; y «desarrollo» a efectos del artículo 81 de la CE es tanto una regulación de conjunto del derecho fundamental, como cualquier otra regulación que incida en elementos básicos, nucleares o consustanciales del mismo, el respeto al contenido esencial. De modo que la reserva de ley orgánica para las medidas sanitarias que supongan restricción o limitación de algún derecho fundamental de la Sección 1ª sólo opera cuando tales medidas afecten a algún elemento básico, nuclear o consustancial. Y ello, como es obvio, sólo puede verificarse examinando cada medida que prevea la restricción de un derecho fundamental; nunca de antemano según un criterio estandarizado, pretendidamente válido para cualquier derecho, cualquier restricción y cualquier situación.

A pesar del escueto contenido del artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, en coherencia con las demás leyes antes citadas, hemos declarado su suficiencia

como norma de cobertura de las medidas sanitarias que comporten alguna restricción de derechos fundamentales, por más que dicha restricción revista un carácter liviano, como en este caso. En concreto, cuando dispone que “*con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible*”.

Téngase en cuenta, en fin, que lo que se pretende con la medida adoptada es evitar, o limitar, la transmisión de la infección, truncar la propagación de la Covid-19, interrumpir la cadena de contagios, mediante la simple exhibición de la documentación señalada al entrar en el interior de determinados establecimientos, según el nivel de restricción de la zona, según los términos municipales, que se fija en la propia Orden, a las personas que no padecen la infección por el SARS-CoV-2.

OCTAVO.- *Las limitaciones de los derechos fundamentales*

Sabido es que los derechos fundamentales, como cualquier derecho subjetivo, no son absolutos ni ilimitados, como viene declarando el Tribunal Constitucional desde la STC 11/1981, 8 de abril, y ello no sólo por los límites específicos que fija la propia Constitución cuando reconoce algunos de estos derechos y por el respeto a su contenido esencial, sino porque la limitación resulta precisa para permitir su pacífica coexistencia con los demás derechos fundamentales y con los bienes constitucionalmente protegidos que se traducen, en este caso, en una potente presencia del derecho a la vida y a la integridad física, y a la defensa y protección de la salud de los ciudadanos.

Es lo que sucede en este caso, al confrontar la tenue limitación que podría tener la medida examinada sobre los derechos fundamentales a la igualdad (artículo 14), y a la intimidad (artículo 18.1), con el derecho fundamental a la vida (artículo 15), la protección de la salud (artículo 43) en

situaciones de la pandemia como la Covid-19, y con el interés general de todos a sobrevivir en estas gravísimas circunstancias, que avalan la procedencia de la medida que se pretende.

Así es, la medida de exhibición de determinada documentación (certificado de la pauta completa de vacunación, prueba diagnóstica negativa de infección activa (PDIA) o test de antígenos, y certificado de haberse recuperado de la enfermedad desde el día 11 al 180), para la entrada en el interior de determinados establecimientos en los que se produce una gran afluencia de personas, tales como los de ocio nocturno, resulta adecuada y acorde con las exigencias derivadas de protección de la salud, porque se refiere a locales donde la entrada es voluntaria y donde no se realizan actividades esenciales, a los que se tenga la obligación de acudir. No. Las personas pueden emplear su ocio de muy diversa forma, y naturalmente pueden acudir a dichos locales, o no, pueden preferir la terraza, o no, pero si se pretende ir al interior del establecimiento que es un espacio cerrado y normalmente poco ventilado, donde el riesgo de contagio se incrementa, ha de exhibirse la indicada documentación, que proporciona garantía, desde luego no absoluta, de no padecer en ese momento la infección SARS-CoV-2, según los informes que constan en las actuaciones y que más adelante veremos.

La exhibición de la documentación señalada no vulnera el *derecho a la igualdad* pues no se produce discriminación entre aquellos que están vacunados y los que no lo están. Recordemos que la documentación reviste una triple modalidad, que resulta asequible a todos, de modo que quien no quiere mostrar si ha sido o no vacunado, teniendo en cuenta el carácter voluntario de la misma, puede presentar el resultado de la prueba PDIA o el test de antígenos, y desde luego el certificado de recuperación de la Covid-19 si ha pasado la infección.

En todo caso, concurre una justificación objetiva y razonable para permitir o no el acceso al correspondiente establecimiento, según se haya cumplido tal exigencia, pues se trata de la protección de la salud y la vida de las personas, mediante una medida que evita o restringe la propagación de la

pandemia. Teniendo en cuenta, que tales diferencias de trato para ser discriminatorias deben carecer de esa justificación objetiva y razonable, de acuerdo con criterios jurídicos atendibles, al basarse en razones que resulten jurídicamente relevantes, como es el caso cuando las situaciones comparables no resultan homogéneas por sus graves efectos respecto de la salvaguarda del derecho a la vida, a la integridad física y a la protección de la salud.

Por su parte, el *derecho a la intimidad*, que protege ese reducto más reservado de las personas, esa esfera que se pretende mantener ajena a los demás, aparece condicionado a la propia actitud de la persona y el contenido y alcance de la información que se califica de íntima.

Ahora bien, no parece que pueda esgrimirse la prevalencia de este derecho frente al derecho a la vida y a la protección de la salud pública, toda vez que la información sobre si se ha recibido la vacuna o no, en momentos en los que se atraviesa una pandemia, es una pieza básica y esencial para impedir la propagación de la infección por el SARS-CoV-2 y, por tanto, de la preservación de la vida y la salud de todos. Es cierto que se trata de una información médica, pero las connotaciones que impone la situación de pandemia, el carácter masivo de la vacunación y la solidaridad que comporta la protección y ayuda entre todos, devalúa la preeminencia de la intimidad en este caso.

Además, no parece coherente que el derecho a la intimidad deba ceder frente a bienes jurídicamente protegidos como las investigaciones de la inspección tributaria (STC 110/1984, de 26 de noviembre), o la investigación de la paternidad (STC 7/1994, 17 de enero), y sin embargo haya de resultar preferente y prevalente frente a circunstancias tan graves y desoladoras para la vida y la salud pública como las que acarrea la Covid-19.

Conviene tener en cuenta que la única información que se proporciona, según el tipo de documentación que se presente, es si ha recibido la vacuna o no, si tiene en ese momento la infección que provoca la pandemia, y si ya se ha recuperado de la enfermedad. Es cierto, por tanto, que la vacunación no se

dirige a curar la enfermedad de los pacientes, en el ámbito de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, pues es una medida de prevención que actúa sobre personas sanas, o que no padecen la Covid-19, y que pretende impedir, o restringir significativamente, la transmisión de los contagios, para frenar o ralentizar la propagación de la enfermedad, en definitiva, que su incidencia sea la menor posible, lo que se sitúa en la órbita de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública y de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas especiales en materia de salud pública.

En todo caso, el artículo 16.3 de la citada Ley 41/2002, establece una facultad desconocida en otros ámbitos, precisamente cuando se necesita prevenir un riesgo grave para la población, pues señala, respecto del contenido de la historia clínica, que cuando ello sea necesario para la *prevención de un riesgo o peligro grave para la salud de la población, las Administraciones sanitarias a las que se refiere la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, podrán acceder a los datos identificativos de los pacientes por razones epidemiológicas o de protección de la salud pública*, si bien el acceso ha de sujetarse a ciertas cautelas. Sin embargo, ahora de lo que se trata es de exhibir voluntariamente una documentación cuando se pretende entrar en el interior de determinados establecimientos de ocio, no se obliga, por tanto, a proporcionar datos médicos que se contienen sólo en las historias clínicas de los pacientes.

En fin, *el derecho a la protección de los datos* personales pretende garantizar a la persona el control sobre sus propios datos, decidiendo sobre el uso y el destino de los mismos para evitar su tráfico ilícito. Se confiere al titular la facultad de oponerse a su uso, sin su consentimiento, para fines distintos a los que justificaron su obtención. De modo que mediante la regulación de la protección de datos se combaten, por tanto, los peligros y riesgos que se ciernen sobre el almacenamiento y la utilización indiscriminada de datos informáticos de cualquier tipo.

Pues bien, respecto de este derecho fundamental a la protección de datos no se aprecia limitación alguna, cuando lo que se establece, para entrar en el interior de un determinado establecimiento, es la mera *exhibición*, es decir, enseñar o mostrar la documentación en cualquiera de las tres modalidades exigida.

Sin que, desde luego, puedan recogerse los datos de los asistentes a tales locales, ni pueda elaborarse un fichero, ni hacer un tratamiento informático al respecto. Pues nada de esto se permite en la citada Orden que impone la medida. Al contrario, en la misma se advierte que se trata de “la exhibición” de dichos certificados en “el momento de acceso” al local, y expresamente establece una prohibición, pues “no se conservarán esos datos ni se crearán ficheros con ellos”. De modo que no concurre limitación alguna de este derecho fundamental.

Quizá mayor incidencia podría tener la medida sobre el derecho fundamental a la libre circulación de las personas, y sin embargo tal exigencia de exhibición de documentación ha sido implantada, en el seno de la Unión Europea, con carácter general en el Reglamento (UE) 2021/953, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2021, relativo a un marco para la expedición, verificación y aceptación de certificados COVID-19 interoperables de vacunación, de prueba diagnóstica y de recuperación (certificado Covid digital de la UE) a fin de facilitar la libre circulación durante la pandemia Covid-19. En el citado Reglamento se indica que resulta conforme con el Derecho de la Unión que los Estados miembros puedan limitar el derecho fundamental a la libre circulación por motivos de salud pública.

Del mismo modo que medidas similares se han autorizado, incluso con mayor amplitud, en otros países de la UE, como el caso de Francia, tras la Decisión nº 2021-824 DC de 5 de agosto de 2021, del Consejo Constitucional.

En concreto, el expresado Reglamento de la UE citado establece, en el considerando 13, que si bien el presente Reglamento se entiende sin perjuicio de la responsabilidad de los Estados miembros para imponer restricciones a

la libre circulación, de conformidad con el Derecho de la Unión, a fin de limitar la propagación del SARS-CoV-2, debe ayudar a facilitar la supresión gradual de dichas restricciones de modo coordinado siempre que sea posible, de conformidad con la Recomendación (UE) 2020/1475. *Dichas restricciones podrían no aplicarse, en particular, a las personas vacunadas, según el principio de cautela, en la medida en que los datos científicos sobre los efectos de la vacunación son cada vez más accesibles y sistemáticamente concluyentes* en relación con la interrupción de la cadena de transmisión.

NOVENO.- *La justificación de la medida*

Sentado, pues, que el derecho fundamental a la protección de datos no resulta limitado por la medida que se pretende, y que los derechos fundamentales a la igualdad y a la intimidad proyectan una tenue intensidad cuando se enfrentan con la poderosa presencia de los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física, y con la protección de la salud que defiende el interés general de todos a sobrevivir a la Covid-19, nos corresponde seguidamente examinar y concretar, aunque la respuesta ya se infiere de lo expuesto, si la medida exigida resulta necesaria e idónea para conseguir el fin perseguido, en definitiva, si resulta proporcionada. Dicho de otro modo, debemos abordar esa proporcionalidad en sentido amplio, que incluye el juicio de idoneidad sobre si la medida resulta adecuada, idónea y apta para alcanzar el fin que se propone (i), el juicio de necesidad sobre si la medida es la única e imprescindible al no haber otra menos intensa que alcance el mismo resultado (ii), y la proporcionalidad estricta que se concreta en el sacrificio que impone la medida no debe resultar excesivo en relación con el interés que protege dicha actuación (iii).

Conviene recordar que ya declaramos, en nuestra Sentencia de 24 de mayo de 2021 (recurso de casación nº 3375/2021), que el enjuiciamiento, para la autorización o ratificación judicial de las medidas que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública y que puedan comportar alguna limitación o restricción de los derechos fundamentales, debe extenderse también a la justificación de la medida, si es

o no suficiente, y si la limitación pretendida es efectivamente idónea, necesaria y proporcionada.

Antes de nada, debemos descartar el examen de la proporcionalidad en sentido estricto porque, en el presente recurso, no hay discrepancia procesal al respecto, y compartimos, por tanto, la conclusión que expresa la Sala de instancia en el auto impugnado, cuando declara que la afectación de los derechos fundamentales implicados en el caso “podría considerarse que no es de gran entidad -e, incluso, discutible-”, pues se trata de una “mera exhibición momentánea” de la documentación, que se trata de un acceso voluntario “en aras de proteger la salud y la vida, en peligro constante por la agresividad del virus y de sus mutaciones”.

En relación con la idoneidad y necesidad de la misma, es cierto que cuando surge un grave e inminente peligro para la vida de las personas y la protección de la salud pública, cualquier actuación de la Administración ha de ajustarse, ante todo, a los criterios médicos y epidemiológicos que resulten acordes con el estado de la ciencia en cada momento, y que constituyan el medio exacto, cabal y apto para alcanzar la finalidad propuesta, sin que exista en ese momento una alternativa mejor. De modo que las medidas forzosamente ha de ser cambiantes, constantemente adaptadas a la evolución de la pandemia y a los consiguientes criterios científicos. Y sabido es que la vacuna no es un medio para curar la enfermedad pero, como antes señalamos y ahora insistimos, sí es una acción de carácter preventivo que evita o atempera considerablemente la propagación de la pandemia, supone un innegable beneficio para la salud de todos porque disminuye los contagios y las muertes, e impide el colapso hospitalario que puede acarrear la consiguiente desatención de otras enfermedades ajenas a la Covid-19.

La idoneidad de la medida que se postula, sobre la exhibición de la documentación ya citada, gana en concreción cuando descendemos a las características propias de los establecimientos en los que se exige. Así es, en estos lugares de ocio, por su propia naturaleza, a diferencia de otros establecimientos abiertos al público, no permiten el uso constante y

permanente de la mascarilla, que debe necesariamente retirarse para comer y para beber, del mismo modo que resulta difícil mantener en ellos la distancia de seguridad, se suele conversar con un tono de voz más alto, o incluso cantar, lo que favorece la “inhalación de gotas y aerosoles respiratorios emitidos por un contagiado” que es “la principal vía de transmisión del SARS-CoV-2”, según señala el informe del Servicio de Epidemiología de la Dirección General de Salud Pública de la Consellería de Sanidad, avalado por los miembros del Subcomité de Control de Brotes del Comité Clínico que asesora a la citada Consellería.

El citado informe señala que la “transmisión de la Covid-19 entre los vacunados es mucho menor al de los no vacunados, no sólo porque estos tienen un riesgo menor de infectarse, sino porque incluso en caso de infectarse por la Covid-19 la tasa de ataque secundaria de los casos Covid vacunados fue inferior a la tasa de ataque secundaria de los casos Covid no vacunados” Añadiendo que “las personas no vacunadas reducen significativamente su riesgo de infectarse y desarrollar la Covid-19 en el caso de entrar en contacto con un caso Covid que sí está vacunado”.

También reconoce el citado informe, y el informe de la Subdirectora General de Información sobre Salud y Epidemiología, y miembro del Comité Clínico, que la implantación de dicha medida ha servido de medida de fomento de la vacunación y del control epidemiológico de la misma, pues “ha permitido aumentar el control de la enfermedad incentivando la vacunación”, y “los cribados de pruebas diagnósticas entre aquellas personal aún no vacunadas (...) ha favorecido un diagnóstico precoz de casos”.

El contenido de los detallados informes pone de manifiesto, con abundancia de datos científicos al respecto y mediante la identificación de las fuentes de sus aseveraciones, que la única medida eficaz posible, para proceder a la apertura de los locales de ocio, que proporcione un alto nivel de protección para la salud pública, es la implantación del denominado pasaporte covid, pues solo ella puede disminuir considerablemente el riesgo de contagio en dichos establecimientos.

No es preciso, desde luego, que la medida que se postula, impida de modo absoluto cualquier tipo de contagio, es decir, que resulte infalible, pues no existe en el estado actual de la ciencia ese riesgo cero. Pero para la determinación de la idoneidad y necesidad de la medida es bastante que la misma resulte eficaz, apropiada y proporcionada, para alcanzar la finalidad de protección de la vida y la salud que resulte compatible con la realización de la actividad. El beneficio que proporciona la medida, respecto de la reducción significativa de los contagios, es muy superior al sacrificio que comporta la exigencia de presentar la documentación para el acceso al local. En definitiva, no se atisba ninguna medida que resulte más adecuada para salvaguardar la vida y la salud de los ciudadanos, en ese tipo de locales.

Conviene tener en cuenta que la Administración, ya manejó otras opciones, según consta en el informe del Servicio de Epidemiología de la Dirección General de Salud Pública de la Consellería de Sanidad, avalado por los miembros del Subcomité de Control de Brotes del Comité Clínico, que también se valoraron otras medidas como es el caso de “la instalación de medidores de dióxido de carbono (CO₂) para el control de los tiempos de ventilación”.

Desde luego la medida más segura es el cierre de los establecimientos. Sucede, sin embargo, que esta medida de cierre, teniendo en cuenta la evolución de la pandemia en relación con las consideraciones epidemiológicas en el estado actual de la ciencia, y las severas restricciones ya pasadas, podría hacer que el ocio nocturno derive en concentraciones en la vía pública, lo que supondría un grave riesgo para la salud pública de todos, además de los costes económicos y laborales en los sectores afectados.

Pero es que, además, la medida que se postula no se implanta de forma indiscriminada en todo el territorio de la Comunidad Autónoma, haciendo tabla rasa de la diferente incidencia de la pandemia sobre las diferentes zonas del territorio. Al contrario, la Orden establece una suerte de mapa que gradúa la incidencia de la pandemia en cada lugar. Se fijan al efecto diversos niveles

de restricción, según la gravedad de la incidencia de la Covid-19 en los diferentes municipios. Y en cada uno de los cuatro niveles de restricción previstos: máximo, alto, medio y bajo, se incluyen y relacionan, según el anexo de la Orden, los diferentes municipios gallegos que se encuentran en cada nivel.

La medida reviste también un carácter temporal, según “*los principios científicos, las pruebas científicas y la información disponible en cada momento*”. Como es natural, las medidas deben adecuarse, como señalamos, a la realidad necesariamente cambiante, atendida la evolución de la enfermedad y el estado de la ciencia en cada momento. Debiendo mediar la adecuada correspondencia y la necesaria vinculación, entre la realidad sobre la que se actúa, la finalidad que se persigue, y el medio adecuado para su consecución.

La medida, en consecuencia, ha sido justificada respecto de su idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

DÉCIMO.- *El precedente de este Tribunal Supremo*

Cuánto hemos expuesto no se opone, al contrario, reafirma, lo razonado por la Sala de vacaciones en la Sentencia de 18 de agosto de 2021 (recurso de casación nº 5899/2021).

La conclusión que expresa el fallo esta sentencia, al declarar que no había lugar al recurso de casación interpuesto contra el Auto de la Sala de lo Contencioso-administrativo, en Granada, que había denegado la ratificación o autorización judicial de las medidas de las autoridades sanitarias que puedan suponer limitación o restricción de derechos fundamentales, se funda en que la Administración, en ese caso, no había justificado la necesidad de la medida sobre la implantación del denominado pasaporte Covid. Las razones son, según señala la citada Sentencia, que no establece “una duración de la medida que se contempla de forma indefinida y permanente”, que la medida afectaba al “conjunto del territorio de Andalucía, de forma general, aplicable a

toda la población y municipios andaluces con independencia de la tasa de incidencia y sin vinculación a su situación sanitaria y a su evolución”, y que carece de justificación.

De modo que las circunstancias del supuesto examinado en el recurso de casación allí resuelto, y las del que aquí examinamos, en los términos establecidos en los fundamentos anteriores, son muy distintas, como distinta es también la justificación proporcionada en uno y otro caso por la Administración recurrente. Por ello no es de extrañar que nuestra conclusión también sea diferente.

Procede, en consecuencia, haber lugar al recurso de casación interpuesto contra el Auto, de 20 de agosto de 2021, de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, y autorizar o ratificar la medida que se postula.

UNDÉCIMO.- *Las costas procesales*

No procede hacer imposición de las costas procesales de la presente casación.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

1. Que ha lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la Xunta de Galicia, contra el Auto, de 20 de agosto de 2021, de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, que anulamos.

2. Ratificar la Orden de la Consejería de Sanidad de 13 de agosto 2021, en relación con la Orden de 22 de julio de 2021, por la que se prorroga y se modifica la Orden de 25 de junio de 2021, respecto de la exhibición de la documentación exigida para el acceso al interior de determinados establecimientos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

VOTO PARTICULAR que, al amparo de lo dispuesto en el art. 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, formula el Magistrado D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo al disentir respetuosamente de la decisión adoptada por la Sección en la sentencia nº 1112/21, pronunciada el 14 de septiembre de 2021 en el recurso 5909/2021, ello por las siguientes razones:

PRIMERA.- Comparto plenamente la necesidad de autorización judicial de las medidas como las que se pretenden implantar y nada tengo que añadir a los argumentos que para ello se emplean en relación con los derechos de igualdad e intimidad personal.

No obstante, sí quiero poner de relieve dos datos:

1º) que la Sala de vacaciones del Tribunal Supremo dictó Sentencia de 18 de agosto de 2021 (recurso de casación nº 5899/2021), ya valoró también la afectación real de tales derechos fundamentales respecto de una medida igual que se pretendió adoptar en la Comunidad Autónoma de Andalucía y que no fue autorizada por la Sala territorial de Granada;

2º) que no me parece del todo acertada la cita que se hace del Reglamento (UE) 2021/953, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2021, relativo a un marco para la expedición, verificación y aceptación de certificados COVID-19 interoperables de vacunación, de prueba diagnóstica y de recuperación (certificado Covid digital de la UE) a fin de facilitar la libre circulación durante la pandemia Covid-19. Ello porque entiendo que no está valorada en la génesis del Reglamento la posibilidad de que sea empleada la regulación para llegar a justificar, ni siquiera por vía indirecta, otras medidas restrictivas de derechos fundamentales, Así, el Considerando 14 de esa norma general contempla que “El presente Reglamento pretende facilitar la aplicación de los principios de proporcionalidad y no discriminación por lo que se refiere a las restricciones a la libre circulación durante la pandemia de COVID-19, al tiempo que se persigue un alto nivel de protección de la salud pública. No debe entenderse que facilita o fomenta la adopción de restricciones a la libre circulación o restricciones a otros derechos fundamentales, en respuesta a la pandemia de COVID-19, dados sus efectos perjudiciales para los ciudadanos y las empresas de la Unión.”.

SEGUNDA.-Tampoco puedo compartir la posición mayoritaria respecto al nivel de afectación de los derechos fundamentales en juego y, por ende, la validez de la cobertura normativa dada por la administración gallega, que como se dice en su preámbulo, son “el artículo 26 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad; en los artículos 27.2 y 54 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, general de salud pública, y en los artículos 34 a 38.1 de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia.”

A) Considero que la afectación de los derechos de igualdad y a la intimidad es severa, extensa e intensa, y no leve, como se viene a mantener. Así se venía a admitir en la sentencia de la Sala de vacaciones del Tribunal Supremo dictó Sentencia de 18 de agosto de 2021 (recurso de casación nº 5899/2021), sin que esa valoración se altere por dos consideraciones concretas que se aducen para diferenciar los supuestos de ambas resoluciones: porque las medidas no afectan a toda la comunidad autónoma gallega y porque, en este caso, la medida no es indefinida.

Es cierto que el ámbito territorial no es el de toda la Comunidad Autónoma, pero si se repara en los Anexos que se incluyen en las órdenes

que regulan las medidas, no puede dudarse que afectan a muchos de los núcleos de más población y más entidad en ese ámbito territorial (Vigo, Orense, Pontevedra, Villagarcía de Arosa, Oleiros, Carballo, ...).

Además, si comprobamos las citadas Ordenes autonómicas, las medidas afectan a actividades diversas: “Hostelería y restauración”; “Establecimientos de actividades recreativas”; “Parques de atracciones y temáticos”, cuando tengan restauración y hostelería; y, “Establecimientos de ocio y entretenimiento”. No puede tampoco dudarse que todas, con la salvedad de los parques de atracciones y temáticos, son objetiva y socialmente consideradas como de amplia implantación territorial.

En cuanto a su vigencia, dado tampoco concreta ni fija la Orden de 13 de agosto de 2021, habrá que atender a las Ordenes que regulan las medidas. Pues bien, ninguna de ellas fija plazo temporal de vigencia que por ello debe tenerse ahora por indefinida pese a que se vinculen a la evaluación progresiva de sus efectos sobre la situación sanitaria y epidemiológica.

En relación con el derecho a la igualdad, entiendo que se configuran los supuestos de hecho de la norma de manera que se da diferente trato a personas que tienen una misma situación, ello porque: a) se exige certificado de pauta completa de vacunación cuando nadie tiene la obligación de vacunarse; b) se exige certificado de negatividad de prueba diagnóstica cuando nadie está obligado a someterse a esa prueba; y, c) se exige certificado de recuperación cuando no todos han pasado la enfermedad. Y ello no es constitucionalmente posible puesto que la igualdad comporta el trato igual de los iguales, tal y como el TC ha dicho con reiteración, sin que sea necesario hacer cita expresa de sentencias que, de otro lado, la propia administración recurrente mencionaba ya en su solicitud de autorización judicial de las medidas.

Respecto del derecho a la intimidad se admite abiertamente que la medida le afecta puesto que se impone la obligación de revelar datos personales relativos a la intimidad de la persona -identidad y salud- pues

obligan a revelar datos sobre la intimidad -vacunado o no-, sobre la salud -sometido a prueba o no-. Además, ello se hace con una concreta finalidad, la de controlar y limitar el acceso a personas a determinados locales, cuando no ni tan siquiera existe una norma legal que de manera expresa habilite la exigencia de esa medida limitativa e invasiva de derechos fundamentales, al modo de la exigencia del DNI para el control de acceso de menores de edad y evitar el consumo de bebidas alcohólicas, permitida por la Ley 11/2010, de 17 de diciembre, de prevención del consumo de bebidas alcohólicas en menores de edad.

B) Sobre tal base y por lo ya dicho en esa precedente sentencia, la medida tiene una proyección intensa sobre los derechos fundamentales en juego, percutiendo restrictivamente sobre sus elementos básicos, razón por la que, siendo el criterio reiterado en todas las sentencias dictadas en esta materia, como serían las STS de 24 de mayo de 2021 (R. CASACION 3375/2021) y de 3 de junio de 2021 (R. CASACION 3704/2021), por lo que su implantación requería de una ley orgánica, como es la LO 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, siguiendo la doctrina que esas sentencias de la Sala establecen. Pero, como ha quedado apuntado, las Ordenes iniciales que regulaban esas medidas no se dictan con el amparo normativo de la LO 3/1986, de 14 de abril, sin que ello pueda suscitar duda alguna por su tenor literal y por reconocerlo expresamente la propia Administración gallega.

TERCERA.- Finalmente, situado en el plano teórico de existencia de cobertura legal, tampoco comparto la decisión que adopta el sentir mayoritario respecto de la necesidad de las medidas, juicio que ya fue rechazado por la Sala territorial de Galicia.

La sentencia parte de afirmar que debemos abordar el examen de la proporcionalidad de la medida en sentido amplio (juicio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad estricta) y, en este caso concreto, admitida la proporcionalidad estricta por la Sala territorial, habría que pronunciarse solo sobre (i) el juicio de idoneidad, sobre si la medida resulta adecuada, idónea y

apta para alcanzar el fin que se propone, y (ii) el juicio de necesidad, sobre si la medida es la única e imprescindible al no haber otra menos intensa que alcance el mismo resultado. Y concluye que sí. Parte de que “el contenido de los detallados informes pone de manifiesto, con abundancia de datos científicos al respecto y mediante la identificación de las fuentes de sus aseveraciones, que la única medida eficaz posible, para proceder a la apertura de la hostelería, restauración y ocio nocturno, que proporcione un alto nivel de protección para la salud pública, es la implantación del denominado pasaporte Covid, pues solo ella puede disminuir considerablemente el riesgo de contagio en dichos establecimientos”.

Con esta afirmación se parte de una premisa absoluta que no comparto: que es necesaria la apertura de tales locales y que esa apertura no puede acordarse sin esas medidas. Y no la comparto porque no la considero admisible cuando es un dato objetivo y contrastable que otros territorios de España con mayor incidencia no lo consideran así ya que no han adoptado estas medidas. Además, también es comprobable objetivamente que otras comunidades autónomas han adoptado medidas de apertura progresivas. Finalmente, no se justifica que las medidas pretendidas sean las únicas posibles para conjugar los derechos en juego pues es patente que eran posibles otras que permitirían aperturas por aforos como el régimen transitorio que implanta la Orden de 13 de agosto de 2021. Nada de esto fue valorado y analizado por la administración gallega.

La justificación pasa por acreditar que las medidas propuestas son indispensables y necesarias para salvaguardar la salud pública. Por ello el llamado juicio de necesidad exige un análisis sobre si la medida es la única e imprescindible al no haber otra menos intensa que alcance el mismo resultado. Y no considero que los argumentos dados no son suficientes para rechazar la correcta y expresa ponderación de la Sala territorial de Galicia en la letra b) del punto 3 de su fundamento de Derecho quinto, sobre todo si reparamos en que se maximizan medidas que percuten en derechos fundamentales sin justificar que sea imposible la adopción de otras que no lo hagan, aunque afecten a la actividad económica de las empresas titulares de los establecimientos afectados. Reitero que no se justifica por la administración gallega que no se pueda o no se deba mantener el cierre para preservar la salud pública cuando

abiertamente se reconoce la efectividad tal medida, o que en la línea de una mayor apertura no se puedan fijar medidas menos intensas para el desenvolvimiento de la actividad económica y para hacerla compatible con la lucha contra los efectos de la pandemia, al estilo de las medidas transitorias que incorpora la Orden de 13 de agosto de 2021. Esta es la prueba palpable de que existían otras medidas posibles, como lo es que posteriormente ha sido dictada y publicada la Orden de 20 de agosto de 2021 que establece un diferente régimen transitorio.

Desde luego, no me parece acertado tratar de justificar, aunque sea incidentalmente, las medidas porque el cierre de los establecimientos “podría hacer que el ocio nocturno derive en concentraciones en la vía pública, lo que supondría un grave riesgo para la salud pública de todos, además de los costes económicos y laborales en los sectores afectados.”

CUARTA.- Partiendo de todo ello, la Sala debió desestimar el recurso de casación y confirmar el Auto de la Sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Galicia.

Madrid, a 14 de septiembre de 2021.



Escuela del Cuerpo de
Abogados del Estado



Procuración del Tesoro
Argentina