



BOLETÍN JURÍDICO N° 5

SUMARIO

01 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

- **DERECHO FUNDAMENTAL DE LA PERSONA HUMANA A LA NACIONALIDAD.** Condición de apátrida. Imposibilidad de gozar de derechos civiles y políticos. Extrema vulnerabilidad. Violación del principio de igualdad y no discriminación. Acto denegatorio de inscripción de nacimiento. Invocación de un régimen jurídico inaplicable. Violación del derecho a la nacionalidad. No reconocimiento de personalidad jurídica ni del nombre. Violación de los derechos del niño.

CASO DE LAS NIÑAS YEAN Y BOSICO VS. REPÚBLICA DOMINICANA, sentencia de 8 de septiembre de 2005.

02 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

- 2.1. **DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA.** Función administrativa. Ente público no estatal. Obligación del CPACF de suministrar información contable y presupuestaria. Principio de máxima divulgación. Legitimación activa amplia. Inexistencia de excepción legal. Amparo. Procedencia.

CSJN, "Mihura Estrada, Ricardo y otros c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/amparo ley 16.986" de 18 de marzo de 2021 (remisión al dictamen del Procurador Fiscal, V. Abramovich).

- 2.2. **DERECHO A TRANSITAR Y CIRCULAR LIBREMENTE.** Restricción. Alcance. Compatibilidad con otros derechos. Revisión judicial de la intervención sobre derechos. Facultades de las provincias para establecer medidas de prevención frente a la emergencia sanitaria. Condiciones. Temporalidad. Legalidad. Razonabilidad. Necesidad. Proporcionalidad. Limitación irrazonable al derecho de acompañar a un familiar enfermo. Frustración de la sustancia del derecho humano implicado. **MEDIDA CAUTELAR INNOVATIVA.** Requisitos de procedencia. Habilita el ingreso a territorio provincial. Aislamiento. Domicilio familiar.

CSJN, Ibarrola, Romina Natalia c/ Formosa, Provincia de s/ acción declarativa de certeza de 12 de marzo de 2021.

2.3. PROTECCIÓN AMBIENTAL. Competencia. El ambiente como bien colectivo, de pertenencia comunitaria, de uso común e indivisible. El agua como soporte vital e inescindible del ambiente. Paradigma eco-céntrico o sistémico. Obra sobre recursos hídricos que nacen y concluyen dentro del territorio de la provincia. Ámbito de competencias del Estado Nacional y las provincias. Artículos 41 y 124 de la Constitución Nacional. Competencia de autoridades nacionales. La titularidad de los recursos naturales que contempla el art. 124 de la Constitución Nacional a favor de las provincias no impide ni obstaculiza el ejercicio de competencias del Estado Nacional en materia ambiental -máxime si se encuentran en juego los presupuestos mínimos- cuando se trata de un recurso interjurisdiccional.

CSJN, Corrientes, Provincia de c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad, de 11 de marzo de 2021.

2.4. DERECHO TRIBUTARIO. AFIP. Determinación de oficio de impuesto a las ganancias. Renta gravada. Ganancias indirectas gravadas.

CSJN, Montero, Abelardo c/ Dirección General Impositiva s/ recurso directo de organismo externo, de 25 de febrero de 2021.

2.5 .PODER DE POLICÍA DE SALUBRIDAD. Facultades concurrentes. Derecho a la salud. El hombre como eje y centro de todo el sistema jurídico. Tutela del derecho a la salud como manda consagrada en la CN y los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional (art. 75 inciso 22). Principio de proporcionalidad. La medida legislativa restrictiva de la publicidad de tabaco no es desproporcionada de acuerdo a la finalidad perseguida de bien público.

Fallos: 338:1110 , Nobleza Piccardo DS.A.I.e. y F. cl Santa Fe, Provincia de si acción declarativa de inconstitucionalidad, 27 de octubre de 2015.

03 CÁMARA NACIONAL en lo CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL

3.1. MEDIDA CAUTELAR. Descuento de suma de dinero en concepto de Impuesto a las Ganancias sobre los haberes de retiro. Peligro en la demora. Interés público. Recaudación vs. carácter alimentario. Coincidencia entre el objeto de la pretensión principal y la cautelar. Carácter no irreversible de la protección cautelar solicitada. Extensión temporal de la protección cautelar. Plazo de concesión. Improcedencia. Carácter alimentario del derecho. Artículos 5 y 2.2, Ley 26854.

CNCAF, Sala IV, "MAGNOTTA HUGO VICTOR Y OTRO c/ EN-AFIP-DGI s/INC DE MEDIDA CAUTELAR, de 29 de diciembre de 2020.

3.2. MEDIDA CAUTELAR (AUTÓNOMA). Finalidad del proceso cautelar. Suspensión de los efectos del acto administrativo. Requisitos de procedencia. Artículos 230 del CPCCN. Artículo 13 de la Ley 26854. Interés público. (v. en especial considerandos 7, 8, 12 y 13)

CNCAF, sala III, "Comext Solutions SRL c/ EN-M Desarrollo productivo-SCI y otros s/medida cautelar (autónoma)", de 10 de marzo de 2021.

04 ACTO Y PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. DOCTRINA JUDICIAL PARA RECORDAR.

- 4.1. ACTO ADMINISTRATIVO. Cancelación de designación de personal sin estabilidad. Ejercicio de facultades discrecionales. Requisitos esenciales del acto administrativo (art. 7º, LNPA). Razonabilidad. Control judicial de legitimidad de los denominados actos discrecionales. Alcance. Ausencia de causa y motivación (artículos 7º, incisos b y e, y 14, inciso b, LNPA). El ejercicio de potestades discrecionales impone una observancia estricta de la debida motivación.

Fallos 331:735, "Schneiderman, Ernesto Horacio c/ Estado Nacional - Secretaría de Cultura y Comunicación de la Presidencia de la Nación", de 8 de abril de 2008 con remisión al dictamen de la Procuradora Fiscal, Dra. Laura Monti.

05 CLÁSICOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO

- 5.1. PODER DE POLICÍA DE SALUBRIDAD. Establecimiento industrial. Permiso bajo la condición implícita de no ser nocivos a los intereses generales de la comunidad. Ausencia de derecho adquirido para comprometer la salud pública.

Fallos 51:274 - "SALADERISTAS SANTIAGO, JOSE y JERONIMO PODESTA Y OTROS v. PROVINCIA DE BUENOS AIRES" de 14 de mayo de 1887 (Saladeristas de Barracas).

06 CLÁSICOS DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

- 6.1. INVIOLABILIDAD DEL DERECHO DE PROPIEDAD. Artículo 17 de la Constitución Nacional. Excepción. Expropiación. Ocupación bienes privados por causa de utilidad pública. Alcance. Límites. Bienes indispensables para la construcción de la obra de utilidad general. Revisión judicial de la extensión de la expropiación. Atribución de los tribunales de justicia de examinar las leyes y compararlas con la Constitución. Facultad judicial de no aplicar la ley si está en oposición a la Constitución. Fin supremo y fundamental del Poder Judicial (v. cons. 25º).

FALLOS 33:162 - Municipalidad de la Capital c/ Elortondo

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

CASO DE LAS NIÑAS YEAN Y BOSICO

VS.

REPÚBLICA DOMINICANA

SENTENCIA DE 8 DE SEPTIEMBRE DE 2005

En el caso *de las Niñas Yean y Bosico*,

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

Sergio García Ramírez, Presidente;
Alirio Abreu Burelli, Vicepresidente;
Oliver Jackman, Juez;
Antônio A. Cançado Trindade, Juez, y
Manuel E. Ventura Robles, Juez;

presentes, además,

Pablo Saavedra Alessandri, Secretario, y
Emilia Segares Rodríguez, Secretaria Adjunta,

de conformidad con el artículo 62.3 y 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante "la Convención Americana" o "la Convención") y con los artículos 29, 31, 37.6, 56 y 58 del Reglamento de la Corte (en adelante "el Reglamento"), dicta la presente Sentencia.

I

INTRODUCCIÓN DE LA CAUSA

1. El 11 de julio de 2003 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "la Comisión Interamericana" o "la Comisión") sometió ante la Corte una demanda contra la República Dominicana (en adelante "la República Dominicana" o "el Estado"), la cual se originó en la denuncia No. 12.189, recibida en la Secretaría

de la Comisión el 28 de octubre de 1998.

2. La Comisión presentó la demanda con base en el artículo 61 de la Convención Americana, con la finalidad de que la Corte declarara la responsabilidad internacional de la República Dominicana por la presunta violación de los artículos 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica), 8 (Garantías Judiciales), 19 (Derechos del Niño), 20 (Derecho a la Nacionalidad), 24 (Igualdad ante la Ley) y 25 (Protección Judicial) de la Convención Americana, en conexión con los artículos 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) y 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno) del mismo instrumento convencional, en perjuicio de las niñas Dilcia Oliven Yean y Violeta Bosico Cofi¹ (en adelante “las niñas Dilcia Yean y Violeta Bosico”, “las niñas Yean y Bosico”, “las niñas Dilcia y Violeta”, “las niñas” o “las presuntas víctimas”), en relación con los hechos acaecidos y los derechos violados desde el 25 de marzo de 1999, fecha en que la República Dominicana reconoció la competencia contenciosa de la Corte.

3. La Comisión alegó en su demanda que el Estado, a través de sus autoridades del Registro Civil, negó a las niñas Yean y Bosico la emisión de sus actas de nacimiento, a pesar de que ellas nacieron en el territorio del Estado y de que la Constitución de la República Dominicana (en adelante “la Constitución”) establece el principio del *ius soli* para determinar quienes son ciudadanos dominicanos. La Comisión señaló que el Estado obligó a las presuntas víctimas a permanecer en una situación de continua ilegalidad y vulnerabilidad social, violaciones que adquieren una dimensión más grave cuando se trata de menores, toda vez que la República Dominicana negó a las niñas Yean y Bosico su derecho a la nacionalidad dominicana y las mantuvo como apátridas hasta el 25 de septiembre de 2001. Según la Comisión, la niña Violeta Bosico se vio imposibilitada de asistir a la escuela por un año debido a la falta de documentos de identidad. La inexistencia de un mecanismo o procedimiento para que un individuo apele una decisión del Registro Civil ante el Juez de Primera Instancia, así como las acciones discriminatorias de los oficiales del Registro Civil que no permitieron a las presuntas víctimas obtener sus actas de nacimiento, son igualmente alegadas por la Comisión como violaciones a determinados derechos consagrados en la Convención. Asimismo, la Comisión solicitó a la Corte que ordenara al Estado que otorgue una reparación que comprometa una plena satisfacción por las presuntas violaciones de derechos ocurridas en perjuicio de las niñas. Además, pidió que el Estado adopte las medidas legislativas o de otra índole necesarias para garantizar el respeto a los derechos consagrados en la Convención y establezca directrices que contengan requisitos razonables para la inscripción tardía de nacimiento y no impongan cargas excesivas ni discriminatorias, con el objeto de facilitar los registros de los niños dominico-haitianos. Finalmente, la Comisión requirió a la Corte que ordenara al Estado pagar las costas y gastos razonables generados en la tramitación del caso en la jurisdicción interna y ante los órganos del sistema interamericano.

II Competencia

4. La Corte es competente, en los términos de los artículos 62 y 63.1 de la Convención, para conocer sobre las excepciones preliminares y eventuales fondo,

¹ El 25 de marzo de 1999, fecha en la cual el Estado reconoció la competencia contenciosa de la Corte, Dilcia Yean tenía 2 años de edad, y Violeta Bosico tenía 14 años de edad.

reparaciones y costas en el presente caso, en razón de que la República Dominicana es Estado Parte en la Convención Americana desde el 19 de abril de 1978 y reconoció la competencia contenciosa de la Corte el 25 de marzo de 1999 (*infra* párrs. 100 a 108 y 132).

III Procedimiento ante la Comisión

5. El 28 de octubre de 1998 las niñas Yean y Bosico, a través del señor Genaro Rincón Miesse² y de la señora Solain Pierre³, coordinadora general del Movimiento de Mujeres Domínicano Haitianas (en adelante "MUDHA"), presentaron una denuncia ante la Comisión Interamericana fundada en la "negación a [las niñas Yean y Bosico] de sus actas de nacimiento que les permit[ieran] tener una nacionalidad y un nombre; [y cuya denegación] coarta[...] el derecho a [la] educación, ya que en la República [Dominicana], sin la certificación de nacimiento es imposible asistir a la escuela entre otras cosas".

6. El 27 de abril de 1999 la Comisión recibió una denuncia enmendada en inglés y una solicitud de medidas cautelares, presentadas por el señor Genaro Rincón Miesse, representante de MUDHA, la señora María Claudia Pulido, representante del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (en adelante "CEJIL"), y por las señoras Laurel Fletcher y Roxana Altholz, representantes de la *International Human Rights Law Clinic, School of Law (Boalt Hall), University of California, Berkeley* (en adelante "Clínica de Derecho Internacional de los Derechos Humanos"), como representantes de las peticionarias. El 11 de junio de 1999 fue recibida en español la versión final de la denuncia presentada ante la Comisión Interamericana, en la cual los representantes de las peticionarias alegaron la violación de los artículos 3, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23 y 24 de la Convención Americana, así como de los artículos VI, VII, VIII, XII, XVII, XIX, XX y XXIII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (en adelante "la Declaración Americana"), toda vez que "negarse a registrar a [las niñas con] base [en] su estado legal y del origen de sus padres, constituy[ó] una violación a [sus] derechos [...] y exp[uso] a las [niñas] a peligros inmediatos y de largo plazo en términos de seguridad personal y bienestar".

7. El 7 de julio de 1999 la Comisión abrió el caso, transmitió al Estado las partes pertinentes de la denuncia, le solicitó información respecto de los hechos, y de acuerdo al Reglamento de la Comisión vigente en ese momento, le pidió que le suministrara "cualquier elemento de juicio que permit[iera] [...] apreciar si en el caso [...] se ha[bían] agotado o no los recursos de la jurisdicción interna".

8. El 27 de agosto de 1999 la Comisión solicitó a la República Dominicana la adopción de medidas cautelares a favor de las niñas Dilcia Yean y Violeta Bosico, con la finalidad de "otorgar inmediatamente a [las niñas] las garantías necesarias

² Este Tribunal hace notar que en su pasaporte el señor Genaro aparece con los apellidos "Rincón Miesse"; sin embargo, en diversos documentos presentados por las partes, dicho señor aparece con los apellidos "Rincón Martínez", por lo que se considera que se trata de la misma persona. Para efectos de la presente Sentencia se usará el nombre "Genaro Rincón Miesse", como consta en su pasaporte.

³ Este Tribunal hace notar que en el acta de nacimiento la señora Solain aparece con el apellido "Pie"; sin embargo, en diversos documentos presentados por las partes, dicha señora aparece con el apellido "Pierre", por lo que se considera que se trata de la misma persona. Para efectos de la presente Sentencia se usará el nombre "Solain Pierre", como dicha señora lo utiliza o se conoce.

tendientes a evitar que pud[ieran] ser expulsadas del territorio dominicano y que Violeta Bosica (sic) pud[iera] continuar asistiendo normalmente a la escuela y recibiendo la educación que se brinda a los demás niños de nacionalidad dominicana”.

9. El 30 de agosto de 1999 el Estado solicitó información a la Comisión Interamericana sobre “las razones que [la] llevaron a [...] solicitar medidas cautelares en esta oportunidad y no en una fecha anterior o posterior”, así como sobre la ocurrencia de nuevos hechos que ameritasen dicha solicitud. El 2 de septiembre de 1999 la Comisión informó al Estado que la solicitud de medidas cautelares se refería a una situación que “reun[ía] los requisitos de urgencia y veracidad, y a la necesidad de evitar que se consum[aran] daños irreparables a las personas”.

10. El 30 de septiembre de 1999, después de otorgada una prórroga, el Estado informó a la Comisión que “la Junta Central Electoral, organismo [...] del cual dependen el Registro Civil y los Oficiales del Estado Civil[, hizo] constar que no ha[bía] sido apoderada del caso en cuestión, por lo que [...] aún no ha[bían] sido agotados los recursos de jurisdicción interna en el caso”, y adjuntó copias de un oficio emitido el 27 de septiembre de 1999 por el Presidente de la Junta Central Electoral, dirigido al Embajador Encargado de la División de Estudios Internacionales, una comunicación emitida el 20 de septiembre de 1999 por la señora Thelma Bienvenida Reyes, Oficial del Estado Civil, dirigida al Encargado de Inspectoría de la Junta Central Electoral, y una lista emitida por la Junta Central Electoral, en la cual se indican once requisitos para la declaración tardía de nacimiento.

11. El mismo 30 de septiembre de 1999 el Estado informó, respecto de la adopción de medidas cautelares, que “no exist[ía] ninguna posibilidad de que la República Dominicana repatri[ara] a un ciudadano haitiano que esté bajo alguna condición de legalidad en el país como son: residencia legal, refugiados, permiso de trabajo, [y] visado vigente en el país[,] o bajo alguna de las condiciones de tolerancia a inmigrantes ilegales que [se] h[an] establecido[, tales como] ciudadanos con un largo período de estadía o con vínculos familiares con nacionales dominicanos”, y que “la Dirección General de Migración, reiteró a los departamentos correspondientes las disposiciones que había establecido en los procesos de repatriación, enfatizándoles [...] que no proceda a repatriar a las [niñas Yean y Bosico] hasta tanto no se culmine con el proceso de verificación de la autenticidad de sus argumentos”.

12. El 5 de octubre de 1999 la Comisión Interamericana realizó una audiencia sobre las medidas cautelares dictadas en el caso, en la cual los representantes de las peticionarias alegaron que “las acciones del [Estado] ha[bían] dejado a las niñas Dilcia y a Violeta sin nacionalidad y las ha[bían] expuesto al peligro de una inmediata y arbitraria expulsión de su país natal”. El Estado señaló que “nunca violó la ley ni negó la inscripción de nacimiento[, sino que] no se había cumplido con el procedimiento establecido [en la ley]”, y agregó que “tenía dudas sobre el agotamiento de los recursos internos”.

13. El 1 de noviembre de 1999 la Comisión informó que “se pon[ía] a disposición de las partes interesadas con el objeto de lograr una solución amistosa en el caso”.

14. El 1 de diciembre de 1999 el Estado comunicó a la Comisión su disposición de acceder al mecanismo de solución amistosa, e hizo constar que “aún no ha[bían]

sido agotados los recursos internos”.

15. El 2 de diciembre de 1999 los representantes de las peticionarias alegaron que “ha[bían] agotado los recursos internos [y] ha[bían] cumplido con las disposiciones de la ley dominicana para recurrir la denegación de registro[...], ya que las niñas] apelaron la decisión ante el Procurador Fiscal[, quien la] denegó”. Asimismo, los representantes de las peticionarias alegaron que la Junta Central Electoral “ya ha[bía] considerado y resuelto en contra de las [niñas su solicitud de registro] y, por tanto, Dilcia y Violeta ha[bían] agotado el discutible ‘proceso de apelación’ ante la [Junta Central Electoral]”.

16. El 11 de enero de 2000 los representantes de las peticionarias informaron que estaban de acuerdo en participar en el proceso de solución amistosa auspiciado por la Comisión.

17. El 1 de marzo de 2000 los representantes de las peticionarias presentaron una propuesta de solución amistosa ante la Comisión, en la cual solicitaron determinadas medidas de satisfacción, tales como, el registro de nacimiento de las niñas, el cambio de requisitos para la declaración tardía de nacimiento para asegurar los derechos de los niños dominicanos de ascendencia haitiana, la creación de un mecanismo interno de quejas en el que se resuelvan las disputas de casos, y la garantía del derecho a la educación sin distinción por nacionalidad. Además, en lo que se refiere a las indemnizaciones, solicitaron daños morales para las niñas y sus familiares, y daños emergentes para los familiares de las niñas.

18. El 6 de marzo de 2000 la Comisión realizó, durante su 106º Período Ordinario de Sesiones, una audiencia sobre una posible solución amistosa en el caso. En esa ocasión, los representantes de las peticionarias reiteraron los pedidos que habían presentado en su propuesta de solución amistosa, y al final de la audiencia solicitaron a la Comisión dar por concluido el referido procedimiento de solución amistosa. A su vez, el Estado señaló que los casos de las niñas Yean y Bosico no eran aislados y que los recursos internos no se habían agotado. Además, el Estado manifestó que los requisitos para el procedimiento de registro impuestos por la Ley No. 659 sobre Actos del Estado Civil de 17 de julio de 1944 (en adelante “Ley No. 659”), no son discriminatorios y son de carácter general, ya que se trata de una ley nacional, y que el acoger la solicitud de las niñas implicaría la violación de legislación interna.

19. El 6 de marzo de 2000 el Estado presentó un escrito en el cual se refirió a lo manifestado en la audiencia ante la Comisión y señaló que: a) “es inaceptable para el [Estado] que las [niñas] pretendan hacerse dotar del Acta de nacimiento de una manera ilegal [...]; una declaración tardía efectuada fuera de los parámetros de [la Ley No. 659] sería de una nulidad absoluta”; b) “los requisitos exigidos por [la] Junta [Central Electoral] son obligatorios para todas las personas que se encuentren en territorio dominicano [y] la denegación a la declaración efectuada por le Procurador Fiscal [...] estuvo basada [...] en que no se habían cumplido los requisitos legales obligatorios”, y c) “el procedimiento agotado por las [niñas] concluyó con el Auto de la Procuraduría Fiscal del Distrito de Monte Plata”. Al respecto, el artículo 41 de la Ley No. 659 establece que “[e]l Oficial del Estado Civil que haya recibido una declaración tardía de nacimiento remitirá inmediatamente copia certificada del acta al Procurador Fiscal del Distrito Judicial correspondiente, quien [...] apoderará al Juzgado de Primera Instancia[, el cual deberá] ratificar o no mediante sentencia el Acta de declaración tardía. [...] De aquí que resulte obvio el no agotamiento de los

recursos internos en el presente caso”.

20. El 2 de mayo de 2000 los representantes de las peticionarias expresaron que “ha[bían] agotado los recursos internos procedentes [y que] est[aban] exentas de agotar cualquier otro recurso ante la Junta Central Electoral o cualquier institución dominicana, ya que dichos recursos no son adecuados ni efectivos”. En ese sentido, reiteraron que “no hay procedimiento establecido por el cual se puede llevar a cabo la apelación ante la Junta Central Electoral”, y mencionaron que el artículo 6 de la Ley Electoral No. 275-97 de 21 de diciembre de 1997, especifica que las decisiones de la Junta Central Electoral son inapelables, lo que está confirmado en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana (en adelante “Suprema Corte de Justicia”), por lo que no hay posibilidad de revisión judicial de las decisiones de la Junta Central Electoral. Respecto del cumplimiento del artículo 41 de la Ley No. 659 señalaron, por un lado, que el recurso dirigido al Procurador Fiscal fue el adecuado ante la negativa del Oficial del Estado Civil en proveer las actas de nacimiento, y por otro lado, que “no hay disposición legal que establezca la obligación o posibilidad” de apelar ante el Juzgado de Primera Instancia, ya que está a cargo del Procurador la transmisión de las declaraciones tardías al referido juzgado y “no hay disposiciones que autoricen a las [niñas] realizar esa presentación por sí mismas”.

21. El 19 de junio de 2000 el Estado señaló que el “apoderamiento [...] ante el Procurador Fiscal [constituyó] un error de procedimiento, cuando el procedimiento correcto es el establecido por el [a]rtículo 41 de la [Ley No.] 659” y que, si los representantes descartan la competencia de la Junta Central Electoral para conocer del asunto, “debe[rían] entonces recurrir a los Tribunales Ordinarios”.

22. El 22 de febrero de 2001, durante su 110º Período Ordinario de Sesiones, la Comisión aprobó el Informe No. 28/01, en el cual declaró la admisibilidad del caso y decidió proceder a la consideración del fondo. Al respecto, la Comisión señaló que

los peticionarios carecen de legitimación para instar un proceso judicial, ya que deben requerirlo del Procurador Fiscal, según el artículo 41 de la Ley 659. Por otra parte, de los alegatos que obran en el expediente se demuestra que el Procurador Fiscal no apoderó al juez de primera instancia para que éste iniciara la investigación tendiente a otorgar la declaración tardía de nacimiento de las niñas Yean y Bosico, tal y como lo establece el mismo artículo 41 de la Ley [No.] 659.

[...] En el presente caso, el Estado no ha demostrado de manera precisa cuál o cuáles serían los recursos idóneos y eficaces que deberían haber agotado los peticionarios.

[...] el Estado no demostró que las decisiones administrativas dictadas por el Procurador Fiscal, o por la Junta Central Electoral, sean susceptibles de recurso idóneo tendiente a modificarlas; ni controvirtió lo alegado por los peticionarios en cuanto a la falta de mecanismos que permitan a los demandantes apelar directamente.

[...] la Comisión consider[ó] que los peticionarios han agotado los recursos expresamente previstos en la normativa de derecho interno vigente, tal y como lo establece la Convención Americana en su artículo 46(1). Alternativamente, no existen recursos idóneos en la jurisdicción interna que deban agotarse antes de recurrir a la instancia internacional, por lo que en el presente caso se aplica la excepción al agotamiento de los recursos internos prevista en el artículo 46(2)(a).

23. El 17 de abril de 2001 los representantes indicaron que no tenían interés en participar en una solución amistosa en el caso, y que deseaban que fuese celebrada una audiencia para discutir el fondo del asunto.

24. El 24 de agosto de 2001 la Comisión celebró una reunión en la República Dominicana con la participación de los representantes y del Estado, con el propósito de alcanzar una solución amistosa. El 27 de agosto de 2001 la Comisión convocó a una audiencia sobre el fondo del caso.

25. El 1 de octubre de 2001 el Estado informó a la Comisión que “acogiéndose a la solución amistosa propuesta por la Comisión ha[bía] resuelto otorgar las actas de nacimiento a las niñas”, y adjuntó copias de los extractos de acta de nacimiento en nombre de las niñas Dilcia Yean y Violeta Bosico, ambas actas fueron emitidas el 25 de septiembre de 2001.

26. El 17 de octubre de 2001 los representantes informaron a la Comisión que si bien el otorgamiento de las actas de nacimiento a las niñas por parte del Estado fue un paso importante, consideraban que esta acción no constituía una solución amistosa en el presente caso, ya que durante la audiencia de 6 de marzo de 2000 ninguno de los puntos por ellos propuestos fueron considerados por el Estado.

27. El 15 de noviembre de 2001, durante su 113º Período Ordinario de Sesiones, la Comisión celebró una audiencia sobre el fondo del caso. El Estado señaló que no existe una política de discriminación por motivos de raza u origen étnico en la República Dominicana, y reiteró que “los recursos internos no ha[bían] sido agotados” en el presente caso. Además, el Estado expresó que “ha[bía] cumplido con la solicitud de los peticionarios de proporcionar a Dilcia y a Violeta sus actas de nacimiento”, por lo que no subsiste la situación que motivó la denuncia ante la Comisión. Por su parte, los representantes de las peticionarias señalaron en la audiencia, que el daño causado a las niñas como consecuencia del procedimiento discriminatorio de registro, así como por haber vivido como apátridas por más cuatro años, no será remediado por la entrega de las actas de nacimiento por parte del Estado, y que dicha actitud no representa un acuerdo amistoso, ya que esta propuesta comprendía la adopción de otras medidas, tales como el reconocimiento público de las violaciones, la indemnización de las niñas por los daños causados por su situación de apátridas, y la adopción de medidas de no repetición.

28. El 31 de enero de 2002, después de otorgada una prórroga, el Estado presentó un escrito en el cual señaló que “en interés de dar una solución amistosa al caso y satisfacer el requerimiento fundamental de los peticionarios, otorgó a las [niñas Yean y Bosico] las actas de nacimiento solicitadas[,...] a pesar de que los peticionarios [...] no concluyeron con el proceso ante el Procurador Fiscal [...] ni recurrieron a un tribunal de primera instancia o a la Junta Central Electoral”. Al respecto, el Estado señaló que “[n]o existe ninguna disposición en la legislación dominicana que impida el acceso a estas instancias [, y que l]o que la ley no prohíbe, está permitido”.

29. El 6 de marzo de 2003, durante su 117º Período Ordinario de Sesiones, la Comisión aprobó el Informe No. 30/03 sobre el fondo del caso y recomendó al Estado:

a) Establecer directrices que contengan requisitos razonables y no impongan cargas excesivas ni discriminatorias, a fin de facilitar el registro de los niños dominico-haitianos ante las Oficialías del Registro Civil.

b) Establecer un procedimiento que permite aplicar los requisitos de la manera como se señala en el inciso a) para la obtención de declaraciones tardías de nacimiento de las personas nacidas en el territorio dominicano.

c) Crear un mecanismo jurídico que permita presentar a los individuos, en caso de controversia, sus denuncias directamente ante la instancia judicial, a fin de que sus quejas sean revisadas por un órgano judicial, independiente e imparcial.

d) Que dicho mecanismo provea un recurso sencillo, rápido y económico a las personas que carecen de actas de nacimiento.

e) Adoptar las medidas necesarias para que las niñas Dilcia Yean y Violeta Bosico, así como sus madres Leonidas Yean y Tiramén Bosico Cofí, reciban adecuada y oportuna reparación y el reconocimiento público por las violaciones de sus derechos humanos contenidos en los artículos 1, 2, 3, 8, 19, 20, 24 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y [en el] artículo XII de la Declaración Americana de los Derechos y los Deberes del Hombre. Al hacer esta recomendación, la Comisión reconoció que el Estado ha realizado esfuerzos para remediar la situación, sin embargo aún quedan algunas medidas pendientes.

f) Adoptar las medidas necesarias para prevenir que estos hechos vuelvan a repetirse en el futuro.

30. El 11 de marzo de 2003 la Comisión transmitió al Estado el informe anteriormente señalado, y le otorgó un plazo de dos meses, contado a partir de la fecha de la transmisión de la comunicación, para que informara sobre las medidas adoptadas para cumplir las recomendaciones. Ese mismo día la Comisión comunicó a los representantes de las peticionarias la emisión del Informe No. 30/03 sobre el fondo del caso, y les solicitó que presentaran, en el plazo de un mes, su posición respecto a la pertinencia de que el caso fuera sometido a la Corte Interamericana.

31. El 21 de abril de 2003 los representantes de las peticionarias, después de otorgada una prórroga de quince días, solicitaron a la Comisión que sometiera el caso ante la Corte.

32. El 5 de junio y 3 de julio de 2003, después de concedida una prórroga, el Estado presentó su escrito sobre las medidas adoptadas para dar cumplimiento a las recomendaciones establecidas en el Informe No. 30/03 sobre el fondo del caso. El Estado señaló que “no faltó a las debidas garantías de que las niñas tuvieran una nacionalidad, porque éstas, aún en el caso de no ser dominicanas, serían en todo caso de nacionalidad haitiana”. Indicó que las peticionarias “no encausaron [...] su demanda ante el tribunal competente *ratione materiae*, que [...] era el Juzgado de Primera Instancia [...] que pudo haber conocido de una ‘acción de reclamación de estado civil’ y, que conoce también, de los asuntos de la nacionalidad [...]”. Asimismo, el Estado indicó que las niñas no acudieron “ante la propia Junta Central Electoral, que es el órgano superior jerárquico que tiene a su cargo las Oficialías del Estado Civil”. El Estado alegó que “no violó los derechos contenidos en los artículos 1, 2, 3, 8, 19, 20, 24 y 25 de la Convención Americana [...] ni] el derecho a la educación consagrado en el artículo XII de la Declaración Americana [...]”. Por último informó, respecto de los actuales requisitos para la obtención de la declaración tardía, que “el pasaporte p[odr]ía ser un documento de identificación”, y adjuntó el proyecto de ley que modificaría la Ley No. 659 y facilitaría el procedimiento de registro civil.

IV

Procedimiento ante la Corte

33. El 11 de julio de 2003 la Comisión presentó la demanda ante la Corte.

34. La Comisión designó como sus delegados a Susana Villarán y a Santiago

Cantón, y como sus asesores legales a Bertha Santhoscoy y a Ariel Dulitzky⁴. Además, indicó los nombres de los denunciantes originales, a saber: Viviana Krsticevic y Roxanna Altholz, representantes de CEJIL, y Laurel Fletcher, representante de la Clínica de Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

35. El 12 de agosto de 2003 la Secretaría de la Corte (en adelante “la Secretaría”), previo examen preliminar de la demanda realizado por el Presidente de la Corte (en adelante “el Presidente”), la notificó al Estado, con sus anexos, e informó a éste sobre los plazos para contestarla y para designar su representación en el proceso. Además, la Secretaría, siguiendo instrucciones del Presidente, informó al Estado de su derecho a designar juez *ad hoc*.

36. El 11 de agosto de 2003, según lo dispuesto en el artículo 35.1.d y 35.1. e del Reglamento, la Secretaría notificó la demanda a MUDHA, a CEJIL, y a la Clínica de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en su condición de representantes de las presuntas víctimas y sus familiares⁵ (en adelante “los representantes”) y les informó sobre el plazo para la presentación del escrito de solicitudes, argumentos y pruebas (en adelante “escrito de solicitudes y argumentos”).

37. El 5 de septiembre de 2003 el Estado designó como Juez *ad hoc* a la Embajadora Rhadys Abreu de Polanco, y señaló que “[sus] funciones no son incompatibles con el cargo de juez *ad hoc*”. Asimismo, el Estado designó como Agente al señor José Marcos Iglesias Iñigo, Ministro Consejero, y como Agente Alternativa a la señora Anabella de Castro, Ministro Consejero y Encargada de Derechos Humanos⁶.

38. El 13 de octubre de 2003, después de concedida una prórroga, los representantes presentaron su escrito de solicitudes y argumentos. Los representantes alegaron, además de los derechos indicados por la Comisión Interamericana en la demanda, que el Estado presuntamente violó también los derechos consagrados en los artículos 17 (Protección a la Familia), 18 (Derecho al Nombre) y 26 (Desarrollo Progresivo) de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) y 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno) de la misma Convención. Asimismo, solicitaron que la Corte ordenara al Estado que adopte determinadas medidas de reparación, y reintegre las costas y gastos. Posteriormente, en los alegatos finales escritos presentados el 14 de abril de 2005, los representantes indicaron que el Estado violó los artículos 5 (Derecho a la Integridad Personal) y 12 (Libertad de Consciencia y Religión) de la Convención Americana (*infra* párr. 49).

39. El 13 de noviembre de 2003 el Estado presentó su escrito de interposición de excepciones preliminares, contestación de la demanda y observaciones al escrito de solicitudes y argumentos (en adelante “escrito de contestación de la demanda”), a través del cual interpuso dos excepciones preliminares, las cuales denominó “[...] no

⁴ Durante el trámite del presente caso la Comisión realizó cambios en la designación de sus representantes ante la Corte.

⁵ Durante el trámite del presente caso los representantes realizaron cambios en la designación de sus representantes ante la Corte.

⁶ Durante el trámite del presente caso el Estado realizó cambios en la designación de sus representantes ante la Corte.

agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna del Estado[...]" y "[n]o cumplimiento [de la] Solución Amistosa presentada por la Comisión y acogida por el Estado [...]". Posteriormente, durante la audiencia pública, el Estado alegó la excepción preliminar de falta de competencia *ratione temporis*.

40. El 19 de noviembre de 2003 los representantes presentaron una "solicitud de recusación del nombramiento por parte del Estado [...] de la Embajadora Rhadys I. Abreu de Polanco, como Jueza *ad hoc* de esta [...] Corte", y señalaron la existencia de una incompatibilidad y de conflicto de intereses. El 19 de diciembre de 2003 la señora Rhadys I. Abreu de Polanco presentó una nota en la que rechazó la recusación a su nombramiento como jueza *ad hoc*. El 19 de diciembre de 2003 la Comisión remitió sus observaciones al escrito de recusación de la Jueza *ad hoc* y solicitó que la Corte "proced[iera] a resolver la incompatibilidad e impedimento" de la referida señora, para el ejercicio del cargo de jueza *ad hoc*.

41. El 4 de mayo de 2004 la Corte emitió una Resolución en la cual resolvió que "la participación de la señora Rhadys Iris Abreu de Polanco en el procedimiento ante la Comisión Interamericana respecto del presente caso constituye una causal de impedimento para el ejercicio del cargo de Jueza *ad hoc*", por lo que invitó al Estado a designar otro juez *ad hoc* en un plazo de 30 días, lo cual la República Dominicana no hizo.

42. El 21 de enero de 2004, después de otorgada una prórroga, la Comisión y los representantes presentaron sus respectivos escritos de alegatos sobre las excepciones preliminares interpuestas por la República Dominicana, en los cuales solicitaron a la Corte que las rechazara, y que continuara con la tramitación del presente caso en su etapa de fondo.

43. El 10 de enero de 2005 el Estado designó a la Embajadora Rhadys I. Abreu de Polanco como Agente Alterna en el presente caso.

44. El 31 de enero de 2005 el Presidente dictó una Resolución mediante la cual requirió, de conformidad con el artículo 47.3 del Reglamento, que las niñas Dilcia Yean y Violeta Bosico, las señoras Tiramén Bosico Cofi, Teresa Tucent Mena (*infra* nota 45) y Leonidas Oliven Yean, y el señor Samuel Martínez, propuestos por la Comisión y los representantes, las primeras cinco como testigos y el último como perito, prestaran sus declaraciones y dictamen a través de declaraciones rendidas ante fedatario público (*affidávits*). Asimismo, otorgó un plazo improrrogable de siete días, contado a partir de la recepción de los *affidávits*, para que el Estado presentara las observaciones que estimara pertinentes. A su vez, el Presidente convocó a la Comisión, a los representantes y al Estado a una audiencia pública que se celebraría en el sede de la Corte a partir del 14 de marzo de 2005, para escuchar sus alegatos sobre las excepciones preliminares y eventuales fondo, reparaciones y costas, y escuchar los testimonios del señor Genaro Rincón Miesse y de las señoras Amada Rodríguez Guante, y Thelma Bienvenida Reyes, y los peritajes del señor Frederick John Packer y de la señora Débora E. Soler Munczek, ofrecidos por la Comisión, los representantes y el Estado, según sea el caso. Además, se informó a las partes que contaban con un plazo, que concluiría el 14 de abril de 2005, para presentar alegatos finales escritos.

45. El 15 de febrero de 2005 los representantes presentaron las declaraciones autenticadas rendidas por las seis personas indicadas en el párrafo anterior.

46. El 23 de febrero de 2005 el Estado hizo notar, respecto de las declaraciones presentadas por los representantes, que “exist[ian] contradicciones entre los hechos expuestos y las pruebas que constan ante [la Corte]”, y que el Estado “se reserva[ba] el derecho de hacer un desglose de los mismos en la audiencia pública a celebrarse los días 14 y 15 de marzo [de 2005], [y señaló...] que la ausencia de [las presuntas víctimas] rompería el balance procesal, desnaturalizando el procedimiento contradictorio de la audiencia pública”.

47. Los días 14 y 15 de marzo de 2005 la Corte recibió en audiencia pública las declaraciones de los testigos y los dictámenes de los peritos propuestos por las partes, y escuchó los alegatos de la Comisión, los representantes y del Estado, sobre excepciones preliminares y eventuales fondo, reparaciones y costas, de la Comisión Interamericana, de los representantes y del Estado. Comparecieron ante la Corte: a) por la Comisión Interamericana: los señores Ariel Dulitzky y Juan Pablo Albán y la señora Lilly Ching, asesores legales; b) por los representantes: la señora Laurel Fletcher, de la Clínica de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la señora Solain Pierre y el señor Moisés Medina Moreta, de MUDHA, y las señoras Viviana Krsticevic, Roxanna Althoz y Alejandra Nuño, de CEJIL, y c) por el Estado: los señores José Marcos Iglesias Iñigo, Agente, la señora Rhadys I. Abreu de Polanco, Agente Alternativa, los señores Julio César Castaños Guzmán y Adonai Medina, asesores, y el señor Rafael González, asistente. Asimismo, comparecieron como testigos: el señor Genaro Rincón Miesse, propuesto por la Comisión y los representantes, y las señoras Amada Rodríguez Guante y Thelma Bienvenida Reyes, propuestas por el Estado, y comparecieron como peritos: la señora Débora E. Soler Munczek y el señor Frederick John Packer, propuestos por la Comisión y los representantes.

48. El 14 de marzo de 2005 los representantes presentaron algunos documentos que señalaron como pruebas supervinientes, de acuerdo con el artículo 43.3 (sic) del Reglamento.

49. El 14 de abril de 2005 los representantes presentaron sus alegatos finales en inglés, junto con sus respectivos anexos, y el 28 de abril de 2005 remitieron la traducción al español del referido escrito. El 14 de abril de 2005 el Estado remitió sus alegatos finales escritos y sus anexos. El 15 de abril de 2005 la Comisión remitió sus alegatos finales escritos.

50. El 3 de agosto de 2005 la Secretaría, siguiendo instrucciones del Presidente, requirió a la Comisión, a los representantes y al Estado, de acuerdo con el artículo 45.1 del Reglamento, la remisión de los siguientes documentos como prueba para mejor resolver: “la Resolución de la Junta Central Electoral No. 5-88, de 8 de junio de 1988; la Ley No. 8-92, de 13 de abril de 1992, [y una copia de] los documentos aportados por los señores Genaro Rincón y Marcelino de la Cruz como anexos al documento de ‘demanda en solicitud de autorización de declaraciones tardías’ presentado el 11 de septiembre de 1997 ante el ‘Honorable Magistrado Procurador del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Judicial de Monte Plata’”.

51. El 16, 17 y 26 de agosto de 2005 el Estado, los representantes y la Comisión presentaron, respectivamente, algunos de los documentos requeridos por la Secretaría como prueba para mejor resolver.

52. El 5 de septiembre de 2005 el Estado presentó un escrito de observaciones, junto con unos anexos, a los documentos remitidos por los representantes el 17 de agosto de 2005, con “el fin de mejor proveer”.

*
* *

53. Los días 31 de enero, 15 y 25 de febrero, 2, 14 y 25 de marzo, 1, 13 y 14 de abril, y 3 de junio de 2005, la Corte recibió diversos *amici curiae* de las siguientes personas, organizaciones e instituciones:

- a) *Centre on Housing Rights and Evictions* (COHRE);
- b) Asociación Civil de Centros Comunitarios de Aprendizaje (CECODAP);
- c) Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer (CLADEM);
- d) *Minority Rights Group International* (MRG);
- e) profesora Katarina Tomasevski;
- f) Secretaría Ampliada de la Red de Encuentro Dominicano Haitiano Jacques Viau (RED), conformada por el Centro Cultural Dominicano Haitiano (CCDH), el Movimiento Sociocultural de los Trabajadores Haitianos (MOSCTHA), el Servicio Jesuita a Refugiados y Migrantes (SRJM-RD), el Centro Dominicano de Investigaciones Legales (CEDAIL) y la Asociación Pro-Desarrollo de la Mujer y el Medio Ambiente, Inc. (APRODEMA);
- g) *Comparative International Education Society* (CIES);
- h) *Themis Foundation* en cooperación con la *University of Ottawa School of Law*;
- i) *Open Society Justice Initiative*, y
- j) Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Servicio de Apoyo y Orientación a Inmigrantes y Refugiados (CAREF), Clínica Jurídica para los Derechos de Inmigrantes y Refugiados (Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, CELS y CAREF) y señor Christian Courtis, Profesor de la Universidad de Buenos Aires y del Instituto Tecnológico Autónomo de México.

54. Los días 4 y 15 de abril, y 7 de junio de 2005 la Secretaría transmitió copias de los referidos *amici curiae* a la Comisión, a los representantes, al Estado y a las personas, organizaciones o instituciones.

V EXCEPCIONES PRELIMINARES

55. El Estado interpuso las siguientes excepciones preliminares: el “[...] no agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna del Estado [...] ” y el “[n]o cumplimiento [de la] Solución Amistosa presentada por la Comisión y acogida por el Estado [...]” en el escrito de contestación de la demanda. Posteriormente, en la audiencia pública celebrada los días 14 y 15 de marzo de 2005 en la sede de la Corte, el Estado alegó como excepción preliminar la “[f]alta de competencia *ratione temporis*” de la Corte.

*
* *

PRIMERA EXCEPCIÓN PRELIMINAR

No agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna del Estado

Alegatos del Estado

56. El Estado alegó que:

a) esta excepción preliminar fue interpuesta oportunamente ante la Comisión Interamericana en las primeras etapas del procedimiento como lo demuestran, entre otros, los “documentos y comunicaciones producidas por el Estado[, tales como] la nota del 28 de septiembre de 1999 [presentada ante la Comisión el 30 de septiembre de 1999; el] acta de [la] audiencia [celebrada el] 5 de octubre de 1999 [...] en la sede de la [Comisión, y la] nota de 22 de noviembre de 1999 [presentada ante la Comisión el 1 de diciembre de 1999]”. Aunque esta excepción fue rechazada por la Comisión, la Corte tiene competencia para conocerla;

b) el recurso interno más adecuado en el caso es el recurso jerárquico existente dentro del derecho administrativo, establecido en el artículo 1 de la Ley No. 1494 de 2 de agosto de 1947. Este recurso debe ser incoado ante la instancia administrativa superior a aquella que produjo la presunta violación, en este caso, la Junta Central Electoral. Dicho recurso no fue ejercido por las presuntas víctimas;

c) la participación del Procurador Fiscal forma parte del proceso de declaración tardía y no constituye una instancia ante la cual debe presentarse un recurso. “Cuando se realiza el proceso ante el Oficial del Estado Civil, éste (no las partes) remite el expediente al Procurador Fiscal para que emita su opinión y el tribunal de primera instancia mediante sentencia ratific[a] o no esa declaración tardía”. La acción presentada por los representantes el 11 de septiembre de 1997 ante el Procurador Fiscal del Distrito Judicial de la Provincia de Monte Plata no presupone la interposición de un recurso jerárquico. Esta acción posee únicamente una capacidad consultiva en estos procesos, a fin de realizar una recomendación al juzgado de primera instancia que sea designado para el conocimiento del procedimiento de declaración tardía;

d) las presuntas víctimas no agotaron el recurso de reconsideración ante el Oficial del Estado Civil, ni llevaron el asunto directamente al juzgado de primera instancia que tiene competencia para intervenir en todo lo relacionado con el derecho de las personas;

e) las presuntas víctimas tampoco interpusieron una acción de amparo, la cual existe en la República Dominicana desde 1978, en razón de la ratificación por el Estado de la Convención Americana. En 1999 la “Suprema Corte de Justicia mediante sentencia establec[ió] que el procedimiento para los recursos de Amparo será el mismo que de los referimientos en materia civil”; sin embargo, con anterioridad a dicho pronunciamiento varios tribunales ya habían conocido recursos de amparo;

f) las presuntas víctimas no interpusieron el recurso de inconstitucionalidad contra la norma que les negó el acceso al reconocimiento de su nacionalidad, y

g) la Corte debe declararse incompetente para conocer del presente caso, ya que dentro del Estado existen los mecanismos y las oportunidades idóneas para la resolución del presente conflicto.

Alegatos de la Comisión

57. La Comisión Interamericana señaló que:

a) los artículos 46 y 47 de la Convención Americana disponen que corresponde a la Comisión, como órgano principal del sistema, determinar la admisibilidad o inadmisibilidad de una petición;

b) los argumentos presentados por el Estado en relación con la falta de agotamiento de los recursos internos son extemporáneos e infundados y buscan retrotraer el procedimiento a la etapa previa de admisibilidad de la petición, la cual está precluida, toda vez que la Comisión ha considerado, en estricto apego al contradictorio, los argumentos de ambas partes, la información y la documentación contenida en el expediente, y ha decidido declarar el caso admisible por los fundamentos contenidos en el informe de admisibilidad;

c) la posición “replanteada” sobre el agotamiento de recursos internos por parte del Estado, en la cual señaló que los recursos jerárquico, de amparo y de inconstitucionalidad, los cuales no fueron señalados en la etapa de admisibilidad ante la Comisión, son los recursos “existentes”, continua siendo improcedente, ya que es extemporánea. El Estado no ha proporcionado la prueba de la efectividad de dichos recursos, y se ha limitado a mencionar su existencia;

d) respecto del recurso jerárquico ante la Junta Central Electoral, de naturaleza administrativa, la legislación dominicana no prevé la posibilidad de que las personas a quien se les deniegue la inscripción tardía de nacimiento, puedan presentar un recurso de apelación o reconsideración ante la Junta Central Electoral. Dado que no se había podido superar los requisitos de fondo para la obtención de la inscripción tardía de nacimiento, y en consideración de que la Junta Central Electoral no considera solicitudes de registro que no anexen la documentación exigida, un eventual recurso ante este organismo no habría resultado eficaz;

e) al momento de los hechos del caso no existía en la legislación una disposición que permitiera a un particular apelar la decisión del Procurador Fiscal ante un juzgado de primera instancia. Según la Ley No. 659 el Procurador Fiscal es quien está a cargo de presentar las declaraciones tardías ante el juzgado de primera instancia, y en el presente caso eso no sucedió. El pedido de inscripción tardía fue rechazado por el Procurador Fiscal el 20 de julio de 1998, lo que cerró la posibilidad de la resolución del problema, ya que las presuntas víctimas no se encontraban legitimadas para iniciar un proceso judicial encaminado a revertir la decisión de la autoridad administrativa;

f) para la época de los hechos la ley dominicana no establecía un recurso de amparo. El 24 de febrero de 1999, casi dos años después de que fuera rechazada la inscripción de las presuntas víctimas, la Corte Suprema de Justicia creó el recurso de amparo, por vía jurisprudencial, el cual puede

interponerse en un plazo de 15 días después del supuesto acto lesivo. No puede exigirse el agotamiento de un recurso que no se encuentra expresamente previsto en la legislación;

g) el recurso de inconstitucionalidad es de carácter extraordinario y, por regla general, únicamente deben agotarse los recursos idóneos para proteger la situación jurídica infringida. La procedencia de este recurso contra actos administrativos fue determinada por la Corte Suprema de Justicia el 8 de agosto de 1998;

h) durante la audiencia pública ante la Corte sobre el caso el Estado invocó el no agotamiento del recurso de reconsideración ante la Oficialía del Registro Civil, y el recurso directo por “plenitud de jurisdicción” ante un juzgado de primera instancia. Sin embargo, en virtud del principio de *estoppel*, el Estado estaba impedido de argumentar por primera vez dichos recursos en la referida audiencia, e

i) la discusión sobre si “dentro del Estado existen recursos efectivos y adecuados que las partes se han abstenido de interponer”, planteada por el Estado como excepción preliminar, es uno de los elementos en la controversia de fondo sometida a la Corte, por lo que “la resolución de esta materia, no corresponde a la naturaleza de una excepción preliminar”.

Alegatos de los representantes

58. Los representantes alegaron que:

a) de conformidad con los artículos 46 y 47 de la Convención Americana, la Comisión tiene las facultades para determinar la admisibilidad o no de una petición y decidir respecto del agotamiento de los recursos internos. Una vez que la Comisión ha tomado una determinación sobre la admisibilidad del caso, previo análisis de los argumentos de las partes, esta decisión es de carácter “definitivo” e “indivisible”;

b) la República Dominicana no argumentó la falta de agotamiento de recursos internos de forma clara durante las primeras etapas del procedimiento ante la Comisión. Al respecto, cabe señalar que el Estado suministró varias respuestas durante la etapa de admisibilidad ante la Comisión, tales como la de 30 de septiembre de 1999; de 22 de noviembre de 1999, presentada ante la Comisión el 1 de diciembre de 1999, y la de 7 de junio de 2000, presentada ante la Comisión el 19 de junio de 2000, en las que sostuvo que no se agotaron los recursos internos y que las niñas deberían recurrir a la Junta Central Electoral y a los tribunales ordinarios, y en ningún momento mencionó el recurso de amparo ni el recurso de inconstitucionalidad;

c) los recursos jerárquico, existente dentro del derecho administrativo dominicano, de amparo y de inconstitucionalidad, no eran adecuados ni eficaces, y fueron alegados extemporáneamente;

d) la Junta Central Electoral es la autoridad administrativa responsable de llevar a cabo los registros, una apelación informal ante este organismo no constituye un recurso efectivo, dado que es un proceso discrecional. La Junta

Central Electoral es un órgano autónomo que profiere decisiones de única instancia que no tiene procedimientos formales y no ha publicado reglamentos o promulgado procedimientos mediante los cuales los solicitantes puedan pedir una revisión de las decisiones adversas de los Oficiales del Estado Civil. Asimismo, la ley no otorga facultades a la Junta Central Electoral para considerar sobre casos individuales decididos por los Oficiales del Estado Civil. El único recurso establecido por la ley vigente cuando ocurrieron los hechos para apelar el rechazo de una solicitud de registro era la apelación ante el Procurador Fiscal;

e) en la República Dominicana el recurso de amparo no está reglamentado en ninguna ley expresa. Es parte del derecho positivo a partir de la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de 24 de febrero de 1999. El Estado no ha demostrado la eficacia de dicho recurso, y

f) el Estado no ha probado la efectividad del recurso de inconstitucionalidad, ya que no está reglamentado.

Consideraciones de la Corte

59. La Convención Americana establece que la Corte ejerce una jurisdicción plena sobre todas las cuestiones relativas a un caso sujeto a su conocimiento, incluso sobre los presupuestos procesales en los que se funda la posibilidad de que ejerza su competencia⁷.

60. El artículo 46.1.a de la Convención dispone que para determinar la admisibilidad de una petición o comunicación presentada ante la Comisión Interamericana de conformidad con los artículos 44 ó 45 de la Convención, es necesario que se hayan interpuesto y agotado los recursos de la jurisdicción interna, según los principios del derecho internacional generalmente reconocidos⁸. Lo anterior significa que no sólo deben existir formalmente esos recursos, sino también deben ser adecuados y efectivos, como resulta de las excepciones contempladas en el artículo 46.2 de la Convención⁹.

61. La Corte ya ha establecido criterios claros que deben atenderse sobre la interposición de la excepción de falta de agotamiento de los recursos internos. De los principios del derecho internacional generalmente reconocidos, a los cuales se refiere la regla del agotamiento de los recursos internos, resulta, en primer lugar, que el Estado demandado puede renunciar en forma expresa o tácita a la invocación de esa regla. En segundo lugar, la excepción de no agotamiento de recursos internos debe plantearse, para que sea oportuna, en la etapa de admisibilidad del procedimiento

⁷ Cfr. *Caso de las Hermanas Serrano Cruz. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 23 de noviembre de 2004. Serie C No. 118, párr. 133; *Caso Tibi*. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párr. 47, y *Caso Juan Humberto Sánchez*. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99, párr. 65.

⁸ Cfr. *Caso de la Comunidad Moiwana*. Sentencia de 15 de junio de 2005. Serie C No. 124, párr. 48; *Caso Tibi*, *supra* nota 7, párr. 48, y *Caso Herrera Ulloa*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 80.

⁹ Cfr. *Caso de las Hermanas Serrano Cruz. Excepciones Preliminares*, *supra* nota 7, párr. 134; *Caso Tibi*, *supra* nota 7, párr. 50, y *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 1 de febrero de 2000. Serie C No. 66, párr. 53.

ante la Comisión, o sea, antes de cualquier consideración en cuanto al fondo; si no es así, se presume que el Estado renuncia tácitamente a valerse de ella. En tercer lugar, la Corte ha señalado que la falta de agotamiento de recursos es una cuestión de pura admisibilidad y que el Estado que la alega debe indicar los recursos internos que es preciso agotar, así como acreditar que esos recursos son adecuados y efectivos¹⁰.

62. En el presente caso, el Estado hizo tres planteamientos distintos en relación con el no agotamiento de los recursos internos. Durante el procedimiento de admisibilidad ante la Comisión se limitó a señalar que los recursos internos no habían sido agotados, dado que “la Junta Central Electoral [...] no ha[bía] sido apoderada del caso”, y que los representantes “deber[ían] [...] recurrir a los Tribunales Ordinarios” (*supra* párrs. 10 y 21). Durante el trámite sobre el fondo del asunto ante la Comisión, el 31 de enero de 2002 el Estado señaló que las presuntas víctimas “no concluyeron con el proceso ante el Procurador Fiscal [...], ni recurrieron a un tribunal de primera instancia o a la Junta Central Electoral” (*supra* párr. 28). Finalmente, ya en el procedimiento ante la Corte, el Estado alegó, en su escrito de contestación de la demanda, que no habían sido agotados los recursos jerárquico, de amparo y de inconstitucionalidad, y en la audiencia pública, que estaba pendiente de agotar el recurso de reconsideración ante el Oficial del Estado Civil y ante el juzgado de primera instancia.

63. Respecto de lo señalado por la República Dominicana, en su Informe de Admisibilidad No. 28/01 emitido el 22 de febrero de 2001 la Comisión hizo notar, por un lado, que “el Estado no demostró que las decisiones administrativas dictadas por el Procurador Fiscal, o por la Junta Central Electoral, fueran susceptibles de recurso idóneo tendiente a modificarlas” y tampoco demostró la existencia de mecanismos que permitan a los demandantes apelar directamente a esos órganos. Consecuentemente, indicó que no existen los recursos idóneos en la jurisdicción interna que deban agotarse respecto al procedimiento de declaración tardía de nacimiento. Por otro lado, la Comisión señaló que, según la legislación dominicana con que contaba, las presuntas víctimas carecían de legitimación para instar un proceso judicial, ya que es el Procurador Fiscal quien debe requerirlo, de acuerdo con el artículo 41 de la Ley No. 659, y que en el presente caso el Procurador Fiscal no apoderó al Juez de Primera Instancia para que este iniciara la investigación tendiente a otorgar la declaración tardía de nacimiento de las presuntas víctimas.

64. La Corte considera que el Estado, de acuerdo con los criterios citados anteriormente (*supra* párrs. 60 y 61), al no indicar expresamente durante el procedimiento de admisibilidad ante la Comisión Interamericana cuáles serían los recursos idóneos y efectivos que deberían haber sido agotados, renunció implícitamente a un medio de defensa que la Convención Americana establece en su favor e incurrió en admisión tácita de la inexistencia de dichos recursos o del oportuno agotamiento de éstos¹¹. Dado lo anterior, el Estado estaba impedido de alegar el no agotamiento de los recursos jerárquico, de amparo, de

¹⁰ Cfr. *Caso de la Comunidad Moiwana*, *supra* nota 8, párr. 49; *Caso de las Hermanas Serrano Cruz. Excepciones Preliminares*, *supra* nota 7, párr. 135, y *Caso Tibi*, *supra* nota 7, párr. 49.

¹¹ Cfr. *Caso de la Comunidad de Mayagna (Sumo) Awás Tigni. Excepciones Preliminares*, *supra* nota 9, párr. 56; *Caso Castillo Petrucci y otros. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 4 de septiembre de 1998. Serie C. No. 41, párr. 56, y *Caso Loayza Tamayo. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 31 de enero de 1996. Serie C. No. 25, párr. 43.

inconstitucionalidad, y de reconsideración ante el Oficial del Estado Civil y ante el juzgado de primera instancia, en el procedimiento ante la Corte.

65. En razón de lo expuesto, y en consideración de los razonamientos de la Comisión Interamericana, que son consecuentes con las disposiciones relevantes de la Convención Americana, la Corte desestima la primera excepción preliminar interpuesta por el Estado.

*
* *

SEGUNDA EXCEPCIÓN PRELIMINAR

*No cumplimiento de la Solución Amistosa
presentada por la Comisión y acogida por el Estado*

Alegatos del Estado

66. El Estado alegó que:

- a) el 1 de noviembre de 1999 la Comisión se puso a disposición de las partes para llegar a una solución amistosa, procedimiento que fue aceptado por la República Dominicana, y dentro de dicho marco los representantes hicieron peticiones que consideró que “sobrepasa[ban] con creces el objeto de la solución amistosa”;
- b) el 24 de agosto de 2001 el Estado, la Comisión y los representantes se reunieron en Santo Domingo, República Dominicana, en la sede de la Junta Central Electoral, con la finalidad de “llegar a una solución de este caso”, y
- c) el 25 de septiembre de 2001 el Estado entregó las actas de nacimiento a las niñas Dilcia Yean y Violeta Bosico. Sin embargo, los representantes no han querido aceptar que la entrega de las actas de nacimiento es el resultado de la solución amistosa. En el presente caso procede aplicar el artículo 49 de la Convención Americana, con base en la credibilidad que inspira la Comisión ante los Estados, y rechazar la demanda.

Alegatos de la Comisión

67. La Comisión alegó que:

- a) a partir del 1 de noviembre de 1999 instó a las partes a iniciar un procedimiento tendiente a alcanzar una solución amistosa. Dada la postura de los representantes y del Estado consideró concluidas las negociaciones luego de la reunión celebrada en República Dominicana el 24 de agosto de 2001;
- b) es incuestionable que en este caso, a pesar de los esfuerzos de las partes al respecto, no se llegó a un acuerdo de solución amistosa tanto porque los representantes se retiraron como porque el Estado manifestó que no se acogería al mismo. Consecuentemente, es incomprensible que el Estado solicite la aplicación del artículo 49 de la Convención Americana para evitar que la Corte conozca del fondo del asunto;

c) teniendo presente que las presuntas víctimas son el objetivo fundamental del sistema interamericano, es determinante la manifestación expresa de los representantes en el sentido de que el otorgamiento por parte del Estado de las actas de nacimiento no constituía una solución amistosa. Esta gestión fue importante para el avance del caso de referencia, más no es la única cuestión en discusión. Ante la expresión de voluntad de una de las partes en el procedimiento de no continuar con las negociaciones tendientes a alcanzar la solución amistosa, a la Comisión no le quedó más alternativa que proceder con el análisis del fondo del caso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 50.1 de la Convención;

d) si bien el Estado tomó ciertos pasos, cuyo valor fue oportunamente reconocido por la Comisión, orientados a remediar al menos en parte las violaciones cometidas en perjuicio de las presuntas víctimas, dichas acciones no constituían una reparación integral, adecuada y sobre todo definitiva, y

e) cumplió con sus obligaciones convencionales, estatutarias y reglamentarias en relación con el procedimiento de solución amistosa en el presente caso, por lo que son improcedentes los argumentos planteados por el Estado sobre esta materia.

Alegatos de los representantes

68. Los representantes manifestaron que:

a) el Estado de manera unilateral otorgó a las niñas las actas de nacimiento en septiembre de 2001, fuera del marco de una solución amistosa. La referidas actas no resuelven este caso, ya que el mismo no estará resuelto hasta tanto no se hayan reconocido y totalmente reparado las alegadas violaciones de los derechos. Además de la entrega de las actas de nacimiento, la propuesta de solución amistosa contemplaba los siguientes puntos: la indemnización económica, el reconocimiento público de las violaciones supuestamente cometidas, la modificación de los requisitos para el registro tardío de nacimiento, y el establecimiento de un mecanismo judicial de resolución de quejas. Sin embargo, cada intento fracasó por la renuencia del Estado a reparar de manera integral las alegadas violaciones, y

b) la República Dominicana nunca ha reconocido su responsabilidad por las violaciones supuestamente cometidas, lo negó en el proceso ante la Comisión y ahora lo niega ante la Corte.

Consideraciones de la Corte

69. La Corte observa que la Comisión señaló que el 1 de noviembre de 1999 se puso a disposición de las partes a fin de llegar a una solución amistosa. El 1 de diciembre de 1999 y el 11 de enero de 2000 el Estado y los representantes, respectivamente, aceptaron acogerse a dicho procedimiento. El 1 de marzo de 2000 los representantes presentaron una propuesta de solución amistosa, que contenía diversas solicitudes. El 6 de marzo de 2000 la Comisión celebró una audiencia con el propósito de analizar la posibilidad de que se llegara a una solución amistosa. En dicha audiencia los representantes reiteraron su propuesta, y el Estado señaló que no podía cumplir con el planteamiento de los representantes, ya que "el acogimiento

a la solicitud de los peticionarios implica[ría] la violación de la normativa interna". Luego, el 22 de febrero de 2001 la Comisión aprobó el Informe de Admisibilidad No. 28/01, en el cual se puso nuevamente a disposición de las partes para llegar a una solución amistosa. El 17 de abril de 2001 los representantes informaron a la Comisión que no estaban interesados en llegar a un acuerdo amistoso. Finalmente, el 24 de agosto de 2001 la Comisión realizó una reunión en Santo Domingo, República Dominicana, en la cual participaron el Estado y los representantes, sin que se lograra un acuerdo amistoso.

70. Este Tribunal el 1 de octubre de 2001 el Estado informó a la Comisión que el 25 de septiembre de 2001 había entregado a las niñas Dilcia Yean y Violeta Bosico las actas de nacimiento.

71. El 17 de octubre de 2001 los representantes comunicaron a la Comisión la entrega de las actas de nacimiento a las presuntas víctimas por parte del Estado, pero indicaron que esa acción no constituía un acuerdo amistoso, ya que durante la referida audiencia de 6 de marzo de 2000 ninguno de los puntos propuestos por ellos fueron considerados por el Estado.

72. La Corte considera que para alcanzar una solución amistosa es necesario que exista un consenso básico entre las partes, en el cual se pueda constatar la voluntad de éstas de poner fin a la controversia, en lo que respecta al fondo del asunto y las posibles reparaciones, situación que no ocurrió en el presente caso.

73. Este Tribunal observa que en el presente caso la Comisión se puso a disposición de las partes para alcanzar una solución amistosa, y los representantes y el Estado aceptaron acogerse a dicho procedimiento. Los representantes hicieron una propuesta de acuerdo amistoso durante ese procedimiento. Sin embargo, el Estado no la aceptó, y manifestó que "las peticiones [de los representantes] sobrepasa[ban] con creces el objeto de la solución amistosa". Asimismo, la Comisión señaló que consideró concluidas las negociaciones por no haberse llegado a una solución amistosa, luego de la reunión celebrada en la República Dominicana el 24 de agosto de 2001, en la cual participaron representantes del Estado, de las niñas y de la Comisión. El 25 de septiembre de 2001 el Estado otorgó las actas de nacimiento a las niñas. Sin embargo, el 17 de octubre de 2001 los representantes indicaron que este acto del Estado no constituía un acuerdo amistoso, ya que su propuesta implicaba la adopción de otras medidas, y reiteraron que no se encontraban dentro de un proceso formal de solución amistosa.

74. De lo anterior se desprende que el procedimiento de solución amistosa no concluyó con un acuerdo expreso de las partes para llegar a la terminación del asunto. En consecuencia, la Corte desestima la segunda excepción preliminar interpuesta por el Estado.

*

* * *

TERCERA EXCEPCIÓN PRELIMINAR
Falta de competencia ratione temporis

Alegatos del Estado

75. El Estado alegó que:

- a) la supuesta violación a los derechos de las niñas Yean y Bosico ocurrió el 5 de marzo de 1997 y el Estado reconoció la competencia contenciosa de la Corte el 25 de marzo de 1999, es decir, dos años después de la presunta violación;
- b) la Corte ha establecido que no puede ejercer su competencia contenciosa para aplicar la Convención cuando los hechos alegados son anteriores al reconocimiento de la competencia del Tribunal, y
- c) si bien el Estado no invocó en tiempo oportuno la presente excepción preliminar, la Comisión sí la invocó, en su debido momento, por lo que la Corte debe pronunciarse sobre la misma.

Alegatos de la Comisión

76. La Comisión no se refirió a la presente excepción preliminar.

Alegatos de los representantes

77. Los representantes manifestaron, en sus alegatos finales orales durante la audiencia pública, que el intento del Estado de interponer una nueva excepción preliminar es extemporáneo.

Consideraciones de la Corte

78. Con respecto al argumento del Estado sobre la alegada falta de competencia *ratione temporis* de la Corte Interamericana para conocer de los hechos relacionados con este caso, ocurridos el 5 de marzo de 1997, con anterioridad a que el Estado reconociera su competencia contenciosa, la Corte reitera que, como todo órgano con funciones jurisdiccionales, tiene el poder inherente a sus atribuciones de determinar el alcance de su propia competencia, ya que el reconocimiento de la misma por el Estado presupone la admisión del derecho del Tribunal a resolver cualquier controversia relativa a su jurisdicción¹², de acuerdo a lo establecido en el artículo 62.1 de la Convención Americana. En consecuencia, la Corte tomará en consideración tanto la fecha de reconocimiento de su competencia contenciosa por parte de la República Dominicana, como el principio de irretroactividad, establecido en el artículo 28 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, para determinar el alcance de su competencia en el presente caso (*infra* párrs. 100 a 108 y 132).

79. En razón de lo expuesto, la Corte desestima la tercera excepción preliminar interpuesta por el Estado.

¹² Cfr. *Caso Baena Ricardo. Competencia*. Sentencia de 28 de noviembre de 2003. Serie C No. 104, párr. 68; *Caso del Tribunal Constitucional. Competencia*. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C No. 55, párr. 33, y *Caso Ivcher Bronstein. Competencia*. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C No. 54, párr. 34.

VI PRUEBA

80. Antes de examinar las pruebas ofrecidas, la Corte realizará, a la luz de lo establecido en los artículos 44 y 45 del Reglamento, algunas consideraciones desarrolladas en la jurisprudencia del Tribunal y aplicables a este caso.

81. En materia probatoria rige el principio del contradictorio, que respeta el derecho de defensa de las partes. El artículo 44 del Reglamento contempla este principio, en lo que atañe a la oportunidad en que debe ofrecerse la prueba para que haya igualdad entre las partes¹³.

82. Según la práctica del Tribunal, al inicio de cada etapa procesal las partes deben señalar qué pruebas ofrecerán en la primera oportunidad que se les concede para pronunciarse por escrito. Además, en ejercicio de las potestades discrecionales contempladas en el artículo 45 de su Reglamento, la Corte o su Presidente podrán solicitar a las partes elementos probatorios adicionales como prueba para mejor resolver, sin que ello se traduzca en una nueva oportunidad para ampliar o complementar los alegatos, salvo que el Tribunal lo permita expresamente¹⁴.

83. La Corte ha señalado, en cuanto a la recepción y valoración de la prueba, que los procedimientos que se siguen ante ella no están sujetos a las mismas formalidades que las actuaciones judiciales internas, y que la incorporación de determinados elementos al acervo probatorio debe ser efectuada prestando particular atención a las circunstancias del caso concreto y teniendo presentes los límites que impone el respeto a la seguridad jurídica y al equilibrio procesal de las partes. Además, la Corte ha tenido en cuenta que la jurisprudencia internacional, al considerar que los tribunales internacionales tienen la potestad de apreciar y valorar las pruebas según las reglas de la sana crítica, no ha establecido una rígida determinación del *quantum* de la prueba necesaria para fundar un fallo. Este criterio es válido para los tribunales internacionales de derechos humanos, que disponen de amplias facultades en la valoración de la prueba rendida ante ellos sobre los hechos pertinentes, de acuerdo con las reglas de la lógica y con base en la experiencia¹⁵.

84. Con fundamento en lo anterior, la Corte procederá a examinar y valorar los elementos probatorios documentales remitidos por la Comisión, los representantes y el Estado en diversas oportunidades procesales o como prueba para mejor resolver que les fue solicitada por el Tribunal y su Presidente, así como la prueba pericial y testimonial rendida ante la Corte durante la audiencia pública, todo lo cual conforma el acervo probatorio del presente caso. Para ello el Tribunal se atenderá a los principios de la sana crítica, dentro del marco legal correspondiente.

A) PRUEBA DOCUMENTAL

¹³ Cfr. *Caso Acosta Calderón*. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129, párr 40; *Caso Yatama*. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 106, y *Caso Fermín Ramírez*. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C No. 126, párr. 43.

¹⁴ Cfr. *Caso Acosta Calderón*, *supra* nota 13, párr 41; *Caso Yatama*, *supra* nota 13, párr. 107, y *Caso Fermín Ramírez*, *supra* nota 13, párr. 44.

¹⁵ Cfr. *Caso Acosta Calderón*, *supra* nota 13, párr 42; *Caso Yatama*, *supra* nota 13, párr. 108, y *Caso Fermín Ramírez*, *supra* nota 13, párr. 45.

85. La Comisión y los representantes remitieron declaraciones y un dictamen autenticados, en respuesta a lo dispuesto por el Presidente en su Resolución de 31 de enero de 2005 (*supra* párr. 44). Dichas declaraciones y dictamen se resumen a continuación.

Declaraciones

a) Propuestas por la Comisión Interamericana y los representantes

1) Violeta Bosico, presunta víctima

Nació el 13 de marzo de 1985 en la Maternidad del Seguro en Sabana Grande de Boyá, República Dominicana. Su madre es Tiramen Bosico Cofi y su padre es Delima Richard.

La testigo vive con su hermana Teresa Tucent Mena y su familia en el Batey Palavé en Manoguayabo. Cursa el segundo año de la secundaria en el Liceo de Manoguayabo en la tanda nocturna. Espera ser la primera de su familia en ir a la universidad.

2) Tiramen Bosico Cofi, madre de la niña Violeta Bosico

Nació el 24 de octubre de 1956 en el Batey Las Charcas en Sabana Grande de Boyá, República Dominicana. Tiene seis hijos: Teresa, Daisy, Violeta, Heriberto, Rudelania, y Esteban.

La testigo hizo aclaraciones respecto a los nombres de sus hijos. Se refirió a las dificultades con la inscripción de sus hijas Violeta y Daisy. Tuvo que conseguir un "papel" con el alcalde, diciendo que Violeta había nacido en su casa, cuando en realidad fue en la Maternidad del Seguro de Sabana Grande de Boyá. Se indicó así porque la maternidad quedaba demasiado lejos de su casa, y no tenía ni el dinero ni el tiempo para ir hasta dicho lugar a conseguir la prueba de que ella nació en ese lugar.

La testigo señaló que para obtener los documentos de sus hijos, fue más o menos fácil para algunos de ellos, y más difícil para otros. Aseguró que fue más fácil registrar a sus hijos Heriberto y Rudelania, porque su padre es de la República Dominicana, tenía cédula e iba con ella a registrarlos. Con la inscripción de Esteban tuvo los mismos problemas que con Violeta y Daisy. Cuando fue con las personas de MUDHA a registrar a Violeta y a Daisy, también quería hacer lo mismo con Esteban, pero no pudo.

Dos de sus hijos, Daisy y Esteban, siguen sin acta de nacimiento. A Daisy le da mucho temor estar fuera de la casa y de la comunidad debido a que no tiene documentos, y piensa que en cualquier momento la pueden detener. Daisy dejó de estudiar por que sabía que en el octavo grado no iba a poder rendir los exámenes nacionales por falta de documentos. Daisy tiene dos hijos que no tienen documentos, ya que ella tampoco los tiene. La testigo no ha intentado registrar nuevamente a sus hijos Daisy y Esteban por que hay no tiene el dinero ni puede dejar de trabajar para hacer los viajes para conseguir todos los documentos que se exigen, y no sabe si los registrarían, aún teniendo todo arreglado.

Los oficiales de migración siguen deteniendo y deportando a la gente por no tener documentos o "mejor dicho, por ser moreno". La testigo señaló que si la detuviesen no les daría su cédula, por miedo a que la rompiesen y se quede sin documentos, por lo que prefería ser llevada a Haití con los documentos para poder regresar a la República Dominicana, y que ha tenido bastante temor de que algo les pueda pasar por estar involucrados en este caso.

Por último, la testigo señaló que no hay nada que les pueda recompensar por todo lo que han pasado, pero por lo menos espera que les recompensen por todo el tiempo y los gastos que han realizado a causa de este caso, y que se concediera una beca a Violeta para que pueda seguir estudiando en la universidad.

3) Teresa Tucent Mena, hermana de la niña Violeta Bosico

Nació el 7 de julio de 1974. Es hija de Tiramén Bosico Cofi, y hermana de Violeta Bosico, quien sigue viviendo con la testigo en el Batey Palavé. Aclaró que su apellido correcto es Tucent Mena, y no Tuseimena.

La testigo cree que para resolver este caso y para asegurar que los problemas de la inscripción se resuelvan, sería justo que las madres sin documentos puedan declarar o registrar a sus hijos solamente con ir y presentarse, y señalar con algún documento que su hijo ha nacido en la República Dominicana.

Espera que su hermana Violeta pueda ir a la universidad, ya que son pobres y sería bueno que ella tuviera una beca para seguir estudiando.

A veces le da miedo cuando algo relacionado con el presente caso se publica a nivel nacional, porque sabe que hay gente que dice que la testigo y su familia están denunciando a la República Dominicana y que están causando problemas por este caso. Por eso le da miedo que algo malo les pueda pasar.

4) Dilcia Yean, presunta víctima

Su madre es Leonidas Oliven Yean. Tiene 8 años. Vive en la casa de su tío en Santo Domingo. Actualmente estudia en el primer grado de la escuela, pero la van a pasar al segundo año antes de concluir el año escolar, porque está avanzada en el curso. Cuando sea mayor, quiere trabajar en una oficina cerca de su familia y ser abogada para ayudar a las personas.

5) Leonidas Oliven Yean, madre de la niña Dilcia Yean

Nació el 24 de agosto de 1972 en el Batey Enriquillo, Sabana Grande de Boyá, República Dominicana. Desde el año 2001 vive en Santo Domingo en la casa de su hermano Rufino.

Registró a su hija, Magdalena, en octubre de 2004. Para ello, le pidieron su cédula de identidad y electoral, testigos, el papel de la iglesia y el papel del alcalde. Para arreglar los problemas de la inscripción de los niños el Estado debe registrar a los niños en la misma escuela.

Peritaje

b) Propuesto por los representantes

1) Samuel Martínez, antropólogo

Los dominico-haitianos no sólo están luchando por la ciudadanía legal sino también por la ciudadanía cultural, para que se de un reconocimiento más amplio de su pertenencia a República Dominicana y para que formen legítimamente parte de dicho país. La ciudadanía cultural es un término amplio que han creado los estudiosos del derecho y los investigadores sociales para describir dichas presuposiciones no declaradas sobre quién, en términos de raza-etnia-clase, pertenece totalmente a la nación y define su identidad fundamental. La exclusión de la ciudadanía cultural puede tener consecuencias negativas sociales, económicas y psicológicas para las personas internamente colonizadas o las minorías étnicas-raciales desfavorecidas que se ven relegadas a una duradera condición de ciudadanos de segunda clase o a los que se niega totalmente la ciudadanía.

Los líderes de opinión destacados del Estado se oponen a los derechos de los inmigrantes haitianos y tienden a hablar de los haitianos como una masa indiferenciada, sin distinguir entre dominico-haitianos y ciudadanos haitianos, sugiriendo y afirmando a veces explícitamente, que los nacidos en la República Dominicana son tan haitianos como sus padres nacidos en Haití. Por su parte, las investigaciones sociales sugieren que los dominico-haitianos son culturalmente dominicanos, que son leales a la República Dominicana y buscan obtener la ciudadanía legal, en la tierra que les vio nacer y el único país que conocen.

El registro civil tardío es con frecuencia la única vía de que disponen los dominico-haitianos para obtener un certificado oficial. Muchos haitianos en la República Dominicana deciden dar a luz a sus hijos en la casa, en lugar de ir a un centro médico, debido a la escasez de recursos económicos y a la dificultad de acceder a medios de transporte adecuados desde los remotos asentamientos rurales, o debido al temor a que el personal del hospital o los agentes de policía los denuncien, ya que muchos son residentes ilegales. En los últimos años, el personal hospitalario ha negado el certificado de nacimiento incluso a los haitianos que han nacido en hospitales.

El reclutamiento de haitianos es con frecuencia permitido e incluso asistido por los agentes de la ley dominicanos, ya que relativamente pocos haitianos se atreverían a aventurarse por primera vez en un país donde no conocen a nadie, no hablan el idioma y no tienen garantías de empleo.

Los haitianos y sus hijos nacidos en la pobreza, en los bateyes, están dispuestos a trabajar por salarios inferiores de lo que aceptarían los dominicanos para un trabajo que exige un gran esfuerzo o peligro.

El deseo y la tendencia a regresar a sus hogares a Haití ha sido especialmente fuerte entre los inmigrantes haitianos. Al respecto, nueve de cada diez hombres que migran a la República Dominicana para cortar caña, regresan a casa en un plazo de dos años. Los haitianos que se quedan en la República Dominicana lo hacen porque han formado familias en ese país.

Por otra parte, en relación con el mundo de la globalización, donde el flujo de las transacciones económicas y culturales conllevan a una demanda cada vez mayor de viajes al extranjero, se aumenta la marginalidad de los apátridas. La capacidad de viajar al extranjero no es un lujo sino una necesidad para acceder a un mejor nivel

de vida para cientos de miles de dominicanos, una oportunidad de la que están excluidos los dominico-haitianos apátridas, por no contar con la documentación requerida.

Igualmente, la falta de cédula expone a los dominico-haitianos a la vulneración de sus garantías procesales, dado que en el momento de arresto son deportados a Haití sin ningún tipo de revisión o recurso judicial.

Con respecto a la educación, un niño sin registro civil no puede matricularse en las escuelas de secundaria ni en la universidad. Para los niños de origen haitiano de clase trabajadora, la educación superior es prácticamente la única vía fiable para ascender en la escala social y económica.

La pobreza, la falta de agua potable segura, la infraestructura de saneamiento inadecuada y las condiciones de desmoronamiento y hacinamiento en la vivienda, exponen a la población haitiana a un mayor riesgo de enfermedad y muerte por patógenos que contaminan el agua y los insectos.

Por último, la denegación del registro civil niega casi inevitablemente a los dominico-haitianos una serie de derechos humanos, cierra la puerta a la prosperidad económica y a la inclusión social, y frustra las posibilidades de que alcancen todo su potencial humano.

B) PRUEBA TESTIMONIAL Y PERICIAL

86. Los días 14 y 15 de marzo de 2005 la Corte recibió en audiencia pública las declaraciones de los testigos propuestos por la Comisión, los representantes y el Estado, y de los peritos propuestos por la Comisión Interamericana y los representantes (*supra* párr. 47). A continuación, el Tribunal resume las partes principales de dichas declaraciones y peritajes.

Testimonios

a) *Propuesto por la Comisión y los representantes*

1) Genaro Rincón Miesse, abogado

Es de nacionalidad dominicana, residente en la ciudad de Santo Domingo y abogado de profesión. Trabajó con la organización Movimiento de Mujeres Domínico-Haitianas (MUDHA) como asesor legal.

Los obstáculos para registrar a un niño de descendencia haitiana son la cantidad de requisitos exigidos, y la falta de acceso de los padres "braceros" a la identificación requerida por el Oficial del Estado Civil, bien sea la cédula de identidad y electoral o la tarjeta de residencia, ya que éstos solo pueden contar con una carta expedida por el Consejo Estatal del Azúcar.

La Junta Central Electoral establece los requisitos de registro civil, los cuales para niños hasta doce años eran en 1997 los siguientes: la constancia de nacimiento expedida por un hospital o clínica, y en el caso de que la persona nazca fuera del hospital o clínica, si es en la zona urbana, una declaración rendida por la partera ante un notario indicando el nacimiento del niño, y si es en la zona rural, una

declaración del alcalde "pedáneo" avalada por la partera; la documentación de los padres, y el acta de matrimonio, si los padres están casados. Para el registro de niños mayores de doce años en 1997 eran exigidos los siguientes once requisitos: la constancia de nacimiento, como explicó anteriormente; la documentación de los padres; el acta de matrimonio; las certificaciones de todas las oficialías civiles en la provincia indicando que el niño no había sido registrado; certificado escolar; certificado de bautizo; declaración juramentada por tres testigos mayores de 50 años que sepan leer y escribir; las cédulas de identidad y electoral de los tres testigos; dos fotografías de la persona; certificado que indicara si la persona había sido o no cedulada, y carta dirigida a la Junta Central Electoral solicitando la autorización para la declaración tardía. Los oficiales de registro no aplican estos requisitos de manera coherente. Las oficialías en donde vive la población haitiana, la exigencia de los requisitos no era constante, comparado con las oficialías donde no existe población inmigrante haitiana, las cuales son más flexibles.

El 5 de marzo de 1995 (sic) se presentó a la Oficina del Estado Civil de Sabana Grande de Boyá para registrar a veinte niños, incluyendo a las niñas Yean y Bosico. La documentación que se presentó en el caso de Dilcia Yean, fue la cédula de identidad y electoral de su madre, y la constancia de nacimiento del hospital de Sabana Grande de Boyá, y en el caso de Violeta Bosico la cédula de su madre, Tiramen Bosico, y la constancia de nacimiento expedida por el alcalde "pedáneo" de Sabana Grande de Boyá.

La licenciada Thelma Bienvenida Reyes, Oficial del Estado Civil, se negó a aceptar la documentación porque hijos de inmigrantes haitianos no podían ser declarados, ya que sus padres son ilegales. Si los padres son haitianos, los niños también son haitianos, ya que los padres están en tránsito. La Oficial agregó que estas eran órdenes superiores, las cuales tenía por escrito, aunque se negó a mostrar el documento. Ella procedió a comentar sobre la naturaleza "extraña", "afrodizada" o haitiana de los apellidos de la niñas. Finalmente, la Oficial los dirigió a la Oficina de Migración del Municipio de Cabecera de la Provincia de Monte Plata.

Ese mismo día fue a la Oficina de Migración en compañía de la promotora de MUDHA. El inspector de esta Oficina en Monte Plata le contestó de manera similar a la Oficial del Estado Civil. De allí se dirigió a la Dirección General de Migración en Santo Domingo, en el Departamento de Asuntos Haitianos, en donde verificó que la Oficina de Migración tenía poder de determinar el registro de hijos de haitianos.

Recurrió ante el Procurador Fiscal porque a este funcionario le compete garantizar los derechos ciudadanos y también le compete el proceso de declaración tardía, ya que una vez que la declaración tardía es presentada en la Oficina del Estado Civil esta va a consideración del Procurador Fiscal para determinar si es procedente. Se comunicó seis veces con el Procurador Fiscal, quien le comunicó que estaba esperando la decisión de su jefe, el licenciado Juan Serrano. Finalmente, el Procurador Fiscal negó la petición por no cumplir con la parte procesal y la remitió nuevamente a la Oficialía del Estado Civil.

Decidió no apelar ante la Junta Central Electoral porque en el pasado dicho ente no dio respuesta a las peticiones puestas a su consideración. Existe una apatía de las autoridades responsables. Además, en ese entonces no existía ningún recurso de amparo para decisiones administrativas.

La niña Violeta Bosico fue expulsada de la escuela por la directora, ya que no tenía el acta de nacimiento; consecuentemente, la niña fue registrada en la escuela nocturna. Sin embargo, ella volvió a estudiar en la escuela diurna una vez que la Comisión dictó las medidas cautelares (*supra* párr. 8). También la Junta Central Electoral otorgó las actas de nacimiento, pero lo hizo en una jurisdicción diferente a la que correspondía, y con la presentación de los mismos documentos antes señalados.

El caso de la niña Violeta Bosico no es el único caso de niños que no pueden tener acceso a educación. Casos semejantes han sido documentados por las organizaciones no gubernamentales MUDHA y el Comité Dominicano de Derechos Humanos.

b) Propuestas por el Estado

2) Amada Rodríguez Guante, Directora de la Escuela Básica de Palavé

Es directora de la Escuela Básica de Palavé, donde estudiaba la niña Violeta Bosico. La niña Violeta Bosico completó la educación básica en ocho cursos. Esta escuela como toda institución está regida por una ley y en vista de eso se tiene un reglamento, el cual dispone que el acta de nacimiento es un requisito para inscribir a los niños. Uno de los requisitos consiste en solicitar a la madre, el acta de nacimiento cuando va a inscribir a sus niños a la escuela. La niña Violeta Bosico decidió irse de la escuela diurna a la tanda nocturna, en donde hizo dos años en el periodo académico de un año. La tanda nocturna es sólo para adultos, es decir, mayores de 18 años, como lo ordena la ley, pero también pueden cursar personas que no sean adultas. No podría asegurar exactamente la edad que la niña Violeta Bosico tenía cuando cursaba la tanda nocturna para adultos. Los padres tienen el derecho a decidir en qué centro pueden estudiar sus hijos. El acta de nacimiento se requiere para evitar que el niño venga con otro nombre, o con un apellido diferente. La niña Violeta Bosico estuvo registrada desde el inicio de sus estudios con el apellido Richard, y luego, en el octavo grado, cuando presentó el documento, apareció con el apellido Bosico.

3) Thelma Bienvenida Reyes, Oficial del Estado Civil de Sabana Grande de Boyá

Una declaración oportuna es la que se registra hasta los sesenta días de nacido. Sin embargo, puede tener variaciones según si se vive en la zona rural o en la zona urbana, sesenta días para declarar en la zona urbana y noventa días para declarar en la zona rural. Los requisitos necesarios para realizar una declaración oportuna son la certificación de nacimiento del hospital o clínica o del alcalde "pedáneo" y la cédula de identidad y electoral de los padres, si son casados el acta de matrimonio de ellos. La declaración la puede realizar la madre, sus padres, la partera, cualquier persona puede servir de declarante. Para la declaración tardía se requiere la misma certificación de nacimiento, la cédula de identidad de los padres, una constancia de escolaridad, si están estudiando o no, y una certificación de la iglesia si están bautizados o no. En el caso de las niñas Dilcia Yean y Violeta Bosico no procedía la declaración por que no presentaron la cédula de identidad y electoral, solamente presentaron la certificación del alcalde y otra del hospital. La edad que tenían las niñas Dilcia Yean y Violeta Bosico cuando comparecieron era aproximadamente de un año y alrededor de 11 a 12 años, respectivamente. De la actuación realizada existe

una comunicación del señor Manuel Ramón Morel Cerda, presidente de la Junta Central Electoral, en la cual se admite que la actuación es conforme a la ley. El Procurador Fiscal no es competente para aplicar requisitos para declaraciones tardías; para apelar una decisión negativa en el registro de nacimiento está el tribunal jerárquico que es la Junta Central Electoral, luego está el procedimiento del Procurador Fiscal, y también está el proceso de amparo. Cuando la declaración es tardía se pueden solicitar todos los documentos de prueba que se consideren necesarios, aunque no estén contemplados como requisitos en las resoluciones de la Junta Central Electoral.

Peritajes

c) Propuestas por la Comisión y los representantes

1) Débora E. Soler Munczek, psicóloga

Entrevistó a las niñas Dilcia Yean y Violeta Bosico, así como a sus familiares, los días 1, 2 y 3 de febrero de 2005. Encontró que el ambiente de discriminación y estigmatización en contra de las personas de ascendencia haitiana que residen en la República Dominicana han permeado la estructura psicológica no sólo de las presuntas víctimas y de sus familias, sino también de la comunidad entera. Ambas niñas demuestran una adaptación social aceptable; sin embargo, su autoestima, autopercepción y la concepción de confianza, de seguridad personal y del mundo se han visto afectados significativamente a causa de este ambiente de discriminación y estigmatización. Las presuntas víctimas y sus familias tienen miedo a las represalias que pueden sufrir por el hecho de defender sus derechos; que aunque las familias están más tranquilas por el hecho de haber recibido las actas de nacimiento expedidas por el Estado, su temor a ser deportadas persiste. Ambas familias consideran la educación de las niñas Dilcia y Violeta como un elemento esencial para su futuro socio-económico, por lo cual han hecho grandes sacrificios económicos y legales para preservar este derecho.

2) Frederick John Packer, abogado y profesor

Los asuntos relacionados con la nacionalidad han sido tradicionalmente de fuero estatal, pero principios de derecho internacional, tales como el derecho de las personas a no ser apátridas y el deber de los Estados de proteger los derechos humanos han limitado este poder en los últimos años. La nacionalidad como término legal se define tradicionalmente con base en dos principios: el sanguíneo (o herencia familiar) y el de lugar de nacimiento. Sin embargo, tratados internacionales – tales como la Convención para la Reducción de los Casos de Apatridia de las Naciones Unidas y la Convención Europea sobre Nacionalidad – y tribunales internacionales – tales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Internacional de Justicia – han adoptado el principio de vínculo efectivo entre el individuo y el Estado para definir la nacionalidad. Este cambio refleja el interés de los Estados por mejorar las relaciones entre sí y su deseo por proteger los derechos humanos, en particular de personas vulnerables como niños y mujeres.

El vínculo efectivo entre el individuo y el Estado puede demostrarse a través de diversos elementos tomados en conjunto. Así cualquier hecho o acción por parte del individuo o el Estado que demuestre una unión real entre ambos sirve para satisfacer este propósito: por ejemplo, el lugar de nacimiento y el lugar de residencia, o la identificación del solicitante con la gente de dicho Estado.

Los Estados pueden escoger el procedimiento administrativo que deseen para otorgar la nacionalidad a las personas que así lo solicitan. Sin embargo, éstos tienen una obligación de hacer el proceso sencillo y razonable, especialmente cuando los peticionarios son personas que de otra forma quedarían apátridas. Los dos tratados internacionales mencionados anteriormente ordenan al Estado otorgar automáticamente la nacionalidad a cualquier persona nacida en su territorio y que de otra manera quedaría apátrida. En otros casos se otorga la nacionalidad mediante una solicitud que se hace luego de un período de residencia (bien sea 3 ó 5 años dependiendo del tratado).

Aunque relacionados, los procesos de nacionalidad y de registro civil son diferentes y sirven para propósitos diferentes. El proceso de nacionalización sirve para establecer formalmente el vínculo entre el individuo y el Estado; así el individuo puede acudir a la protección del Estado. En cambio, el proceso de registro civil sirve principalmente al interés del Estado de controlar la salud, la seguridad y el orden público.

Es razonable para los Estados que optan por usar el sistema de registro como parte del proceso de nacionalización utilizar documentos que establezcan la identidad de la persona, tales como la partida de nacimiento, la partida de bautizo o una constancia de la persona que atendió el parto. Sin embargo, no es razonable solicitar todos estos documentos a la vez, ni pedir documentos que demuestren el estado migratorio legal del padre o de la madre del solicitante o la existencia de un vínculo matrimonial formal entre ellos. Primero, el solicitar todos estos documentos a la vez crearían una carga financiera y de tiempo inaceptable. Segundo, el solicitar documentos probatorios de un vínculo matrimonial o de un estado migratorio de los padres constituye una discriminación por origen y por pertenencia a un grupo social. Tercero, documentos que demuestran la relación de los padres del solicitante con el Estado son irrelevantes, ya que el vínculo a demostrar es el existente entre el solicitante y el Estado.

En el caso de las niñas Yean y Bosico está claro que su conexión, la composición de su vida y sus relaciones se da con la República Dominicana, por lo que ellas no podrían tener la nacionalidad haitiana, pues no existe vínculo real entre dichas niñas y el Estado de Haití. En el procedimiento administrativo de la República Dominicana, el requerir una lista de documentos de forma conjunta representa una carga significativa para el solicitante, además de ser redundante, ya que uno sólo de los documentos puede satisfacer el objetivo de documentar la identidad del solicitante y el vínculo de este con el Estado. Ningún procedimiento de nacionalización de los cincuenta y cinco países de los cuales tiene conocimiento el testigo requieren de manera simultánea todos estos requisitos o documentos. El argumento de solicitar todos estos documentos para prevenir un posible fraude electoral no es sustentable, ya que la República Dominicana puede alcanzar este interés por procedimientos de registro apropiados que no afectan el proceso para obtener la nacionalidad.

Finalmente, aunque el derecho internacional no define el concepto de "personas en tránsito", este no es importante al momento de decidir si una persona tiene cierta nacionalidad, ya que lo importante es la existencia del vínculo real entre el individuo y el Estado.

C) VALORACIÓN DE LA PRUEBA

Valoración de la Prueba Documental

87. En este caso, como en otros¹⁶, el Tribunal admite el valor probatorio de aquellos documentos presentados por las partes en su oportunidad procesal, o como prueba para mejor resolver de conformidad con el artículo 45 de su Reglamento que no fueron controvertidos ni objetados, ni cuya autenticidad fue puesta en duda.

88. La Corte agrega al acervo probatorio, de conformidad con el artículo 45.1 del Reglamento, y por estimarlos útiles para resolver este caso, los documentos presentados por los representantes, que indicaron como prueba superveniente¹⁷ (*supra* párr. 48); los documentos aportados por los representantes como anexos a sus alegatos finales escritos¹⁸ (*supra* párr. 49); los documentos aportados por primera vez por el Estado como anexos a sus alegatos finales escritos¹⁹ (*supra* párr. 49), y los documentos presentados por el Estado el 10 de enero, el 24 de mayo y el 5 de septiembre de 2005²⁰.

89. En aplicación de lo dispuesto en el artículo 45.1 del Reglamento, la Corte incorpora al acervo probatorio del caso los documentos presentados por el Estado, la Comisión y los representantes que fueron requeridos por el Tribunal como prueba para mejor resolver (*supra* párrs. 50 y 51), a saber, una copia de la Ley No. 8-92 de 13 de abril de 1992, presentada por las tres partes, y una copia de la Resolución de la Junta Central Electoral la No. 5/88 de 8 de junio de 1988, presentada por el Estado y los representantes, ya que los mismos resultan útiles para la resolución del presente caso. En lo que se refiere a la solicitud del Tribunal de que las partes

¹⁶ Cfr. *Caso Acosta Calderón*, *supra* nota 13, párr. 45; *Caso Yatama*, *supra* nota 13, párr. 112, y *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa*. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 40.

¹⁷ A saber: el Código para el Sistema de Protección y los Derechos Fundamentales de Niños, Niñas y Adolescentes (Ley No. 136 – 03), promulgado el 7 de agosto de 2003; la Ley No. 285 – 04 de Migración de la República Dominicana, promulgada el 15 de agosto de 2004; lista de los requisitos para declaración tardía de nacimiento de personas mayores de 16 años, emitida por la Junta Central Electoral el 11 de diciembre de 2003; la Resolución No. 07/2003, "Resolución sobre declaraciones tardías de personas mayores de dieciséis años de edad" emitida por la Junta Central Electoral el 17 de noviembre de 2003, y el manual o instructivo para la aplicación de la resolución No. 7/2003 de 17 de noviembre de 2003 de la Junta Central Electoral relativa a la instrumentación de declaraciones tardías de personas mayores de dieciséis años de edad.

¹⁸ A saber: copia de la decisión de 6 de agosto de 1988 de la Corte Suprema de Justicia "sobre la acción de inconstitucionalidad y nulidad de las resoluciones dictadas por el Senado y la Cámara de Diputados de la República", y varios comprobantes de gastos de CEJIL en el caso de las Niñas Yean y Bosico.

¹⁹ A saber: acta de nacimiento de la señora Solain Pierre; certificación de la Oficial del Estado Civil de Sabana Grande de Boyá de 6 de noviembre de 2003; oficio del Procurador Fiscal del Distrito Nacional dirigido al Presidente de la Sala Civil y Comercial del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Nacional solicitando ratificar declaraciones tardías de nacimiento; Resolución de la Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana de 24 de febrero de 1999; manuscrito del Estado titulado "Reclamaciones de los peticionarios durante la solución amistosa ante la [Comisión]"; certificación de la Directora de la Escuela Básica Palavé de 6 de noviembre de 2003; certificación de la Asociación Dominicana de Profesores de 11 de marzo de 2005; diploma de término de la Educación Básica de la niña Violeta Bosico de 1 de julio de 2004; certificación de la Sociedad de Padres y Amigos de la Escuela Básica Palavé de 11 de marzo de 2005, y certificación de la Junta de Vecinos Las Mercedes de 11 de marzo de 2005.

²⁰ A saber: el documento titulado *The uses of Children: A Study of Trafficking in Haitian Children*, USAID/Haiti Mission, Port-au-Prince, Haiti, July 14, 2004, de Glenn R. Smucker e Gerald F. Murray; la Resolución de la Junta Central Electoral No. 11-89 de 22 de agosto de 1989, y certificado emitido el 7 de marzo de 2005 por el director del "sub centro de salud" de Sabana Grande de Boyá, República Dominicana.

presentaran como prueba para mejor resolver los anexos a la “demanda en solicitud de autorización de declaraciones tardías [...]” presentada el 11 de septiembre de 1997 ante el Procurador Fiscal del Distrito Judicial de Monte Plata, República Dominicana, la Corte toma nota de lo expresado por el Estado²¹ y la Comisión²², los cuales no remitieron los anexos alegando que no los tenían en su poder, y los representantes únicamente enviaron los anexos que ya obraban en el expediente del caso, y señalaron que “si bien la solicitud ante el Procurador Fiscal fue presentada a favor de un grupo de niños de ascendencia haitiana, [...] suministr[an] únicamente los documentos correspondientes a las niñas Yean y Bosico”. Dado lo anterior, la Corte hace notar que las partes deben facilitar todos los elementos probatorios requeridos de oficio, como prueba para mejor resolver o a petición de parte, ya que el Tribunal debe contar con el mayor número de elementos de juicio para valorar y lograr conclusiones sobre los hechos.

90. Asimismo, la Corte agrega los siguientes documentos al acervo probatorio, en aplicación del artículo 45.1 del Reglamento, por considerarlos útiles para la resolución de este caso: a) Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Oficina de Desarrollo Humano de la República Dominicana, Informe Nacional de Desarrollo Humano 2005 – Hacia una inserción mundial incluyente y renovada; b) Naciones Unidas, Comité de los Derechos del Niño, Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes con Arreglo al Artículo 44 de la Convención. Observaciones Finales del Comité de los Derechos del Niño. República Dominicana. UN Doc. CRC/C/15/Add.150, 21 de febrero de 2001; c) *World Bank, Dominican Republic Poverty Assessment: Poverty in a High-Growth Economy (1986 – 2000)*, 2 volúmenes, 2001; d) Bridget Wooding y Richard Moseley-Williams, Inmigrantes haitianos y dominicanos de ascendencia haitiana en la República Dominicana. Santo Domingo, República Dominicana: Cooperación Internacional para el Desarrollo y el Servicio Jesuita a Refugiados y Migrantes, 2004; e) Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comentarios del Gobierno de la República Dominicana a las observaciones finales del Comité de los Derechos Humanos, UN Doc. CCPR/CO/71/DOM/Add.1, 28 de mayo de 2002; f) Organización de los Estados Americanos, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1991, OEA/Ser.L/V/II.81, doc. 6 rev. 1, de 14 de febrero de 1992; g) Organización de los Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en la República Dominicana, OEA/Ser.L/V/II.104, doc. 49 rev. 1, de 7 de octubre de 1999, y h) Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, “Los derechos humanos y la extrema pobreza”, Informe presentado por la experta independiente encargada de la cuestión de los derechos humanos y la extrema pobreza, Sra. A. M. Lizin, de conformidad con la resolución 2002/30 de la Comisión de Derechos Humanos, Adición: MISIÓN EN LA REPÚBLICA DOMINICANA. UN Doc. E/CN.4/2003/52/Add.1, 16 Enero 2003.

91. La Corte admite las declaraciones autenticadas rendidas por las niñas Dilcia Yean y Violeta Bosico (*supra* párrs. 85.a.4 y 85.a.1), y por las señoras Tiramén Bosico Cofi, Leonidas Oliven Yean y Teresa Tucent Mena (*supra* párrs. 85.a.2, 85.a.5 y 85.a.3), en cuanto concuerden con el objeto de la declaración, y las valora en el conjunto del acervo probatorio. Este Tribunal estima que por tratarse de las presuntas víctimas y de sus familiares, y tener interés directo en este caso, sus

²¹ El Estado indicó que “[t]odo el expediente en cuestión le fue devuelto a los peticionarios”.

²² La Comisión señaló que espera que el Estado y los representantes “se encuentren en la capacidad de aportar [...] la documentación presentada a nivel interno”.

manifestaciones no pueden ser apreciadas aisladamente, sino dentro del conjunto de las pruebas del proceso. Las manifestaciones de las presuntas víctimas tienen un valor especial, al igual que las manifestaciones de los familiares, ya que son ellos quienes pueden proporcionar mayor información sobre las consecuencias de las violaciones que pudieron haber sido perpetradas en su contra²³.

92. En relación con el dictamen rendido por el señor Samuel Martínez (*supra* párr. 85.b.1), el cual el Estado objetó por considerar que el presente caso “no constituye un *class action* que pretenda agrupar a todos los niños de origen haitiano, ni se refiere a nacionales de dicho país, por lo que resulta totalmente irrelevante e improcedente que [el señor Martínez] se manifieste sobre aspectos de migración haitiana y discriminación”, este Tribunal lo admite por considerarlo útil para resolver el presente caso; sin embargo, toma en cuenta las objeciones del Estado y lo valora en el conjunto del acervo probatorio conforme a las reglas de la sana crítica.

93. Respecto a las referidas declaraciones de las niñas Dilcia Yean y Violeta Bosico y de las señoras Tiramén Bosico Cofi, Teresa Tucent Mena, y Leonidas Oliven Yean, así como el dictamen del señor Samuel Martínez, los cuales se encuentran autenticadas y no fueron rendidas ante fedatario público, la Corte los ha admitido como lo ha hecho en otras ocasiones, puesto que no se afecta la seguridad jurídica ni el equilibrio procesal entre las partes²⁴.

94. En relación con las declaraciones rendidas por la señora Leonidas Oliven Yean, el 9 de junio ó 25 de julio de 1999 y el 24 de julio de 2001; la declaración rendida por la señora Tiramén Bosico Cofi el 11 de julio de 1999, y la declaración rendida por el señor Genaro Rincón Miesse, el 9 de agosto de 1999, aportadas por la Comisión, los representantes y el Estado como prueba documental, anexa a sus respectivos escritos de demanda, solicitudes y argumentos, y contestación de la demanda, el Estado indicó que éstas contenían contradicciones o imprecisiones. En razón de lo anterior, la Corte las admite, tomando en cuenta las objeciones del Estado, y valora dentro del contexto del acervo probatorio y no en forma aislada.

95. En lo que se refiere a la certificación de nacimiento de la niña Violeta Bosico, emitida el 3 de marzo de 1997 por el alcalde “pedáneo” de la Segunda Circunscripción de Sabana Grande de Boyá, el Estado objetó la veracidad del lugar de nacimiento indicado en la referida certificación, con fundamento en que la señora Tiramén Bosico declaró ante el referido alcalde que la niña nació en su residencia, y en que en la declaración que rindió dicha señora el 2 de febrero de 2005, autenticada por el licenciado Marcelino de la Cruz, aclaró que la niña “nació en la Maternidad del Seguro de Sabana Grande de Boyá”. La Corte hace notar, por un lado, que la objeción del Estado se refiere al lugar de nacimiento de la niña Violeta Bosico, en el sentido de si ésta nació en la casa de su madre o en una maternidad; es decir, los demás elementos que constan de la certificación, a saber, el nombre de la niña, su fecha de nacimiento, el nombre de su madre y el hecho de que nació en la República Dominicana, no fueron objetados ni controvertidos por el Estado. En consecuencia, este Tribunal considera que, por no haber cuestionado el hecho de que

²³ Cfr. *Caso Yatama*, *supra* nota 13, párr. 116; *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa*, *supra* nota 16, párr. 43, y *Caso de la Comunidad Moiwana*, *supra* nota 8, párr. 84.

²⁴ Cfr. *Caso Yatama*, *supra* nota 13, párr. 116, *Caso de las Hermanas Serrano Cruz*. Sentencia de 1 de marzo de 2005. Serie C No. 120, párr. 39, y *Caso Lori Berenson Mejía*. Sentencia de 25 de noviembre de 2004, Serie C No. 119, párr. 82.

la niña Violeta Bosico nació en la República Dominicana, el objeto de la impugnación del Estado no afecta la decisión de la Corte respecto a la materia del presente caso.

96. En cuanto a los documentos de prensa presentados por las partes, este Tribunal ha considerado que podrían ser apreciados cuando recojan hechos públicos y notorios o declaraciones de funcionarios del Estado, o cuando corroboren aspectos relacionados con el caso²⁵.

Valoración de la Prueba Testimonial y Pericial

97. Respecto al testimonio del señor Genaro Rincón Miesse (*supra* párr. 86.a.1), y los dictámenes de la señora Débora E. Soler Munczek y el señor Frederick John Packer (*supra* párrs. 86.c.1 y 86.c.2), este Tribunal los admite por considerarlos útiles para resolver el presente caso, pero también toma en cuenta los señalamientos del Estado respecto a los peritos, y los valora en el conjunto del acervo probatorio, conforme a las reglas de la sana crítica.

98. Respecto al testimonio de la señora Thelma Bienvenida Reyes (*supra* párr. 86.b.3), el cual no fue objetado ni controvertido, el Tribunal lo admite y le concede valor probatorio. En cuanto al testimonio Amada Rodríguez Guante (*supra* párr. 86.b.2), se hace notar que, durante la audiencia pública se modificó el objeto de su testimonio y en su lugar, se determinó que la referida señora debía declarar sobre la escolaridad de la niña Violeta Bosico y los presuntos daños morales sufridos por haber perdido un año de escolaridad, el cual no fue objetado ni controvertido, por lo que la Corte lo admite en cuanto concuerde con el objeto del interrogatorio, y le concede valor probatorio.

99. En los términos mencionados, la Corte apreciará el valor probatorio de los documentos, declaraciones y peritajes aportados por escrito o rendidos ante ella. Las pruebas presentadas durante el proceso han sido integradas a un solo acervo, que se considera como un todo²⁶.

VII

CONSIDERACIONES PREVIAS

100. La Corte estima necesario hacer algunas precisiones sobre su competencia en el presente caso antes de entrar al análisis del fondo de la controversia, en consideración de que la República Dominicana reconoció la competencia contenciosa de la Corte el 25 de marzo de 1999.

101. La Comisión en su demanda indicó que no pretende que la Corte establezca violaciones por los hechos ocurridos con anterioridad al 25 de marzo de 1999, y señaló que los hechos ocurridos antes de esta fecha "se presentan a la [...] Corte como antecedentes de las violaciones imputables al Estado a partir de su aceptación de la jurisdicción contenciosa de la Corte".

²⁵ Cfr. *Caso Yatama*, *supra* nota 13, párr. 119; *Caso Fermín Ramírez*, *supra* nota 13, párr. 51, y *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa*, *supra* nota 16, párr. 46.

²⁶ Cfr. *Caso Acosta Calderón*, *supra* nota 13, párr. 49; *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa*, *supra* nota 16, párr. 49, y *Caso de las Hermanas Serrano Cruz*, *supra* nota 24, párr. 46.

102. Al respecto, los representantes señalaron que “la Corte tiene plena competencia para resolver casos que alegan violaciones por parte del Estado [a] la Convención a partir del 25 de marzo de 1999”, e informaron que “reconoce[n] que la situación de desamparo de las niñas también resulta de hechos ocurridos con anterioridad [a dicha fecha, los cuales la] Corte debería considerar [...] como antecedentes”.

103. Por su parte, el Estado manifestó que “la competencia temporal de la Corte [...] está delimitada por el momento en que el Estado haya aceptado dicha competencia”.

104. Al determinar si tiene o no competencia para conocer un caso, de acuerdo con el artículo 62.1 de la Convención Americana, la Corte debe tomar en consideración tanto la fecha de reconocimiento de la competencia por parte del Estado, como el principio de irretroactividad, dispuesto en el artículo 28 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, el cual se aplica a la vigencia de los efectos jurídicos del reconocimiento de la competencia del Tribunal²⁷.

105. Dicho principio establece que la Corte no puede ejercer su competencia contenciosa para aplicar la Convención y declarar una violación a sus normas cuando los hechos alegados o la conducta del Estado demandado que pudiera implicar responsabilidad internacional son anteriores al reconocimiento de la competencia del Tribunal.

106. De este modo, el Tribunal es competente para conocer y declarar violaciones a la Convención en dos situaciones distintas: cuando los hechos violatorios son posteriores a la fecha de reconocimiento de su competencia o cuando se trata de una violación continua o permanente que persiste después del reconocimiento, aunque su inicio sea anterior a éste²⁸.

107. Asimismo, al interpretar la Convención conforme a su objeto y fin, la Corte debe actuar de tal manera que se preserve la integridad del mecanismo previsto en el artículo 62.1 de la Convención. Sería inadmisibles subordinar tal mecanismo a restricciones que hagan inoperante el sistema tutelar de los derechos humanos, previsto en la Convención y, por lo tanto, la función jurisdiccional de la Corte²⁹.

108. En razón de todo lo expuesto Corte considera necesario establecer que si bien los hechos presentados por la Comisión Interamericana como antecedentes tuvieron lugar con anterioridad al 25 de marzo de 1999, algunos de estos hechos podrían persistir después de la fecha en que el Estado reconoció la competencia contenciosa de la Corte Interamericana (*supra* párr. 4), situaciones que serán examinadas por el Tribunal en el presente caso.

²⁷ Cfr. *Caso de la Comunidad Moiwana*, *supra* nota 8, párrs. 38 y 39; *Caso Caesar*. Sentencia de 11 de marzo de 2005. Serie C No. 123, párr. 108, y *Caso Hermanas Serrano Cruz. Excepciones Preliminares*, *supra* nota 7, párrs. 64 y 65.

²⁸ Cfr. *Caso de la Comunidad Moiwana*, *supra* nota 8, párrs. 38 y 39; *Caso Hermanas Serrano Cruz. Excepciones Preliminares*, *supra* nota 7, párrs. 64 y 65, y *Caso Alfonso Martín del Campo Dodd. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 3 de septiembre de 2004. Serie C No. 113, párr. 79.

²⁹ Cfr. *Caso Hermanas Serrano Cruz. Excepciones Preliminares*, *supra* nota 7, párr. 68; *Caso Baena Ricardo y otros. Competencia*, *supra* nota 12, párr. 128, y *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros*. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94, párr. 19.

VIII Hechos Probados

109. La Corte considera probados los hechos que forman parte de los antecedentes y del contexto del caso que ésta abordará en el ejercicio de su competencia, los hechos que a continuación se detallan:

Antecedentes

CONTEXTO SOCIAL

109.1. Las primeras grandes migraciones de haitianos hacia la República Dominicana ocurrieron durante el primer tercio del siglo 20, cuando alrededor de 100 mil personas se trasladaron a los campos azucareros de aquel país. Los ingenios dominicanos estuvieron en un primer momento bajo el control de empresas privadas y después, en su mayoría, pasaron al control del Consejo Estatal del Azúcar (CEA). Muchos migrantes haitianos pasaron a vivir de forma permanente en la República Dominicana, constituyeron familia en este país y ahora viven con sus hijos y nietos (segunda y tercera generación de dominicanos de ascendencia haitiana), quienes nacieron y han vivido en la República Dominicana³⁰.

109.2. La mayoría de los haitianos y dominicanos de ascendencia haitiana en la República Dominicana viven en condiciones de pobreza en zonas conocidas como bateyes, que consisten en asentamientos de trabajadores agrícolas, que se ubican en torno a las plantaciones de caña de azúcar³¹. En esos lugares los servicios públicos básicos son escasos, y las carreteras están en mala condición lo cual, durante la temporada lluviosa puede llegar a impedir por varios días la comunicación entre los bateyes y las ciudades³².

³⁰ Cfr. *National Coalition for Haitian Rights, Beyond de Bateyes – Haitian Immigrants in the Dominican Republic*, 1996 (expediente de anexos a la demanda, anexo 9, folios 819 a 821 y 829 a 831); *Human Rights Watch, "Personas Ilegales" - Haitianos y Dominico-Haitianos en la República Dominicana*. Nueva York: 2002 (expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, anexo 19, folios 310 a 320); Marco Scuriatti, *Background Papers – A review of the Haitian Immigrant Population in the Dominican Republic*. In: World Bank, *Dominican Republic Poverty Assessment: Poverty in a High-Growth Economy (1986 – 2000)*, volumen II, 2001, págs. 81 a 83, y Bridget Wooding y Richard Moseley-Williams, *Inmigrantes haitianos y dominicanos de ascendencia haitiana en la República Dominicana*. Santo Domingo, República Dominicana: Cooperación Internacional para el Desarrollo y el Servicio Jesuita a Refugiados y Migrantes, 2004, págs. 1 a 103.

³¹ Cfr. *National Coalition for Haitian Rights, Beyond de Bateyes – Haitian Immigrants in the Dominican Republic*, 1996 (expediente de anexos a la demanda, anexo 9, folio 820); Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comentarios del Gobierno de la República Dominicana a las observaciones finales del Comité de los Derechos Humanos, UN Doc. CCPR/CO/71/DOM/Add.1, 28 de mayo de 2002, párr. 42; Naciones Unidas, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Oficina de Desarrollo Humano de la República Dominicana, Informe Nacional de Desarrollo Humano 2005 – Hacia una inserción mundial incluyente y renovada, págs. 119 a 144, y Bridget Wooding y Richard Moseley-Williams, *Inmigrantes haitianos y dominicanos de ascendencia haitiana en la República Dominicana*, Cooperación Internacional para el Desarrollo y el Servicio Jesuita a Refugiados y Migrantes, Santo Domingo, República Dominicana, 2004, págs. 1 a 103.

³² Cfr. *National Coalition for Haitian Rights, Beyond de Bateyes – Haitian Immigrants in the Dominican Republic*, 1996 (expediente de anexos a la demanda, anexo 9, folios 852 a 861); World Bank, *Dominican Republic Poverty Assessment: Poverty in a High-Growth Economy (1986 – 2000)*, volume I, 2001, págs. 44 a 55; Marco Scuriatti, *Background Papers – A review of the Haitian Immigrant Population in the Dominican Republic*. In: World Bank, *Dominican Republic Poverty Assessment: Poverty in a High-*

109.3. La Oficina del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo en la República Dominicana señaló en el año 2005 que

[l]os haitianos y haitianas viven en el país en condiciones muy precarias y de extrema pobreza. Además, la mayoría está indocumentada y debe enfrentarse a una actitud política y social generalmente hostil, sin posibilidad de asistencia legal y con limitado acceso a servicios de salud, sanidad y educación, que incluye a los hijos de los haitianos nacidos en el país. Cabe señalar que las limitaciones en el acceso a los servicios públicos y el problema de la falta de documentación son generalizados entre los segmentos más pobres de la población dominicana. [...] Respecto a la inmigración haitiana las informaciones evidencian las condiciones de incorporación en tramos de mercados laborales segmentados para este grupo de inmigrantes, [...] caracterizados por bajos salarios, pésimas condiciones laborales y baja tecnología, definidas internacionalmente por 'las tres P', pesadas, peligrosas y precarias (en inglés "las tres D": *dirty, dangerous, demanding*). Como es obvio, éstas no son precisamente las condiciones que se debieran aceptar desde la perspectiva del desarrollo humano. [...] ³³.

109.4. En el informe rendido ante las Naciones Unidas con ocasión de la presentación de los "Comentarios del Gobierno de la República Dominicana a las observaciones finales del Comité de Derechos Humanos", el Estado afirmó que su mayor preocupación es "combatir la exclusión y la desigualdad social, buscando mecanismos para integrar la sociedad en su totalidad y dejar definitivamente en el pasado las viejas prácticas antihaitianas"³⁴.

109.5. En el referido informe rendido ante las Naciones Unidas el Estado indicó que el Presidente de la República en ejercicio en el año de 2002, señor Hipólito Mejía, se pronunció "a favor de la dignificación del[os] batey[es]", y afirmó que "así como apostamos al futuro, no podemos quedarnos de brazos cruzados ante las situaciones más críticas de pobreza que ofenden nuestra conciencia humanitaria; si nos preguntamos cuál es el caso que mejor simboliza este tipo de situaciones, creo que todos mencionaríamos las condiciones de vida en los bateyes"³⁵.

SOBRE LAS NIÑAS DILCIA YEAN Y VIOLETA BOSICO

109.6. Dilcia Yean nació el 15 de abril de 1996 en el "sub centro de salud" localizado en el municipio de Sabana Grande de Boyá, Provincia de Monte Plata, República Dominicana³⁶. Ha crecido en dicho municipio y en el año 2003 frecuentaba el

Growth Economy (1986 – 2000), volumen II, 2001, págs. 84 a 85, y Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comentarios del Gobierno de la República Dominicana a las observaciones finales del Comité de los Derechos Humanos, UN Doc. CCPR/CO/71/DOM/Add.1, 28 de mayo de 2002, párr. 46.

³³ Cfr. Naciones Unidas, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Oficina de Desarrollo Humano de la República Dominicana, Informe Nacional de Desarrollo Humano 2005 – Hacia una inserción mundial incluyente y renovada, págs. 121, 139, 141 y 143.

³⁴ Cfr. Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comentarios del Gobierno de la República Dominicana a las observaciones finales del Comité de los Derechos Humanos, UN Doc. CCPR/CO/71/DOM/Add.1, 28 de mayo de 2002, párr. 46.

³⁵ Cfr. Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comentarios del Gobierno de la República Dominicana a las observaciones finales del Comité de los Derechos Humanos, UN Doc. CCPR/CO/71/DOM/Add.1, 28 de mayo de 2002, párr. 46.

³⁶ Cfr. extracto del acta de nacimiento de la niña Dilcia Oliven Yean emitido el 25 de septiembre de 2001 por la Junta Central Electoral, Oficialía del Estado Civil de la Primera Circunscripción del Distrito Nacional de la República Dominicana (expediente de anexos a la demanda, anexo 14, tomo IV, folio 2105); certificado de declaración de nacimiento de la niña Dilcia Oliven Yean emitido el 25 de septiembre

Colegio Alegría Infantil³⁷. Su madre es la señora Leonidas Oliven Yean, de nacionalidad dominicana³⁸. Su padre es de nacionalidad haitiana, y no mantiene comunicación con su hija³⁹. Sus abuelos maternos son el señor Dos Oliven, de nacionalidad haitiana, y la señora Anita Oliven Yean⁴⁰. Dilcia Yean tiene ascendencia haitiana por parte de su padre y de su abuelo materno.

109.7. Violeta Bosico nació el 13 de marzo de 1985 en la República Dominicana⁴¹. Su madre es la señora Tiramen Bosico Cofi, de nacionalidad dominicana⁴². Su padre

de 2001 por la Oficialía de Estado Civil de la Primera Circunscripción del Distrito Nacional, Santo Domingo, República Dominicana (expediente de anexos a la demanda, anexo 14, tomo IV, folio 2113; expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, anexo 14, folio 90, y expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo 18, folio 43), y hoja de reporte oportuno de nacimiento de la niña Dilcia Yean emitida el 5 de marzo de 1997 por el “sub centro de salud” de Sabana Grande de Boyá, Monte Plata, Secretaría de Estado de Salud Pública y Asistencia Social, República Dominicana (expediente de anexos a la demanda, anexo 3, folio 98; expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, anexo 7, folio 48, y expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo 19, folio 45).

³⁷ Cfr. informe de MUDHA correspondiente a la visita hecha a las familias de las niñas Dilcia Yean y Violeta Bosico el 9 de abril de 2003 (expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, tomo I, folio 389).

³⁸ Cfr. extracto del acta de nacimiento de la niña Dilcia Oliven Yean emitido el 25 de septiembre de 2001 por la Junta Central Electoral, Oficialía del Estado Civil de la Primera Circunscripción del Distrito Nacional de la República Dominicana (expediente de anexos a la demanda, anexo 14, tomo IV, folio 2105); acta de nacimiento de la señora Leonidas Oliven Yean emitida el 9 de octubre de 1978 por la Junta Central Electoral, República Dominicana (expediente de anexos al escrito de contestación de la demanda, anexo 1, folio 2), y cédula de Identidad y Electoral, número 090-0002085-0, de la señora Leonidas Oliven Yean emitida el 29 de enero de 1994 por la Junta Central Electoral, República Dominicana (expediente de anexos a la demanda, anexo 3, folios 102 y 103). En la declaración rendida por la señora Leonidas Oliven Yean autenticada el 3 de febrero de 2005 por el licenciado Marcelino de la Cruz Nuñez, aclaró que es conocida como “Nany” (expediente de excepciones preliminares y eventuales fondo y reparaciones, tomo III, folio 905).

³⁹ Cfr. declaración de la señora Leonidas Oliven Yean rendida el 25 de junio ó 9 de julio de 1999 ante la señora Katherine A. Fleet, en el Batey Enriquillo, Sabana Grande de Boyá (expediente de anexos a la demanda, anexo 14, tomo III, folios 1752 a 1756; expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, anexo 34, folios 411 a 415, y expediente de anexos al escrito de contestación de la demanda, anexo 15, folios 31 y 32).

⁴⁰ Cfr. extracto del acta de nacimiento de Leonidas Oliven Yean emitido el 10 de septiembre de 2001 por la Junta Central Electoral, en Sabana Grande de Boyá, República Dominicana (expediente de anexos a la demanda, anexo 9, folio 697, y expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo 8, folio 17); acta de nacimiento de la señora Leonidas Oliven Yean emitida el 9 de octubre de 1978 por la Junta Central Electoral, República Dominicana (expediente de anexos al escrito de contestación de la demanda, anexo 1, folio 2); acta de nacimiento del señor Rufino Oliven Yean emitida el 30 de noviembre de 1974 por la Junta Central Electoral, República Dominicana (expediente de anexos al escrito de contestación a la demanda, anexo 2, folio 4), y acta de nacimiento del señor Julio Oliven Yean emitida el 9 de octubre de 1978 por la Junta Central Electoral, República Dominicana (expediente de anexos al escrito de contestación a la demanda, anexo 3, folio 6).

⁴¹ Cfr. extracto del acta de nacimiento de la niña Violeta Bosico Cofi emitido el 25 de septiembre de 2001 por la Junta Central Electoral, Oficialía del Estado Civil de la Primera Circunscripción del Distrito Nacional de la República Dominicana (expediente de anexos a la demanda, anexo 14, tomo IV, folio 2104); certificado de declaración de nacimiento de la niña Violeta Bosico Cofi emitido el 25 de septiembre de 2001 por la Oficialía de Estado Civil de la Primera Circunscripción del Distrito Nacional, Santo Domingo, República Dominicana (expediente de anexos a la demanda, anexo 14, tomo IV, folio 2112; expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, anexo 15, folio 91, y expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo 35, folio 105), y certificado de nacimiento de Violeta Bosico Cofi emitido el 3 de marzo de 1997 por el Segundo Alcalde del Batey Las Charcas, Alcaldía Pedánea, Sección Juan Sánchez, Sabana Grande de Boyá, República Dominicana (expediente de anexos a la demanda, anexo 3, folio 94; expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, anexo 8, folio 49, y expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo 24, folio 55).

es Delima Richard, de nacionalidad haitiana, y no mantiene comunicación con su hija⁴³. Sus abuelos maternos son el señor Anol Bosico, quien es haitiano, y la señora Juliana Cofi⁴⁴. Violeta Bosico tiene ascendencia haitiana por parte de su padre y de su abuelo materno.

109.8. Violeta Bosico vivió con su madre y sus hermanos en el Batey Las Charcas, hasta 1992, cuando se mudó a vivir con su hermana Teresa Tucent Mena al Batey Verde, también llamado Batey Enriquillo. En el año 1993 se mudó junto con su hermana al Batey Palavé, el cual se encuentra fuera de Santo Domingo, y donde actualmente vive. Violeta Bosico ha crecido en la República Dominicana, asistió a la Escuela de Palavé y en el año 2005 frecuenta la escuela secundaria⁴⁵.

⁴² Cfr. extracto del acta de nacimiento de la niña Violeta Bosico Cofi emitido el 25 de septiembre de 2001 por la Junta Central Electoral, Oficialía del Estado Civil de la Primera Circunscripción del Distrito Nacional de la República Dominicana (expediente de anexos a la demanda, anexo 14, tomo IV, folio 2104); acta de nacimiento de la señora Tiramen Bosico Cofi emitida el 27 de octubre de 1956 por la Oficialía del Estado Civil de Sabana Grande de Boyá, República Dominicana (expediente de anexos al escrito de contestación de la demanda, anexo 28, folio 69); cédula de Identidad y Electoral de la señora Tiramen Bosico Cofi emitida por la Junta Central Electoral, República Dominicana (expediente de anexos a la demanda, anexo 3, folio 95), y cédula de Identidad y Electoral, número 090-0013606-0 de la señora Tiramen Bosico Cofi emitida por la Junta Central Electoral, República Dominicana (expediente de anexos a la demanda, anexo 9, folios 620 y 621).

⁴³ Cfr. declaración adicional de la niña Violeta Bosico Cofi rendida el 31 de julio de 2001 ante la señora Hillary Ronen en el Batey Palavé, Santo Domingo, República Dominicana (expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, anexo 27, folios 393 a 396), y declaración de la señora Tiramen Bosico Cofi rendida el 11 de julio de 1999 ante la señora Katherine A. Fleet, en Palavé, Manoguayabo, República Dominicana (expediente de anexos a la demanda, anexo 4, folios 376 a 387; expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, anexo 4, folios 28 a 39, y expediente de anexos al escrito de contestación de la demanda, anexo 25, folios 57 a 60).

⁴⁴ Cfr. extracto del acta de nacimiento de la señora Tiramen Bosico Cofi emitido el 10 de septiembre de 2001 por la Oficialía del Estado Civil de Sabana Grande de Boyá, República Dominicana (expediente de anexos a la demanda, anexo 9, folio 622, y expediente de anexos al escrito de alegatos finales del Estado del Estado, anexo 13, folio 3873), y acta de nacimiento de la señora Tiramen Bosico Cofi emitida el 27 de octubre de 1956 por la Oficialía del Estado Civil de Sabana Grande de Boyá, República Dominicana (expediente de anexos al escrito de contestación de la demanda, anexo 28, folio 69).

⁴⁵ Cfr. declaración rendida por la niña Violeta Bosico Cofi, autenticada el 2 de febrero de 2005 por el licenciado Marcelino de la Cruz Nuñez (expediente de excepciones preliminares y eventuales fondo y reparaciones, folios 892 a 893bis, y expediente de anexos al escrito de alegatos finales del Estado, anexo 33, folios 3944 y 3945); declaración de la niña Violeta Bosico Cofi rendida el 8 de agosto de 1999 ante la señora Katherine A. Fleet, en el Batey Palavé, Manoguayabo, República Dominicana (expediente de anexos a la demanda, anexo 6, folios 446 a 457, y expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, anexo 24, folios 370 a 381); declaración adicional de la niña Violeta Bosico Cofi rendida el 31 de julio de 2001 ante la señora Hillary Ronen en el Batey Palavé, Santo Domingo, República Dominicana (expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, anexo 27, folios 393 a 396); declaración rendida por la señora Teresa Tucent Mena, autenticada el 2 de febrero de 2005 por el licenciado Marcelino de la Cruz Nuñez (expediente de excepciones preliminares y eventuales fondo y reparaciones, tomo III, folios 899 a 900); declaración de la señora Teresa Tucent Mena rendida el 8 de agosto de 1999 ante la señora Katherine A. Fleet, en Palavé, Manoguayabo, República Dominicana (expediente de anexos a la demanda, anexo 4, folios 358 a 367; expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, anexo 25, folios 382 a 388); declaración de la señora Tiramen Bosico Cofi rendida el 11 de julio de 1999 ante la señora Katherine A. Fleet, en Palavé, Manoguayabo, República Dominicana (expediente de anexos a la demanda, anexo 4, folios 376 a 387; expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, anexo 4, folios 28 a 39, y expediente de anexos al escrito de contestación de la demanda, anexo 25, folios 57 a 60); certificación emitida el 6 de noviembre de 2003 por la señora Amada Rodríguez Guante, directora de la Escuela Básica Palavé (expediente de anexos al escrito de alegatos finales del Estado, anexo 28, folio 3934), y diploma de Término de la Educación Básica de Violeta Bosico emitido por el Consejo Nacional de Educación de 1 de julio de 2004, República Dominicana (expediente de anexos al escrito de alegatos finales del Estado, anexo 30, folio 3938). En lo que se refiere al nombre de la señora Teresa Tucent Mena, hermana de la niña Violeta Bosico, se toma nota que su apellido es "Tucent Mena" no "Tuseimena", de acuerdo a lo señalado por dicha señora en su declaración rendida el 2 de febrero de 2005 y autenticada

109.9 Las niñas Dilcia Yean y Violeta Bosico, en razón de su ascendencia haitiana, forman parte de un grupo social vulnerable en la República Dominicana⁴⁶.

LA SOLICITUD DE INSCRIPCIÓN TARDÍA DE NACIMIENTO EN EL REGISTRO CIVIL REALIZADA POR LAS NIÑAS DILCIA YEAN Y VIOLETA BOSICO

109.10. Los haitianos y dominicanos de ascendencia haitiana, en su mayoría, recurren al procedimiento de declaración tardía de nacimiento para declarar a sus hijos nacidos en la República Dominicana. Las madres suelen dar a luz a sus hijos en sus casas, dada la dificultad que tienen para trasladarse desde los bateyes hasta los hospitales de las ciudades, la escasez de medios económicos, y el temor de presentarse ante los funcionarios de un hospital, de la policía o de la alcaldía "pedánea" y ser deportados. La República Dominicana ha efectuado deportaciones de haitianos y de dominicanos de ascendencia haitiana independientemente del estatus migratorio de esas personas en el país. En estos casos las decisiones se han tomado sin un procedimiento de averiguación previo. En algunos casos las deportaciones han alcanzado decenas de miles de personas como ocurrió en los años noventa⁴⁷.

109.11. En la República Dominicana ha habido casos en que las autoridades públicas dificultan la obtención de las actas de nacimiento de los niños dominicanos

por el licenciado Marcelino de la Cruz Nuñez. Para efectos de esta sentencia se utilizará el apellido "Tucent Mena", pese a que las partes o en diversos documentos se indica el apellido "Tuseimena", en el entendido de que se trata de la misma persona.

⁴⁶ Cfr. *National Coalition for Haitian Rights, Beyond de Bateyes – Haitian Immigrants in the Dominican Republic*, 1996 (expediente de anexos a la demanda, anexo 9, folios 809 a 875); *Human Rights Watch, "Personas Ilegales" - Haitianos y Dominicano-Haitianos en la República Dominicana*. Nueva York: 2002 (expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, anexo 19, folios 310 a 320); Naciones Unidas, Comité de los Derechos del Niño, Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes con Arreglo al Artículo 44 de la Convención. Observaciones Finales del Comité de los Derechos del Niño. República Dominicana. UN Doc. CRC/C/15/Add.150, de 21 de febrero de 2001, párr. 22; Bridget Wooding y Richard Moseley-Williams, *Inmigrantes haitianos y dominicanos de ascendencia haitiana en la República Dominicana*. Santo Domingo, República Dominicana: Cooperación Internacional para el Desarrollo y el Servicio Jesuita a Refugiados y Migrantes, 2004, págs. 1 a 103; *World Bank, Dominican Republic Poverty Assessment: Poverty in a High-Growth Economy (1986 – 2000)*, volumen I, 2001, pág. 50 a 53, y Marco Scuriatti, *Background Papers – A review of the Haitian Immigrant Population in the Dominican Republic*; In: *World Bank, Dominican Republic Poverty Assessment: Poverty in a High-Growth Economy (1986 – 2000)*, volumen II, 2001, pág. 84 y 85.

⁴⁷ Cfr. declaración rendida por el señor Samuel Martínez, autenticada el 14 de febrero de 2005 por el notario público Richard J. Wolak (expediente de excepciones preliminares y eventuales fondo, reparaciones y costas, tomo III, folios 908 a 933 y tomo IV, 976 a 1002); *National Coalition for Haitian Rights, Beyond de Bateyes – Haitian Immigrants in the Dominican Republic*, 1996 (expediente de anexos a la demanda, anexo 9, folios 809 a 875); Glenn R. Smucker and Gerald F. Murray, *The Uses of Children: A Study of Trafficking in Haitian Children*, Port-au-Prince, Haiti: USAID/Haiti Mission, 2004, págs. 124 a 125 (expediente de anexos al escrito del Estado de 10 de enero de 2005, folios 3060 a 3223); *Human Rights Watch, "Personas Ilegales" - Haitianos y Dominicano-Haitianos en la República Dominicana*. Nueva York: 2002 (expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, anexo 19, folios 310 a 320); Bridget Wooding y Richard Moseley-Williams, *Inmigrantes haitianos y dominicanos de ascendencia haitiana en la República Dominicana*. Santo Domingo, República Dominicana: Cooperación Internacional para el Desarrollo y el Servicio Jesuita a Refugiados y Migrantes, 2004, págs. 1 a 103; Naciones Unidas, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Oficina de Desarrollo Humano de la República Dominicana, Informe Nacional de Desarrollo Humano 2005 – Hacia una inserción mundial incluyente y renovada, pág. 128; Organización de los Estados Americanos, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1991, OEA/Ser.L/V/II.81, doc. 6 rev. 1, de 14 de febrero de 1992, y Organización de los Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en la República Dominicana, OEA/Ser.L/V/II.104, doc. 49 rev. 1, de 7 de octubre de 1999.

de ascendencia haitiana. Como consecuencia, a los referidos niños les ha resultado difícil obtener la cédula de identidad y electoral, así como el pasaporte dominicano; estudiar en escuelas públicas, y acceder a servicios de salud y asistencia social⁴⁸.

109.12. En la República Dominicana se establece constitucionalmente que son dominicanas todas las personas que nacen en su territorio. El Estado adopta el principio del *ius soli* para otorgar la nacionalidad dominicana, con excepción de los hijos de los extranjeros residentes en el país en representación diplomática o los hijos de personas que están en tránsito en él⁴⁹.

109.13. Para la inscripción tardía de nacimiento en la República Dominicana se debe presentar una serie de requisitos que varían de acuerdo con la edad de los solicitantes. Hay diferentes requisitos para los niños menores de 13 años de edad y para los niños mayores de 13 años de edad, los cuales se encuentran indicados en listas que son emitidas por la Junta Central Electoral o por cualquiera de las diversas Oficialías del Registro Civil. Los requisitos pueden variar de acuerdo a la localidad de la Oficialía o al oficial que los aplica (*infra* párrs. 109.18, 109.20 a 109.28)⁵⁰.

109.14. El 5 de marzo de 1997, cuando Dilcia Yean tenía 10 meses de edad y Violeta Bosico tenía 12 años de edad, comparecieron ante la Oficialía Civil de Sabana Grande de Boyá el señor Genaro Rincón Miesse, quien en aquella época era abogado de MUDHA, la señora Tiramén Bosico Cofi, quien acompañaba a su hija Violeta Bosico⁵¹, y la señora Martha Remigio, prima de la madre de Dilcia Yean y quien

⁴⁸ Cfr. entrevista del señor Manuel Ramón Morel Cerda, Presidente de la Junta Central Electoral, realizada por la señora Katherine A. Fleet el 8 de febrero de 2001 (expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, anexo 48, folios 498 a 506); *National Coalition for Haitian Rights, Beyond de Bateyes – Haitian Immigrants in the Dominican Republic*, 1996 (expediente de anexos a la demanda, anexo 9, folios 809 a 875); Naciones Unidas, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Oficina de Desarrollo Humano de la República Dominicana, Informe Nacional de Desarrollo Humano 2005 – Hacia una inserción mundial incluyente y renovada, pág. 130); Naciones Unidas, Comité de los Derechos del Niño, Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes con Arreglo al Artículo 44 de la Convención. Observaciones Finales del Comité de los Derechos del Niño. República Dominicana. UN Doc. CRC/C/15/Add.150, de 21 de febrero de 2001. párrs. 22 y 26, y Bridget Wooding y Richard Moseley-Williams, *Inmigrantes haitianos y dominicanos de ascendencia haitiana en la República Dominicana*. Santo Domingo, República Dominicana: Cooperación Internacional para el Desarrollo y el Servicio Jesuita a Refugiados y Migrantes, 2004, págs. 1 a 103.

⁴⁹ Cfr. Constitución de la República Dominicana promulgada el 14 de agosto de 1994, artículo 11 (expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, anexo 20, folios 332 a 360).

⁵⁰ Cfr. escrito de observaciones del Estado de 5 de junio de 2003 al Informe No. 30/03 emitido el 6 de marzo de 2003 por la Comisión Interamericana (expediente de anexo a la demanda, anexo 14, tomo 7, folios 2995 a 3014); testimonio del señor Genaro Rincón Miesse rendido ante la Corte Interamericana durante la audiencia pública celebrada el 14 de marzo de 2005; testimonio de la señora Thelma Bienvenida Reyes rendido ante la Corte Interamericana durante la audiencia pública celebrada el 14 de marzo de 2005.

⁵¹ Cfr. declaración rendida por la señora Tiramén Bosico Cofi, autenticada el 2 de febrero de 2005 por el licenciado Marcelino de la Cruz Nuñez (expediente de excepciones preliminares y eventuales fondo y reparaciones, tomo III, folios 895 a 897bis); declaración de la señora Tiramén Bosico Cofi rendida el 11 de julio de 1999 ante la señora Katherine A. Fleet, en Palavé, Manoguayabo, República Dominicana (expediente de anexos a la demanda, anexo 9, folios 612 a 619; expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, anexo 4, folios 28 a 39, y expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo 25, folios 57 y 60); testimonio del señor Genaro Rincón Miesse rendido ante la Corte Interamericana en la audiencia pública celebrada el 14 de marzo de 2005, y declaración del señor Genaro Rincón Miesse rendida el 9 de agosto de 1999 ante la señora Katherine A. Fleet, en Gazcue, Santo Domingo, República Dominicana (expediente de anexos a la demanda, anexo 4, folios 358 a 367; expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, anexo 2, folios 16 a 25, y expediente de anexos al escrito de contestación de la demanda, anexo 34, folios 94 a 103).

acompañaba a ésta niña⁵², con la finalidad de solicitar el registro tardío de nacimiento para, entre otros niños, Dilcia Yean y Violeta Bosico.

109.15. Los documentos aportados por los solicitantes en la Oficialía Civil de Sabana Grande de Boyá fueron la cédula de identidad y electoral de las madres de las niñas⁵³. En el caso de Dilcia se aportó también la certificación de su nacimiento emitida por el “sub centro de salud” de Sabana Grande de Boyá, y en el caso de Violeta la certificación de su nacimiento emitida por el Alcalde “Pedáneo” del Batey Las Charcas de Sabana Grande de Boyá⁵⁴.

⁵² Cfr. declaración de la señora Leonidas Oliven Yean rendida el 25 de junio ó 9 de julio de 1999 ante la señora Katherine A. Fleet, en el Batey Enriquillo, Sabana Grande de Boyá (expediente de anexos a la demanda, anexo 14, tomo III, folios 1752 a 1756; expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, anexo 34, folio 411 a 415, y expediente de anexos al escrito de contestación de la demanda, anexo 15, folios 31 y 32); declaración rendida por la señora Leonidas Oliven Yean, autenticada el 2 de febrero de 2005 por el licenciado Marcelino de la Cruz Nuñez (expediente de excepciones preliminares y eventuales fondo y reparaciones, tomo III, folios 905 y 906), y declaración del señor Genaro Rincón Miesse rendida el 9 de agosto de 1999 ante la señora Katherine A. Fleet, en Gazcue, Santo Domingo, República Dominicana (expediente de anexos a la demanda, anexo 4, folios 358 a 367; expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, anexo 2, folios 16 a 25, y expediente de anexos al escrito de contestación de la demanda, anexo 34, folios 94 a 103).

⁵³ Cfr. cédula de Identidad y Electoral de la señora Tiramen Bosico Cofi emitida por la Junta Central Electoral, República Dominicana (expediente de anexos a la demanda, anexo 3, folio 95); cédula de Identidad y Electoral, número 090-0002085-0, de la señora Leonidas Oliven Yean emitida el 29 de enero de 1994 por la Junta Central Electoral, República Dominicana (expediente de anexos a la demanda, anexo 3, folios 102 y 103); escrito del Estado titulado “respuesta [...] de la República Dominicana al documento ‘memorandum de apoyo a la audiencia sobre méritos’ presentado por los peticionarios [...] en ocasión de la audiencia celebrada el 15 de noviembre de 2001 [ante la Comisión Interamericana]” (expediente de anexos a la demanda, anexo 14, tomo VI, folios 2547 a 2561); testimonio del señor Genaro Rincón Miesse rendido ante la Corte Interamericana durante la audiencia pública celebrada el 14 de marzo de 2005; declaración de la señora Leonidas Oliven Yean rendida el 25 de junio ó 9 de julio de 1999 ante la señora Katherine A. Fleet, en el Batey Enriquillo, Sabana Grande de Boyá, República Dominicana (expediente de anexos a la demanda, anexo 14, tomo III, folios 1752 y 1756, y expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, anexo 34, folio 411); declaración de la señora Tiramen Bosico Cofi rendida el 11 de julio de 1999 ante la señora Katherine A. Fleet, en Palavé, Manoguayabo, República Dominicana (expediente de anexos a la demanda, anexo 9, folios 612 a 619; expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, anexo 4, folios 28 a 39, y expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo 25, folios 57 y 60), y declaración del señor Genaro Rincón Miesse rendida el 9 de agosto de 1999 ante la señora Katherine A. Fleet, en Gazcue, Santo Domingo, República Dominicana (expediente de anexos a la demanda, anexo 4, folios 358 a 367; expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, anexo 2, folios 16 a 25, y expediente de anexos al escrito de contestación de la demanda, anexo 34, folios 94 a 103).

⁵⁴ Cfr. hoja de reporte oportuno de nacimiento de la niña Dilcia Yean emitida el 5 de marzo de 1997 por la Secretaría de Estado de Salud Pública y Asistencia Social, República Dominicana (expediente de anexos a la demanda, anexo 3, folio 98 y expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, anexo 7, folio 48, y expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo 19, folio 45); certificado de nacimiento de Violeta Bosico Cofi emitido el 3 de marzo de 1997 por el Segundo Alcalde del Batey Las Charcas, Alcaldía Pedánea, Sección Juan Sánchez, Sabana Grande de Boyá, República Dominicana (expediente de anexos a la demanda, anexo 3, folio 94); expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, anexo 8, folio 49 y expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo 24, folio 55); escrito del Estado titulado “respuesta [...] de la República Dominicana al documento ‘memorandum de apoyo a la audiencia sobre méritos’ presentado por los peticionarios [...] en ocasión de la audiencia celebrada el 15 de noviembre de 2001 [ante la Comisión Interamericana]” (expediente de anexos a la demanda, anexo 14, tomo VI, folio 2547 al 2555); testimonio del señor Genaro Rincón Miesse rendido ante la Corte Interamericana durante la audiencia pública celebrada el 14 de marzo de 2005, y declaración del señor Genaro Rincón Miesse rendida el 9 de agosto de 1999 ante la señora Katherine A. Fleet, en Gazcue, Santo Domingo, República Dominicana (expediente de anexos a la demanda, anexo 4, folios 358 a 367; expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, anexo 2, folios 16 a 25, y expediente de anexos al escrito de contestación de la demanda, anexo 34, folios 94 a 103).

109.16. En el año 1997 los requisitos que los niños menores de 13 años debían presentar para solicitar una inscripción tardía de nacimiento eran la constancia de nacimiento; la cédula de identificación de los padres, y si éstos son casados, el acta de matrimonio⁵⁵.

109.17. En la Oficialía Civil de Sabana Grande de Boyá la oficial civil encargada de los registros de nacimiento, señora Thelma Bienvenida Reyes, informó al señor Genaro Rincón Miesse que no era posible registrar a las niñas, porque los solicitantes no contaban con todos los documentos requeridos por la Junta Central Electoral para dicho procedimiento⁵⁶.

109.18. Durante el trámite del caso ante la Comisión, el Estado presentó una comunicación suscrita por la señora Thelma Bienvenida Reyes, y adjuntó la siguiente lista emitida por la Junta Central Electoral, en la cual constan los once requisitos requeridos para la inscripción tardía de nacimiento⁵⁷:

1. Papel del Alcalde (si nació en zona rural) o certificado de la clínica u hospital donde nació;
2. Certificación constancia de la Iglesia o Parroquia si fue o no bautizado;
3. Certificación Escolar si esta estudiando;
4. Certificación de todas las Oficialías correspondientes al lugar donde nació;
5. Copias de las Cédulas de Identidad y Electoral de los padres (En caso de los padres haber fallecido copias de las actas de defunciones);
6. Si los padres son casados, copia del acta de matrimonio;

⁵⁵ Cfr. testimonio del señor Genaro Rincón Miesse rendido ante la Corte Interamericana durante la audiencia pública celebrada el 14 de marzo de 2005; escrito de alegatos finales presentado por el Estado el 14 de abril de 2005 (expediente de excepciones preliminares y eventuales fondo y reparaciones, tomo V, folio 1224), y resolución No. 5/88 emitida por la Junta Central Electoral el 8 de junio de 1988 (expediente de excepciones preliminares, y eventuales fondo y reparaciones, tomo VI, folio 1557).

⁵⁶ Cfr. escrito del Estado titulado "respuesta [...] de la República Dominicana al documento 'memorandum de apoyo a la audiencia sobre méritos' presentado por los peticionarios [...] en ocasión de la audiencia celebrada el 15 de noviembre de 2001 [ante la Comisión Interamericana]" (expediente de anexos a la demanda, anexo 14, tomo VI, folios 2547 a 2561); declaración del señor Genaro Rincón Miesse rendida el 9 de agosto de 1999 ante la señora Katherine A. Fleet, en Gazcue, Santo Domingo, República Dominicana (expediente de anexos a la demanda, anexo 4, folios 358 a 367; expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, anexo 2, folios 16 a 25, y expediente de anexos al escrito de contestación de la demanda, anexo 34, folios 94 a 103), y declaración de la señora Leonidas Oliven Yean rendida el 25 de junio ó 9 de julio de 1999 ante la señora Katherine A. Fleet, en el Batey Enriquillo, Sabana Grande de Boyá (expediente de anexos a la demanda, anexo 14, tomo III, folios 1752 a 1756; expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, anexo 34, folios 411 a 415, y expediente de anexos al escrito de contestación de la demanda, anexo 15, folios 31 y 32).

⁵⁷ Cfr. escrito del Estado titulado "respuesta [...] de la República Dominicana al documento 'memorandum de apoyo a la audiencia sobre méritos' presentado por los peticionarios [...] en ocasión de la audiencia celebrada el 15 de noviembre de 2001 [ante la Comisión Interamericana]" (expediente de anexos a la demanda, anexo 14, tomo VI, folios 2547 a 2561); comunicación de la Misión Permanente de la República Dominicana ante la Organización de los Estados Americanos dirigida a la Comisión Interamericana el 30 de septiembre de 1999 (expediente de anexos a la demanda anexo 14, tomo II, folios 1411 a 1418, y expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, anexo 13, folios 82 a 89), oficio emitido el 20 de septiembre de 1999 por la Oficial del Estado Civil, señora Thelma Bienvenida Reyes, dirigido al Encargado Inspectoría, señor Luis Felipe Gomez, adjuntado a la comunicación del Estado dirigida a la Comisión Interamericana el 30 de septiembre de 1999 (expediente de anexos a la demanda anexo 14, tomo II, folio 1417, y expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, anexo 13, folio 88), y lista de "requisitos para la declaración tardía de nacimientos" emitida por la Junta Central Electoral, de la República Dominicana, adjuntada a la comunicación del Estado dirigida a la Comisión Interamericana el 30 de septiembre de 1999 (expediente de anexos a la demanda anexo 14, tomo II, folio 1418, y expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, anexo 13, folio 89).

7. Declaración jurada (Form. OC-25) firmada por tres testigos, mayores de 50 años con Cédula de Identidad y Electoral (cédula nueva) y que sepan firmar;
8. Copias de las Cédulas de Identidad y Electoral de los testigos.
9. Comunicación dirigida al Presidente de la JCE [s]olicitando la Declaración Tardía de Nacimiento.
10. Carta dirigida al presidente de la Junta Central Electoral solicitando certificación de si es o no cedulado; si es mayor de 20 años también certificación en el Edificio El Huacalito: Distrito Nacional [...] de si es o no cedulado.
11. Dos (2) fotografías [...].

109.19. El 11 de septiembre de 1997 MUDHA y el Comité Dominicano de Derechos Humanos (CDH), a través de sus abogados Genaro Rincón Miesse y Marcelino de la Cruz Nuñez, interpusieron una “demanda en solicitud de autorización de declaraciones tardía[s]”, ante el Procurador Fiscal del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Judicial de la Provincia de Monte Plata, a favor de un grupo determinado de niños, entre los cuales se encontraban las niñas Dilcia Yean y Violeta Bosico⁵⁸.

109.20. El 20 de julio de 1998 el Procurador Fiscal del Distrito Judicial de Monte Plata, señor Julio César Castro Castro, resolvió “denegar[...] la [...] solicitud de declaración tardía de nacimiento, por no estar amparada en la documentación y procedimiento que rige la materia, [y] [e]nviar a los interesados ante el oficial del Estado Civil de Sabana Grande de Boyá, a los fines de encausar el expediente conforme a la norma ordinaria”, con fundamento en que para proceder a una inscripción tardía de nacimiento es necesario cumplir con los doce requisitos siguientes⁵⁹:

[...]

1. Constancia de nacimiento (hospital, clínica, comadrona).
2. Constancia de la parroquia si fue o no bautizado.
3. Certificación escolar de los estudios que realizó o realiza, hasta que curso llegó.
4. Certificación de las oficialías correspondientes al lugar donde nació.
5. Copia de la cédula de identidad y electoral de los padres.
6. En caso de haber fallecido, acta de defunción de los padre.
7. Declaración jurada firmada por tres testigos, mayores de 50 años con cédula de identidad.
8. Copia de la cédula de identidad y electoral de los testigos.
9. Comunicación dirigida al presidente [de la] JCE, solicitando la declaración tardía de nacimiento.

⁵⁸ Cfr. “depósito formal demanda en solicitud de autorización de declaraciones tardías”, interpuesto por el Movimiento de Mujeres Dominico-Haitianas (MUDHA) y el Comité Dominicano de los Derechos Humanos (CDH), presentada ante el Magistrado Procurador Fiscal del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Judicial de la Provincia de Monte Plata, el 11 de septiembre de 1997 (expediente de anexos a la demanda, anexo 3, folios 90 a 93); cédula de Identidad y Electoral de la señora Tiramen Bosico Cofi emitida por la Junta Central Electoral, República Dominicana (expediente de anexos a la demanda, anexo 3, folio 95); cédula de Identidad y Electoral, número 090-0002085-0, de la señora Leonidas Oliven Yean emitida el 29 de enero de 1994 por la Junta Central Electoral, República Dominicana (expediente de anexos a la demanda, anexo 3, folios 102 y 103); certificado de nacimiento de Violeta Bosico Cofi emitido el 3 de marzo de 1997 por el Segundo Alcalde del Batey Las Charcas, Alcaldía Pedánea, Sección Juan Sánchez, Sabana Grande de Boyá (expediente de anexos a la demanda, anexo 3, folio 94), y hoja de reporte oportuno de nacimiento de la niña Dilcia Yean emitida el 5 de marzo de 1997 por la Secretaría de Estado de Salud Pública y Asistencia Social, República Dominicana (expediente de anexos a la demanda, anexo 3, folio 98 y expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, anexo 7, folio 48, y expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo 19, folio 45).

⁵⁹ Cfr. resolución de denegación de solicitud de declaración tardía emitida el 20 de julio de 1998 por el Procurador Fiscal del Distrito Judicial de Monte Plata, señor Julio César Castro Castro, en Monte Plata, República Dominicana (expediente de anexos a la demanda, anexo 14, tomo I, folios 1030 y 1031, y expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, anexo 3, folios 26 y 27).

10. Si tiene 20 años, certificación de la cédula vieja, si sacó o no.
11. Dos fotografías.
12. Acto de notoriedad con siete testigos[.]

109.21. Mediante comunicación de 15 de noviembre de 2001 dirigida a la Comisión Interamericana los representantes adjuntaron un documento que contiene siete requisitos necesarios para “declaraciones tardías y ratificación por sentencia”, exigidos por la “Oficialía de Estado Civil de la 2da. Circ., [Distrito Nacional]”, para niños mayores de 13 años, y señala tres requisitos para los niños menores de 13 años, a saber⁶⁰:

1. Constancia del hospital o clínica donde nació.
2. Certificación expedida por la J.C.E. sobre cedulación o no de la persona. (Esto es para los mayores de 16 años).
3. Cédulas de los padres (si es legítimo o reconocido. En caso contrario, de la madre solamente. Si no tienen cédula deben obtener un formulario CIE, en la J.C.E.). Si uno de los padres es menor de 16 años debe presentar su acta de nacimiento.
4. Acta de matrimonio de los padres (si es hijo legítimo).
5. Certificación de no declaración expedida por todas las Oficialías del Distrito Nacional:
 - 1ra.: Circ.: Calle José Gabriel García esq. El Número, Ciudad Nueva
 - 2ra.: Calle Barahona esq. Abreu
 - 3ra.: Pedro Livio Cedeño cerca Av. Duarte
 - 4ta.: Calle 17 No. 3, Ens. Ozama
 - 5ta.: Villa Mella, Frente al Parque
 - 6ta.: Calle Ramón Cáceres, casi esq. Pedro Livio Cedeño
 - 7ma.: La victoria
 - 8va.: Guerra
 - 9na.: Boca Chica
6. Certificación de bautismo. Certificación de la escuela o copia de la nota.
7. Declaración jurada firmada por tres testigos mayores de 50 años en formulario DC-25, que suministra la Oficialía.

NOTA: Cuando se trata de menores de 13 años basta presentar los documentos indicados en los números 1, 3, y 4 (este último si es hijo legítimo).
 Cuando la persona ya está declarada el documento No. 1 puede ser sustituido por acto de notoriedad, instrumentado por notario, con siete testigos, registrado.

[...]

OFICIALIA DE ESTADO CIVIL DE LA 2DA. CIRC. , D.N.

OTRAS LISTAS DE REQUISITOS PARA LA INSCRIPCIÓN TARDÍA DE NACIMIENTO EN EL REGISTRO CIVIL DE LA REPÚBLICA DOMINICANA

109.22. La Resolución No. 5/88 emitida el 8 de junio de 1988 por la Junta Central Electoral establece la siguiente lista de seis requisitos para la inscripción tardía de nacimiento de una persona mayor de 13 años de edad⁶¹:

PRIMERO: Disponer, a fin de establecer la veracidad de toda declaración tardía de nacimiento, de una persona mayor de 13 años de edad, que la recepción de la misma deberá estar precedida, además de los requisitos exigidos por la ley, de la presentación al Oficial del Estado Civil, por parte del declarante, de los documentos siguientes:

⁶⁰ Cfr. lista de “requisitos para declaraciones tardías y ratificación por sentencia” emitida por la Oficialía de Estado Civil de la Segunda Circunscripción, Distrito Nacional, República Dominicana, adjuntada a la comunicación que los representantes dirigieron a la Comisión Interamericana el 15 de noviembre de 2001 (expediente de anexos a la demanda anexo 14, tomo V, folio 2262, y expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, anexo 6, folio 47).

⁶¹ Cfr. resolución No. 5/88 emitida por la Junta Central Electoral el 8 de junio de 1988 (expediente de excepciones preliminares, y eventuales fondo y reparaciones, tomo VI, folio 1557).

1. Certificación del hospital o clínica en donde haya ocurrido el nacimiento, dando constancia del sexo de la criatura, de la fecha de su nacimiento y del nombre de la madre;
2. Certificado de bautismo, expedido por la Parroquia del lugar de nacimiento o de la residencia de los padres de la persona cuyo nacimiento se desea declarar; en caso de que la persona profese una religión no católica, la certificación deberá ser expedida por la iglesia del culto religioso que practique;
3. Cédula de identificación de la persona cuyo nacimiento se desea declarar, si es que la misma ha sido previamente cedulada;
4. Certificación de la escuela, pública o privada, dando constancia del último grado de estudio escolar de la persona cuyo nacimiento se desea declarar;
5. Certificación de la Oficialía del Estado Civil de la jurisdicción en donde ocurrió el nacimiento, haciendo constar que en aquella oficina no está registrado el nacimiento de la persona que se desea declarar tardíamente, cuando se pretendía hacerla fuera del lugar en que se produjo el nacimiento, y
6. Declaración jurada de tres testigos con no menos de 50 años de edad, que den testimonio sobre la veracidad de las afirmaciones dadas por la persona declarante

SEGUNDO: La persona que se propone hacer la declaración tardía de nacimiento debe tener no menos de 18 años más que la persona cuyo nacimiento ha de ser declarado, salvo que el declarante sea el padre o la madre. La verificación de este requisito se comprobará con la información contenida en la cédula de identificación personal del declarante.

TERCERO: A excepción de la cédula de identificación de la persona cuyo nacimiento sea declarado tardíamente, los demás documentos señalados en la presente Resolución, como prueba de la veracidad de la declaración, deberán ser archivados por el Oficial del Estado Civil actuante.

109.23. En la Resolución No. 5/99 emitida el 4 de agosto de 1999 por la Junta Central Electoral, relativa a las declaraciones tardías de nacimientos inscritas en los registros correspondientes desde el año 1965 hasta el año 1992, y que no hayan sido ratificadas por sentencia del Tribunal competente, se establece que los documentos a ser presentados por los interesados son⁶²:

1. Copia de las cédulas de los padres (o del que figure en el acta), o una certificación de las mismas o de otro documento del que pueda establecerse la identidad de esas personas;
2. [la] declaración jurada a que se contrae el formulario OC-25, que firmarán ante el Oficial del Estado Civil actuante, la persona interesada o su representante legal, así como los testigos a que la misma se refiere, anexando copia de las respectivas cédulas de estos últimos, y
3. [c]ualquier otro documento que el Oficial del Estado Civil actuante estime pertinente.

109.24. El 3 de septiembre de 2001 la Junta Central Electoral y la Secretaría de Estado de Educación firmaron un Acuerdo de Colaboración mediante el cual la Junta Central Electoral realizaría operativos en los centros escolares que sean dependencia de la Secretaría de Educación "con la finalidad de facilitar los procesos de declaraciones tardías de nacimiento a todos los niños dominicanos menores de 13 años de edad que ingresen a [los] planteles escolares sin el registro de nacimiento". En dicho acuerdo se estableció que serían necesarios los siguientes cinco requisitos para la inscripción tardía de nacimiento⁶³:

⁶² Cfr. resolución de la Junta Central Electoral No. 5/99 de 4 de agosto de 1999 (expediente de anexos al escrito de alegatos finales del Estado, anexo 19, folios 3886 a 3890).

⁶³ Cfr. acuerdo de Colaboración firmado entre la Junta Central Electoral y la Secretaría de Estado de Educación el 3 de septiembre de 2001 (expediente de anexos a la demanda, anexo 14, tomo IV, folios 2114 y 2115).

1. Ser dominicano menor de 13 años de edad.
2. Dos fotos tamaño 2x2 del menor, actualizadas.
3. Certificación o constancia del alumbramiento de la clínica u hospital donde haya nacido el menor, o en su defecto, una certificación del Alcalde 'Pedáneo' debidamente legalizada por el Ayuntamiento del lugar de nacimiento.
4. Fotocopias de las Cédulas de Identidad o Electoral de los padres, o de la madre si es hijo natural.
5. Certificación donde conste si ha sido bautizado o no.

109.25. El 5 de junio de 2003, en su escrito de observaciones al Informe de Fondo No. 30/03 emitido por la Comisión Interamericana durante el trámite del presente caso, el Estado indicó que los requisitos para la inscripción tardía de nacimiento son⁶⁴:

Cuando se trate de niños hasta la edad de 12 años:

1. Certificación de nacimientos, dando constancia del sexo de la criatura, de la fecha de nacimiento y del nombre de la madre.
2. Identidad de la madre, si se trata de un hijo natural y del padre, si este compareciere a la declaración y reconocimiento por escrito.
3. Acta de matrimonio de los padres si son casados.
4. Constancia de escolaridad, de asistir a algún centro educativo.

Cuando se trate de declaraciones a partir de los trece años:

1. Certificación de nacimiento, dando constancia del sexo de la criatura, de la fecha de nacimiento y del nombre de la madre.
2. Certificación de la escuela pública o privada, dando constancia del último grado de estudio escolar de la persona cuyo nacimiento se desea declarar y su condición, señalando que no se ha presentado hasta el momento acta de nacimiento.
3. Identidad de la madre, si se trata de un hijo natural y del padre, si este compareciere a la declaración y reconocimiento por escrito.
4. Acta de matrimonio de los padres si son casados.
5. Certificado de bautismo expedido por la parroquia del lugar de nacimiento; en el caso de que profese alguna religión no católica, la certificación será expedida por la iglesia del culto que practique.
6. Certificación de cedula o no de la persona, cuyo nacimiento se desea declarar.
7. Certificación de la Oficialía del Estado Civil de la jurisdicción donde ocurrió el nacimiento, haciendo constar que en aquella oficina no está registrado el nacimiento de la persona que se desea declarar tardíamente, cuando se pretenda hacerla fuera del lugar en que se produjo el nacimiento, en caso de que exista más de una Oficialía en el lugar de nacimiento, cada una de ellas estará obligada a expedir una certificación.
8. Declaración jurada de tres (3) testigos con no menos de cincuenta (50) años que den testimonio del nacimiento. Para estos fines se utiliza el formulario OC-25, que debe ser de uso exclusivo y cuidadoso del Oficial del Estado Civil.

109.26. El oficio de 3 de julio de 2003 dirigido por el Estado a la Comisión Interamericana, en el cual señaló las medidas adoptadas por la República Dominicana para atender las recomendaciones contenidas en el Informe No. 30/03 de la Comisión, e indicó que los requisitos para la declaración tardía de nacimiento son los siguientes⁶⁵:

⁶⁴ Cfr. escrito de observaciones del Estado de 5 de junio de 2003 al Informe No. 30/03 emitido el 6 de marzo de 2003 por la Comisión Interamericana (expediente de anexo a la demanda, anexo 14, tomo 7, folios 2995 a 3014).

⁶⁵ Cfr. oficio sobre las medidas adoptadas en relación con las recomendaciones contenidas en el Informe No. 30/03 de la Comisión Interamericana, dirigido a la Comisión el 3 de julio de 2003 por la Embajadora Representante Permanente de la República Dominicana ante la Organización de los Estados

1. Ser dominicano menor de 13 años de edad.
2. Dos fotos tamaño 2x2 del menor, actualizadas.
3. Certificación o constancia del alumbramiento de la clínica u hospital donde haya nacido el menor, o en su defecto, una certificación del Alcalde 'Pedáneo' debidamente legalizada por el Ayuntamiento del lugar de nacimiento.
4. Fotocopias de las Cédulas de Identidad o Electoral (o Pasaporte) de los padres, o de la madre si es hijo natural.
5. Certificación donde conste si ha sido bautizado o no.

109.27. La lista emitida el 17 de noviembre de 2003 por la Junta Central Electoral, en la cual se establecen seis requisitos para la declaración tardía de nacimiento para personas mayores de 16 años de edad⁶⁶:

- A) Constancia de nacimiento o alumbramiento del futuro inscrito, expedida por el medico, clínica u hospital, partera o Alcalde 'Pedáneo';
- B) Cédulas de Identidad vigentes de los padres del futuro inscrito, en caso de filiación legítima o reconocida o de la madre en caso de filiación natural; o del declarante previsto por la Ley (Art. 43 de la Ley 659 sobre Actos del Estado Civil). En caso de que los padres o uno de ellos haya fallecido, deberá presentarse Acta de Defunción, expedida por el Oficial del Estado Civil correspondiente.
- C) Acta de Matrimonio de reciente expedición de los padres del futuro inscrito, si éstos fueron casados;
- D) Certificación de no inscripción de la o las Oficialías del Municipio o del Distrito Nacional donde nació la persona a declarar, la cual se expedirá libre de impuestos y de manera gratuita;
- E) Constancia de Bautismo con presentación de acta de nacimiento;
- F) Dos fotografías del futuro inscrito tamaño 2x2.

109.28. El 14 de agosto de 2005, durante el trámite del caso ante la Corte, el Estado remitió una lista en la cual figuran los siguientes cinco requisitos para la solicitud de declaración tardía de nacimiento para menores de 13 años de edad⁶⁷:

1. Ser dominicano menor de 13 años de edad;
2. Dos fotos tamaño 2x2 del menor, actualizada (sic);
3. Certificación o constancia del alumbramiento de la clínica u hospital donde haya nacido el menor, o en su defecto, una certificación del Alcalde 'Pedáneo' debidamente legalizada por el Ayuntamiento del lugar de nacimiento;
4. Fotocopias de las Cédulas de Identidad y Electoral de los padres, o de la madre si es hijo natural;
5. Certificación donde conste si ha sido bautizado o no.

SOBRE EL OTORGAMIENTO DE LAS ACTAS DE NACIMIENTO A LAS NIÑAS YEAN Y BOSICO

109.29. El 25 de marzo de 1999, cuando la República Dominicana reconoció la competencia contenciosa de la Corte Interamericana, las niñas Dilcia Yean y Violeta Bosico no tenían sus actas de nacimiento ni la nacionalidad dominicana⁶⁸.

Americanos, señora Sofía Leonor Sánchez Baret (expediente de anexos a la demanda, anexo 14, tomo VII, folios 3038 a 3039).

⁶⁶ Cfr. lista de requisitos para la declaración tardía de nacimiento de personas mayores de 16 años emitida el 11 de diciembre de 2003 por la Junta Central Electoral, República Dominicana (expediente de documentos presentados por los representantes el 14 de marzo de 2005, anexo 3, folio 3236).

⁶⁷ Cfr. requisitos para fines de solicitud de declaración tardía de nacimiento para personas menores de 13 años de edad (expediente de anexos al escrito de alegatos finales del Estado, anexo 2, folio 3752).

109.30. El 8 de septiembre de 1999, en razón de las medidas cautelares ordenadas por la Comisión Interamericana a favor de las niñas Dilcia y Violeta, el Estado ordenó a la Dirección General de Migración que emitiera, a favor de las presuntas víctimas, "certificaciones temporal[es] de estadía en el país hasta tanto se cono[ciera] y se defin[iera] su *status* migratorio en la República Dominicana"⁶⁹.

109.31. El 21 de septiembre de 2001, luego de comunicarse con funcionarios de la Secretaría de Relaciones Exteriores, las señoras Leonidas Oliven Yean y Tiramen Bosico Cofi, acompañadas del señor Genaro Rincón Miesse, se dirigieron a la Oficialía del Estado Civil de la Primera Circunscripción para realizar las inscripciones de nacimiento de sus hijas Dilcia Yean y Violeta Bosico, respectivamente. En la Oficialía no se les requirió que pagaran impuesto alguno, ni que firmaran documentos o que prestaran una declaración pública⁷⁰.

109.32. El 25 de septiembre de 2001 el Estado otorgó a la niña Dilcia Oliven Yean el acta de nacimiento emitida por la Oficialía del Estado Civil de la Primera Circunscripción de Distrito Nacional de la República Dominicana⁷¹.

109.33. El 25 de septiembre de 2001 el Estado otorgó a la niña Violeta Bosico el acta de nacimiento emitida por la Oficialía del Estado Civil de la Primera Circunscripción de Distrito Nacional de la República Dominicana⁷².

⁶⁸ Cfr. escrito del Encargado de Facilidades de la Dirección General de Migración y del Embajador Encargado de la División de Estudios Internacionales de la República Dominicana dirigido a la Comisión Interamericana el 30 de septiembre de 1999 (expediente de anexos a la demanda, anexo 14, tomo II, folios 1441 a 1444); extracto del acta de nacimiento de la niña Dilcia Oliven Yean emitido el 25 de septiembre de 2001 por la Junta Central Electoral, Oficialía del Estado Civil de la Primera Circunscripción del Distrito Nacional de la República Dominicana (expediente de anexos a la demanda, anexo 14, tomo IV, folio 2105), y extracto del acta de nacimiento de la niña Violeta Bosico Cofi emitido el 25 de septiembre de 2001 por la Junta Central Electoral, Oficialía del Estado Civil de la Primera Circunscripción del Distrito Nacional de la República Dominicana (expediente de anexos a la demanda, anexo 14, tomo IV, folio 2104).

⁶⁹ Cfr. escrito del Encargado de Facilidades de la Dirección General de Migración y del Embajador Encargado de la División de Estudios Internacionales de la República Dominicana dirigido a la Comisión Interamericana el 30 de septiembre de 1999 (expediente de anexos a la demanda, anexo 14, tomo II, folio 1441 al 1444).

⁷⁰ Cfr. oficio del Movimiento de Mujeres Dominico-Haitianas dirigido a la Comisión Interamericana el 28 de septiembre de 2001 (expediente de anexos a la demanda, anexo 14, tomo IV, folios 2110 a 2111).

⁷¹ Cfr. extracto del acta de nacimiento de la niña Dilcia Oliven Yean emitido el 25 de septiembre de 2001 por la Junta Central Electoral, Oficialía del Estado Civil de la Primera Circunscripción del Distrito Nacional de la República Dominicana (expediente de anexos a la demanda, anexo 14, tomo IV, folio 2105), y certificado de declaración de nacimiento de la niña Dilcia Oliven Yean emitido el 25 de septiembre de 2001 por la Oficialía de Estado Civil de la Primera Circunscripción del Distrito Nacional, Santo Domingo, República Dominicana (expediente de anexos a la demanda, anexo 14, tomo IV, folio 2113; expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, anexo 14, folio 90, y expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo 18, folio 43).

⁷² Cfr. extracto del acta de nacimiento de la niña Violeta Bosico Cofi emitido el 25 de septiembre de 2001 por la Junta Central Electoral, Oficialía del Estado Civil de la Primera Circunscripción del Distrito Nacional de la República Dominicana (expediente de anexos a la demanda, anexo 14, tomo IV, folio 2104), y certificado de declaración de nacimiento de la niña Violeta Bosico Cofi emitido el 25 de septiembre de 2001 por la Oficialía de Estado Civil de la Primera Circunscripción del Distrito Nacional, Santo Domingo, República Dominicana (expediente de anexos a la demanda, anexo 14, tomo IV, folio 2112; expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, anexo 15, folio 91, y expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo 35, folio 105).

SOBRE LA EDUCACIÓN DE LA NIÑA VIOLETA BOSICO

109.34. Violeta Bosico fue admitida en los primeros años a la escuela sin el acta de nacimiento. En 1991, en el Batey las Charcas, Violeta ingresó a la escuela primaria. En 1994, después de haber interrumpido sus estudios, se reincorporó a la escuela, y empezó a asistir a la Escuela Palavé, hasta el tercer grado⁷³.

109.35. Entre septiembre y octubre del año 1998, al intentar realizar la matrícula para el cuarto grado el Estado no permitió la inscripción de Violeta Bosico en la escuela diurna, porque la niña carecía de su acta de nacimiento⁷⁴. La niña tuvo que inscribirse durante el período escolar 1998 - 1999 en la escuela de adultos, en la jornada nocturna, la cual es para personas mayores de 18 años. Allí estudió el cuarto y quinto grados⁷⁵.

109.36. El principal objetivo de la escuela nocturna es la alfabetización de adultos y en ella se adopta la enseñanza de tipo "concentrada", según la cual se hacen dos grados en un año. Dicho método tiene un nivel de exigencia menor que el de la escuela diurna. La mayoría de las personas que asisten a la jornada nocturna tienen edades entre los 20 o 30 años y excepcionalmente hay estudiantes adolescentes. Las clases en este horario tienen una duración menor, en general de dos horas y media por día, y no tienen intervalo⁷⁶.

⁷³ Cfr. declaración de la niña Violeta Bosico Cofi rendida el 8 de agosto de 1999 ante la señora Katherine A. Fleet, en el Batey Palavé, Manoguayabo, República Dominicana (expediente de anexos a la demanda, anexo 6, folios 446 a 457, y expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, anexo 24, folios 370 a 381); declaración de la señora Tiramen Bosico Cofi rendida el 11 de julio de 1999 ante la señora Katherine A. Fleet, en Palavé, Manoguayabo, República Dominicana (expediente de anexos a la demanda, anexo 9, folios 612 a 619; expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, anexo 4, folios 28 a 39, y expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo 25, folios 57 y 60), y testimonio de la señora Amada Rodríguez Guante rendido ante la Corte Interamericana durante la audiencia pública celebrada el 14 de marzo de 2005.

⁷⁴ Cfr. declaración de la niña Violeta Bosico Cofi rendida el 8 de agosto de 1999 ante la señora Katherine A. Fleet, en el Batey Palavé, Manoguayabo, República Dominicana (expediente de anexos a la demanda, anexo 6, folios 446 a 457, y expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, anexo 24, folios 370 a 381); declaración adicional de la niña Violeta Bosico Cofi rendida el 31 de julio de 2001 ante la señora Hillary Ronen en el Batey Palavé, Santo Domingo, República Dominicana (expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, anexo 27, folios 393 a 396), y declaración de la señora Teresa Tucent Mena rendida el 8 de agosto de 1999 ante la señora Katherine A. Fleet (expediente de anexos a la demanda, anexo 4, folios 358 a 367; expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, anexo 25, folios 382 a 388).

⁷⁵ Cfr. declaración del señor Genaro Rincón Miesse rendida el 9 de agosto de 1999 ante la señora Katherine A. Fleet, en Gazcue, Santo Domingo, República Dominicana (expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, anexo 2, folio 18); declaración de la señora Amada Rodríguez Guante rendida ante la Corte Interamericana durante la audiencia pública celebrada el 14 de marzo de 2005; certificación emitida el 6 de noviembre de 2003 por la señora Amada Rodríguez Guante, directora de la Escuela Básica Palavé (expediente de anexos al escrito de alegatos finales del Estado, anexo 28, folio 3934); declaración adicional de la niña Violeta Bosico Cofi rendida el 31 de julio de 2001 ante la señora Hillary Ronen en el Batey Palavé, Santo Domingo, República Dominicana (expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, anexo 27, folios 393 a 396), y declaración de la señora Teresa Tucent Mena rendida el 8 de agosto de 1999 ante la señora Katherine A. Fleet (expediente de anexos a la demanda, anexo 4, folios 358 a 367; expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, anexo 25, folios 382 a 388).

⁷⁶ Cfr. declaración rendida por la niña Violeta Bosico Cofi, autenticada el 2 de febrero de 2005 por el licenciado Marcelino de la Cruz Nuñez (expediente de excepciones preliminares y eventuales fondo y reparaciones, tomo III, folios 892 al 893, y expediente anexos al escrito de alegatos finales del Estado, anexo 33, folio 370 s 381); declaración de la niña Violeta Bosico Cofi rendida el 8 de agosto de 1999 ante la señora Katherine A. Fleet, en el Batey Palavé, Manoguayabo, República Dominicana (expediente de

109.37. En el año 2001 Violeta Bosico volvió a estudiar en la jornada diurna, completó el sexto grado, y fue inscrita para el séptimo grado en la escuela diurna⁷⁷.

SOBRE LOS DAÑOS INMATERIALES CAUSADOS A LAS NIÑAS DILCIA YEAN Y VIOLETA BOSICO Y A SUS FAMILIARES

109.38. La niña Dilcia Yean y sus familiares han sufrido daños inmateriales⁷⁸ (*infra* párrs. 224 y 227).

109.39. La niña Violeta Bosico y sus familiares han sufrido daños inmateriales⁷⁹ (*infra* párrs. 224, 225 y 227).

SOBRE LA REPRESENTACIÓN DE LAS PRESUNTAS VICTIMAS Y SUS FAMILIARES Y LOS GASTOS RESPECTIVOS

109.40. Las niñas Yean y Bosico han sido representadas⁸⁰ en los trámites ante el sistema interno, así como los realizados ante la Comisión y la Corte, por el Movimiento de Mujeres Dominicano-Haitianas (MUDHA)⁸¹, el Centro por la Justicia y el

anexos a la demanda, anexo 6, folios 446 a 457, y expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, anexo 24, folios 370 a 381); declaración del señor Genaro Rincón Miesse rendida el 9 de agosto de 1999 ante la señora Katherine A. Fleet, en Gazcue, Santo Domingo, República Dominicana (expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, anexo 2, folio 18), y testimonio de la señora Amada Rodríguez Guante rendido ante la Corte Interamericana durante la audiencia pública celebrada el 14 de marzo de 2005.

⁷⁷ Cfr. declaración adicional de la niña Violeta Bosico Cofi rendida el 31 de julio de 2001 ante la señora Hillary Ronen en el Batey Palavé, Santo Domingo, República Dominicana (expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, anexo 27, folios 393 a 396), y diploma de término de la Educación Básica de Violeta Bosico expedido por el Centro de Palavé el 1 julio de 2004 (expediente de anexos al escrito de alegatos finales del Estado, anexo 30, folio 3938).

⁷⁸ Cfr. dictamen de la señora Débora Munczek rendido ante la Corte Interamericana durante la audiencia pública celebrada el 14 de marzo de 2005, y declaración de la señora Leonidas Oliven Yean rendida el 25 de junio ó 9 de julio de 1999 ante la señora Katherine A. Fleet, en el Batey Enriquillo, Sabana Grande de Boyá (expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, anexo 34, folio 411).

⁷⁹ Cfr. dictamen de la señora Débora Munczek rendido ante la Corte Interamericana durante la audiencia pública celebrada el 14 de marzo de 2005; declaración rendida por la señora Teresa Tucent Mena, autenticada el 2 de febrero de 2005 por el licenciado Marcelino de la Cruz Nuñez (expediente de excepciones preliminares y eventuales fondo y reparaciones, folios 899 al 900), y declaración de la niña Violeta Bosico Cofi rendida el 8 de agosto de 1999 ante la señora Katherine A. Fleet, en el Batey Palavé, Manoguayabo, República Dominicana (expediente de anexos a la demanda, anexo 14, tomo III, folio 1758).

⁸⁰ Cfr. poder otorgado por Leonidas Oliven Yean a favor de Genero Rincón M. autenticado el 10 de octubre de 1998 y poder otorgado por Tiramen Bosico Cofi a favor de Genero Rincón M. autenticado el 10 de octubre de 1998 (expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, anexo 1, folios 3748 a 3750); poder otorgado por Tiramen Bosico Cofi a favor del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), la Universidad de California, Berkeley, Boat Hall (School of Law), y el Movimiento de Mujeres Dominico-Haitianas (MUDHA) autenticado el 13 de junio de 2003 por el Licenciado Marcelino de la Cruz Nuñez (expediente de excepciones preliminares y eventuales fondo, reparaciones y costas, tomo I, folios 76 y 77), y poder otorgado por Leonidas Oliven Yean a favor del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), la Universidad de California, Berkeley, Boat Hall (School of Law), y el Movimiento de Mujeres Dominico-Haitianas (MUDHA) autenticado el 13 de junio de 2003 por el licenciado Marcelino de la Cruz Nuñez (expediente de excepciones preliminares y eventuales fondo, reparaciones y costas, tomo I, folios 78 y 79).

⁸¹ Cfr. comprobantes de gastos de MUDHA en el caso de las niñas Yean y Bosico (expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, anexos 55 y 56, folios 729 a 828).

Derecho Internacional (CEJIL)⁸², y el *International Human Rights Law Clinic, University of California, Berkeley, School of Law (Boalt Hall)*⁸³, los cuales han realizado una serie de gastos relacionados con dichas gestiones.

IX
VIOLACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 19, 20, 24, 3 Y 18 DE LA
CONVENCIÓN AMERICANA EN RELACIÓN CON EL
ARTÍCULO 1.1 DEL MISMO INSTRUMENTO
(Derechos del Niño, Derecho a la Nacionalidad, Igualdad ante la Ley,
Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica,
Derecho al Nombre, y Obligación de Respetar los Derechos)

Alegatos de la Comisión

110. En cuanto al artículo 19 de la Convención Americana, la Comisión señaló que:
- a) el Estado incumplió sus obligaciones internacionales por no adoptar las medidas necesarias que tomen en cuenta el interés superior del niño y aseguren la protección de los menores dominicanos de origen haitiano, como las niñas Dilcia y Violeta;
 - b) el Estado desconoció su obligación de proteger a las niñas Dilcia y Violeta, de conformidad con el artículo 19 de la Convención, al mantenerlas en una condición de marginalidad y vulnerabilidad legal, social y económica y al no garantizar su derecho a la nacionalidad, dejando a las niñas expuestas al peligro de ser expulsadas de la República Dominicana, y
 - c) el Estado faltó a su deber de asegurar el derecho a la educación, toda vez que a la niña Violeta se le impidió registrarse en la escuela diurna por carecer del acta de nacimiento.
111. En relación con el artículo 20 de la Convención Americana, la Comisión alegó que:
- a) en la Constitución se estableció el *ius soli* como principio para adquirir la nacionalidad dominicana, por lo que el derecho a la nacionalidad por haber nacido en el territorio dominicano adquiere protección convencional, sin importar la nacionalidad o estatus legal de los padres. Cualquier restricción del derecho a la nacionalidad que no se base en el lugar de nacimiento de las niñas contradice directamente dicho principio;
 - b) es inaceptable calificar a las presuntas víctimas del presente caso "extranjeros en tránsito", ya que las personas que viven por diez, quince o más años en un país no pueden tener la calidad de transeúntes;

⁸² Cfr. comprobantes de gastos de CEJIL en el caso de las Niñas Yean y Bosico (expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, anexo 54, folios 537 a 728, y expediente de excepciones preliminares y eventuales fondo y reparaciones, tomo V, folios 1314 a 1319).

⁸³ Cfr. comprobantes de gastos de la Clínica de Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el caso de las niñas Yean y Bosico (expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, anexo 57, folios 829 a 852).

- c) la Junta Central Electoral exige la presentación de una serie de documentos para proceder a una declaración tardía de nacimiento. Dichos requisitos no sólo contravienen los derechos contenidos en la Constitución y otras leyes derivadas, sino que también violan los derechos contenidos en la Convención Americana, toda vez que son difíciles de cumplir, involucran gastos y constituyen obstáculos que impiden el goce del derecho a la nacionalidad a la mayoría de menores que se encuentran en la misma situación que las niñas Dilcia y Violeta, es decir, los dominicanos de ascendencia haitiana;
- d) los trámites inconsistentes que realizan los agentes del Registro Civil no permitieron a las niñas Dilcia y Violeta obtener sus actas de nacimiento durante cuatro años y cuatro meses, a pesar de haber cumplido con los requisitos establecidos para los menores de 13 años;
- e) la entrega de las actas de nacimiento a las presuntas víctimas en este caso fue resultado de una decisión del Estado, el cual eventualmente tendría la posibilidad de negar su validez en virtud de la forma en que fueron otorgados, y
- f) el Acuerdo de Colaboración firmado por el Estado a finales de 2001 eliminó varios requisitos que tendían a obstaculizar el proceso de declaraciones tardías; sin embargo, recoge el requisito principal de la presentación de la cédula de identidad y electoral de los padres, el cual representa una contradicción al principio del *ius soli*.
112. En cuanto al artículo 24 de la Convención Americana, la Comisión señaló que:
- a) los Estados pueden establecer distinciones en el goce de ciertos beneficios entre sus ciudadanos, los extranjeros con estatus regular y los extranjeros en situación irregular; sin embargo, para ello se requiere de un examen detallado del contenido y alcance de la norma, de sus consecuencias y justificaciones;
- b) el tratamiento que recibieron las presuntas víctimas se debió a consideraciones de su ascendencia, su nombre y el estatus migratorio de sus padres. Están prohibidas no sólo las políticas y prácticas deliberadamente discriminatorias, sino también aquéllas cuyo impacto sea discriminatorio contra cierta categoría de personas, aún cuando no se pueda probar la intención discriminatoria;
- c) la legislación secundaria aplicable al caso es abierta, y permite que las autoridades de la Junta Central Electoral y del Registro Civil puedan disponer y aplicar discrecionalmente sobre los requisitos para obtener las declaraciones tardías de nacimiento, y
- d) el Estado, a pesar de haber indicado que ciertos funcionarios podrían haber tenido actitudes discriminatorias, no ha investigado ni sancionado esas prácticas.
113. En cuanto al artículo 3 de la Convención, la Comisión señaló que:

a) el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica es un requisito fundamental para el disfrute de todas las libertades básicas, toda vez que este derecho confiere el reconocimiento del individuo ante la ley;

b) la normativa interna de la República Dominicana, a través del Código para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (Ley No. 14 – 94), reconoce la relación entre la identidad legal y la protección de los derechos fundamentales de los menores, y garantiza el derecho fundamental de la dignidad de los niños, que incluye el derecho a la identidad y explícitamente prohíbe cualquier discriminación en el otorgamiento o la privación de sus derechos fundamentales en virtud de su raza o nacionalidad, y

c) la negativa a inscribir a las niñas Dilcia y Violeta en el Registro Civil por parte de funcionarios dominicanos, ocasionó su exclusión del orden jurídico e institucional del Estado, ya que durante más de cuatro años ni Dilcia ni Violeta poseían un acta de nacimiento, documento legal reconocido por la República Dominicana como prueba de su identidad, y por ello, no estaban reconocidas ante la ley, lo cual constituyó una violación del artículo 3 de la Convención Americana.

114. La Comisión no alegó la violación del artículo 18 de la Convención.

Alegatos de los representantes

115. En cuanto al artículo 19 de Convención Americana, los representantes señalaron que:

a) dada la incapacidad legal y la vulnerabilidad de las niñas Dilcia y Violeta, el Estado tenía la obligación especial, que en su condición de menores requerían, conforme al artículo 19 de la Convención, de adoptar medidas de protección para garantizar sus derechos a la nacionalidad, la personalidad jurídica, la educación, la familia, y la protección judicial. Los impedimentos arbitrarios o inconsistentes que el Estado impuso a las niñas en sus esfuerzos para obtener la documentación constituyen una violación directa a los derechos consagrados en el artículo 19 de la Convención Americana, leído a la luz del artículo 1.1 de la misma, y

b) el artículo 19 de la Convención requiere que se tomen medidas especiales de protección para garantizar el derecho a la educación de los niños, en razón de su situación específica de vulnerabilidad y porque no pueden proteger su derecho sin la asistencia especial por parte de su familia, la sociedad y el Estado. El derecho a la educación constituye uno de los derechos que se tutela en el artículo 26 de la Convención Americana.

116. En cuanto al artículo 20 de la Convención, los representantes alegaron que:

a) la República Dominicana violó el derecho a la nacionalidad de las niñas Dilcia y Violeta al negarles, con fundamento en su raza y ascendencia, la posibilidad de registrar su nacimiento en el territorio nacional conforme al principio constitucional del *ius soli*;

b) la interpretación que ha dado el Estado a la excepción “en tránsito” y su aplicación al presente caso, añade una restricción para la obtención de la

nacionalidad que no está establecida en la Constitución ni en el Código Civil de la República Dominicana (en adelante "Código Civil") ni en la Ley No. 659;

c) los requisitos para el registro tardío de nacimiento, impuestos por las directrices enunciadas por la Oficialía de Estado Civil y no por la ley, en su mayoría no guardan relación con probar el nacimiento en territorio dominicano, y por esto son desproporcionados e innecesarios. Esto es especialmente pertinente con respecto a las personas de ascendencia haitiana que viven en los bateyes. Las restricciones para obtener la nacionalidad deben cumplir con ciertos requisitos para ser consideradas legítimas y no arbitrarias: 1) ser previamente prescritas por ley; 2) no ser discriminatorias; 3) perseguir un objetivo legítimo, y 4) respetar estrictamente los principios de necesidad y proporcionalidad, y

d) para demostrar la identidad de un niño, los Estados suelen pedir un certificado de nacimiento o bautismo o de una comadrona u hospital, sin necesidad de que sean concurrentes. En un sistema de *ius soli*, dado a que sólo hace falta el hecho de que un niño haya nacido en el territorio del Estado, la situación legal del progenitor es irrelevante y los padres sólo han de demostrar la relación con sus hijos mediante cualquier documento de identidad común, como cédula de identidad o permiso para manejar.

117. En lo que se refiere al artículo 24 de la Convención Americana, los representantes alegaron que:

a) el Estado ha violado los artículos 24 y 1.1 de la Convención Americana, al introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias referentes a la protección de la ley y al aplicarlas a las presuntas víctimas, tanto por la intencionalidad de los actos discriminatorios de los funcionarios públicos al negarse a otorgarles las declaraciones de nacimiento, como por los efectos discriminatorios que se producen al aplicar las leyes que regulan el registro. Para justificar una distinción que afecte principalmente a los niños, se debe demostrar claramente que la vulneración de sus derechos es absolutamente necesaria para lograr el objetivo del interés público, lo que no fue probado por el Estado;

b) no hay relación entre la concesión de la nacionalidad y la prevención del tráfico de niños o el fraude electoral, y aunque éstos sean fines legítimos, los medios para lograrlos son incompatibles con la protección de los derechos humanos;

c) el derecho internacional prohíbe tanto la discriminación directa, así como la discriminación indirecta o el efecto discriminatorio, y

d) las regulaciones introducidas en el ordenamiento jurídico de la República Dominicana tienen un efecto discriminatorio sobre los dominicanos de ascendencia haitiana, que es el resultado de la serie de requisitos exigidos por funcionarios dominicanos para el otorgamiento de la declaración tardía de nacimiento que impiden en la práctica la obtención de su nacionalidad.

118. En cuanto al artículo 3 de la Convención, los representantes señalaron que:

a) el derecho a la personalidad jurídica es un derecho protegido por numerosos instrumentos internacionales y en ningún caso puede ser suspendido. En la República Dominicana el acta de nacimiento es el documento legal como prueba oficial de nombre e identidad y, por lo tanto, es necesaria para asegurar una identidad jurídica, y

b) las niñas se vieron privadas del derecho fundamental al reconocimiento de la personalidad jurídica por más de cuatro años. Durante este tiempo, las niñas Dilcia y Violeta vivieron en un estado de ilegalidad en el que estuvieron permanentemente expuestas a una expulsión forzada hacia Haití. Sin el acta de nacimiento, las niñas no podían tener títulos legales de propiedad, no podían obtener una cédula, y no se les hubiera permitido votar cuando alcanzaran la mayoría.

119. En cuanto al artículo 18 de la Convención, los representantes alegaron que:

a) el derecho al nombre, al igual que el derecho a la nacionalidad y a la personalidad jurídica, es un derecho fundamental y no puede, en ningún caso, suspenderse. El derecho al nombre está íntimamente ligado con la identidad de una persona y está asociado con los derechos a la intimidad y a la personalidad jurídica;

b) el Estado ha incumplido su obligación de asegurar a Dilcia y a Violeta su derecho al nombre, al negarse a otorgar el acta de nacimiento por más de cuatro años. Sin nombres oficiales, las niñas Dilcia y Violeta no contaron con ninguna de las protecciones estatales que surgen con el registro de éstas, y

c) si bien el Procurador Fiscal y la Junta Central Electoral sostuvieron que las niñas no cumplieron con los requisitos, el Estado otorgó las actas de nacimiento de manera ilegal al no cumplir con los requisitos exigidos, por lo que esas actas están expuestas a una revocación estatal. La violación es por lo tanto continuada, ya que su derecho todavía no ha sido garantizado.

Alegatos del Estado

120. En cuanto al artículo 19 de Convención, el Estado señaló que:

a) el hecho que Violeta haya tenido problemas para escolarizarse no es responsabilidad del Estado, ya que las distintas causas que han impedido a la niña estudiar con continuidad han sido provocadas por su familia, dado que ésta se desplazaba de lugar de residencia constantemente y tuvo que abandonar abruptamente varios centros de estudio. A pesar de la falta de presentación de la partida de nacimiento, a Violeta se le permitió estudiar durante varios años, y

b) pese a los esfuerzos de los órganos públicos competentes para asegurar el derecho a la educación y facilitar la inscripción de todos los niños en edad escolar, existe un insoslayable principio de orden público para la escolaridad que hace necesaria la inscripción de los escolares con su acta de nacimiento.

121. En relación con el artículo 20 de la Convención Americana el Estado alegó que:

a) el hecho de que las niñas sean de ascendencia haitiana no ha tenido relación con los motivos en que se fundamentaron los oficiales del Estado Civil para no registrarlas y reconocerles su nacionalidad dominicana. La decisión se basó en el incumplimiento de la presentación de los requisitos necesarios para optar por dicha nacionalidad. No existe prueba de que el Registro Civil se haya negado a inscribirlas por razones discriminatorias, ya que dicho ente no puede hacer excepciones y su labor se limita a comprobar que los solicitantes acrediten haber nacido en el país;

b) no tiene relevancia que los padres de las niñas Yean y Bosico hayan estado en tránsito en el país, ya que al nacer en territorio dominicano las niñas tenían derecho a optar por esta nacionalidad, y nunca perdieron este privilegio; sin embargo, este asunto carece de interés porque en la actualidad las niñas ya gozan de la nacionalidad dominicana;

c) las presuntas víctimas tenían la posibilidad de optar por la nacionalidad haitiana en razón del vínculo del *ius sanguinis* que las une con sus padres, por lo que nunca estuvieron en peligro de ser apátridas;

d) la presentación de la cédula de los padres es un requisito para obtener la declaración tardía de nacimiento, para saber si son hijos legítimos de los extranjeros residentes en el país, en representación diplomática o en tránsito. En el caso concreto, las madres de las niñas son dominicanas, por lo que no debería suponer problema para éstas la acreditación de este requisito. Los demás documentos solicitados son necesarios para que el mecanismo de registro pueda operar de forma fidedigna y evitar el fraude de suplantación;

e) no es tal la alegada situación continua de ilegalidad de las niñas, ya que no existe ninguna política de deportación contra personas ilegales dentro del territorio dominicano, y

f) el Estado no es responsable de violar de manera continua el derecho a la nacionalidad, ya que el retraso en su otorgamiento se presentó por la negligencia de las madres que no acudieron a tiempo a registrar los nacimientos de las niñas y en el intento de registro tardío no aportaron las pruebas y requisitos necesarios para llevar a cabo este procedimiento.

122. En lo que se refiere al artículo 24 de la Convención Americana, el Estado alegó que:

a) la situación particular de declaración tardía de nacimiento de las niñas Dilcia Yean y Violeta Bosico supone que se les abstraiga del régimen general para el resto de todos los dominicanos que son inscritos al nacer, y se les aplique la normativa vigente para todos aquellos que al nacer no hubiesen sido inscritos en el Registro Civil, es decir, el trámite de la declaración tardía. Dicho procedimiento debe realizarse de acuerdo con una serie de requisitos y trámites necesarios para demostrar de una forma veraz y ajustada a derecho que las personas solicitantes ostentan un verdadero derecho a la nacionalidad dominicana, y

b) no ha sido probado y no se ajusta a la verdad que los oficiales del Estado Civil de la República Dominicana hayan recibido instrucciones de sus superiores referentes a impedir el registro y la expedición de actas de

nacimiento a niños de origen haitiano. Los oficiales del Registro Civil involucrados en este caso simplemente se encontraban cumpliendo su obligación de pedir los requisitos que se exigen tanto a los dominicanos como a los extranjeros y sin ningún tipo de distinción, para las declaraciones tardías de nacimiento.

123. En cuanto al artículo 3 de la Convención, el Estado alegó que no violó el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, ya que en ningún momento impidió el registro de las niñas.

124. El Estado no presentó alegatos específicos sobre el artículo 18 de la Convención.

Consideraciones de la Corte

125. El artículo 20 de la Convención Americana determina que:

1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad.
2. Toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació, si no tiene derecho a otra.
3. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiarla.

126. El artículo 24 de la Convención Americana dispone que

[t]odas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

127. El artículo 19 de la Convención Americana dispone que

[t]odo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

128. El artículo 3 de la Convención Americana establece que

[t]oda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.

129. El artículo 18 de la Convención Americana dispone que

[t]oda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario.

130. El artículo 1.1 de la Convención Americana establece que

[l]os 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.

131. El Tribunal tendrá en cuenta su competencia *ratione temporis* (*supra* párrs. 4 y 100 a 108) y los hechos del caso *sub judice* para determinar si la República Dominicana es responsable por la presunta violación de los referidos artículos de la Convención Americana, los cuales son considerados en este capítulo de forma conjunta.

132. La Corte estima necesario resaltar que, si bien la denegación de la solicitud de inscripción tardía de nacimiento en el registro civil de las niñas ocurrió el 5 de marzo de 1997 y la decisión del Procurador Fiscal que confirmó dicha denegación fue dictada el 20 de julio de 1998, ambos hechos determinaron que las niñas Dilcia Yean y Violeta Bosico estuviesen sin nacionalidad hasta el 25 de septiembre de 2001. Consecuentemente, dicha denegación persistió después del 25 de marzo de 1999, fecha de reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte por la República Dominicana, razón por la cual este Tribunal afirma su competencia para conocer de dicha denegación (*supra* párrs. 4 y 100 a 108).

133. La Corte hace notar que al momento en que el Estado reconoció la competencia contenciosa de la Corte Dilcia Yean y Violeta Bosico, eran niñas⁸⁴, quienes en esta condición tenían derechos especiales a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado, y exigen una protección especial que es debida por este último y que debe ser entendida como un derecho adicional y complementario⁸⁵.

134. Este Tribunal ha señalado que revisten especial gravedad los casos en que las víctimas de violaciones a los derechos humanos son niños⁸⁶. La prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los menores, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad⁸⁷. Asimismo, el Estado debe prestar especial atención a las necesidades y los derechos de las presuntas víctimas en consideración a su condición de niñas, como mujeres que pertenecen a un grupo en una situación vulnerable⁸⁸.

135. En consideración de lo señalado en los párrafos anteriores, la Corte no se pronunciará sobre la presunta violación aislada del artículo 19 de la Convención Americana, sino que incluirá su decisión al respecto junto al análisis de los demás artículos pertinentes a este caso.

*
* *
*

⁸⁴ La Corte hace notar que al momento de dictarse la presente Sentencia, Dilcia Yean tiene de 9 años edad y Violeta Bosico tiene 20 años de edad; sin embargo, dado que el 25 de marzo de 1999 Dilcia y Violeta tenían, respectivamente, 2 y 14 años de edad, la Corte se referirá a las presuntas víctimas como niñas, *cfr. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 42.*

⁸⁵ *Cfr. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, supra* nota 84, párrs. 53, 54 y 60, y *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri. Sentencia de 8 de julio de 2004, Serie C No. 110, párr. 164.*

⁸⁶ *Cfr. Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales). Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C. No. 64 párr. 146; Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri, supra* nota 85, párr. 162, y *Caso Bulacio. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100, párr. 133.*

⁸⁷ *Cfr. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, supra* nota 84, párrs. 56, 57 y 60.

⁸⁸ *Cfr. Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de todas las Formas de discriminación contra la Mujer, Recomendación General No. 24, aprobada en el 20° periodo de sesiones, 1999, sobre la aplicación del artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.*

136. Respecto al derecho consagrado en el artículo 20 de la Convención, la Corte entiende que la nacionalidad es la expresión jurídica de un hecho social de conexión de un individuo con un Estado⁸⁹. La nacionalidad es un derecho fundamental de la persona humana que está consagrado en la Convención Americana, así como en otros instrumentos internacionales⁹⁰, y es inderogable de conformidad con el artículo 27 de la Convención.

137. La importancia de la nacionalidad reside en que ella, como vínculo jurídico político que liga una persona a un Estado determinado⁹¹, permite que el individuo adquiera y ejerza los derechos y responsabilidades propias de la pertenencia a una comunidad política. Como tal, la nacionalidad es un prerrequisito para el ejercicio de determinados derechos.

138. La Corte ha establecido que

[I]a nacionalidad, conforme se acepta mayoritariamente, debe ser considerada como un estado natural del ser humano. Tal estado es no sólo el fundamento mismo de su capacidad política sino también de parte de su capacidad civil. De allí que, no obstante que tradicionalmente se ha aceptado que la determinación y regulación de la nacionalidad son competencia de cada Estado, la evolución cumplida en esta materia nos demuestra que el derecho internacional impone ciertos límites a la discrecionalidad de los Estados y que, en su estado actual, en la reglamentación de la nacionalidad no sólo concurren competencias de los Estados sino también las exigencias de la protección integral de los derechos humanos. [...] En efecto, de la perspectiva doctrinaria clásica en que la nacionalidad se podía concebir como un atributo que el Estado otorgaba a sus súbditos, se va evolucionando hacia un concepto de nacionalidad en que, junto al de ser competencia del Estado, reviste el carácter de un derecho de la persona humana⁹².

139. La Convención Americana recoge el derecho a la nacionalidad en un doble aspecto: el derecho a tener una nacionalidad desde la perspectiva de dotar al individuo de un mínimo de amparo jurídico en el conjunto de relaciones, al establecer su vinculación con un Estado determinado, y el de proteger al individuo contra la privación de su nacionalidad en forma arbitraria, porque de ese modo se le estaría privando de la totalidad de sus derechos políticos y de aquellos derechos civiles que se sustentan en la nacionalidad del individuo⁹³.

140. La determinación de quienes son nacionales sigue siendo competencia interna de los Estados. Sin embargo, su discrecionalidad en esa materia sufre un constante proceso de restricción conforme a la evolución del derecho internacional, con vistas a una mayor protección de la persona frente a la arbitrariedad de los Estados. Así que

⁸⁹ Cfr. *Caso Nottebohm* (Liechtenstein vs. Guatemala), segunda fase. Sentencia de 6 de abril de 1955. Corte Internacional de Justicia, ICJ Reports 1955, pág. 23.

⁹⁰ Cfr., entre otros, Declaración Americana de Derechos Humanos, artículo XIX; Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 15; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 24.3; Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 7.1; Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, artículo 29, y Convención para Reducir los Casos de Apatridia, artículo 1.1.

⁹¹ Cfr. *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párr. 35.

⁹² Cfr. *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*, *supra* nota 91, párrs. 32 y 33.

⁹³ Cfr. *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*, *supra* nota 91, párr. 34.

en la actual etapa de desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, dicha facultad de los Estados está limitada, por un lado, por su deber de brindar a los individuos una protección igualitaria y efectiva de la ley y sin discriminación y, por otro lado, por su deber de prevenir, evitar y reducir la apatridia⁹⁴.

141. La Corte considera que el principio de derecho imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación determina que los Estados, al regular los mecanismos de otorgamiento de la nacionalidad, deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos⁹⁵. Además, los Estados deben combatir las prácticas discriminatorias en todos sus niveles, en especial en los órganos públicos, y finalmente debe adoptar las medidas afirmativas necesarias para asegurar una efectiva igualdad ante la ley de todas las personas.

142. Los Estados tienen la obligación de no adoptar prácticas o legislación, respecto al otorgamiento de la nacionalidad, cuya aplicación favorezca el incremento del número de personas apátridas, condición que es derivada de la falta de nacionalidad, cuando un individuo no califica bajo las leyes de un Estado para recibirla, como consecuencia de su privación arbitraria, o bien por el otorgamiento de una nacionalidad que no es efectiva en la práctica. La apatridia tiene como consecuencia imposibilitar el goce de los derechos civiles y políticos de una persona, y ocasionarle una condición de extrema vulnerabilidad.

143. A su vez, la Convención para Reducir los Casos de Apatridia, que fue firmada por la República Dominicana el 5 de diciembre de 1961, ratificada por 26 Estados, y que entró en vigor el 13 de diciembre de 1975, en su artículo 1 determina que los Estados deben conceder su nacionalidad a la persona nacida en su territorio, que de otro modo quedaría en condición de ser apátrida. Dicha Convención señala que la nacionalidad se concederá de pleno derecho en el momento del nacimiento, o bien mediante solicitud presentada ante la autoridad competente por el interesado o en su nombre, en la forma prescrita por la legislación del Estado de que se trate, y que la referida solicitud no podrá ser rechazada, a menos que el interesado no cumpla con la siguiente lista de condiciones a las cuales el Estado podrá subordinar la concesión de su nacionalidad:

- a) que la solicitud se presente dentro de un período fijado por el Estado contratante, que deberá comenzar a más tardar a la edad de 18 años y que no podrá terminar antes de la edad de 21 años, entendiéndose que el interesado deberá disponer de un plazo de un año, por los menos, para suscribir la solicitud personalmente y sin habilitación;
- b) que el interesado haya residido habitualmente en el territorio nacional por un periodo fijado por el Estado contratante, sin que pueda exigirse una residencia de más de 10 años en total ni que el período inmediatamente anterior a la presentación de la solicitud exceda de cinco años;
- c) que el interesado no haya sido condenado por un delito contra la seguridad nacional ni a una pena de cinco o más años de prisión por un hecho criminal, y
- d) que el interesado no haya adquirido una nacionalidad al nacer o posteriormente.

⁹⁴ Cfr., entre otros, Convención para Reducir los Casos de Apatridia, artículo 1.1; Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, artículo 29, y Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 7.1, y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 24.3.

⁹⁵ Cfr. *Caso Yatama*, *supra* nota 13, párr. 185; *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, Serie A No. 18, párr. 88, y *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, *supra* nota 84, párr. 44.

*

* *

144. De acuerdo a los hechos del presente caso, las niñas Dilcia Yean y Violeta Bosico nacieron en la República Dominicana, el 15 de abril de 1996 y el 13 de marzo de 1985, respectivamente, y ahí han vivido y crecido. Igualmente, sus madres, las señoras Leonidas Oliven Yean y Tiramén Bosico Cofi, son de nacionalidad dominicana y han vivido en la República Dominicana, y los padres de las niñas son haitianos (*supra* párrs. 109.6 y 109.7).

145. El 5 de marzo de 1997, cuando Dilcia Yean tenía 10 meses de edad y Violeta Bosico tenía 12 años de edad, las niñas solicitaron la inscripción tardía de su nacimiento ante la Oficialía del Estado Civil de Sabana Grande de Boyá. Dicha solicitud de inscripción tardía fue rechazada por la Oficial del Estado Civil, quien consideró que los documentos presentados por las niñas eran insuficientes para proceder a una inscripción tardía, conforme a una lista de once requisitos (*supra* párrs. 109.14, 109.17 y 109.18). El 11 de septiembre de 1997 las niñas recurrieron ante el Procurador Fiscal del Distrito Judicial de Monte Plata, quien el 20 de julio de 1998 confirmó la decisión de la Oficial del Estado Civil, y resolvió la denegación por “no estar amparada en la documentación y procedimiento que rige la materia”, con base en una lista que contiene doce requisitos para la inscripción tardía de nacimiento (*supra* párrs. 109.19 y 109.20).

146. Para proceder a la inscripción en el registro civil del nacimiento de las niñas Dilcia Yean y Violeta Bosico, les fueron exigidos los once requisitos que constan en el anexo a la comunicación del Estado dirigida a la Comisión Interamericana el 30 de septiembre de 1999, o bien los doce requisitos indicados en la Resolución emitida por el Procurador Fiscal del Distrito Judicial de Monte Plata el 20 de julio de 1998 (*supra* párrs. 109.18 y 109.20). Es decir, las actas de nacimiento no fueron otorgadas por el incumplimiento por parte de las niñas de la presentación de los once o doce requisitos exigidos por los funcionarios del Estado antes mencionados. Sin embargo, en sus alegatos finales escritos, el Estado señaló que los documentos que debían presentarse ante la Oficialía del Estado Civil el 5 de marzo de 1997 eran tres, los que ellas debieron cumplir y no lo hicieron (*supra* párr. 109.16). De lo anteriormente expuesto se concluye que el Estado adoptó diferentes posturas durante el trámite del caso ante el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, en relación con los requisitos que las niñas debieron cumplir. Esta situación refleja que en la República Dominicana no existe un criterio uniforme para la exigencia y aplicación de los requisitos para la inscripción tardía de nacimiento de los menores de 13 años de edad.

147. Luego de la reunión celebrada por la Comisión el 24 de agosto de 2001 en la República Dominicana, en el ejercicio de sus facultades, el Estado comunicó a las señoras Leonidas Oliven Yean y Tiramén Bosico Cofi que realizaran la inscripción de nacimiento de sus hijas, y el 25 de septiembre de 2001 la República Dominicana entregó las actas de nacimiento a las niñas Yean y Bosico, y en consecuencia, en esa fecha les otorgó la nacionalidad dominicana (*supra* párrs. 109.32 y 109.33).

*

* *

148. La nacionalidad en la República Dominicana se encuentra regulada en la Constitución, promulgada el 14 de agosto de 1994 y vigente al momento de los hechos. El artículo 11 de la Constitución consagra que son dominicanos

[t]odas las personas que nacieren en el territorio de la República, con excepción de los hijos legítimos de los extranjeros residentes en el país en representación diplomática o los que están de tránsito en él.
[...]

149. Igualmente, el Código Civil en su artículo 9 dispone que

[s]on dominicanos:
Primero – Todas las personas que hayan nacido o nacieren en el territorio de la República, cualquiera que sea la nacionalidad de sus padres.
Para los efectos de esta disposición no se considerarán como nacidos en el territorio de la República los hijos legítimos de los extranjeros que residan en ella en representación o servicio de su patria.
[...]

150. Como se desprende de la lectura del artículo 11 de la Constitución, la República Dominicana establece el principio del *ius soli* para determinar quienes son titulares de la nacionalidad. Sin embargo, para adquirir dicha nacionalidad por nacimiento, es preciso que el niño no se incluya en una de las excepciones constitucionales, que se refieren a los hijos de personas en representación diplomática o en tránsito en el país.

151. La Corte no analizará la aplicación de la primera excepción referente a los hijos de diplomáticos, ya que los hechos del presente caso no se relacionan con ésta.

152. Respecto de la excepción relacionada con los extranjeros que se encuentran en tránsito, tanto la Comisión como los representantes alegaron que las autoridades del Estado habrían tomado la posición, y la habrían hecho efectiva en la práctica, de que los niños nacidos en la República Dominicana de ascendencia haitiana, como lo son las niñas Dilcia y Violeta, no serían nacionales dominicanos, debido a que sus padres son trabajadores haitianos migratorios y son considerados en tránsito.

153. La Comisión Interamericana, en su Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos de la República Dominicana en el año 1999, en relación con la interpretación que las autoridades dominicanas hacen de la condición de persona en tránsito, observó que

[...] en la República Dominicana residen alrededor de 500.000 trabajadores haitianos indocumentados. En numerosos casos se trata de personas que han residido por 20 ó 40 años y muchas de ellas han nacido en territorio dominicano. La mayoría enfrenta una situación de ilegalidad permanente que transmiten a sus hijos, quienes no pueden obtener la nacionalidad dominicana, porque de acuerdo a la interpretación restrictiva que hacen las autoridades dominicanas del artículo 11 de la Constitución, son hijos de 'extranjeros en tránsito'. No es posible considerar en tránsito a personas que han residido por numerosos años en un país donde han desarrollado innumerables vínculos de toda índole⁹⁶.

154. La sentencia No. 453 de la Cámara Civil de la Corte de Apelación del Distrito Nacional dictada el 16 de octubre de 2003, referente a la inscripción en el registro

⁹⁶ Cfr. Organización de los Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en la República Dominicana, OEA/Ser.L/V/II.104, doc.49, rev. 1, de 7 de octubre de 1999, párr. 363.

civil de dos menores, cuyos padres son haitianos y viven en la República Dominicana, estableció que

[...] no puede asimilarse la condición de ilegalidad del extranjero al concepto de tránsito, por tratarse de figuras distintas, y además, ni en el reglamento para la aplicación de la ley sobre Migración ni en el informe rendido por la Comisión [Interamericana de] [D]erechos [H]umanos [sobre la Situación de los Derechos Humanos en la República Dominicana en el año 1999], se establece la condición de legalidad como requisito para tener derecho a la nacionalidad del lugar de nacimiento; [...] que en la especie no hay posibilidad de que pueda considerarse en tránsito a los padres de los menores que reclaman la inscripción de su nacimiento, en razón de que [de] los documentos depositados en el expediente se desprende que hace varios años viven en el país[...y] que, por otra parte, si bien es cierto, que los padres del menor viven en el país en un estado de ilegalidad, no menos cierto es que dicho estado de ilegalidad no puede, en modo alguno afectar a los menores, quienes pueden beneficiarse de la nacionalidad dominicana con sólo demostrar que han nacido en el territorio dominicano, y que sus padres no están cumpliendo función diplomática en el país ni están de tránsito en él [...]⁹⁷.

155. La Corte considera necesario señalar que el deber de respetar y garantizar el principio de la igualdad ante la ley y no discriminación es independiente del estatus migratorio de una persona en un Estado. Es decir, los Estados tienen la obligación de garantizar este principio fundamental a sus ciudadanos y a toda persona extranjera que se encuentre en su territorio, sin discriminación alguna por su estancia regular o irregular, su nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa⁹⁸.

156. De acuerdo con lo señalado, y en consideración del derecho a la nacionalidad de los hijos de personas migrantes en la República Dominicana en relación con la norma constitucional pertinente y los principios internacionales de protección de los migrantes, la Corte considera que:

- a) el estatus migratorio de una persona no puede ser condición para el otorgamiento de la nacionalidad por el Estado, ya que su calidad migratoria no puede constituir, de ninguna forma, una justificación para privarla del derecho a la nacionalidad ni del goce y ejercicio de sus derechos⁹⁹;
- b) el estatus migratorio de una persona no se trasmite a sus hijos, y
- c) la condición del nacimiento en el territorio del Estado es la única a ser demostrada para la adquisición de la nacionalidad, en lo que se refiere a personas que no tendrían derecho a otra nacionalidad, si no adquieren la del Estado en donde nacieron.

157. Además de lo anterior, el Tribunal considera oportuno remitirse a la Sección V del Reglamento de Migración de la República Dominicana No. 279 de 12 de mayo de 1939, vigente al momento de la solicitud de inscripción tardía de nacimiento en el presente caso, la cual es clara al establecer que el transeúnte tiene solamente la finalidad de pasar por el territorio, para lo cual se fija un límite temporal de no más de diez días¹⁰⁰. La Corte observa que, para considerar a una persona como

⁹⁷ Cfr. sentencia No. 453 de la Cámara Civil de la Corte de Apelación del Distrito Nacional dictada el 16 de octubre de 2003 (expediente de excepciones preliminares y eventuales fondo, reparaciones y costas, tomo II, folios 586 a 612).

⁹⁸ Cfr. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, supra nota 95, párr. 118.

⁹⁹ Cfr. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, supra nota 95, párr. 134.

¹⁰⁰ La Sección V del Reglamento de Migración No. 279 del 12 de mayo de 1939 define que “[a] los extranjeros que traten de entrar a la República con el propósito principal de proseguir a través del país con destino al exterior se les concederá privilegios de transeúntes. Estos privilegios serán concedidos

transeúnte o en tránsito, independientemente de la clasificación que se utilice, el Estado debe respetar un límite temporal razonable, y ser coherente con el hecho de que un extranjero que desarrolla vínculos en un Estado no puede ser equiparado a un transeúnte o a una persona en tránsito.

158. Este Tribunal considera que no cabría bajo ninguna circunstancia que el Estado hubiese aplicado a las niñas Yean y Bosico la excepción referente a los hijos de una persona en tránsito, ya que las madres de las presuntas víctimas son dominicanas y las niñas nacieron en la República Dominicana, esta última siendo la condición establecida en el artículo 11 de la Constitución para el otorgamiento de la nacionalidad dominicana.

*
* *

159. La Corte pasa a analizar la aplicación de los requisitos para la inscripción tardía de nacimiento en la República Dominicana y sus efectos a las niñas Yean y Bosico en el presente caso.

160. En la República Dominicana el trámite del registro de nacimiento se encuentra regulado en la Ley No. 659 Sobre Actos del Estado Civil de 17 de julio de 1944, en los artículos 39, 40 y 41¹⁰¹. Esta ley determina que si la declaración de nacimiento es

aunque el extranjero sea inadmisibles como inmigrante si su entrada no fuese contraria a la salud y al orden público. Al extranjero se le requerirá declarar su destino, los medios que haya escogido para su transporte y la fecha y el lugar de salida de la República. Un período de 10 días se considerará ordinariamente suficiente para poder pasar al través de la República[: y] [a] un extranjero admitido con el propósito de proseguir al través del país, se le concederá un Permiso de Desembarco, válido por 10 días [...]” (expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, anexo 21, folios 364 y 365).

¹⁰¹ La Ley No. 659 Sobre Actos del Estado Civil de 17 de julio de 1944, establece:

Art. 39 – La declaración de nacimiento se hará ante el Oficial del Estado Civil del lugar en que se verifique el alumbramiento, dentro de los treinta (30) días que sigan a éste. Si en el lugar del alumbramiento no lo hubiere, la declaración se hará dentro de los sesenta (60) días ante el Oficial del Estado Civil que corresponda a su jurisdicción.

Si el oficial del Estado Civil concibiere alguna duda sobre la existencia del niño cuyo nacimiento se declara, exigirá su presentación inmediata, en el caso en que se hubiere verificado el alumbramiento en la misma población, y si éste hubiere ocurrido fuera de ella, bastará la certificación del (Alcalde) hoy Juez de Paz de la Sección.

Art. 40.- (Mod. por la Ley 90 de fecha 23/12/65, G.O. No. 8963) Si la declaración de nacimiento ha sido tardía el Oficial del Estado Civil podrá previa investigación de la veracidad de tal declaración, inscribirla o no en el registro correspondiente, según el [artículo] 38 de esta Ley, pero no expedirá copia al interesado hasta que el [a]cta levantada sea ratificada por el Tribunal competente, de acuerdo con el [artículo] 41 de esta misma ley. Sin embargo, no serán admitidas declaraciones tardías hasta que sea presentada por el interesado una certificación expedida [por] el Oficial del Estado Civil de la Jurisdicción donde se presume nació el declarado, en la cual se hará constar que la persona que se trata no ha sido declarada en tal jurisdicción con anterioridad, el cual requisito se anotará al margen del acta que será levantada al efecto. Sólo cumplida con esta formalidad podrá recibir la información testimonial o el acta de notoriedad para tales fines. En el caso de haber ocurrido el nacimiento a partir del 1ro. de enero del año 1945 y que haya más de una Oficialía del Estado Civil en el Municipio donde se presume nació el declarado, la certificación podrá expedirla el Director de la Oficina Central del Estado Civil, previa revisión de los registros bajo su cuidado, y la declaración tardía la recibirá el Oficial del Estado Civil de la jurisdicción a que corresponda. Tal certificación no será necesaria cuando la declaración se haga en la Oficialía del Estado Civil correspondiente al lugar de nacimiento del declarado cuando haya una sola, previa investigación de registros por este funcionario, haciéndolo constar en dicha acta y de cuya actuación será responsable en caso de inobservancia de esta formalidad. Los documentos comprobatorios de que el beneficiario no ha sido declarado en el lugar de nacimiento, incluyendo

tardía, el Oficial del Estado Civil podrá, previa investigación de la veracidad de tal declaración, inscribirla o no en el registro correspondiente. La prueba de su veracidad, se hace a través de la presentación de una serie de documentos que son considerados requisitos para la declaración tardía de nacimiento y que, según se infiere del artículo 9 de la Ley No. 659¹⁰², deben ser establecidos por la Junta Central Electoral.

161. En la República Dominicana las listas de requisitos se han distinguido de acuerdo a la edad del menor a ser registrado, pero también se han diferenciado, sin seguir un criterio objetivo, de acuerdo a la autoridad competente que la aplica, en cuanto al número y al tipo de requisitos exigidos para una misma edad.

162. De acuerdo a los hechos del presente caso, al momento de la solicitud de inscripción tardía fueron presentadas tanto las constancias de nacimiento de las niñas, a saber: para Dilcia Yean, la certificación de su nacimiento emitida por el “sub centro de salud” de Sabana Grande de Boyá, y en el caso de Violeta Bosico, la certificación de su nacimiento emitida por el Alcalde “Pedáneo” del Batey Las Charcas de Sabana Grande de Boyá; como las cédulas de identidad de cada una de las madres de las niñas (*supra* párr. 109.15).

163. La Corte considera que al presentarse ante la Oficialía del Estado Civil y realizar la solicitud de inscripción tardía las niñas hicieron exigible su derecho a la nacionalidad, para lo cual cumplieron con la presentación de la constancia de nacimiento y de la cédula de sus madres, que eran los dos requisitos que se les debía aplicar, conforme a la legislación interna pertinente y de acuerdo a sus edades (*supra* párr. 109.16). Pese a lo anterior, el Estado rechazó la solicitud, y denegó la nacionalidad dominicana a las presuntas víctimas (*supra* párrs. 109.17, 109.18, y 109.20).

164. Este Tribunal observa que la solicitud de inscripción tardía de nacimiento fue denegada con fundamento en el incumplimiento de la presentación de once o doce requisitos, los cuales no eran los exigibles a los niños menores de 13 años de edad, y que fueron aplicados a las niñas, pese a que al momento de la solicitud Dilcia Yean

copia certificada de la sentencia de ratificación deben ser protocolizados y archivado cuidadosamente por el Oficial actuante.

Los funcionarios encargados de recibir actos de información testimonial de notoriedad para suplir actos del Estado Civil deberán así mismo exigir la presentación de la certificación del Oficial del Estado Civil correspondiente que indique que el interesado no se encuentra inscrito en los registros a su cargo.

Art. 41 – (Mod. por la Ley 90 de fecha 23/12/[65], G.O. No. 8963) El Oficial del Estado Civil que haya recibido una declaración tardía de nacimiento remitirá inmediatamente copia certificada del acta al Procurador Fiscal del Distrito Judicial correspondiente, quien previa investigación de lugar apoderará al Juzgado de Primera Instancia, pudiendo éste tomar todas las medidas de prueba, inclusive consultar libros, papeles de padres, aún difuntos, oír testigos y citar las partes interesadas a fin de ratificar o no mediante sentencia el acta de declaración tardía. El Procurador Fiscal remitirá al Oficial del Estado Civil copia de la sentencia que intervenga, debiendo éste hacer mención de la misma al margen de la declaración de nacimiento que le sea relativa, con las objeciones que procedieren pudiendo entonces expedir copia de esa acta (expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, anexo 1, folios 11 a 12).

¹⁰² La Ley No. 659 Sobre Actos del Estado Civil de 17 de julio de 1944, establece en su artículo 9, lo siguiente: “[L]os oficiales del Estado Civil deberán conformarse a las instrucciones que reciban de la Junta Central Electoral y de la Oficina Central del Estado Civil y estarán bajo la inmediata y directa vigilancia de los Procuradores Fiscales”.

tenía 10 meses de edad y Violeta Bosico tenía 12 años de edad (*supra* párrs. 109.14, 109.17, 109.18 y 109.20).

165. Se debe hacer notar que la edad es el criterio legal utilizado en la República Dominicana para diferenciar la aplicación de requisitos para la solicitud de inscripción tardía de nacimiento. Bajo la legislación aplicable, las niñas Yean y Bosico no presentaban condición alguna que las diferenciase de los demás niños dominicanos menores de 13 años de edad que pudiera justificar el agravamiento de las exigencias para el registro de su nacimiento. La aplicación a las presuntas víctimas de los requisitos que no les correspondían como menores de 13 años de edad, fue violatoria de la regulación interna sobre la materia y les impuso una carga de prueba desproporcionada e indebida.

166. La Corte considera que al haber aplicado a las niñas, para obtener la nacionalidad, otros requisitos distintos a los exigidos para los menores de 13 años de edad, el Estado actuó de forma arbitraria, sin criterios razonables u objetivos, y de forma contraria al interés superior del niño, lo que constituyó un tratamiento discriminatorio en perjuicio de las niñas Dilcia Yean y Violeta Bosico. Esa condición determinó que ellas estuviesen al margen del ordenamiento jurídico del Estado y fuesen mantenidas como apátridas, lo que las colocó en una situación de extrema vulnerabilidad, en cuanto al ejercicio y goce de sus derechos¹⁰³.

167. En atención a la condición de niñas de las presuntas víctimas, la Corte considera que la vulnerabilidad derivada de la apatridia comprometió el libre desarrollo de su personalidad, ya que el acceso a los derechos y a la protección especial de que son titulares se vio imposibilitado.

168. Además, este Tribunal considera que el tratamiento discriminatorio impuesto por el Estado a las niñas Yean y Bosico, se enmarca dentro de la condición vulnerable de la población haitiana y dominicana de ascendencia haitiana en la República Dominicana, a la cual pertenecen las presuntas víctimas (*supra* párr. 109.9).

169. En ese sentido, el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas expresó su preocupación “por la discriminación de los niños de origen haitiano nacidos en el territorio [de la República Dominicana] o hijos de familias haitianas migrantes, en especial [por] su limitado acceso a vivienda, educación y servicios de salud, y observ[ó], en particular, la falta de medidas específicas para resolver este problema”. El mismo Comité, específicamente en relación con la inscripción en el registro civil, señaló que le “preocupa en particular la situación de los niños de origen haitiano o de familias haitianas migrantes cuyo derecho a la inscripción en el registro civil ha sido denegado en el Estado [... y quienes, como] consecuencia de esta política, no han podido gozar plenamente de sus derechos, como el de acceso a la atención de la salud y la educación”¹⁰⁴.

170. La Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, a través de una experta independiente emitió un reporte titulado “[l]os derechos humanos y la

¹⁰³ Cfr. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, *supra* nota 84, párr. 56.

¹⁰⁴ Cfr. Naciones Unidas, Comité de los Derechos del Niño, Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes con Arreglo al Artículo 44 de la Convención. Observaciones Finales del Comité de los Derechos del Niño. República Dominicana. UN Doc. CRC/C/15/Add.150, de 21 de febrero de 2001, párrs. 22 y 26.

extrema pobreza”, en el cual se refiere a la situación de los haitianos en la República Dominicana en los siguientes términos:

La cuestión del racismo [...] a veces se manifiesta entre los propios dominicanos, pero sobre todo es patente frente a los haitianos o personas de origen haitiano cuya[s] familia[s] algunas veces está[n] establecida[s] desde varias generaciones, y que continúan fluyendo. [...] Raros son los haitianos, incluso los que residen en la República Dominicana desde 1957, [...] que obtienen su naturalización. Es la discriminación más fuerte que ha encontrado la experta independiente a lo largo de la misión. Las autoridades son muy conscientes de este problema [...]. El hecho de que los haitianos no tengan en la República Dominicana existencia legal se basa en un fenómeno muy profundo de ausencia de reconocimiento [...]¹⁰⁵.

171. En consideración del deber del Estado de otorgar la nacionalidad a quienes nacieron en su territorio, la República Dominicana debió adoptar todas las medidas positivas necesarias para garantizar que Dilcia Yean y Violeta Bosico, como niñas dominicanas de ascendencia haitiana, pudieran acudir al procedimiento de inscripción tardía en condiciones de igualdad y no discriminación y ejercer y gozar en plenitud su derecho a la nacionalidad dominicana. Los requisitos exigidos para probar el nacimiento en el territorio deben ser razonables y no pueden representar un obstáculo para acceder al derecho a la nacionalidad.

172. Este Tribunal encuentra que en razón del tratamiento discriminatorio aplicado a las niñas, el Estado les denegó su nacionalidad y las dejó apátridas, lo cual, a su vez, les impuso una situación de continua vulnerabilidad que perduró hasta el 25 del septiembre de 2001, es decir, después de la fecha de reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte por la República Dominicana.

173. La Corte considera que la situación de extrema vulnerabilidad en que el Estado colocó a las niñas Yean y Bosico, en razón de la denegación de su derecho a la nacionalidad por razones discriminatorias, así como la imposibilidad de recibir protección del Estado y de acceder a los beneficios de que eran titulares, y finalmente por vivir bajo el temor fundado de que fuesen expulsadas del Estado del cual eran nacionales y ser separadas de su familia por la falta del acta de nacimiento, la República Dominicana incumplió con su obligación de garantizar los derechos consagrados en la Convención Americana, la cual implica no sólo que el Estado debe respetarlos (obligación negativa), sino que, además, debe adoptar todas las medidas apropiadas para garantizarlos (obligación positiva)¹⁰⁶.

174. La Corte encuentra que por razones discriminatorias y contrarias a la normativa interna pertinente, el Estado dejó de otorgar la nacionalidad a las niñas, lo que constituyó una privación arbitraria de su nacionalidad, y las dejó apátridas por más de cuatro años y cuatro meses, en violación de los artículos 20 y 24 de la Convención Americana, en relación con el artículo 19 de la misma, y también en

¹⁰⁵ Cfr. Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, “Los derechos humanos y la extrema pobreza”, Informe presentado por la experta independiente encargada de la cuestión de los derechos humanos y la extrema pobreza, Sra. A. M. Lizin, de conformidad con la resolución 2002/30 de la Comisión de Derechos Humanos. Adición: MISIÓN EN LA REPÚBLICA DOMINICANA. UN Doc. E/CN.4/2003/52/Add.1, párrs. 8 a 13.

¹⁰⁶ Cfr. *Caso Instituto de Reeducación del Menor*. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 158; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*, *supra* nota 85, párr. 129, y *Caso 19 Comerciantes*. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C. No. 109, párr. 153.

relación con el artículo 1.1 de este instrumento, en perjuicio de las niñas Dilcia Yean y Violeta Bosico.

*
* *

175. La situación de extrema vulnerabilidad en que se encontraban las niñas Dilcia Yean y Violeta Bosico, por la falta de nacionalidad y la condición de apátridas, tuvo consecuencias relacionadas con sus derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica y al nombre.

176. El artículo 3 de la Convención Americana, así como otros instrumentos internacionales¹⁰⁷ consagran el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, respecto del cual la Corte Interamericana ha afirmado que

toda persona tiene derecho a que se le reconozca en cualquier parte como sujeto de derechos y obligaciones, y a gozar de los derechos civiles fundamentales. El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica implica la capacidad de ser titular de derechos (capacidad y goce) y de deberes; la violación de aquel reconocimiento supone desconocer en términos absolutos la posibilidad de ser titular de esos derechos y deberes¹⁰⁸.

177. Respecto del ejercicio de la titularidad de los derechos humanos, la Corte ha señalado que

[l]a mayoría de edad conlleva la posibilidad de ejercicio pleno de los derechos, también conocida como capacidad de actuar. Esto significa que la persona puede ejercitar en forma personal y directa sus derechos subjetivos, así como asumir plenamente obligaciones jurídicas y realizar otros actos de naturaleza personal o patrimonial. No todos poseen esta capacidad: carecen de ésta, en gran medida, los niños. Los incapaces se hallan sujetos a la autoridad parental, o en su defecto, a la tutela o representación. Pero todos son sujetos de derechos, titulares de derechos inalienables e inherentes a la persona humana¹⁰⁹.

178. Una persona apátrida, *ex definitione*, no tiene personalidad jurídica reconocida, ya que no ha establecido un vínculo jurídico-político con ningún Estado, por lo que la nacionalidad es un prerrequisito del reconocimiento de la personalidad jurídica.

179. La Corte estima que la falta del reconocimiento de la personalidad jurídica lesiona la dignidad humana, ya que niega de forma absoluta su condición de sujeto de derechos y hace al individuo vulnerable frente a la no observancia de sus derechos por el Estado o por particulares.

180. En el caso concreto, el Estado mantuvo a las niñas Yean y Bosico en un limbo legal en que, si bien las niñas existían y se hallaban insertadas en un determinado contexto social, su existencia misma no estaba jurídicamente reconocida, es decir, no tenían personalidad jurídica.

¹⁰⁷ Cfr., entre otros, Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 6; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 16; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo XVII, y Carta Africana de Derechos del Hombre y de los Pueblos, artículo 5.

¹⁰⁸ Cfr. *Caso Bámaca Velásquez*. Sentencia de 25 de Noviembre de 2000, Serie C No. 70, párr. 179.

¹⁰⁹ Cfr. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, *supra* nota 84, párr. 41.

181. En lo que se refiere a la presunta violación del derecho al nombre establecido en el artículo 18 de la Convención Americana, es necesario indicar que aunque la Comisión Interamericana no lo alegó, la Corte ha establecido que las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes, pueden invocar derechos distintos de los comprendidos en la demanda de la Comisión, sobre la base de los hechos presentados por ésta¹¹⁰.

182. Ahora bien, el derecho al nombre, consagrado en el artículo 18 de la Convención Americana, constituye un elemento básico e indispensable de la identidad de cada persona, sin el cual no puede ser reconocida por la sociedad ni registrada ante el Estado. Dicho derecho se establece también en diversos instrumentos internacionales¹¹¹.

183. Los Estados, dentro del marco del artículo 18 de la Convención, tienen la obligación no sólo de proteger el derecho al nombre, sino también de brindar las medidas necesarias para facilitar el registro de la persona, inmediatamente después de su nacimiento.

184. Igualmente, los Estados deben garantizar que la persona sea registrada con el nombre elegido por ella o por sus padres, según sea el momento del registro, sin ningún tipo de restricción al derecho ni interferencia en la decisión de escoger el nombre. Una vez registrada la persona, se debe garantizar la posibilidad de preservar y reestablecer su nombre y su apellido. El nombre y los apellidos son esenciales para establecer formalmente el vínculo existente entre los diferentes miembros de la familia con la sociedad y con el Estado, lo que no fue garantizado a las niñas Yean y Bosico por la República Dominicana.

185. Además de lo anterior, la Corte considera que la vulnerabilidad a que fueron expuestas las niñas, como consecuencia de la carencia de nacionalidad y personalidad jurídica, para la niña Violeta Bosico también se reflejó en que se le impidió estudiar durante el período escolar 1998-1999 en la tanda diurna de la Escuela de Palavé. Precisamente por no contar con el acta de nacimiento, se vio forzada a estudiar durante ese período en la escuela nocturna, para mayores de 18 años. Este hecho a la vez agravó su situación de vulnerabilidad, ya que ella no recibió la protección especial a que era acreedora como niña, de estudiar en el horario que le sería adecuado, en compañía de niños de su edad, y no con personas adultas (*supra* párrs. 109.34, 109.35 y 109.36). Cabe resaltar que de acuerdo al deber de protección especial de los niños consagrado en el artículo 19 de la Convención Americana, interpretado a la luz de la Convención para los Derechos del Niño y del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en relación con el deber

¹¹⁰ Cfr. *Caso Yatama*, *supra* nota 13, párr. 183; *Caso De la Cruz Flores*. Sentencia de 18 de noviembre de 2004. Serie C No. 115, párr. 122, y *Caso "Instituto de Reeducación del Menor"*, *supra* nota 106, párr. 125.

¹¹¹ Cfr., entre otros, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, artículo 24.2; Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 7.1; *African Charter on the Rights and Welfare of the Child*, artículo 6.1, y Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, artículo 29. La Corte Europea afirmó que el derecho al nombre se encuentra protegido por el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, aunque este no esté específicamente mencionado, *cfr. Stjerna v. Finland*, judgment of 25 November 1994, Series A, n. 299-B, p. 60, párr. 37, y *Burghartz v. Switzerland*, judgment of 22 February 1994, Series A no. 280-B, p. 28, párr. 24.

de desarrollo progresivo contenido en el artículo 26 de la Convención, el Estado debe proveer educación primaria gratuita a todos los menores, en un ambiente y condiciones propicias para su pleno desarrollo intelectual.

186. La Corte observa que la violación del derecho a la nacionalidad de las niñas Yean y Bosico, la condición de apátridas en que fueron mantenidas, y el no reconocimiento de su personalidad jurídica ni de su nombre, desnaturalizó y negó la proyección externa o social de su personalidad.

187. De lo expuesto, esta Corte considera que la privación a las niñas de su nacionalidad tuvo como consecuencia que la República Dominicana violó los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica y al nombre consagrados en los artículos 3 y 18 de la Convención Americana, en relación con el artículo 19 de la misma, y también en relación con el artículo 1.1 de este instrumento, en perjuicio de las niñas Dilcia Yean y Violeta Bosico.

*
* *

188. Los representantes y la Comisión alegaron que la aplicación de las leyes internas de la República Dominicana sobre la inscripción en el registro civil y el otorgamiento de la nacionalidad ocurre de forma discrecional y produce efectos discriminatorios en relación a los niños de ascendencia haitiana, como lo son las niñas Yean y Bosico.

189. El Estado, por su parte, alegó que tanto la Constitución, como los estatutos de migración y registro civil ofrecen las garantías requeridas para proteger los derechos consagrados en la Convención Americana.

190. Al respecto, la Corte considera que la normativa interna que fije los requisitos para la inscripción tardía de nacimiento debe ser coherente con el fundamento del derecho a la nacionalidad en la República Dominicana, y con los términos de la Convención Americana y otros instrumentos internacionales¹¹², es decir, acreditar que la persona nació en el territorio de ese Estado.

191. De acuerdo con la obligación derivada del artículo 2 de la Convención Americana, la Corte considera que los requisitos para obtener la nacionalidad deben ser establecidos con anterioridad, de forma objetiva y clara por la autoridad competente. En el mismo sentido, la ley no debe otorgar una discrecionalidad amplia al funcionario del Estado que los aplica, porque de ser así se crearía un espacio para la aparición de actos discriminatorios.

192. Los requisitos para la declaración tardía de nacimiento no pueden representar un obstáculo para gozar del derecho a la nacionalidad, en particular, para los dominicanos de ascendencia haitiana, quienes pertenecen a un sector de la población vulnerable en la República Dominicana.

¹¹² Cfr., entre otros, Declaración Americana de Derechos Humanos, artículo 19; Declaración Universal de los Derechos del Hombre, artículo 15; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 24.3; Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 7.1; Convención internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, artículo 29, y Convención para Reducir los Casos de Apatridia, artículo 1.1.

X
ARTÍCULO 17 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA
(Protección a la Familia)

Alegatos de los representantes

193. En cuanto a la presunta violación del derecho a la protección de la familia, consagrado en el artículo 17 de la Convención Americana, los representantes alegaron que:

a) el Estado tiene la obligación de adoptar medidas esenciales para proteger la unidad familiar. En el presente caso, el Estado no ha llevado a cabo las medidas necesarias para garantizar los derechos del niño, sobre todo en cuanto al derecho a no ser separados forzosamente de su familia y asegurarles el derecho a residir en el país. El Estado ha vulnerado el derecho a la familia de las niñas Dilcia y Violeta, al negarse a otorgar las actas de nacimiento a los niños de ascendencia haitiana, y

b) si bien la República Dominicana no ha intentado separar aún a las niñas Dilcia y Violeta de sus familias, la amenaza de una separación es real, dado que el Estado realiza sistemáticamente expulsiones colectivas de haitianos y de dominicanos de ascendencia haitiana.

Alegatos de la Comisión

194. La Comisión no realizó alegaciones sobre el artículo 17 de la Convención Americana.

Alegatos del Estado

195. En cuanto a la presunta violación del artículo 17 de la Convención Americana, el Estado señaló que no se le puede acusar de una violación al derecho a la familia cuando no existe tal violación. Además, el Estado señaló que la falta de registro de las niñas Yean y Bosico fue responsabilidad de su familia.

Consideraciones de la Corte

196. El artículo 17.1 de la Convención Americana dispone:

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.
[...]

197. Al respecto, este Tribunal considera que los hechos alegados sobre la presunta violación de este artículo, ya han sido examinados en relación con la condición de vulnerabilidad de las niñas Dilcia Yean y Violeta Bosico (*supra* párrs. 172 y 173).

XI**ARTÍCULOS 8 Y 25 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA**
*(GARANTÍAS JUDICIALES Y PROTECCIÓN JUDICIAL)**Alegatos de la Comisión*

198. En cuanto a la presunta violación de los artículos 8 y 25 de la Convención, la Comisión alegó que:

a) las madres de las niñas solicitaron directamente ante el Procurador Fiscal del Distrito de Monte Plata que ordenara registrar los nacimientos de sus hijas en el Registro Civil, ya que el fiscal es quien debe vigilar e informar sobre errores cometidos por los oficiales del Registro Civil. El Procurador Fiscal desechó la "instancia" promovida, y ordenó que las actuaciones regresaran a la Oficialía del Registro Civil;

b) la legislación del Estado establece dos vías procesales para la revisión de las resoluciones del Registro Civil sobre las solicitudes de declaraciones tardías, a saber: la vía administrativa que cabe al Procurador Fiscal, y también puede ser revisada por la Junta Central Electoral; y la del juzgado de primera instancia. Dichas vías no proveen un recurso de apelación contra una decisión negativa del Registro Civil. La Junta Central Electoral no es una autoridad judicial ni es parte del sistema judicial bajo la legislación dominicana, y tampoco sus decisiones pueden ser apeladas, por lo que no puede considerarse que el recurso jerárquico constituya un recurso efectivo. Las presuntas víctimas carecían de legitimación para instar un proceso judicial, y sus solicitudes nunca fueron revisadas por un tribunal competente;

c) el recurso de amparo no existía legalmente al momento de los hechos, y el recurso de inconstitucionalidad no procedía contra actos administrativos hasta el año de 1998, y

d) el Estado no ha investigado, sancionado o reparado las presuntas violaciones cometidas por sus agentes en el presente caso.

Alegatos de los representantes

199. En cuanto a la presunta violación de los artículos 8 y 25 de la Convención los representantes señalaron que:

a) el Estado no ha establecido un mecanismo o procedimiento para que se apele una decisión de no registrar a un individuo ante un juez o tribunal competente. La decisión desfavorable del Oficial del Estado Civil, a pesar de varios intentos razonables por parte de las madres de las niñas Dilcia y Violeta, nunca fue revisada por un tribunal competente e independiente;

b) existen dos vías para la revisión de decisiones del oficial del Estado Civil: 1) la revisión establecida por la Ley No. 659, y 2) la revisión por la autoridad administrativa responsable de llevar acabo los registros, en este caso la Junta Central Electoral. La Junta Central Electoral no esta regulada por procedimientos formales y no ha publicado reglamentos o promulgado

procedimientos mediante los cuales los solicitantes puedan pedir una revisión de las decisiones adversas de los oficiales del Estado Civil. Por ende, el Estado no ofrece un recurso efectivo por el cual las niñas Dilcia y Violeta pudieran impugnar la negativa del Oficial del Estado Civil;

c) la resolución de los recursos de amparo y de inconstitucionalidad puede llevar hasta dos años, de forma que no existe en la República Dominicana un recurso sencillo y simple, lo que constituye una violación del artículo 25 de la Convención, y

d) el Estado privó a las niñas de la garantías procesales, consagradas en el artículo 8 de la Convención, al no otorgarles el derecho a ser escuchadas en un procedimiento judicial por la denegación de las actas de nacimiento. De acuerdo con la antigua legislación y la nueva Resolución de la Junta Central Electoral, cuando un registrador civil deniega un acta de nacimiento, este funcionario debe inmediatamente solicitar a la Junta Central Electoral que revise el caso, sin otorgar papel alguno a los solicitantes.

Alegatos del Estado

200. El Estado alegó que no puede haber una violación a la protección judicial cuando las presuntas víctimas ni siquiera han hecho uso de estos mecanismos. Las niñas tenían a su disposición una serie de garantías administrativas y judiciales que omitieron utilizar, alegando desconocer su funcionamiento y existencia, por lo que las presuntas víctimas son responsables por no hacer uso de estos recursos, lo cual no es atribuible al Estado.

Consideraciones de la Corte

201. Este Tribunal no se referirá a las alegadas violaciones de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, debido a que carece de competencia para pronunciarse sobre posibles violaciones concretadas en hechos o actos sucedidos antes del 25 de marzo de 1999, fecha en la cual la República Dominicana reconoció la competencia contenciosa de la Corte Interamericana.

XII

ARTÍCULOS 5 Y 12 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA

(Derecho a la Integridad Personal y Libertad de Conciencia y de Religión)

202. En la conclusión de su escrito de alegatos finales los representantes indicaron que el Estado había violado, entre otros, los artículos 5 (Derecho a la Integridad Personal) y 12 (Libertad de Conciencia y Religión) de la Convención, respecto de los cuales no presentaron alegatos que fundaran estas presuntas violaciones.

Consideraciones de la Corte

203. Con respecto a las alegadas violaciones de los artículos 5 y 12 de la Convención Americana, indicadas por los representantes únicamente en la conclusión del escrito de alegatos finales, las cuales no fueron incluidas en el escrito de solicitudes y argumentos, este Tribunal considera que dichas alegaciones son

extemporáneas; sin embargo, no tiene impedimento para analizarlas, de conformidad con el principio *iura novit curia*¹¹³.

204. En el presente caso, la Corte reconoció la situación de vulnerabilidad en que se encontraron las niñas Yean y Bosico al no obtener la nacionalidad dominicana. Asimismo, la niña Violeta Bosico, al carecer del acta de nacimiento no pudo inscribirse en la escuela diurna, sino que se vio obligada a inscribirse en la escuela nocturna, durante el período escolar 1998-1999. Esto les produjo sufrimiento e inseguridad, por lo que este Tribunal valorará esas circunstancias al fijar las reparaciones pertinentes, y no se referirá a la presunta violación del artículo 5 de la Convención Americana en perjuicio de las niñas.

205. En lo que se refiere a los familiares de las niñas Dilcia Yean y Violeta Bosico, la Corte, con base en la Convención Americana y a la luz del referido principio *iura novit curia*, considera que a las señoras Leonidas Oliven Yean y Tiramén Bosico Cofi, madres de las niñas, y a la señora Teresa Tucent Mena, hermana de la niña Violeta, les causó incertidumbre e inseguridad la situación de vulnerabilidad que el Estado impuso a las niñas Yean y Bosico, por el temor fundado de que fueran expulsadas de la República Dominicana, de la cual eran nacionales, en razón de la falta de las actas de nacimiento, y a las diversas dificultades que enfrentaron para obtenerlas.

206. De lo expuesto anteriormente, la Corte considera que el Estado violó el derecho a la integridad personal consagrado en el artículo 5 de la Convención Americana, en relación con el 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de las señoras Leonidas Oliven Yean, Tiramén Bosico Cofi y Teresa Tucent Mena.

207. En lo que se refiere al artículo 12 de la Convención Americana, la Corte considera que los hechos del presente caso no se encuadran bajo el mismo, por lo que la Corte no se pronunciará sobre ello.

XIII

REPARACIONES

APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 63.1

Obligación de reparar

208. De acuerdo con lo expuesto en los capítulos anteriores, el Estado es responsable por la violación de los derechos consagrados en los artículos 3, 18, 20 y 24 de la Convención Americana, en relación con el artículo 19 de la misma, y también en relación con el artículo 1.1 de este instrumento, en perjuicio de las niñas Dilcia Yean y Violeta Bosico. Igualmente, el Estado es responsable por la violación del derecho consagrado en el artículo 5 de la Convención, en relación del artículo 1.1 de dicho tratado, en perjuicio de las señoras Leonidas Oliven Yean y Tiramén Bosico Cofi, madres de las víctimas y la señora Teresa Tucent Mena, hermana de la niña Violeta Bosico. El artículo 63.1 de la Convención Americana previene que

¹¹³ Cfr. *Caso Durand y Ugarte*. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68, párr. 76; *Caso Castillo Petruzzi y Otros*. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, párr. 166, y *Caso Blake*. Sentencia de 24 de enero de 1998. Serie C No. 36, párr. 112.

[c]uando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en [la] 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.

209. Ese precepto acoge una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre la responsabilidad de los Estados. Al producirse un hecho ilícito imputable a un Estado, surge de inmediato la responsabilidad internacional de éste por la violación de la norma internacional de que se trata, con el consecuente deber de reparar y hacer cesar las consecuencias de la violación¹¹⁴.

210. La reparación del daño requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), que consiste en el restablecimiento de la situación anterior. De no ser esto posible, como en el presente caso, el tribunal internacional debe determinar las medidas que garanticen los derechos conculcados, eviten nuevas violaciones y reparen las consecuencias que las infracciones produjeron, así como establecer la indemnización que compense por los daños ocasionados. El Estado obligado no puede invocar disposiciones de derecho interno para modificar o incumplir la obligación de reparar. Ésta queda sujeta en todos los aspectos (alcance, naturaleza, modalidades y determinación de los beneficiarios) al derecho internacional¹¹⁵.

211. A través de las reparaciones, se procura que cesen los efectos de las violaciones perpetradas. Su naturaleza y su monto dependen de las características de las violaciones cometidas, del bien jurídico afectado y del daño material e inmaterial ocasionados. No deben implicar enriquecimiento o empobrecimiento para la víctima o sus sucesores¹¹⁶.

212. De conformidad con los elementos probatorios recogidos durante el proceso y a la luz de los criterios anteriores, la Corte analizará las pretensiones de las partes en materia de reparaciones y dispondrá las medidas que considere pertinentes.

A) BENEFICIARIOS

Alegatos de la Comisión

¹¹⁴ Cfr. *Caso Acosta Calderón*, *supra* nota 13, párr. 146; *Caso Yatama*, *supra* nota 13, párr. 231, y *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa*, *supra* nota 16, párr. 180.

¹¹⁵ Cfr. *Caso Acosta Calderón*, *supra* nota 13, párr. 147; *Caso Yatama*, *supra* nota 13, párr. 232, y *Caso Fermín Ramírez*, *supra* nota 13, párr. 123.

¹¹⁶ Cfr. *Caso Acosta Calderón*, *supra* nota 13, párr. 148; *Caso Yatama*, *supra* nota 13, párr. 233, y *Caso Fermín Ramírez*, *supra* nota 13, párr. 124.

213. La Comisión alegó que en atención a la naturaleza del presente caso, y sin perjuicio de lo que pudieran determinar los representantes de las presuntas víctimas en su debida oportunidad, los beneficiarios de las reparaciones que ordene la Corte son: Dilcia Yean y Violeta Bosico, y sus madres, las señoras Leonidas Yean y Tiramén Bosico Cofi.

Alegatos de los representantes

214. Los representantes señalaron que la República Dominicana debe reparar a las niñas Dilcia y Violeta, y a sus familiares, por los daños sufridos por las presuntas violaciones cometidas en su perjuicio.

Alegatos del Estado

215. El Estado no realizó alegaciones al respecto.

Consideraciones de la Corte

216. La Corte considera como “parte lesionada” a las niñas Dilcia Yean y Violeta Bosico, en su carácter de víctimas de las violaciones de los derechos consagrados en los artículos 3, 18, 20 y 24 de la Convención Americana, en relación con el artículo 19 de la misma, y también en relación con el artículo 1.1 de este instrumento, por lo que serán acreedoras de las reparaciones que fije el Tribunal por concepto de daño inmaterial.

217. Asimismo, las señoras Leonidas Oliven Yean y Tiramén Bosico Cofi, madres de las víctimas, y la señora Teresa Tucent Mena, hermana de la niña Violeta Bosico, en su carácter de víctimas de la violación del derecho consagrado en el artículo 5 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de dicho tratado, son consideradas “parte lesionada” en el presente caso.

B) DAÑOS MATERIAL E INMATERIAL

Alegatos de la Comisión

218. La Comisión no se refirió al daño material, y en cuanto a la indemnización por concepto de daño inmaterial señaló que:

- a) las reparaciones necesarias para que el Estado cumpla su responsabilidad internacional incluyen el pago de una justa indemnización para compensar los “daños morales ocasionados”;
- b) la incertidumbre de las niñas sobre su destino provocó en ellas y sus familiares angustia y temor. La preocupación de dos madres solas, con limitados recursos económicos, de que sus hijas de once meses y doce años, respectivamente, fueran expulsadas y enviadas a Haití, tiene un valor que sobrepasa la reparación material, y
- c) en el caso de Violeta Bosico, su madre experimentó un sentimiento de frustración al ver que, mediante la imposición de un requisito con el que no podía contar, no por falta de derecho sino por la aplicación discriminatoria de la ley por parte de varios funcionarios estatales, los esfuerzos encaminados a que su hija estudiara y se superara se vieron truncados y suspendidos por un año.

Alegatos de los representantes

219. Los representantes no se refirieron al daño material, y en cuanto al daño inmaterial señalaron que:

- a) la sentencia de la Corte por sí misma es insuficiente para asegurar que las violaciones cometidas en el presente caso no vuelvan a repetirse o que se restituya a las presuntas víctimas al estado anterior;
- b) las violaciones cometidas por la República Dominicana sometieron a las niñas Dilcia y Violeta a daños graves e irreparables que incluyen consecuencias psicológicas negativas;
- c) las madres de las niñas Dilcia y Violeta sufrieron un daño cuando el Estado les negó a sus hijas sus derechos a la personalidad jurídica, la nacionalidad y el nombre, ya que temían que sus hijas fueran expulsadas de la República Dominicana. Además, tuvieron que enfrentarse a la posibilidad de que sus hijas jamás fueran reconocidas por el Estado como personas y como dominicanas, y
- d) el miedo y la incertidumbre causada por las pasadas y continuas violaciones del Estado han creado sentimientos de angustia e incertidumbre para las niñas Dilcia y Violeta y sus familias. Por ello, solicitaron a la Corte que ordene al Estado por concepto de daño inmaterial el pago de US\$8.000,00 (ocho mil dólares de los Estados Unidos de América) para cada niña; US\$4.000,00 (cuatro mil dólares de los Estados Unidos de América) para sus madres, y US\$2.000,00 (dos mil dólares de los Estados Unidos de América) para Teresa Tucent Mena, hermana de Violeta.

Alegatos del Estado

220. El Estado alegó que:

a) no procede el pago de ningún tipo de indemnización en el presente caso, ya que no se ha demostrado una relación causal entre el daño efectivo a las presuntas víctimas y las presuntas conductas y omisiones del Estado. Por el contrario, las madres de las niñas fueron quienes dejaron de gestionar y de utilizar los instrumentos jurídicos que el Estado pone a su disposición para cumplir con la obligación de todo dominicano de registrar a sus hijos, y

b) existe una imposibilidad económica para hacer frente a estos gastos y, en caso de concederla a un solicitante, el Estado, con base en el principio de no discriminación, debería restituir económicamente a todos los demás ciudadanos que hayan realizado trámites similares, lo que constituiría un serio atentado a la reserva patrimonial de la República Dominicana.

Consideraciones de la Corte

221. Este Tribunal no efectuará pronunciamiento por concepto de daño material a favor de las víctimas o sus familiares, dado que ni la Comisión ni los representantes solicitaron una indemnización por ese concepto.

222. Por su parte, el daño inmaterial puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a las víctimas y a sus allegados, incluyendo el menoscabo de valores significativos a estas personas, como alteraciones de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de las víctimas o su familia¹¹⁷.

223. La jurisprudencia internacional ha establecido reiteradamente que la sentencia constituye *per se* una forma de reparación. No obstante, tomando en cuenta las circunstancias del presente caso, el sufrimiento que los hechos causaron a las niñas, a sus madres y a la hermana de la niña Violeta Bosico, esta Corte valorará si es pertinente ordenar el pago de una compensación por concepto de daño inmaterial, conforme a la equidad¹¹⁸.

224. Al fijar la compensación por daño inmaterial en el caso *sub judice*, se debe considerar que el Estado reconoció la nacionalidad dominicana de las niñas Dilcia y Violeta hasta el 25 de septiembre de 2001, es decir, más de cuatro años y cuatro meses después que éstas solicitaron la inscripción tardía de su nacimiento. Al no otorgar a las niñas la nacionalidad dominicana, el Estado les impuso una situación de extrema vulnerabilidad, y violó su derecho a la nacionalidad por razones discriminatorias, así como otros derechos, a saber: el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, al nombre y a la igualdad ante la ley, todos en relación con

¹¹⁷ Cfr. *Caso Acosta Calderón*, *supra* nota 13, párr. 158; *Caso Yatama*, *supra* nota 13, párr. 243, y *Caso Fermín Ramírez*, *supra* nota 13, párr. 129.

¹¹⁸ Cfr. *Caso Acosta Calderón*, *supra* nota 13, párr. 159; *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa*, *supra* nota 16, párr. 200, y *Caso de la Comunidad Moiwana*, *supra* nota 8, párr. 192.

los derechos del niño. Tampoco el Estado les otorgó la protección especial que les era debida, les impidió acceder a los beneficios de que eran titulares, y causó que ellas viviesen bajo el temor fundado de ser expulsadas del Estado del cual eran nacionales, y ser separadas de su familia. Las niñas Dilcia y Violeta no contaron con la protección que la República Dominicana debió brindarles de acuerdo a las obligaciones internacionales que ha asumido convencionalmente.

225. Asimismo, durante parte del período escolar 1998-1999, la niña Violeta Bosico asistió a la jornada nocturna de la escuela, por la falta del acta de nacimiento (*supra* párrs. 109.34 y 109.35). Por ello, el Estado impidió a la niña inscribirse en la escuela diurna, a la que debió asistir conforme a su edad, aptitudes y según los programas escolares y la exigencia adecuados, junto con compañeros de su edad. Esta situación causó a la niña incertidumbre e inseguridad.

226. Por lo expuesto, este Tribunal considera que se debe determinar el pago de una compensación para las niñas. Para ello, en consideración de lo señalado por los representantes (*supra* párr. 219.d), fija en equidad la cantidad de US\$ 8.000.00 (ocho mil dólares de los Estados Unidos de América), que debe ser pagada a la niña Dilcia Yean por concepto de daño inmaterial y la cantidad US\$ 8.000.00 (ocho mil dólares de los Estados Unidos de América) que debe ser pagada a la niña Violeta Bosico por ese mismo concepto.

227. Además, la situación de vulnerabilidad que el Estado impuso a las niñas Yean y Bosico les causó a los familiares de las víctimas incertidumbre e inseguridad, así como un temor fundado de que fueran expulsadas de su país, en razón de la falta de las actas de nacimiento, y por las diversas dificultades que enfrentaron para obtenerlas. Así lo expresó la señora Leonidas Oliven Yean, madre de Dilcia, en su declaración rendida el 24 de julio de 1999, cuando indicó que “tenía miedo que Dilcia [fuera] expulsada a Haití [...] ya que en la Sabana Grande de Boyá conoció a muchas personas de ascendencia haitiana que no tenían las actas de nacimiento y por el hecho de no tenerlas, fueron expulsados por migración”. Igualmente, Teresa Tucent Mena, hermana de la niña Violeta Bosico, con quien ésta ha vivido, sufrió por el hecho de que su hermana pudiera ser expulsada por la falta del acta de nacimiento, así como de que no pudiera concluir su educación por la misma causa.

228. Dado lo anterior, la situación de las niñas Dilcia y Violeta produjo angustia e inseguridad a sus madres y a la hermana de Violeta Bosico.

229. En lo que se refiere al daño inmaterial sufrido por las señoras Leonidas Oliven Yean, Tiramen Bosico Cofi y Teresa Tucent Mena, esta Corte considera que la sentencia *per se* constituye una forma de reparación, como ya se indicó (*supra* párr. 223), al igual que las diversas medidas de satisfacción y las garantías de no repetición establecidas en la presente Sentencia (*infra* párrs. 234, 235 y 239 a 242), las cuales tienen una repercusión pública.

C) OTRAS FORMAS DE REPARACIÓN
(MEDIDAS DE SATISFACCIÓN Y GARANTÍAS DE NO REPETICIÓN)

230. La Corte pasa a considerar otros efectos lesivos de los hechos, que no tienen carácter económico o patrimonial, y que podrían ser reparados mediante la realización de actos del poder público.

Alegatos de la Comisión

231. La Comisión alegó que:

a) es necesario que en este caso se dé una reparación integral del daño causado a las niñas que garantice la no repetición de ese tipo de situaciones. No puede pretenderse que con la entrega de documentos al margen de la ley dominicana se repare una violación que tuvo fuertes efectos en las víctimas, especialmente susceptibles, que requerían una especial protección estatal;

y solicitó que:

b) el Estado efectúe un reconocimiento público de las violaciones cometidas en perjuicio de las niñas y ofrezca por ello una disculpa pública;

c) el Estado modifique el sistema de registro para asegurar que no se niegue el derecho a un acta de nacimiento a los niños dominicanos de ascendencia haitiana, sea por ley o por su aplicación discrecional por parte de funcionarios estatales;

d) el Estado modifique la legislación para adecuarla a la Convención Americana, lo que implica no sólo la eliminación de requisitos que devienen arbitrarios y discriminatorios, sino también en cuanto a la existencia de un recurso idóneo y efectivo que permita a las personas recurrir a órganos adecuados en los casos en que sea necesario, y

e) el Estado inicie una investigación seria y exhaustiva de la actuación de los oficiales dominicanos del Registro Civil y de la Procuraduría Fiscal que violaron los derechos fundamentales de las niñas Dilcia y Violeta.

Alegatos de los representantes

232. Los representantes solicitaron que la Corte ordene al Estado:

a) reconocer las violaciones a los derechos humanos de las niñas Dilcia y Violeta y que les ofrezca una disculpa pública, la cual deberá realizarla el Presidente de la República. El reconocimiento público constituiría una señal para las Oficialías del Estado Civil en la República Dominicana de que la discriminación no será tolerada. Dicho reconocimiento público es necesario para prevenir futuras violaciones;

b) aplicar y difundir la sentencia a través de los medios de comunicación;

- c) modificar o derogar todas las leyes, prácticas o procedimientos que sean contrarias a las normas establecidas por la Convención Americana y la Constitución;
- d) establecer leyes y procedimientos que protejan y aseguren los derechos de los niños dominicanos de ascendencia haitiana. En este sentido, el Estado debería ofrecer asistencia adicional a las comunidades domínico-haitianas para reparar el daño causado por la práctica de no registrar a los niños dominicanos de ascendencia haitiana y poner en funcionamiento campañas de registro y otros programas;
- e) implementar una campaña y una política para que se garantice el derecho de los niños a que el registro sea inmediato a su nacimiento;
- f) aceptar la presentación de otros documentos de identificación de los padres, distintos a la cédula de identidad y electoral, para el registro de los niños;
- g) enviar a los oficiales del Estado Civil a registrar a los niños en las comunidades en que viven;
- h) reducir los costos del registro civil;
- i) eliminar el requisito de presentar las actas de nacimiento para inscribirse en las escuelas, y todos los demás obstáculos que impidan a los niños y niñas ejercer su derecho a la educación, y
- j) que establezca una beca con fondos para que las niñas Dilcia y Violeta paguen el costo de sus colegiaturas y los gastos de manutención durante sus estudios de primaria, secundaria y superiores. Estos fondos permitirán a Dilcia y a Violeta completar su educación a pesar del grave daño causado a sus planes de vida. El Estado debe pagar también los gastos de tutorías para que las niñas puedan obtener el nivel de educación adecuado para su edad y poder obtener confianza en sí mismas y creer en las posibilidades de un logro educativo.

Alegatos del Estado

233. El Estado señaló que las peticiones efectuadas por la Comisión y los representantes de ordenar la adecuación y simplificación de los requisitos legales para el acceso al procedimiento de la declaración tardía resultan improcedentes e innecesarias. Además, indicó al momento de presentar la contestación de la demanda que el Congreso de la República estaba conociendo un proyecto de ley que agiliza este procedimiento, instaurando oficinas del Registro Civil en clínicas, hospitales, dispensarios rurales y otras oficinas comunales, para la inscripción de toda persona nacida en suelo dominicano.

Consideraciones de la Corte

a) *Publicación de las partes pertinentes de la Sentencia de la Corte*

234. La Corte estima, como lo ha ordenado en otras oportunidades¹¹⁹, que el Estado debe publicar como medida de satisfacción, dentro de un plazo de seis meses contado a partir de la notificación de la presente Sentencia, en el Diario Oficial y en otro diario de circulación nacional en la República Dominicana, al menos una vez, tanto la Sección denominada “Hechos Probados”, sin las notas al pie de página correspondientes, como los puntos resolutivos de la presente Sentencia.

b) *Acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional y en desagravio a las niñas Dilcia Yean y Violeta Bosico y sus familiares*

235. En lo que se refiere al acto de disculpas públicas solicitado por los representantes de las víctimas y la Comisión, y como consecuencia de las violaciones establecidas en esta Sentencia, la Corte considera que el Estado debe hacer un acto público de reconocimiento de su responsabilidad internacional por los hechos a que se refiere el presente fallo y de petición de disculpas a las niñas Dilcia Yean y Violeta Bosico, y a las señoras Leonidas Oliven Yean, Tiramén Bosico Cofi y Teresa Tucent Mena, en el plazo de seis meses, contado a partir de la notificación de la presente Sentencia, con la participación de las autoridades, las víctimas y sus familiares, así como los representantes, y con difusión en los medios de comunicación (radio, prensa y televisión). El referido acto tendrá efectos de satisfacción y servirá como garantía de no repetición.

c) *Sobre la normativa referente a la inscripción tardía de nacimiento de una persona en el registro civil*

236. Los Estados deben adoptar “las medidas legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para hacer efectivos” los derechos reconocidos por la Convención Americana. Esta es una obligación que el Estado debe cumplir por el hecho de haber ratificado dicho instrumento legal¹²⁰.

237. Dadas las particularidades del presente caso, esta Corte considera necesario remitirse al contexto referente a la inscripción tardía de nacimiento en la República Dominicana. Al respecto, el Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas ha recomendado que la República Dominicana

[...] fortalezca y aumente sus medidas para asegurar la inscripción inmediata del nacimiento de todos los niños. Se debe hacer especial hincapié en la inscripción de los

¹¹⁹ Cfr. *Caso Acosta Calderón*, *supra* nota 13, párr. 164; *Caso Yatama*, *supra* nota 13, párr. 252, y *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa*, *supra* nota 16, párr. 227.

¹²⁰ Cfr. *Caso Yatama*, *supra* nota 13, párr. 254; *Caso Fermín Ramírez*, *supra* nota 13, párr. 130.d, y *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa*, *supra* nota 16, párr. 225.

niños que pertenecen a los grupos más vulnerables, entre ellos los niños de origen haitiano o hijos de familias haitianas migrantes¹²¹.

238. La Corte toma nota de que la República Dominicana efectuó modificaciones en su legislación, y en particular, en la normativa aplicable a la inscripción tardía de nacimiento, durante el tiempo en que el presente caso estuvo bajo el conocimiento de los órganos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

239. Esta Corte considera que la República Dominicana debe adoptar en su derecho interno, dentro de un plazo razonable, de acuerdo con el artículo 2 de la Convención Americana, las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole que sean necesarias para regular el procedimiento y los requisitos conducentes a adquirir la nacionalidad dominicana, mediante la declaración tardía de nacimiento. Dicho procedimiento debe ser sencillo, accesible y razonable, en consideración de que, de otra forma, los solicitantes pudieran quedar en condición de ser apátridas. Además, debe existir un recurso efectivo para los casos en que sea denegada la solicitud.

240. Este Tribunal considera que el Estado, al fijar los requisitos para la inscripción tardía de nacimiento, deberá tomar en cuenta la situación especialmente vulnerable de los niños dominicanos de ascendencia haitiana. Los requisitos exigidos no deben constituir un obstáculo para obtener la nacionalidad dominicana y deben ser solamente los indispensables para establecer que el nacimiento ocurrió en la República Dominicana. Al respecto, la identificación del padre o de la madre del niño no puede estar limitada a la presentación de la cédula de identidad y electoral, sino que el Estado debe aceptar, para tal fin, otro documento público apropiado, ya que la referida cédula es exclusiva de los ciudadanos dominicanos. Asimismo, los requisitos deben estar claramente determinados, ser uniformes y no dejar su aplicación sujeta a la discrecionalidad de los funcionarios del Estado, garantizándose así la seguridad jurídica de las personas que recurran a este procedimiento, y para una efectiva garantía de los derechos consagrados en la Convención Americana, de conformidad con el artículo 1.1 de la Convención.

241. Asimismo, el Estado debe adoptar las medidas necesarias y permanentes que faciliten la inscripción temprana y oportuna de los menores, independientemente de su ascendencia u origen, con el propósito de reducir el número de personas que recurran al trámite de inscripción tardía de nacimiento.

242. La Corte también considera necesario que el Estado implemente, en un plazo razonable, un programa para la formación y capacitación en derechos humanos, con especial énfasis al principio de igualdad ante la ley y no discriminación, de los funcionarios estatales encargados de la inscripción de nacimiento, en el cual se les

¹²¹ Cfr. Naciones Unidas, Comité de los Derechos del Niño, Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes con Arreglo al Artículo 44 de la Convención. Observaciones Finales del Comité de los Derechos del Niño. República Dominicana. UN Doc. CRC/C/15/Add.150, de 21 de febrero de 2001, párr. 27.

instruya sobre la especial situación de los menores de edad y se impulse la cultura de tolerancia y no discriminación.

*
* *

243. La Comisión y los representantes alegaron que la nacionalidad de las niñas no está asegurada porque el Estado emitió sus documentos de registro vulnerando la regulación interna de esa materia, y podría revocarlos en cualquier momento. Por su parte, el Estado señaló que las actas de nacimiento de las niñas tienen un carácter permanente, porque fueron emitidas por la autoridad competente. La República Dominicana, en el ejercicio de sus facultades, el 25 de septiembre de 2001 entregó las actas de nacimiento a las niñas Dilcia Yean y Violeta Bosico, y en esa fecha les otorgó la nacionalidad dominicana (*supra* párrs. 109.32, 109.33 y 147). En este sentido, la Corte considera como un aporte positivo el otorgamiento de la nacionalidad dominicana a las niñas, mediante el cual pasó a garantizarles los derechos a la nacionalidad, al reconocimiento de la personalidad jurídica y al nombre.

d) Sobre la educación

244. El Estado debe cumplir su obligación de garantizar el acceso a la educación primaria y gratuita de todos los niños, independientemente de su ascendencia u origen, que se deriva de la especial protección que se debe brindar a los niños.

D) Costas y Gastos

Alegatos de la Comisión

245. La Comisión señaló que, una vez escuchados los representantes, la Corte debe ordenar al Estado el pago de las costas originadas en el ámbito nacional en la tramitación de los procesos judiciales seguidos por las presuntas víctimas, así como las originadas en la tramitación internacional del caso ante la Comisión y la Corte, y que sean debidamente probadas por los representantes.

Alegatos de los representantes

246. Los representantes señalaron que:

- a) tienen derecho al reintegro de los gastos en que han incurrido por viáticos, costos de traducción, honorarios de expertos o peritos, llamadas telefónicas, copias, así como honorarios legales;

- b) MUDHA ha trabajado en este caso desde 1997, y ha incurrido en gastos por la cantidad de US\$4.513,13 (cuatro mil quinientos trece dólares de los Estados Unidos de América con trece centavos);
- c) CEJIL ha trabajado en este caso desde 1999, y ha incurrido en gastos por la cantidad de US\$37.995,94 (treinta y siete mil novecientos noventa y cinco dólares de los Estados Unidos de América con noventa y cuatro centavos);
- d) la Clínica de Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha dedicado a este caso cinco años del tiempo de su personal y alumnos, por lo cual solicitó el reintegro de US\$50.000,00 (cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América) como una cantidad simbólica por los gastos en que incurrió, y
- e) la cantidad detallada por los gastos de las diferentes organizaciones no incluyen aquellos que se harían en el trámite restante ante la Corte.

Alegatos del Estado

247. El Estado solicitó a la Corte que condene a los “demandantes” al pago de costas y honorarios profesionales que surjan de este proceso, en razón de la improcedencia de su reclamo.

Consideraciones de la Corte

248. La Corte ha señalado que las costas y los gastos quedan comprendidos en el concepto de reparación, consagrado en el artículo 63.1 de la Convención Americana, puesto que la actividad desplegada por las víctimas, sus derechohabientes o sus representantes para acceder a la justicia internacional implica erogaciones y compromisos de carácter económico, que deben ser compensados¹²². En cuanto al reembolso, corresponde al Tribunal apreciar prudentemente el alcance de éste, que abarca los gastos generados ante las autoridades de la jurisdicción interna y los realizados en el curso del proceso ante el sistema interamericano, teniendo en cuenta la acreditación de los gastos hechos, las circunstancias del caso concreto y la naturaleza de la jurisdicción internacional de protección de los derechos humanos. La estimación se puede hacer con base en el principio de equidad y apreciando los gastos comprobados por las partes, siempre que su *quantum* sea razonable¹²³.

¹²² Cfr. *Caso Yatama*, *supra* nota 13, párr. 264; *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa*, *supra* nota 16, párr. 231, y *Caso de la Comunidad Moiwana*, *supra* nota 8, párr. 222.

¹²³ Cfr. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa*, *supra* nota 16, párr. 231; *Caso de la Comunidad Moiwana*, *supra* nota 8, párr. 222, y *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyaury*, *supra* nota 85, párr. 242.

249. Las costas comprenden tanto la etapa de acceso a la justicia nacional, como el procedimiento internacional ante la Comisión y la Corte¹²⁴.

250. MUDHA incurrió en gastos por las gestiones efectuadas en representación de las víctimas en el ámbito interno. Además, MUDHA, CEJIL y la Clínica de Derecho Internacional de los Derechos Humanos incurrieron en gastos al representar a las víctimas en el proceso internacional. Por ello, el Tribunal estima equitativo ordenar al Estado que reintegre la cantidad de US\$6,000.00 (seis mil dólares de los Estados Unidos de América) o su equivalente en moneda de la República Dominicana a las señoras Leonidas Oliven Yean y Tiramen Bosico Cofi por concepto de costas y gastos, quienes efectuarán los pagos a MUDHA, a CEJIL y a la Clínica de Derecho Internacional de los Derechos Humanos para compensar los gastos realizados por éstos.

E) Modalidad de Cumplimiento

251. El Estado deberá pagar las indemnizaciones y reintegrar las costas y gastos (*supra* párr. 226 y 250) dentro de un año, contado a partir de la notificación de esta Sentencia. En el caso de las otras reparaciones ordenadas deberá dar cumplimiento a las medidas en un plazo razonable (*supra* párrs. 239 a 241 y 242), o en el que señale esta Sentencia (*supra* párrs. 234 y 235).

252. El pago de las indemnizaciones establecidas a favor de las víctimas será hecho directamente a éstas. Si alguna de ellas falleciera, el pago se hará a sus herederos.

253. Por lo que toca a la indemnización ordenada a favor de la niña Dilcia Yean, el Estado deberá depositarlas en una institución dominicana solvente. La inversión se hará dentro del plazo de un año, en las condiciones financieras más favorables que permitan la legislación y la práctica bancaria, mientras la beneficiaria sea menor de edad. Podrá ser retirada por aquella cuando alcance la mayoría de edad, en su caso, o antes si así conviene al interés superior del niño, establecido por determinación de una autoridad judicial competente. Si no se reclama la indemnización una vez transcurridos diez años contados a partir de la mayoría de edad, la suma será devuelta al Estado, con los intereses devengados.

254. Si por causas atribuibles a las beneficiarias de la indemnización no fuese posible que éstas la reciban dentro del indicado plazo de un año, el Estado consignará dichos montos a favor de aquéllas en una cuenta o certificado de depósito en una institución bancaria dominicana solvente, y en las condiciones financieras más favorables que permitan la legislación y la práctica bancarias. Si la indemnización no ha sido reclamada al cabo de diez años, la suma correspondiente será devuelta al Estado, con los intereses generados.

¹²⁴ Cfr. *Caso Acosta Calderón*, *supra* nota 13, párr. 168; *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa*, *supra* nota 16, párr. 231, y *Caso Molina Theissen. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 3 de julio de 2004. Serie C No. 108, párr. 96.

255. Los pagos destinados a solventar las costas y gastos generados los representantes en los procedimientos interno e internacional, serán hechos a las señoras Leonidas Oliven Yean y Tiramen Bosico Cofi (*supra* párr. 250), quienes efectuarán los pagos correspondientes.

256. El Estado debe cumplir las obligaciones económicas señaladas en esta Sentencia mediante el pago en la moneda nacional de la República Dominicana o su equivalente en dólares de los Estados Unidos de América.

257. Los montos asignados en la presente Sentencia bajo los conceptos de indemnizaciones, gastos y costas no podrán ser afectados, reducidos o condicionados por motivos fiscales actuales o futuros. En consecuencia, deberán ser entregados a los beneficiarios en forma íntegra conforme a lo establecido en la Sentencia.

258. En el caso de que el Estado incurra en mora, pagará un interés sobre el monto adeudado, correspondiente al interés bancario moratorio en la República Dominicana.

259. Como lo ha determinado y practicado en todos los casos sujetos a su conocimiento, la Corte supervisará el cumplimiento de la presente Sentencia en todos sus aspectos, supervisión inherente a las atribuciones jurisdiccionales del Tribunal y necesaria para la debida observación, por parte de la propia Corte, del artículo 65 de la Convención. El caso se dará por concluido una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en el fallo. Dentro de un año, contado a partir de la notificación de esta Sentencia, el Estado presentará a la Corte un primer informe sobre las medidas adoptadas para el cumplimiento de esta Sentencia.

XIV PUNTOS RESOLUTIVOS

260. Por tanto,

LA CORTE,

DECIDE:

Por unanimidad,

1. Desestimar las tres excepciones preliminares interpuestas por el Estado, de conformidad con los párrafos 59 a 65, 69 a 74, y 78 y 79 de la presente Sentencia.

DECLARA:

Por unanimidad, que:

2. El Estado violó los derechos a la nacionalidad y a la igualdad ante la ley consagrados, respectivamente, en los artículos 20 y 24 de la Convención Americana, en relación con el artículo 19 de la misma, y también en relación con el artículo 1.1 de este instrumento, en perjuicio de las niñas Dilcia Yean y Violeta Bosico, en los términos de los párrafos 131 a 174 de la presente Sentencia.

3. El Estado violó los derechos al nombre y al derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica consagrados, respectivamente, en los artículos 3 y 18 de la Convención Americana, en relación con el artículo 19 de la misma, y también en relación con el artículo 1.1 de este instrumento, en perjuicio de las niñas Dilcia Yean y Violeta Bosico, en los términos de los párrafos 131 a 135 y 175 a 187 de la presente Sentencia.

4. El Estado violó el derecho a la integridad personal consagrado en el artículo 5 de la Convención Americana, en relación con el 1.1 de la misma, en perjuicio de las señoras Leonidas Oliven Yean, Tiramén Bosico Cofi y Teresa Tucent Mena, en los términos de los párrafos 205 a 206 de la presente Sentencia.

5. Esta Sentencia constituye *per se* una forma de reparación, en los términos del párrafo 223 de la misma.

Y DISPONE:

Por unanimidad, que:

6. El Estado debe publicar, en el plazo de seis meses, contado a partir de la notificación de la presente Sentencia en el Diario Oficial y en otro diario de circulación nacional en la República Dominicana, al menos por una vez, tanto la Sección denominada "Hechos Probados", sin las notas de pie de página correspondientes, como los puntos resolutivos de la presente Sentencia, en los términos del párrafo 234 de la misma.

7. El Estado debe hacer un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional y de petición de disculpas a las víctimas Dilcia Yean y Violeta Bosico, y a Leonidas Oliven Yean, Tiramén Bosico Cofi y Teresa Tucent Mena, en un plazo de seis meses, con la participación de autoridades estatales, de las víctimas y sus familiares, así como de los representantes y con difusión en los medios de comunicación (radio, prensa y televisión). El referido acto tendrá efectos de satisfacción y servirá como garantía de no repetición, en los términos del párrafo 235 de la presente Sentencia.

8. El Estado debe adoptar en su derecho interno, dentro de un plazo razonable, de acuerdo con el artículo 2 de la Convención Americana, las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole que sean necesarias para regular el procedimiento y los requisitos conducentes a adquirir la nacionalidad dominicana, mediante la declaración tardía de nacimiento. Dicho procedimiento debe ser sencillo, accesible y razonable, en consideración de que, de otra forma, los solicitantes pudieran quedar en condición de ser apátridas. Además, debe existir un recurso

efectivo para los casos en que sea denegada la solicitud, en los términos de la Convención Americana, de conformidad con los párrafos 239 a 241 de la presente Sentencia.

9. El Estado debe pagar, por concepto de indemnización por daño inmaterial, la cantidad fijada en el párrafo 226 de la presente Sentencia, a la niña Dilcia Yean, y la cantidad fijada en el mismo párrafo a la niña Violeta Bosico.

10. El Estado debe pagar, por concepto de las costas y gastos generados en el ámbito interno e internacional ante el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, la cantidad fijada en el párrafo 250 de la presente sentencia a las señoras Leonidas Oliven Yean y Tiramen Bosico Cofi, quienes efectuarán los pagos al Movimiento de Mujeres Dominicano Haitianas (MUDHA), al Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), y a la *International Human Rights Law Clinic, School of Law (Boalt Hall), University of California, Berkeley* para compensar los gastos realizados por éstos.

11. La Corte supervisará el cumplimiento íntegro de esta Sentencia, y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma. Dentro del plazo de un año, contado a partir de la notificación de esta Sentencia, el Estado deberá rendir a la Corte un informe sobre las medidas adoptadas para darle cumplimiento, en los términos del párrafo 259 de la presente Sentencia.

El Juez Cançado Trindade hizo conocer a la Corte su Voto Razonado, el cual acompaña esta Sentencia.

Redactada en español e inglés, haciendo fe el texto en español, en San José, Costa Rica, el 8 de septiembre de 2005.

Sergio García Ramírez
Presidente

Alirio Abreu Burelli

Oliver Jackman

Antônio A. Cançado Trindade

Manuel E. Ventura Robles

Pablo Saavedra Alessandri
Secretario

Comuníquese y ejecútese,

Sergio García Ramírez
Presidente

Pablo Saavedra Alessandri
Secretario

VOTO RAZONADO DEL JUEZ A.A. CANÇADO TRINDADE

1. Al votar a favor de la adopción de la presente Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de las *Niñas Yean y Bosico versus República Dominicana*, con la cual estoy básicamente de acuerdo, me veo en la obligación de agregar, en el presente Voto Razonado, algunas breves reflexiones personales sobre el tema central del *cas d'espèce*, por cuanto es esta la primera vez en su historia que la Corte Interamericana se pronuncia, en la resolución de un caso contencioso, sobre el derecho a la nacionalidad bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Permitome, pues, abordar en el presente Voto tres puntos medulares, - a los cuales atribuyo particular relevancia, - de la materia en aprecio, a saber: a) los avances normativos en materia de nacionalidad y la preocupante persistencia de las causas de la apatridia; b) la reacción del Derecho a la alarmante diversificación de las manifestaciones de la apatridia; y c) el amplio alcance de los deberes generales de protección (artículos 1(1) y 2) de la Convención Americana.

I. Los Avances Normativos en Materia de Nacionalidad y la Preocupante Persistencia de las Causas de la Apatridia.

2. A lo largo de las tres últimas décadas, he venido señalando que no existe materia que, por su naturaleza intrínseca, pertenezca al dominio reservado del Estado, o a su competencia nacional exclusiva. El *locus classicus* para el examen de la cuestión sigue residiendo en el célebre *obiter dictum* de la antigua Corte Permanente de Justicia Internacional en su Opinión Consultiva sobre los *Decretos de Nacionalidad en Túnez y Marruecos* (1923), según el cual la determinación si un asunto recae o no únicamente en la jurisdicción de un Estado es una cuestión relativa, que depende del desarrollo de las relaciones internacionales

¹. En realidad, dicho desarrollo, en materia del derecho a la nacionalidad, ha efectivamente substraído la materia de la competencia nacional exclusiva, y la ha alzado ya hace mucho al plano del orden jurídico internacional.

3. En definitiva, el tema de la nacionalidad no puede ser considerado desde la sola óptica de la pura discrecionalidad estatal, pues sobre él inciden principios generales del derecho internacional así como deberes que emanan directamente del derecho internacional, como, v.g., el deber de protección. Encuéntrense, pues, a mi juicio, enteramente superadas ciertas construcciones en materia de nacionalidad (original o adquirida) de la doctrina tradicional y estatocéntrica, tales como, v.g., la de la potestad estatal ilimitada, la de la voluntad estatal exclusiva, la del interés único del Estado, así como la teoría contractualista (una variante del voluntarismo). Para dicha superación han decisivamente contribuido el advenimiento e impacto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

¹. A.A. Cançado Trindade, *O Direito Internacional em um Mundo em Transformação*, Rio de Janeiro, Edit. Renovar, 2002, pp. 413 y 475; y cf., para un estudio general, A.A. Cançado Trindade, "The Domestic Jurisdiction of States in the Practice of the United Nations and Regional Organisations", 25 *International and Comparative Law Quarterly* - Londres (1976) pp. 713-765.

4. Aún en el plano del derecho interno, la adquisición de nacionalidad es una cuestión de *ordre public*, que condiciona y reglamenta las relaciones entre los individuos y el Estado, mediante el reconocimiento y la observancia de derechos y deberes recíprocos. La atribución de nacionalidad, materia de orden público, tiene siempre presentes, en el plano del derecho interno, principios y deberes emanados del derecho internacional, en testimonio de la interacción o interpenetración de los ordenamientos jurídicos nacional e internacional.

5. Ya más de un cuarto de siglo antes de la adopción de la Convención para Reducir los Casos de Apatridia (1961), se señaló (aunque ateniéndose sólo a la necesidad de avances en el derecho internacional convencional y dejando de tomar en cuenta también el derecho internacional general) que urgía abordar el problema de los apátridas (tanto los siempre desposeídos de nacionalidad como los que la tuvieron y la perdieron) teniendo presente que la propia organización de la comunidad internacional presuponía que la condición normal de todos los individuos era tener una nacionalidad, y que la apatridia representaba, pues, una anomalía con consecuencias desastrosas para los que se encontraban en esta situación².

6. Al fin y al cabo, el derecho internacional, el *jus gentium*, desde los escritos de sus "fundadores", fue concebido como abarcando no solamente los Estados sino también los individuos (titulares de derechos y portadores de obligaciones emanados directamente del *derecho de gentes*), y ya en el derecho internacional clásico el régimen de la nacionalidad pasó a regirse por los principios básicos del *jus soli* y del *jus sanguinis*³ (a veces combinados de varios modos, sin excluirse uno al otro). Dicho régimen pasó a proporcionar a los individuos un importante medio para proteger los derechos que les son inherentes, al menos a nivel del derecho interno; trátase de derechos de cada individuo (quien es el *dominus litis* al buscar su protección) y no del Estado, cuya *raison d'être* encuéntrase en ciertos principios básicos, como el de la inviolabilidad de la persona humana⁴.

7. Sin embargo, con el pasar del tiempo, se tornó evidente que el régimen de nacionalidad ni siempre era suficiente a los efectos de protección en todas y cualesquiera circunstancias (como evidenciado, v.g., por la situación de los apátridas). A lo largo de la segunda mitad del siglo XX, y hasta la fecha, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha buscado remediar esa insuficiencia o laguna, al *desnacionalizar* la protección (y abarcar así a todo ser humano, inclusive los apátridas): como lo señalé hace más de dos décadas, la nacionalidad dejó aquí de ser el *vinculum juris* (distintamente de la protección diplomática), el cual pasa a ser constituido por la *condición de víctima* de las alegadas violaciones de derechos (en el contexto fundamentalmente distinto de la protección internacional de los derechos humanos)⁵.

². Se advirtió, además, para la tendencia perversa (de aquella época) de desnacionalización y desnaturalización (incluso como pena), violatoria de los "principios fundamentales de la organización de la comunidad internacional", y para la necesidad de enfrentar la apatridia mediante la supresión de sus propias causas; J.-P.-A. François, "Le problème des apatrides", 53 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1935) pp. 371-372.

³. *Ibid.*, pp. 315 y 288.

⁴. *Ibid.*, pp. 316 y 318. Y, para un estudio general subsiguiente, cf., v. g., P. Weis, *Nationality and Statelessness in International Law*, London, Stevens, 1956, pp. 3ss.

⁵. A.A. Cançado Trindade, *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in*

8. El derecho a la nacionalidad es efectivamente un derecho inherente a la persona humana, consagrado como derecho inderogable bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 20 y 27), como resaltado en la presente Sentencia (párr. 136). Encuéntrase, además, protegido bajo el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas de 1966 (artículo 24(3)), la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño de 1989 (artículo 7), y la Convención sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de Sus Familiares de 1990 (artículo 29), y también consagrado en las Declaraciones Universal (artículo 15) y Americana (artículo 19) de Derechos Humanos de 1948. Asimismo, la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas (1954) y la Convención para Reducir los Casos de Apatridia (1961) parecen retomar aún mayor relevancia en nuestros días, dada la preocupante persistencia de las causas de pérdida de nacionalidad y de apatridia.

9. La primera de estas Convenciones, de 1954, ha buscado precisamente proteger los apátridas, sin que con esto pretenda afigurarse como sustituto para la atribución y adquisición de nacionalidad. La segunda de estas Convenciones, de 1961, busca precisamente la atribución y adquisición o la retención de nacionalidad, para reducir o evitar la apatridia; dicha Convención incorpora principios generales del derecho internacional sobre la materia, que han servido de fuente de inspiración tanto para nuevos instrumentos internacionales (como la Convención Europea sobre Nacionalidad de 1997) como para nuevas legislaciones nacionales en materia de nacionalidad. Al determinar, v.g., en su artículo 1(1), que "todo Estado Contratante concederá su nacionalidad a la persona nacida en su territorio que de otro modo sería apátrida", la referida Convención de 1961 enuncia, a mi juicio, uno de aquellos principios generales, que es de derecho internacional tanto convencional como general.

II. La Reacción del Derecho a la Alarmante Diversificación de las Manifestaciones de la Apatridia.

10. A pesar de los avances normativos en ese dominio, persisten lamentablemente las causas de apatridia, quizás agravadas en nuestros días, en la medida en que se muestran a veces mezcladas con los desplazamientos de población de la actualidad (propios del mundo así-llamado "globalizado" y ciertamente brutalizado en que vivimos). Entre las causas de apatridia, figuran hoy día situaciones y prácticas como las reveladas en el presente caso de las *Niñas Yean y Bosico versus República Dominicana* (en que las niñas Dilcia Yean y Violeta Bosico, cuyas madres son dominicanas y cuyos padres son haitianos, fueron privadas de nacionalidad y permanecieron apátridas por más de cuatro años y cuatro meses), además de otras causas, como conflictos de leyes en materia de nacionalidad, leyes atinentes al matrimonio (particularmente en relación con la mujer casada), situación de niños no-registrados y abandonados, prácticas administrativas discriminatorias, entre otras⁶.

International Law, Cambridge, University Press, 1983, pp. 16-17, 19-20, 33, 35-36, 301 y 311-312.

⁶. V.g., transferencias de territorio (en casos, v.g., de disolución o sucesión de Estados, y de alteraciones fronterizas), pérdida de nacionalidad por desnaturalización, pérdida de nacionalidad por renuncia sin previa adquisición de otra nacionalidad.

11. La persistencia de las causas de apatridia conforma un cuadro preocupante, por cuanto la posesión de nacionalidad afigúrase como un prerrequisito básico para el ejercicio de otros derechos individuales, como, v.g., los derechos políticos, el derecho de acceso a la educación y a los cuidados de salud, entre tantos otros. Hoy día, a los apátridas *de jure* se suman los apátridas *de facto*, i.e., los incapaces de demostrar su nacionalidad, y los desprovistos de una nacionalidad efectiva (para los efectos de protección). Los apátridas *de facto* - que muchas veces tienen sus documentos de registro confiscados o destruidos por los que los controlan y explotan - se multiplican actualmente, con la barbarie contemporánea del tráfico "invisible" de seres humanos (sobre todo de niños y de mujeres) en escala mundial⁷. Es esa una tragedia contemporánea de amplias proporciones.

12. En realidad, la protección internacional de los derechos humanos (imperativa) y la protección diplomática (discrecional), operando de formas y en contextos fundamentalmente distintos, siguen coexistiendo en nuestros días, mitigando así la extrema vulnerabilidad de numerosas personas. La protección diplomática está condicionada por la nacionalidad (efectiva) como *vinculum juris*, mientras que la protección internacional de los derechos humanos pone de relieve la obligación general de los Estados Partes en tratados de derechos humanos como la Convención Americana de respetar y asegurar el respeto de los derechos protegidos, en beneficio de todos los individuos bajo sus respectivas jurisdicciones, *independientemente del vínculo de nacionalidad*.

13. Al respecto, la presente Sentencia de la Corte constituye una oportuna advertencia para la prohibición, - teniendo presentes los deberes generales de los Estados Partes en la Convención Americana estipulados en los artículos 1(1) y 2 de la misma, - de prácticas administrativas y medidas legislativas discriminatorias en materia de nacionalidad (a empezar por su atribución y adquisición - párrs. 141-142). La Sentencia cuida de resaltar la condición de niñas de Dilcia Yean y Violeta Bosico, la cual agravó su vulnerabilidad, comprometiendo el desarrollo de su personalidad, además de haber imposibilitado la protección especial debida a sus derechos (párr. 167); al respecto, la Corte acertadamente rescató el importante legado de su propia Opinión Consultiva n. 17 (sobre la *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, 2002) en cuanto a la intangibilidad de su titularidad de derechos inalienables, que les son inherentes (párr. 177).

14. En el presente caso de las *Niñas Yean y Bosico*, entendió la Corte que la vulneración del derecho a la nacionalidad y de los derechos del niño acarreó igualmente la lesión de los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica, al nombre, y a la igualdad ante la ley, bajo la Convención Americana (párrs. 174-175, 179-180 y 186-187). Significativamente, la Corte, en la misma línea de razonamiento lúcido - a la altura de los desafíos de nuestro tiempo - inaugurado en su Opinión Consultiva n. 18, sobre la *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados* (2003), de trascendencia histórica, ponderó, esta vez en el marco de un caso contencioso, que

"(...) el deber de respetar y garantizar el principio de la igualdad ante la ley y no-discriminación es independiente del status migratorio de una persona en un Estado. Es decir, los Estados tienen la obligación de garantizar este principio fundamental a sus ciudadanos y a toda persona

⁷. Cf., v.g., R. Piotrowicz, "Victims of Trafficking and *De Facto* Statelessness", 21 *Refugee Survey Quarterly* - UNHCR/Geneva (2002) pp. 50-59.

extranjera que se encuentre en su territorio, sin discriminación alguna por su estancia regular o irregular, su nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa.

De acuerdo con lo señalado, (...) la Corte considera que:

- a) el status migratorio de una persona no puede ser condición para el otorgamiento de la nacionalidad por el Estado, ya que su calidad migratoria no puede constituir, de ninguna forma, una justificación para privarla del derecho a la nacionalidad ni del goce y ejercicio de sus derechos;
- b) el status migratorio de una persona no se transmite a sus hijos, y
- c) la condición del nacimiento en el territorio del Estado es la única a ser demostrada para adquisición de la nacionalidad, en lo que se refiere a personas que no tendrían derecho a otra nacionalidad, si no adquieren la del Estado en donde nacieron" (párrs. 155-156).

III. El Amplio Alcance de los Deberes Generales de Protección (Artículos 1(1) y 2) de la Convención Americana.

15. Así, el deber de respetar y asegurar el respeto de los derechos protegidos (artículo 1(1) de la Convención Americana) revístese de carácter continuo y permanente; si todas las medidas positivas de garantía no son tomadas por el Estado, nuevas víctimas pueden surgir, generando *per se* (por la sola inacción estatal) violaciones adicionales, sin que sea necesario relacionarlas con los derechos originalmente vulnerados. Mi entendimiento discrepa, pues, enteramente del argumento según el cual no podría ocurrir una violación del artículo 1(1) de la Convención no acompañada de una violación paralela y concomitante de alguno de los derechos protegidos por la misma.

16. Este argumento, para mi inaceptable, corresponde a una visión restrictiva, atomizada y desagregadora de un deber general de garantía bajo la Convención como un todo. Equivaldría - permitiéndome la metáfora - a ver tan sólo el árbol más cercano, perdiendo de vista la floresta que lo circunda. Mi hermenéutica del artículo 1(1) - así como del artículo 2 - de la Convención es y siempre ha sido de mucho más amplitud, y ciertamente agregadora, maximizando la protección bajo la Convención. La expuse con claridad, en el seno de esta Corte, hace más de ocho años, en mi Voto Disidente en el caso *Caballero Delgado y Santana versus Colombia* (reparaciones, Sentencia del 29.01.1997), y permítome aquí recapitularla resumidamente, como última línea de reflexión del presente Voto Razonado.

17. Al destacar, en aquel Voto Disidente, el "amplio alcance" del deber general de los Estados estipulado en el artículo 1(1) de la Convención Americana, señalé que el cumplimiento de dicho deber requiere una serie de providencias de los Estados Partes en la Convención

"en el sentido de capacitar los individuos bajo su jurisdicción para hacer ejercicio pleno de todos los derechos protegidos. Tales providencias incluyen la adopción de medidas legislativas y administrativas, en el sentido de eliminar obstáculos o lagunas y

perfeccionar las condiciones de ejercicio de los derechos protegidos" (párr. 3).

De ese modo, - agregué, - negar el "amplio alcance" del artículo 1(1) de la Convención conllevaría a privarla de sus efectos, por cuanto el artículo 1(1) "alcanza todos los derechos" por élla protegidos (párr. 4).

18. En seguida, en el mismo Voto Disidente en el caso *Caballero Delgado y Santana*, busqué demostrar que las dos obligaciones generales consignadas en la Convención Americana - artículos 1(1) y 2) - muéstranse "ineluctablemente interligadas", y me referí a situaciones hipotéticas para ilustrarlo (párr. 9). Más adelante, acrescenté:

"En mi entendimiento, aunque se afirme que no hubo violación del artículo 2 de la Convención, la constatación del incumplimiento de la obligación general del artículo 1.1 es *per se* suficiente para determinar al Estado Parte la toma de providencias, inclusive de carácter legislativo, a fin de *garantizar* a todas las personas bajo su jurisdicción el pleno ejercicio de todos los derechos protegidos por la Convención Americana" (párr. 19).

19. Pronto surgieron casos en que la propia Corte Interamericana se posicionó al respecto. En el caso de los *Cinco Pensionistas versus Perú* (Sentencia del 28.02.2003), la Corte concluyó que el Estado demandado había cometido una violación autónoma del deber general consagrado en el artículo 2 de la Convención (de armonización del derecho interno con la normativa de ésta), en combinación con el deber general del artículo 1(1) de la misma (párrs. 164-168). Anteriormente, en la misma línea de pensamiento, en el caso *Castillo Petruzzi y Otros versus Perú* (Sentencia del 30.05.1999), la Corte determinó, *en separado*, la ocurrencia de una violación de los artículos 1(1) y 2 de la Convención (párrs. 204-208). También en el caso *Baena Ricardo y Otros versus Panamá* (Sentencia del 02.02.2001), la Corte determinó el incumplimiento, por el Estado demandado, de las obligaciones generales de los artículos 1(1) y (2) de la Convención, al cual dedicó todo un capítulo (n. XIII) de la Sentencia (párrs. 176-184).

20. Al respecto, en el memorable caso *Suárez Rosero versus Ecuador* (Sentencia del 12.11.1997), la Corte, por primera vez en su historia, determinó expresamente que una norma de derecho interno (del Código Penal ecuatoriano) violaba *per se* el artículo 2 de la Convención Americana, "*independientemente de que haya sido aplicada en el presente caso*" (párrs. 93-99, esp. párr. 98). La mencionada Sentencia de la Corte en el caso *Suárez Rosero* significativamente dedicó también todo un capítulo (n. XIV) al establecimiento de la violación autónoma de deber general del artículo 2 de la Convención Americana⁸.

21. De conformidad con esta misma orientación, en el caso *Hilaire, Constantine y Benjamin y Otros versus Trinidad y Tobago* (fondo, Sentencia del 21.06.2002), la Corte, invocando el principio *jura novit curia*, estimó que el Estado demandado había incurrido en una violación autónoma del artículo 2 de la Convención Americana, por la

⁸. Poco después (el 24.12.1997), la Corte Suprema del Ecuador decidió declarar la inconstitucionalidad de la norma en cuestión; fue ésta la primera vez que una disposición de derecho interno (de excepción) fue prontamente modificada en consecuencia de una decisión de la Corte Interamericana.

sola existencia de su "Ley de Delitos contra la Persona", *independientemente de su aplicación* (párrs. 110-118). En fin, en el presente caso de las *Niñas Yean y Bosico versus República Dominicana*, la Corte, al disponer sobre las reparaciones en la Sentencia que viene de adoptar, subrayó el amplio alcance de los deberes generales de los artículos 2 y 1(1) de la Convención, al considerar que

"(...) La República Dominicana debe adoptar en su derecho interno, dentro de un plazo razonable, de acuerdo con el artículo 2 de la Convención Americana, las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole que sean necesarias para regular el procedimiento y los requisitos conducentes a adquirir la nacionalidad dominicana, mediante la declaración tardía de nacimiento. Dicho procedimiento debe ser sencillo, accesible y razonable, en consideración de que, de otra forma, los solicitantes pudieran quedar en condición de ser apátridas. Además, debe existir un recurso efectivo para los casos en que sea denegada la solicitud.

(...) El Estado al fijar los requisitos para la inscripción tardía de nacimiento deberá tomar en cuenta la situación especialmente vulnerable de los niños dominicanos de ascendencia haitiana. Los requisitos exigidos no deben constituir un obstáculo para obtener la nacionalidad dominicana y deben ser solamente los indispensables para establecer que el nacimiento ocurrió en la República Dominicana. (...) Asimismo, los requisitos deben estar claramente determinados, ser uniformes y no dejar su aplicación sujeta a la discrecionalidad de los funcionarios del Estado, garantizándose así la seguridad jurídica de las personas que recurran a este procedimiento y para una efectiva garantía de los derechos consagrados en la Convención Americana, de conformidad con el artículo 1.1 de la Convención.

Asimismo, el Estado debe tomar las medidas necesarias y permanentes que faciliten la inscripción temprana y oportuna de los menores independientemente de su ascendencia u origen, con el propósito de reducir el número de personas que recurran al trámite de inscripción tardía de nacimiento" (párrs. 239-241).

22. La Corte ha, en suma, en la presente Sentencia, preservado los estándares de protección consagrados en su *jurisprudence constante*. Se ha prevalecto del muy valioso aporte de su Opinión Consultiva n. 18, sobre la *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados* (2003), así como del relevante legado de su Opinión Consultiva n. 17 (sobre la *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, 2002); ha relacionado los derechos vulnerados entre sí (derecho a la nacionalidad y derechos del niño, derechos al nombre y al reconocimiento de la personalidad jurídica y a la igualdad ante la ley, y derecho a la integridad personal⁹), en lugar de tratarlos de modo indebidamente compartimentalizado¹⁰; y ha subrayado el amplio alcance de los deberes generales de los artículos 1(1) y 2 de la Convención Americana. Me daría mucha pena

⁹. En el caso concreto, éste último, en relación con los familiares.

¹⁰. En mi reciente Voto Razonado en el caso *Acosta Calderón versus Ecuador* (Sentencia del 24.06.2005), me permití reiterar mi entendimiento de siempre en el sentido de que "la mejor hermenéutica en materia de protección de los derechos humanos es la que relaciona los derechos protegidos entre sí, indivisibles que son, - y no la que busca inadecuadamente desagregarlos uno del otro, fragilizando indebidamente las bases de protección" (párr. 16).

si, en el futuro (*tempus fugit*), la Corte se apartara de esa jurisprudencia, que es la que maximiza la protección de los derechos humanos bajo la Convención Americana.

Antônio Augusto Cançado Trindade
Juez

Pablo Saavedra Alessandri
Secretario



Corte Suprema de Justicia de la Nación

Buenos Aires, 18 de Marzo de 2021

Vistos los autos: "Mihura Estrada, Ricardo y otros c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ amparo ley 16.986".

Considerando:

Que esta Corte comparte las consideraciones del dictamen del señor Procurador Fiscal de la Nación, a cuyos términos cabe remitir en razón de brevedad (doctrina de Fallos: 335:2393).

Por ello, y de conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador Fiscal, se declara admisible el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada. Con costas. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

VO-//-

-//-TO DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON CARLOS FERNANDO
ROSENKRANTZ

Considerando:

Que esta Corte comparte las consideraciones del dictamen del señor Procurador Fiscal, a cuyos términos cabe remitir por razones de brevedad (Fallos: 335:2393).

La naturaleza pública del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal ha sido afirmada por esta Corte en diversos precedentes (Fallos: 308:987, "Ferrari", y 315:1830, "Colegio Público de Abogados de Capital Federal"). En particular, en el segundo de los precedentes citados, esta Corte afirmó que la entidad funciona con el carácter, derechos y obligaciones de las personas de derecho público, cumpliendo un cometido administrativo para el que lo habilita su ley de creación, actuar que se rige por la ley 23.187 y supletoriamente por la ley 19.549 -que rige con carácter general los procedimientos administrativos ante la Administración Pública Nacional centralizada y descentralizada-. Por otro lado, agregó que el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal no es una asociación (art. 14, Constitución Nacional) que se integra con la adhesión libre y espontánea de cada componente, sino una entidad destinada a cumplir fines públicos que originariamente pertenecen al Estado y, que este por delegación circunstanciada normativamente, transfiere a la institución que crea para el gobierno de la matrícula y el régimen disciplinario de todos los



Corte Suprema de Justicia de la Nación

abogados de la Capital Federal, como auxiliares de la administración de justicia.

La jurisprudencia de esta Corte que ha determinado la naturaleza pública del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal exige, entonces, la publicidad de sus estados contables.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador Fiscal, se declara admisible el recurso extraordinario y se confirma la sentencia recurrida. Con costas. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

Firmado Digitalmente por ROSENKRANTZ Carlos Fernando

Firmado Digitalmente por HIGHTON Elena Ines

Firmado Digitalmente por MAQUEDA Juan Carlos

Firmado Digitalmente por LORENZETTI Ricardo Luis

Firmado Digitalmente por ROSATTI Horacio Daniel

Recurso extraordinario interpuesto por **Jorge Gabriel Rizzo**, en su carácter de **Presidente del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal**, parte demandada, con el patrocinio letrado de los Dres. **Juan Pablo Echevarría** y **Darío Ángel Russo**.

Traslado contestado por los Dres. **Ricardo Mihura Estrada** y **Pedro Pablo Pusineri**, parte actora, letrados en causa propia.

Tribunal de origen: **Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala III**.

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal n° 5**.

Suprema Corte:

–I–

La Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal revocó la sentencia del juez de primera instancia que había declarado abstracta la cuestión debatida en la presente causa, y resolvió hacer lugar a la acción de amparo interpuesta por el señor Ricardo Mihura Estrada y otros —en su carácter de abogados matriculados y delegados titulares de la Asamblea de Delegados del mencionado colegio profesional—contra el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, ordenando a este último que brinde a los actores la información solicitada relativa al balance contable del período 2013/2014 y al presupuesto del ejercicio 2015/2016 (fs. 277/281 vta.).

En primer lugar, la cámara sostuvo que la existencia de causa o controversia se mantiene en actualidad, en la medida en que el requerimiento de acceso a la información formulado por los actores se encuentra insatisfecho, y que deben diferenciarse el acceso a la información requerido y las circunstancias fácticas en las cuales el pedido se exteriorizó.

En segundo lugar, señaló que la solicitud de información se encuentra dirigida contra una entidad que cumple fines públicos relativos al gobierno de la matrícula y al control del ejercicio de la profesión. Agregó que esas facultades que pertenecen al Estado fueron delegadas por ley a ese organismo.

Expuso la doctrina sentada por la Corte Suprema en los fallos “Asociación por los Derechos Civiles c/ EN- PAMI” (Fallos: 335:2393) y “CIPPEC c/ EN- M° Desarrollo Social” (Fallos: 337:256). Sobre esa base, destacó la relevancia del acceso a la información pública en aras de que las personas conozcan la manera en que se desempeñan los gobernantes y los funcionarios públicos. Apuntó que en una sociedad democrática las autoridades estatales se rigen por un criterio de máxima divulgación, según el cual toda información se presume accesible y hay un sistema restringido de excepciones. Afirmó que toda

persona tiene derecho a solicitar información, sin necesidad de que acredite un interés particular en esa información.

Finalmente, en consonancia con el dictamen fiscal, consideró que los ciudadanos y quienes participan de la vida política interna del colegio profesional demandado tienen derecho a acceder a la información sobre sus actividades, de modo tal de garantizar la participación y el control democrático, máxime cuando no se alegó la concurrencia de alguna excepción.

-II-

Disconforme con ese pronunciamiento, el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal interpuso recurso extraordinario federal (fs. 308/318), que fue concedido por la cuestión federal invocada y rechazado por la arbitrariedad atribuida a la resolución (fs. 329), sin que existan constancias de la presentación de queja.

La recurrente invoca la existencia de cuestión federal a partir de la interpretación de las normas en juego. Al respecto, afirma que el tribunal *a quo* ha realizado una lectura equivocada del decreto 1172/03 y de la jurisprudencia de la Corte Suprema. En este sentido, entiende que las disposiciones del referido decreto no resultan aplicables, en principio, al Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, puesto que no figura expresamente entre los sujetos obligados por dicha normativa, ni se lo puede considerar implícitamente incluido, dado que no forma parte del Estado Nacional, no depende del Poder Ejecutivo Nacional y no recibe fondos públicos en forma directa o indirecta.

Por otra parte, sostiene que la cámara interpreta erróneamente el alcance de los fines públicos que, según la ley 23.187, cumple dicho colegio profesional. Considera que esos fines públicos se refieren únicamente al gobierno de la matrícula y al régimen disciplinario de todos los abogados de la Capital Federal y que, en consecuencia, las únicas disposiciones del decreto

1172/03 que, por excepción, le resultan aplicables son aquellas que se vinculan a tales fines. De ello se desprende, según la recurrente, que solamente se encuentra obligada a hacer pública la información vinculada con los datos de los matriculados y las sanciones disciplinarias.

-III-

A mi modo de ver, el recurso extraordinario es formalmente admisible, toda vez que se ha puesto en tela de juicio la interpretación de normas federales —decreto 1172/03, arts. 14, 16, 32 y 33, Constitución Nacional, art. 13, Convención Americana sobre Derechos Humanos y art. 19, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos— (Fallos: 335:2393, “ADC” y 337:256, “CIPPEC c/ EN-M^o Desarrollo Social”) y la decisión definitiva del superior tribunal de la causa ha sido contraria al derecho que el apelante fundó en ellas (art. 14, inc. 3, de la ley 48).

-IV-

En el *sub lite* corresponde determinar si el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal se halla obligado a brindar a los actores —en su carácter de abogados matriculados y delegados titulares de la Asamblea de Delegados del mencionado colegio profesional— la información contable y presupuestaria solicitada en atención a lo dispuesto por el decreto 1172/03 y las normas constitucionales que garantizan el acceso a la información pública.

En el caso “Asociación por los Derechos Civiles c/ EN- PAMI” (Fallos: 335:2393, “ADC”) la Corte Suprema decidió que una institución pública no estatal —el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (PAMI)— se hallaba obligada a brindar datos sobre su publicidad oficial en aras de garantizar el derecho de acceso a la información pública.

Allí recordó que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desprendido el derecho de acceso a la información del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, consagrados en el artículo 13 de la

Convención Americana sobre Derechos Humanos. Subrayó también, invocando la doctrina sentada por el tribunal interamericano en el caso "Claude Reyes y otros vs. Chile" (sentencia del 19 de septiembre de 2006, párr. 77), la idea de que el derecho de acceso a la información resulta fundamental en toda sociedad democrática y tiene una doble vertiente: como derecho individual de toda persona a buscar información y como obligación positiva del Estado de garantizar que se pueda acceder a la información solicitada o que, en su defecto, se reciba una respuesta fundamentada cuando exista una restricción legítima. Asimismo, señaló que la información solicitada debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, es decir, que en materia de acceso a la información pública la legitimación activa es amplia-

En cuanto a los sujetos obligados a brindar información pública, la Corte Suprema dijo que "para que los Estados cumplan con su obligación general de adecuar su ordenamiento interno con la Convención Americana en este sentido, no solo deben garantizar este derecho en el ámbito puramente administrativo o de instituciones ligadas al Poder Ejecutivo, sino a todos los órganos del poder público [...] Dicha amplitud supone incluir como sujetos obligados no solamente a los órganos públicos estatales, en todas sus ramas y niveles, locales o nacionales, sino también a empresas del Estado, hospitales, las instituciones privadas o de otra índole que actúan con capacidad estatal o ejercen funciones públicas" (considerando 10°).

Precisó que "...que aun cuando el recurrente no posea naturaleza estatal, dadas sus especiales características y los importantes y trascendentes intereses públicos involucrados, la negativa a brindar la información requerida constituye un acto arbitrario e ilegítimo en el marco de los principios de una sociedad democrática e implica, en consecuencia, una acción que recorta en forma severa derechos que son reservados (...) a cualquier ciudadano, en tanto se trate de datos de indudable interés público y que hagan a la

transparencia y a la publicidad de gestión de gobierno, pilares fundamentales de una sociedad que se precie de ser democrática" (considerando 7º). Y concluyó que "el objeto del reclamo trata de la solicitud de una información pública a una institución que gestiona intereses públicos y que detenta una función delegada del Estado, siendo indiscutible la interacción entre el ente demandado y la administración estatal (confr. dictamen fiscal de fs. 92/97). Por lo que, con ese alcance, la asociación actora posee el derecho a que le brinden la información solicitada en forma completa y la demandada tiene la obligación de brindarlo, siempre que no demuestre —circunstancia que no se ha dado en la especie— que le cabe alguna restricción legal" (considerando 13º).

En ese marco jurídico, cabe destacar que el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal es una persona jurídica de derecho público no estatal que ejerce funciones delegadas por el Estado. En efecto, gestiona intereses públicos en materia de control del ejercicio de la profesión de abogado, gobierno de la matrícula y poder disciplinario sobre sus matriculados en el ámbito de la Capital Federal (arts. 17 y 20, incs. *a* y *b*, ley 23.187).

La interacción entre el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal y el Estado se desprende, además, de otras finalidades generales reconocidas por el legislador; por ejemplo, contribuir al mejoramiento de la administración de justicia o colaborar con los poderes públicos en la elaboración de la legislación en general (art. 20, incs. *e* y *h*, ley 23.187). Esa interacción luce más evidente aun a poco que se repara en que dicha entidad cuenta con representantes permanentes en el Consejo de la Magistratura de la Nación y en el Jurado de Enjuiciamiento de los Magistrados (arts. 2 y 22, ley 24.937 y sus modificatorias), órganos constitucionales de indudable naturaleza estatal y fines públicos (arts. 114 y 115, Constitución Nacional).

Con respecto a la naturaleza de la información requerida, cabe destacar que la información contable y presupuestaria del Colegio Público de

Abogados de la Capital Federal reviste un carácter eminentemente público, no sólo por ser materia inherente al control del gobierno de la entidad, sino también porque los recursos de dicho colegio profesional se conforman sustancialmente con aportes obligatorios fijados por ley y que deben ser integrados por la totalidad de los profesionales matriculados (art. 51, ley 23.187).

En este punto corresponde señalar que media una directa vinculación entre el acceso a la información y el resguardo de la transparencia y la publicidad de la gestión de los asuntos públicos, lo que resulta aplicable a un entidad que administra fondos que resultan de aportes compulsivos fijados por la ley. Ello además se ve reforzado por el principio de máxima divulgación que rige en la materia, según el cual toda información en poder de autoridades públicas debe presumirse accesible, sujeta a un sistema restringido de excepciones legales (Fallos: 335:2393, "ADC").

Finalmente, en lo que respecta a la legitimación activa, ésta ha sido interpretada con un alcance amplio que no requiere acreditar un interés calificado del demandante (Fallos: 335:2393, "ADC"; 337:256, "CIPPEC"; 339:827, "Garrido", y dictamen de esta Procuración General de la Nación en este último caso, 19 de agosto de 2015). De allí resulta razonable considerar que tienen legitimación los integrantes del órgano colegiado de gobierno del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, que debe analizar —aprobar o rechazar— los balances y presupuestos anuales de la institución, y que, de ese modo, invocan un interés concreto y directo en contar con la información necesaria para llevar a cabo esa evaluación.

En este orden de ideas, cabe concluir que los actores tienen derecho a que el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal les brinde la información solicitada en forma completa e integral y que éste tiene el deber de brindarla en atención a lo dispuesto por las normas constitucionales que

garantizan el derecho de acceso de la información pública y por el decreto 1172/03, máxime cuando no se ha acreditado la existencia de alguna excepción legal.

Finalmente, cabe señalar que la solución que propicio es consistente con la Ley 27.275 de Acceso a la Información Pública (B.O. 29 de septiembre de 2016), en especial lo normado en su artículo 7, inciso I.

-V-

Por todo lo expuesto, opino que corresponde rechazar el recurso extraordinario interpuesto y confirmar la sentencia apelada.

Buenos Aires, 22 de noviembre de 2017.

ES COPIA

VÍCTOR ABRAMOVICH


ADRIANA N. MARCHISIO
Subsecretaría Administrativa
Presidencia General de la Nación



Corte Suprema de Justicia de la Nación

Buenos Aires, 12 de Marzo de 2021

Autos y Vistos; Considerando:

1º) Que Romina Natalia Ibarrola, por su propio derecho, promovió la presente acción declarativa en los términos del artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, contra la Provincia de Formosa, a fin de que se haga cesar el estado de incertidumbre en el que dijo encontrarse frente a la pretensión de la demandada de obligarla a realizar –junto con su grupo familiar– un aislamiento compulsivo en un “Centro de Aislamiento Preventivo” y de restringir el libre tránsito dentro del territorio provincial hasta la localidad de Clorinda. En ese sentido, pidió que se declare la inconstitucionalidad del “Sistema ordenado y administrado” implementado por la provincia y de los “Centros de Aislamiento Preventivo” establecidos por la demandada con fundamento en las medidas sanitarias adoptadas mediante los decretos nacionales 260/20, 297/20, sus modificatorios y normas concordantes, 875/20 y 1033/20; y de cualquier otro acto administrativo o norma vigente, o que entre en vigencia durante el curso del proceso, que le impida el ingreso a la ciudad de Clorinda, dado que –según expresa– todo ello vulnera lo dispuesto por los artículos 8º, 9º, 14, 14 bis, 16, 17, 18, 28, 33, 43 y 75 –inciso 22– de la Constitución Nacional; 5º, 8º, 22, 24, 25, 28 y concordantes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, aprobado por la ley 23.054); la Convención sobre los Derechos del Niño (ley 23.849 y 26.061); la ley de

derechos del paciente (ley 26.529); y los artículos 51 y 52 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Manifestó que son de conocimiento público y notorio las medidas dispuestas por la Provincia de Formosa para restringir el ingreso y reingreso de personas al territorio provincial, que motivaron el pronunciamiento del Tribunal en la causa "Lee, Carlos Roberto y otro c/ Consejo de Atención Integral de la Emergencia Covid-19 Provincia de Formosa s/ amparo - amparo colectivo" (expte. 2774/2020), las cuales -también según relató- no han cesado.

Explicó que solicitó su ingreso a la provincia sin posibilidad de elegir libremente una fecha y que en su oportunidad le comunicaron que podría ingresar el 8 de diciembre de 2020 a un "Centro de Aislamiento Preventivo" a ser determinado por la autoridad local, para permanecer en ese lugar por un período de 15 días.

Refirió que, posteriormente, comunicó a las autoridades provinciales su intención de ingresar el 30 de diciembre pasado y que su madre -a quien desea visitar- padece problemas de salud derivados de un prolongado tratamiento oncológico que le provocó una insuficiencia cardíaca que hace que su corazón funcione por debajo de sus capacidades.

Respecto de la admisibilidad de la acción iniciada, manifestó la gravedad institucional que implican los hechos relatados, en atención a que -según alega- se encuentran en



Corte Suprema de Justicia de la Nación

juego derechos garantizados por la Constitución tales como el derecho a la igualdad ante la ley, a la libertad, a la libre circulación, a la dignidad de las personas y a la salud, entre otros.

Sostuvo que la demandada ha establecido, a través de disposiciones que –a su juicio– atentan contra los principios de la autonomía de la voluntad y la autodeterminación de las personas, un sistema de ingreso a la provincia que resulta inconstitucional al disponer requisitos migratorios y aduaneros más rigurosos que los fijados para la entrada y salida del país, en particular, la obligatoriedad de permanecer en “Centros de Aislamiento Preventivo”, que ni siquiera cumplen con los estándares mínimos de un establecimiento médico, sin la posibilidad de aislarse en domicilios privados.

Añadió que también considera irrazonable la alternativa de llevar adelante el aislamiento en hoteles habilitados por la autoridad sanitaria, a costa de la persona que solicita el ingreso, cuyo precio fija la provincia y debe abonarse 72 horas antes.

Concluyó que las medidas dispuestas por la demandada resultan arbitrarias y desproporcionadas respecto de la real situación sanitaria descrita en los considerandos del decreto 1033/20 del Poder Ejecutivo Nacional, que ponen en juego libertades esenciales de quienes solicitan ingresar al territorio provincial.

Por último, solicitó, en carácter de medida cautelar, que se ordene a la demandada que se abstenga de realizar acto alguno que impida su tránsito y el de su grupo familiar por el territorio provincial hasta llegar a la localidad de Clorinda, al domicilio de sus padres, y de salir de dicha ciudad para regresar a La Plata (Provincia de Buenos Aires) sin obligarla a trasladarse a ningún "Centro de Aislamiento Preventivo".

2º) Que el 12 de enero de 2021 la actora denunció el agravamiento del estado de salud de su madre.

En concreto informó que, por sus antecedentes clínicos, su progenitora había "tomado la decisión de no recibir otros tratamientos médicos más que el de cuidados paliativos adhiriendo a todos los derechos que le asisten regulados en la Ley 26742/2012".

3º) Que, asimismo, el 15 de enero de 2021 la accionante puso en conocimiento del Tribunal que el cuadro de enfermedad referido en el considerando precedente había empeorado, y que su madre había presentado una falla cardíaca aguda, con sospecha de trombosis pulmonar, que derivó en su internación en la Clínica Argentina de la Ciudad de Clorinda.

Posteriormente -y siempre según el relato de la actora- su madre fue trasladada a su vivienda donde se encuentra "en internación domiciliaria, estable, pero con oxígeno permanente".



Corte Suprema de Justicia de la Nación

4°) Que en función de las particularidades del caso planteado, y con el fin de visitar a su madre –quien, insiste, se encuentra enferma, con riesgo para su vida– posteriormente reiteró la solicitud de que se ordene a la demandada –con carácter cautelar– que se abstenga de efectuar cualquier acto que implique restricción alguna a la libertad de ingreso a la Provincia de Formosa hasta la ciudad de Clorinda, así como de toda otra limitación que afecte la libre disposición de su cuerpo y el de su grupo familiar.

5°) Que en virtud de los antecedentes reseñados, y aun cuando el Tribunal no se ha pronunciado acerca de su competencia para conocer en la presente causa por vía de su instancia originaria, las excepcionalísimas circunstancias que rodean al presente caso habilitan que esta Corte examine la medida cautelar solicitada, de acuerdo a lo previsto en los artículos 196 y 204 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (cfr. causa “Maggi, Mariano”, publicada en Fallos: 343:930).

6°) Que, en ese sentido, esta Corte ha considerado a la medida cautelar innovativa como una decisión excepcional porque altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado, lo que justifica una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión (Fallos: 331:2889 y 342:645, entre otros).

7°) Que, asimismo, es de la esencia de esos institutos procesales de orden excepcional enfocar sus proyecciones sobre el fondo mismo de la controversia, ya sea para impedir un acto o para llevarlo a cabo, porque dichas medidas precautorias se encuentran enderezadas a evitar la producción de perjuicios que se podrían producir en caso de inactividad del magistrado y podrían tornarse de muy dificultosa o imposible reparación ulterior (Fallos: 330:1261 y 343:930, citado precedentemente).

8°) Que el examen de ese tipo de medidas cautelares, lleva ínsita una evaluación del peligro de permanencia en la situación actual a fin de habilitar una resolución que concilie –según el grado de verosimilitud– los probados intereses del demandante y el derecho constitucional de defensa del demandado (Fallos: 334:1691).

9°) Que la Constitución Nacional reconoce a todos los habitantes de la Nación el derecho a transitar libremente en su territorio, sin distinción alguna (artículos 8° y 14). Por su parte, entre los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, tanto la "Convención Americana sobre Derechos Humanos" (aprobada por la ley 23.054), como el "Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos" (aprobado por la ley 23.313), ambos con jerarquía constitucional (artículo 75, inciso 22, de la Ley Fundamental), también reconocen en los incisos 1° de sus artículos 22 y 12, respectivamente, el derecho de toda persona que se halle legalmente en el territorio de un



Corte Suprema de Justicia de la Nación

Estado a circular libremente por él; y si bien el ejercicio de dicho derecho puede ser restringido por medio de una ley cuando sea necesario para proteger, entre otras cosas, la salud pública, lo cierto es que las restricciones deben ser compatibles con los demás derechos reconocidos en esos pactos (incisos 3° de los artículos 22 y 12 citados).

Como ya ha señalado esta Corte, aun cuando es cierto que no hay derechos absolutos, no menos cierto es que el poder del gobierno para recortarlos de acuerdo con sus necesidades, sean o no de emergencia, es mucho menos que absoluto. Los tribunales deben examinar con creciente rigor las intervenciones en los derechos individuales, a medida que estas se tornan más intensas y prolongadas, para establecer no solo si está justificada la validez en general de la medida, sino también su alcance (causa "Lee, Carlos Roberto y otro", publicada en Fallos: 343:1704).

10) Que la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió, el 9 de abril de 2020, una Declaración titulada "COVID-19 y Derechos Humanos: Los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de Derechos Humanos y respetando las obligaciones internacionales", a fin de instar a que la adopción y la implementación de medidas, dentro de la estrategia y esfuerzos que los Estados Parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos están realizando para abordar y contener esta situación que concierne a la vida y salud pública, se efectúe en el marco del Estado de Derecho, con el pleno respeto a los

instrumentos interamericanos de protección de los derechos humanos y los estándares desarrollados en la jurisprudencia de ese Tribunal.

Entre las consideraciones particulares incluidas en dicha declaración, cabe destacar, por su atinencia al caso y en tanto esta Corte la comparte, que: "Todas aquellas medidas que los Estados adopten para hacer frente a esta pandemia y puedan afectar o restringir el goce y ejercicio de derechos humanos deben ser limitadas temporalmente, legales, ajustadas a los objetivos definidos conforme a criterios científicos, razonables, estrictamente necesarias y proporcionales, y acordes con los demás requisitos desarrollados en el derecho interamericano de los derechos humanos" (Fallos: 343:930 y causa "Petcoff Naidenoff, Luis", publicada en Fallos: 344:126).

11) Que si bien esta Corte ha señalado que no pueden desconocerse las facultades con las que cuenta la Provincia de Formosa para establecer en su territorio las medidas de prevención que considere adecuadas en el contexto de la particular situación de emergencia sanitaria de efectos mundiales que está transcurriendo, el Tribunal también destacó que dichas potestades deben ejercerse de modo razonable y respetando siempre estándares constitucionales y convencionales concernientes a los derechos humanos (Fallos: 343:1704 y sentencia dictada en la causa "Petcoff Naidenoff, Luis", publicada en Fallos: 344:126).



Corte Suprema de Justicia de la Nación

Ello pues el principio de razonabilidad exige que deba cuidarse especialmente que los preceptos mantengan coherencia con las reglas constitucionales durante todo el lapso que dure su vigencia, de suerte que su aplicación no resulte contradictoria con lo establecido por la Constitución Nacional (Fallos: 316:3104; 328:566; 337:1464; 340:1480).

12) Que en la normativa dictada por el Poder Ejecutivo Nacional en el marco de la emergencia pública en materia sanitaria, ampliada por el decreto 260/20 y sus modificatorios, y en atención a la situación epidemiológica existente en las distintas regiones del país con relación a la COVID-19, se ha establecido expresamente que "deberá autorizarse el acompañamiento durante la internación, en sus últimos días de vida, de los y las pacientes con diagnóstico confirmado de COVID-19 o de cualquier enfermedad o padecimiento" (artículo 26 del decreto 125/2021).

La disposición citada prescribe también que, en tales casos, las normas provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires deberán prever la aplicación de un estricto protocolo de acompañamiento de pacientes que resguarde la salud del o de la acompañante, que cumpla con las recomendaciones e instrucciones del Ministerio de Salud de la Nación y de las autoridades sanitarias locales. Asimismo, que "los Gobernadores y las Gobernadoras de Provincias y el Jefe de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires dictarán las correspondientes reglamentaciones".

13) Que, en atención a todo lo expresado, y dadas las particularidades de esta causa, corresponde acceder a la medida cautelar solicitada, con los alcances que se establecerán a continuación (artículo 204, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

En efecto, en el estrecho marco de conocimiento que ofrece el estudio de la cuestión en esta instancia, surge *prima facie* que en el caso, de sustancial analogía además a las prescripciones del citado decreto 125/2021, de conformidad con la documentación acompañada, las condiciones de ingreso a su territorio impuestas por la provincia no se ajustan a los casos de urgencia previstos en la norma (v. asimismo disposiciones análogas en los decretos 714/2020, 754/2020, 792/2020, 814/2020, 875/2020, 956/2020, 1033/2020 y 67/2021), al mismo tiempo que aparecen –de acuerdo a los argumentos desarrollados precedentemente– como una limitación irrazonable al derecho de acompañar a un familiar enfermo.

De manera que el Tribunal adoptará una decisión proporcionada a las circunstancias descriptas, pues sujetar a una persona al cumplimiento de un plazo de aislamiento y espera que, conforme al desenvolvimiento natural y ordinario de los hechos, podría frustrar la sustancia del derecho implicado no puede encontrar sustento en la impronta humana y realista que exige la Constitución Nacional (arg. Fallos: 316:779 y 343:264).



Corte Suprema de Justicia de la Nación

Por ello, y sin perjuicio de lo que en definitiva se decida en relación a la competencia de esta Corte para entender en el caso por vía de su instancia originaria, se resuelve: Ordenar a la Provincia de Formosa que permita a la señora Romina Natalia Ibarrola el ingreso al territorio provincial –y su oportuno egreso–, a los efectos de acompañar a su madre, señora Antonia Inés Enrique, domiciliada en la localidad de Clorinda, haciéndole saber que deberá contemplar las posibilidades de licencia de la actora en su actividad profesional, como así también que, en caso de serle requerido un aislamiento, podrá ser cumplido en el domicilio familiar que la actora identifique; todo ello sin perjuicio del cumplimiento de las demás medidas sanitarias que se estimen pertinentes. Notifíquese a la actora y comuníquese mediante oficio al señor Gobernador y a la señora Fiscal de Estado de la Provincia de Formosa.

Parte actora: **Dra. Romina Natalia Ibarrola, letrada en causa propia.**

Parte demandada: **Provincia de Formosa, no presentada en autos.**



Corte Suprema de Justicia de la Nación

Buenos Aires, 11 de Marzo de 2021

Vistos los autos: "Corrientes, Provincia de c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", de los que

Resulta:

I) A fs. 178/193 la Provincia de Corrientes inicia demanda contra el Estado Nacional (Jefatura de Gabinete de Ministros y Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable) con el objeto de que se declare la nulidad e inconstitucionalidad de la resolución 1238/11 dictada por la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable y de la resolución 1149/11 dictada por la Jefatura de Gabinete de Ministros, con fundamento en que tales actos avasallan el dominio originario de los recursos naturales provinciales y violan el debido proceso y las competencias establecidas en diversas normas federales.

Expresa que el Arroyo Ayuí Grande ubicado en la citada provincia es uno de los afluentes más importantes del Río Miriñay, que desemboca en el Río Uruguay a la altura de la localidad de Monte Caseros. Agrega que, en 1998, una Unión Transitoria de Empresas (U.T.E.) integrada por varias firmas -propietarias de las tierras por donde se extiende el arroyo- presentaron un proyecto productivo ante el entonces Instituto Correntino del Agua (ICA) para su aprovechamiento mediante la construcción de un dique que formaría un lago destinado al cultivo del arroz. Con posterioridad ese proyecto inicial fue replanteado y se previó la construcción de una represa,

convirtiéndose en un plan de inversión hidráulico-agropecuario de gran envergadura.

Mediante las resoluciones 518/10, 519/10, 520/10, 521/10, 522/10 y 523/10 el Instituto Correntino del Agua y el Ambiente (ICAA) otorgó las respectivas concesiones de uso de agua pública para riego a las empresas solicitantes y autorizó el inicio de las obras del denominado "Proyecto Productivo Ayuí Grande", cuya aprobación había sido dispuesta previamente por resolución ICAA 424/10.

Destaca que el inicio de las obras fue suspendido mediante la resolución ICAA 600/10, con motivo del amparo promovido por el Estado Nacional -que tramitó en el expediente CSJ 172/2010 (46-E)/CS1, "Estado Nacional c/ Provincia de Corrientes s/ amparo" en la instancia originaria de este Tribunal- a fin de que la provincia, demandada en esa causa y aquí actora, cese en su actividad omisiva y entregue al Estado Nacional todos los antecedentes e informes, incluidos los estudios de impacto ambiental, relacionados con el proyecto de construcción de una represa sobre el Arroyo Ayuí Grande, a los efectos de que las áreas competentes del Estado Nacional puedan expedirse acerca de su viabilidad, ante la posibilidad de que las obras se encuentren alcanzadas por las previsiones contenidas en el Estatuto del Río Uruguay de 1975, suscripto con la República Oriental del Uruguay.



Corte Suprema de Justicia de la Nación

Continúa relatando que, sin haber tenido la oportunidad de participar en el procedimiento administrativo, la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable dictó la resolución 1238/11, mediante la cual estableció que las obras mencionadas resultan incompatibles con las obligaciones asumidas por la República Argentina en aquel Estatuto y otras normas y acuerdos internacionales, pudiendo su ejecución comprometer la responsabilidad internacional del Estado; asimismo, estableció que resultan incompatibles con las disposiciones de las leyes 25.675 y 26.331, contradiciendo los objetivos de la política ambiental nacional. Este acto fue confirmado por la resolución 1149/11, dictada por la Jefatura de Gabinete de Ministros al rechazar el recurso jerárquico interpuesto.

Expresa que la resolución impugnada avasalla la potestad de regular el uso y aprovechamiento de sus recursos naturales de conformidad con lo establecido por el art. 124 de la Constitución Nacional, la que debe ejercer sin interferencias del Estado Nacional. Al respecto, sostiene que el Arroyo Ayuí Grande y el Río Miriñay integran su dominio originario y, por lo tanto, el Estado Nacional no puede impedir su uso racional y productivo para la economía provincial, abusando para ello de un presunto control ambiental.

Entiende que se ha violado su derecho al debido proceso, toda vez que no tuvo oportunidad de participar en el Grupo de Trabajo que formó la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable, pese a que se estaba decidiendo la

suerte de un emprendimiento relacionado con el uso de un recurso natural de su dominio originario, y que recién tuvo conocimiento de su existencia cuando se le notificó la resolución -SAyDS-1238/11.

Pone de resalto que la citada Secretaría no tiene competencia para controlar en forma exclusiva el impacto ambiental que pueda tener el emprendimiento, pues ello no está previsto en las normas de creación, ni en el Estatuto del Río Uruguay, ni en las leyes 25.675 y 26.331. Dicha competencia, a su criterio, debe ser ejercida en forma coordinada con los organismos provinciales, interjurisdiccionales e internacionales que representan los intereses de quienes se encuentran alcanzados por la decisión que se adopte. En particular, entiende que fueron violadas las competencias de la Comisión Administradora del Río Uruguay (CARU) -que tiene la potestad de determinar si el proyecto puede producir perjuicio sensible a la otra parte-, del Consejo Federal del Medio Ambiente (COFEMA) -con competencia para exigir y controlar la realización de estudios de impacto ambiental, en emprendimientos con efectos interjurisdiccionales, nacionales e internacionales- y del correspondiente comité de cuencas hídricas creado por la ley 25.688.

II) A fs. 221/222 vta. dictaminó la señora Procuradora Fiscal y, sobre la base de esa opinión, a fs. 223 este Tribunal declaró su competencia originaria para entender en la presente causa.



Corte Suprema de Justicia de la Nación

III) A fs. 309/383 se presenta el Estado Nacional y contesta demanda, solicitando su rechazo.

Tras efectuar las negativas de rigor, sostiene que tanto la resolución -SAyDS- 1238/11 como su ratificatoria constituyen actos administrativos legítimos, dictados en ejercicio de competencias propias, con sustento en los daños ambientales que podría producir fuera del territorio provincial el "Proyecto Productivo Ayuí Grande". Añade que debe tenerse en cuenta que se halla en juego la protección de diversos bienes tutelados por el ordenamiento jurídico que rige en materia ambiental, tales como el derecho de acceso y uso del agua y todos sus derechos conexos (a la vida, a la salud, a la vivienda, a la propiedad), la biodiversidad, la adecuada protección de bosques nativos y el derecho colectivo al ambiente.

Pone de resalto que el emprendimiento que la actora promueve tendrá impactos ambientales múltiples y negativos más allá de sus propios límites e incluso de su frontera internacional y que, pese a ello, no ha cumplido sus obligaciones de activar útil, eficaz e institucionalmente los distintos mecanismos de concertación federal al conocer las implicancias del emprendimiento. Señala que la provincia no ponderó debidamente los efectos que este tendrá con respecto a la calidad de las aguas y al aporte de estas sobre la Cuenca del Arroyo Ayuí - Río Miriñay - Río Uruguay, que tiene alcance interprovincial e internacional, cuando la Argentina se ha

destacado precisamente por ocuparse de coordinar políticas ambientales y por dictar normas de diferente nivel dirigidas a regular el tópico ambiental en materia de cuidado del agua.

Considera que la actora efectúa una interpretación errónea de los arts. 41 y 124 de la Constitución Nacional. Sostiene que la manda contenida en el art. 41 encuentra su origen en el disímil desarrollo normativo que existe en el país en materia ambiental y en que los niveles de protección deben establecerse en un piso común, evitando situaciones de inequidad para con los habitantes de aquellas jurisdicciones que cuentan con una protección ambiental legal e institucional más débil que la mínima necesaria.

En cuanto al principio establecido en el art. 124, segundo párrafo, expresa que dicha cláusula no constituye una concesión irrestricta para que una provincia explote dentro de su territorio sus recursos naturales sin tener en cuenta los presupuestos mínimos ambientales que determine la Nación, los efectos sobre el ecosistema —tanto interprovinciales como internacionales— y los principios de política ambiental fijados en la Ley General del Ambiente. Cita jurisprudencia de esta Corte en el sentido de que, ante la existencia de jurisdicciones concurrentes entre la Nación y las provincias, estas últimas deben observar una conducta que no interfiera directa ni indirectamente con la satisfacción de servicios de interés público nacional.



Corte Suprema de Justicia de la Nación

Pone de resalto que las resoluciones cuestionadas procuran denunciar y prevenir los efectos ambientales nocivos que producirían el uso de fertilizantes y agroquímicos utilizados en el cultivo del arroz, las inundaciones de miles de hectáreas de bosques nativos y la disminución del caudal de la cuenca, más allá del territorio de la provincia actora; como así también preservar reservas estratégicas de recursos hídricos compartidas con más de una provincia (como la Provincia de Entre Ríos) y por un Estado extranjero, para el consumo humano, para la agricultura, proveyendo agua para la recarga de cuencas hidrográficas y para la protección de la biodiversidad. Expresa que existe un legítimo interés nacional que impone la necesidad de intervenir en la evaluación del impacto ambiental del proyecto productivo y en el control y fiscalización de la obra propuesta, pues afectará las aguas del Arroyo Ayuí Grande, afluente del Río Miriñay, curso de agua que desemboca en el Río Uruguay, es decir que impactará sobre ambientes de base hídrica interjurisdiccional.

Asimismo, funda la legitimidad de la resolución SAyDS-1238/11 en que fue dictada de conformidad con la normativa supranacional, constitucional y legal involucrada. En primer lugar sostiene que, en atención a la naturaleza internacional del Río Uruguay, que constituye el cuerpo receptor final de los efluentes que genere la actividad propuesta, el Estado Nacional debe evaluar la pertinencia de conferir intervención en el ámbito de su competencia a la Comisión Administradora del Río

Uruguay (CARU), en los términos de los arts. 7° a 13 del Estatuto del Río Uruguay de 1975 (aprobado por la ley 21.413). Seguidamente, señala que la actora impidió a la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable el ejercicio de la competencia asignada al Poder Ejecutivo como autoridad de aplicación de la ley 25.675, que establece los presupuestos mínimos para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente, así como la preservación y protección de la diversidad biológica.

Por otra parte, reclama su intervención a fin de establecer la observancia de los presupuestos mínimos para la protección de los bosques nativos impuestos por la ley 26.331, por cuanto la Declaración de Impacto Ambiental de la obra habría sido aprobada por el Instituto Correntino del Agua y el Ambiente (ICAA) cuando aún no se encontraba vigente la ley provincial 5974 que establece el Plan de Ordenamiento Territorial de Bosques Nativos, por lo que la provincia avanzó en el tratamiento y aprobación del proyecto con prescindencia de la delimitación impuesta en el art. 7° de la ley nacional. Al respecto, añade que la ley provincial no se ajusta a la nacional y que las medidas adoptadas por la provincia con posterioridad resultan insuficientes para proteger la región fitogeográfica denominada "El Espinal" (que comparte con la Provincia de Entre Ríos), la cual abarca el cincuenta por ciento (50%) del total de los bosques nativos provinciales, dado que ha quedado libre de restricciones para la explotación y el desmonte en un noventa y cuatro por ciento (94%), en razón de que dichos bosques fueron



Corte Suprema de Justicia de la Nación

tratados como "zonas verdes" (categoría III según la ley 5974) y no como "zonas rojas" (categoría I, es decir, requirentes de urgente protección) como lo indica la ley 26.331, quedando comprometidas 4.200 hectáreas aproximadamente.

Destaca que la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable debe resguardar la debida observancia de las leyes básicas o de presupuestos mínimos de protección ambiental y, en ejercicio de esa competencia, actúa en el caso en defensa del ambiente —que resulta alterado de manera significativa y negativa— con incidencia sobre las relaciones internacionales, cuya tutela es responsabilidad exclusiva y excluyente del Estado Nacional.

Con respecto a la defensa de los humedales (ley 23.919), sostiene que la implementación de la represa sobre el Arroyo Ayuí Grande implicará profundos cambios en el ambiente y en las condiciones ecológicas del humedal que afectarían a todas las especies vivientes que forman parte del ecosistema y, en particular, a la fauna ictícola que alberga la cuenca del Río Miriñay.

En cuanto a la violación del debido proceso que alega la provincia, expresa que no tenía obligación legal de someterse a las prescripciones de la ley 19.549 en razón de la autonomía que le reconoce la Constitución Nacional, circunstancia que la habilitaba a cuestionar la resolución —SAyDS— 1238/11 en forma directa en sede judicial. Agrega que la deducción del recurso

jerárquico demuestra que la actora pudo ejercer su derecho de defensa en la instancia administrativa y esgrimir todos los agravios que consideró pertinentes, además de tener la oportunidad de ofrecer y ampliar la prueba. También la concurrencia ante los estrados judiciales confirma que se ha respetado en forma total su derecho al debido proceso.

Finalmente, pone de resalto que el proyecto agropecuario que se pretende realizar afecta un recurso natural interjurisdiccional, motivo por el cual la provincia le debió dar participación a fin de integrar el acto de habilitación de las obras, siendo insuficiente la sola autorización del Estado provincial. A su vez, el Estado Nacional debe dar intervención en el ámbito de su competencia a la CARU –según los términos del Estatuto del Río Uruguay– por tratarse de una obra de entidad suficiente para afectar la navegación, el régimen del río o la calidad de sus aguas. Añade que, en realidad, la provincia le debería haber dado intervención desde la presentación del "Proyecto Productivo Ayuí Grande" para que el proceso de evaluación de impacto ambiental previo a la declaración de impacto ambiental se llevara a cabo de manera conjunta y común.

IV) A fs. 746/761 vta. y 762/789, la actora y el Estado Nacional presentaron sus respectivos alegatos.

V) A fs. 792/801 vta. dictamina la señora Procuradora Fiscal en virtud de la vista que se le corrió a fs. 790.



Corte Suprema de Justicia de la Nación

Considerando:

Que la presente causa es de la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional).

Que la cuestión que se debate en el *sub lite*, vinculada con la validez de las resoluciones 1238/11 de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable y 1149/11 de la Jefatura de Gabinete de Ministros, ha sido adecuadamente tratada por la señora Procuradora Fiscal en el capítulo IV de su dictamen, cuyos fundamentos y conclusiones esta Corte comparte y a los cuales se remite en razón de brevedad.

Por ello, se resuelve: Rechazar la demanda promovida por la Provincia de Corrientes, con costas en el orden causado (art. 1° del decreto 1204/2001). Notifíquese, remítase copia de esta decisión a la Procuración General de la Nación y, oportunamente, archívese.

Firmado Digitalmente por HIGHTON Elena Ines

Firmado Digitalmente por MAQUEDA Juan Carlos

Firmado Digitalmente por LORENZETTI Ricardo Luis

Firmado Digitalmente por ROSATTI Horacio Daniel

Parte actora: **Provincia de Corrientes**, representada por los **Dres. Carlos Alberto Pila, Luis Eduardo Rey Vázquez** y con el patrocinio letrado del **Dr. Alberto B. Bianchi**.

Parte demandada: **Estado Nacional**, representado por los **Dres. Susana Beatriz Pérez Vexina, Marcelo Adrián Bibini, María Fernanda Arcuri** y con el patrocinio letrado de la **Dra. Angelina María Esther Abbona**.

CORRIENTES, PROVINCIA DE C/ ESTADO NACIONAL s/ acción declarativa de inconstitucionalidad.

CSJ 660/2012 (48-C)/CS1.

(JUICIOS ORIGINARIOS)

Procuración General de la Nación

S u p r e m a C o r t e :

-I-

A fs. 178/193 la Provincia de Corrientes inicia demanda contra el Estado Nacional (Jefatura de Gabinete de Ministros y Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable) con el objeto de que se declare la nulidad e inconstitucionalidad de la resolución 1238/11 dictada por la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable y de la resolución 1149/11 dictada por la Jefatura de Gabinete de Ministros, con fundamento en que tales actos avasallan el dominio originario de los recursos naturales provinciales y violan el debido proceso y las competencias establecidas en diversas normas federales.

Expresa que el Arroyo Ayuí Grande ubicado en la citada provincia es uno de los afluentes más importantes del Río Miriñay, que desemboca en el Río Uruguay a la altura de la localidad de Monte Caseros. En 1998 una Unión Transitoria de Empresas (U.T.E.) integrada por varias firmas -propietarias de las tierras por donde se extiende el arroyo- presentaron un proyecto productivo ante el entonces Instituto Correntino del Agua (ICA) para su aprovechamiento mediante la construcción de un dique que formaría un lago destinado al cultivo del arroz. Con posterioridad ese proyecto inicial fue replanteado y se previó la construcción de una represa, convirtiéndose en un plan de inversión hidráulico-agropecuaria de gran envergadura.

Mediante las resoluciones 518/10, 519/10, 520/10, 521/10, 522/10 y 523/10 el Instituto Correntino del Agua y el Ambiente (ICAA) otorgó las respectivas concesiones de uso de agua pública para riego a las empresas solicitantes y autorizó

el inicio de las obras del denominado "Proyecto Productivo Ayuí Grande", cuya aprobación había sido dispuesta previamente por resolución ICAA 424/10.

El inicio de las obras fue suspendido mediante la resolución ICAA 600/10, con motivo del amparo promovido por el Estado Nacional -que tramitó en el expediente E. 172, L. XLVI, "Estado Nacional c/ Provincia de Corrientes s/ Amparo" en la instancia originaria del Tribunal- a fin de que la demandada en esa causa cese en su actividad omisiva y entregue al Estado Nacional todos los antecedentes e informes, incluidos los estudios de impacto ambiental, relacionados con el proyecto de construcción de una represa sobre el Arroyo Ayuí Grande, a los efectos de que las áreas competentes del Estado Nacional puedan expedirse acerca de su viabilidad, ante la posibilidad de que las obras se encuentren alcanzadas por las previsiones contenidas en el Estatuto del Río Uruguay de 1975, suscripto con la República Oriental del Uruguay.

Continúa relatando que, sin haber tenido la oportunidad de participar en el procedimiento administrativo, la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable dictó la resolución 1238/11, mediante la cual estableció que las obras mencionadas resultan incompatibles con las obligaciones asumidas por la República Argentina en aquel Estatuto y otras normas y acuerdos internacionales, pudiendo su ejecución comprometer la responsabilidad internacional del Estado; asimismo, estableció que resultan incompatibles con las disposiciones de las leyes 25.675 y 26.331, contradiciendo los objetivos de la política ambiental nacional. Este acto fue confirmado por la resolución

Procuración General de la Nación

1149/11, dictada por la Jefatura de Gabinete de Ministros al rechazar el recurso jerárquico interpuesto.

Expresa que la resolución impugnada avasalla la potestad de regular el uso y aprovechamiento de sus recursos naturales de conformidad con lo establecido por el art. 124 de la Constitución Nacional, la que debe ejercer sin interferencias del Estado Nacional. Al respecto, sostiene que el Arroyo Ayuí Grande y el Río Miriñay integran su dominio originario y, por lo tanto, el Estado Nacional no puede impedir su uso racional y productivo para la economía provincial, abusando para ello de un presunto control ambiental.

Entiende que se ha violado su derecho al debido proceso, toda vez que no tuvo oportunidad de participar en el Grupo de Trabajo que formó la Secretaría pese a que se estaba decidiendo la suerte de un emprendimiento relacionado con el uso de un recurso natural de su dominio originario, sino que recién tuvo conocimiento de su existencia cuando se le notificó la resolución -SAyDS- 1238/11.

Pone de resalto que la Secretaría no tiene competencia para controlar en forma exclusiva el impacto ambiental que pueda tener el emprendimiento, pues ello no está previsto en las normas de creación, ni en el Estatuto del Río Uruguay, ni en las leyes 25.675 y 26.331. Dicha competencia, a su criterio, debe ser ejercida en forma coordinada con los organismos provinciales, interjurisdiccionales e internacionales que representan los intereses de quienes se encuentran alcanzados por la decisión que se adopte. En particular, entiende que fueron violadas las competencias de la CARU -que tiene la potestad de determinar si el proyecto puede producir

perjuicio sensible a la otra parte-, del Consejo Federal del Medio Ambiente (COFEMA) -con competencia para exigir y controlar la realización de estudios de impacto ambiental, en emprendimientos con efectos interjurisdiccionales, nacionales e internacionales- y del correspondiente comité de cuencas hídricas creado por la ley 25.688.

-II-

A fs. 309/383 se presenta el Estado Nacional y contesta demanda, solicitando su rechazo.

Tras efectuar las negativas de rigor, sostiene que tanto la resolución -SAyDS- 1238/11 como su ratificatoria constituyen actos administrativos legítimos, dictados en ejercicio de competencias propias, con sustento en los daños ambientales que podría producir fuera del territorio provincial el "Proyecto Productivo Ayuí Grande". Añade que debe tenerse en cuenta que se halla en juego la protección de diversos bienes tutelados por el ordenamiento jurídico que rige en materia ambiental, tales como el derecho de acceso y uso del agua y todos sus derechos conexos (a la vida, a la salud, a la vivienda, a la propiedad), la biodiversidad, la adecuada protección de bosques nativos y el derecho colectivo al ambiente.

Pone de resalto que el emprendimiento que la actora promueve tendrá impactos ambientales múltiples y negativos más allá de sus propios límites e incluso de su frontera internacional y que, pese a ello, no ha cumplido sus obligaciones de activar útil, eficaz e institucionalmente los distintos mecanismos de concertación federal al conocer las implicancias del emprendimiento. Señala que la provincia no

Procuración General de la Nación

ponderó debidamente los efectos que éste tendrá con respecto a la calidad de las aguas y al aporte de éstas sobre la Cuenca del Arroyo Ayuí - Río Miriñay - Río Uruguay, que tiene alcance interprovincial e internacional, cuando la Argentina se ha destacado precisamente por ocuparse de coordinar políticas ambientales y por dictar normas de diferente nivel dirigidas a regular el tópico ambiental en materia de cuidado del agua.

Considera que la actora efectúa una interpretación errónea de los arts. 41 y 124 de la Constitución Nacional. Sostiene que la manda contenida en el art. 41 encuentra su origen en el disímil desarrollo normativo que existe en el país en materia ambiental y en que los niveles de protección deben establecerse en un piso común, evitando situaciones de inequidad para con los habitantes de aquellas jurisdicciones que cuentan con una protección ambiental legal e institucional más débil que la mínima necesaria.

En cuanto al principio establecido en el art. 124, segundo párrafo, expresa que dicha cláusula no constituye una concesión irrestricta para que una provincia explote dentro de su territorio sus recursos naturales sin tener en cuenta los presupuestos mínimos ambientales que determine la Nación, los efectos sobre el ecosistema -tanto interprovinciales como internacionales- y los principios de política ambiental fijados en la Ley General del Ambiente. Cita jurisprudencia de la Corte en el sentido de que, ante la existencia de jurisdicciones concurrentes entre la Nación y las provincias, estas últimas deben observar una conducta que no interfiera directa ni indirectamente con la satisfacción de servicios de interés público nacional.

Pone de resalto que las resoluciones cuestionadas procuran denunciar y prevenir los efectos ambientales nocivos que producirían el uso de fertilizantes y agroquímicos utilizados en el cultivo del arroz, las inundaciones de miles de hectáreas de bosques nativos y la disminución del caudal de la cuenca, más allá del territorio de la provincia actora; como así también preservar reservas estratégicas de recursos hídricos compartidas con más de una provincia (como la Provincia de Entre Ríos) y por un Estado extranjero, para el consumo humano, para la agricultura, proveyendo agua para la recarga de cuencas hidrográficas y para la protección de la biodiversidad. Expresa que existe un legítimo interés nacional que impone la necesidad de intervenir en la evaluación del impacto ambiental del proyecto productivo y en el control y fiscalización de la obra propuesta, pues afectará las aguas del Arroyo Ayuí Grande, afluente del Río Miriñay, curso de agua que desemboca en el Río Uruguay, es decir que impactará sobre ambientes de base hídrica interjurisdiccional.

Asimismo, funda la legitimidad de la resolución - SAyDS-1238/11 en que fue dictada de conformidad con la normativa supranacional, constitucional y legal involucrada. En primer lugar sostiene que, en atención a la naturaleza internacional del Río Uruguay, que constituye el cuerpo receptor final de los efluentes que genere la actividad propuesta, el Estado Nacional debe evaluar la pertinencia de conferir intervención en el ámbito de su competencia a la Comisión Administradora del Río Uruguay (CARU), en los términos de los arts. 7° a 13 del Estatuto del Río Uruguay de 1975 (aprobado por la ley 21.413). Seguidamente, señala que la actora impidió a la Secretaría de

Procuración General de la Nación

Ambiente y Desarrollo Sustentable el ejercicio de la competencia asignada al Poder Ejecutivo como autoridad de aplicación de la ley 25.675, que establece los presupuestos mínimos para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente, así como la preservación y protección de la diversidad biológica.

Por otra parte, reclama su intervención a fin de establecer la observancia de los presupuestos mínimos para la protección de los bosques nativos impuestos por la ley 26.331, por cuanto la Declaración de Impacto Ambiental de la obra habría sido aprobada por el Instituto Correntino del Agua y el Ambiente (ICAA) cuando aún no se encontraba vigente la ley provincial 5.974 que establece el Plan de Ordenamiento Territorial de Bosques Nativos, por lo que la provincia avanzó en el tratamiento y aprobación del proyecto con prescindencia de la delimitación impuesta en el art. 7° de la ley nacional. Al respecto, añade que la ley provincial no se ajusta a la nacional y que las medidas adoptadas por la provincia con posterioridad resultan insuficientes para proteger la región fitogeográfica denominada "El Espinal" (que comparte con la Provincia de Entre Ríos), la cual abarca el cincuenta por ciento (50%) del total de los bosques nativos provinciales, dado que ha quedado libre de restricciones para la explotación y el desmonte en un noventa y cuatro por ciento (94%), puesto que dichos bosques fueron tratados como "zonas verdes" (categoría III según la ley 5.974) y no como "zonas rojas" (categoría I, es decir, requirentes de urgente protección) como lo indica la ley 26.331, quedando comprometidas 4.200 hectáreas aproximadamente.

Destaca que la SAyDS debe resguardar la debida observancia de las leyes básicas o de presupuestos mínimos de

protección ambiental y, en ejercicio de esa competencia, actúa en el caso en defensa del ambiente -que resulta alterado de manera significativa y negativa- con incidencia sobre las relaciones internacionales, cuya tutela es responsabilidad exclusiva y excluyente del Estado Nacional.

Con respecto a la defensa de los humedales (ley 23.919), sostiene que la implementación de la represa sobre el Arroyo Ayuí Grande implicará profundos cambios en el ambiente y en las condiciones ecológicas del humedal que afectarían a todas las especies vivientes que forman parte del ecosistema y, en particular, a la fauna ictícola que alberga la cuenca del Río Miriñay.

En cuanto a la violación del debido proceso que alega la provincia, expresa que no tenía obligación legal de someterse a las prescripciones de la ley 19.549 en razón de la autonomía que le reconoce la Constitución Nacional, circunstancia que la habilitaba a cuestionar la resolución -SAyDS- 1238/11 en forma directa en sede judicial. Agrega que la deducción del recurso jerárquico demuestra que la actora pudo ejercer su derecho de defensa en la instancia administrativa y esgrimir todos los agravios que consideró pertinentes, además de tener la oportunidad de ofrecer y ampliar la prueba. También la concurrencia ante los estrados judiciales confirma que se ha respetado en forma total su derecho al debido proceso.

Finalmente, pone de resalto que el proyecto agropecuario que se pretende realizar afecta un recurso natural interjuris-diccional, motivo por el cual la provincia le debió dar participación a fin de integrar el acto de habilitación de las obras, siendo insuficiente la sola autorización del Estado

Procuración General de la Nación

provincial. A su vez, el Estado Nacional debe dar intervención en el ámbito de su competencia a la CARU -según los términos del Estatuto del Río Uruguay- por tratarse de una obra de entidad suficiente para afectar la navegación, el régimen del río o la calidad de sus aguas. Añade que, en realidad, la provincia le debería haber dado intervención desde la presentación del "Proyecto Productivo Ayuí Grande" para que el proceso de evaluación de impacto ambiental previo a la declaración de impacto ambiental se llevara a cabo de manera conjunta y común.

-III-

Producida la prueba y presentados los alegatos (fs. 746/761 y 762/789), V.E. corre vista a este Ministerio Público a fs. 790.

-IV-

Ante todo, cabe señalar que la cuestión que se debate en el *sub lite* se vincula con la validez de las resoluciones 1238/11 de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable y 1149/11 de la Jefatura de Gabinete de Ministros, mediante las cuales se declaró la incompatibilidad del Proyecto Productivo Ayuí Grande con el Estatuto del Río Uruguay de 1975, con las disposiciones de la Ley General del Ambiente 25.675 y de la Ley de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental de los Bosques Nativos 26.331 y, asimismo, con otras normas y acuerdos internacionales vigentes en materia ambiental.

Con anterioridad al dictado de tales actos, el Estado Nacional inició ante la instancia originaria del Tribunal una acción de amparo contra la Provincia de Corrientes, a fin de que

cese en su actitud omisiva y le haga entrega de todos los antecedentes e informes, incluidos los estudios de impacto ambiental, relacionados con el proyecto de construcción de una represa sobre el Arroyo Ayuí Grande, situado en las proximidades de la localidad de Mercedes de esa provincia, a los efectos de que las áreas pertinentes pudieran expedirse acerca de su viabilidad. Lo solicitado obedeció a que, a su entender, una modificación en el curso, caudal o calidad de las aguas del río Uruguay podría generar responsabilidad internacional de la República Argentina en virtud del eventual incumplimiento del Estatuto de 1975 suscripto con el gobierno de la República Oriental del Uruguay.

La Corte Suprema hizo lugar al amparo y ordenó que se entregaran al Estado Nacional los expedientes administrativos acompañados en copia certificada por la demandada, a los efectos de que valorara en el plazo de noventa (90) días corridos si las obras concernientes al "Proyecto Productivo Ayuí Grande" se encontraban alcanzadas por las previsiones contenidas en los arts. 7° a 13 del Estatuto del Río Uruguay de 1975. Asimismo, dispuso la suspensión de las obras proyectadas durante el plazo mencionado (v. sentencia del 12 de noviembre de 2010, *in re* E.172, L.XLVI, "Estado Nacional c/ Corrientes, Provincia de s/ amparo").

Como consecuencia de las circunstancias reseñadas y tras la realización de un examen exhaustivo por parte de las áreas técnicas y del Grupo de Trabajo interdisciplinario que se conformó para determinar el impacto ambiental que producirá el embalse proyectado, dicha Secretaría concluyó en que se impone la jurisdicción federal en la ejecución de medidas protectoras

Procuración General de la Nación

del ambiente y en el control y fiscalización de la obra propuesta, por cuanto impacta negativamente de manera significativa sobre ambientes de base hídrica interjurisdiccional, siendo el ecosistema sobre el que recae una unidad ambiental constituida por el sistema Ayuí-Miriñay-Uruguay (v. considerandos de la resoluciones -SAyDS- 1238/11 y 1149/11 de la Jefatura de Gabinete).

Sentado lo anterior, corresponde examinar el argumento expuesto por la actora referido a la inconstitucionalidad y nulidad de los actos en cuestión sobre la base de que el Estado Nacional avasalla, a su juicio, el dominio originario de sus recursos naturales reconocido a las provincias por el art. 124 de la Constitución Nacional bajo el pretexto de ejercer atribuciones conferidas en materia ambiental (art. 41 de la Ley Fundamental y leyes 25.675 y 26.331).

Dilucidar este aspecto de la cuestión remite a la delimitación de las órbitas de competencia entre los poderes del gobierno federal y los de una provincia en lo que atañe a la protección del medio ambiente y la gestión de una cuenca hídrica, a los efectos de determinar si la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable (SAyDS) y la Jefatura de Gabinete de Ministros han actuado de conformidad con las atribuciones conferidas por el art. 41 de la Constitución Nacional, por el Estatuto del Río Uruguay de 1975 a favor de los estados parte y por las leyes 25.675 y 26.331 o si, por el contrario, asiste razón a la actora en cuanto sostiene que se han desconocido las potestades que derivan del art. 124, segundo párrafo, de la Constitución Nacional.

Al respecto, corresponde señalar que el art. 41 de la Constitución Nacional consagra a favor de todos los habitantes "el derecho a gozar de un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras". Asimismo, dispone que "... corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales".

La ley 25.675, a su vez, establece los presupuestos mínimos para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable (art. 1°). Aclara que se entiende por presupuesto mínimo a toda norma que concede una tutela ambiental uniforme o común para todo el territorio nacional, y tiene por objeto imponer condiciones necesarias para asegurar la protección ambiental (art. 6°).

En cuanto a la autoridad de aplicación, cabe recordar que el decreto 1919/06 -que modificó el decreto 357/02 y se encontraba vigente al momento en que se dictaron las resoluciones impugnadas- disponía que la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable debía, entre otros objetivos, entender en la preservación, protección, defensa y mejoramiento del ambiente, en la implementación del desarrollo sustentable, en la utilización racional y conservación de los recursos naturales, renovables y no renovables, la preservación ambiental del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológicas tendientes a alcanzar un ambiente sano, equilibrado, apto para

Procuración General de la Nación

el desarrollo humano, en el marco de lo dispuesto por el art. 41 de la Constitución Nacional. Asimismo, se le atribuyó la potestad para entender en la aplicación de los tratados internacionales relacionados con los temas de su competencia e intervenir en la formulación de convenios internacionales en los asuntos propios de su área (v. planilla anexa al art. 2º, puntos 8 y 16).

En cuanto a la Ley de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental de los Bosques Nativos 26.331, procede señalar que su art. 11 establece que la SAyDS es la autoridad de aplicación en jurisdicción nacional y tiene a su cargo la ejecución del Programa Nacional de Protección de los Bosques Nativos, entre cuyos objetivos se encuentra el de promover la aplicación de medidas de conservación, restauración, aprovechamiento y ordenamiento según proceda (art. 12).

Por su parte, el Estatuto del Río Uruguay -suscripto en 1975 con el Gobierno de la República Oriental del Uruguay y aprobado mediante la ley 21.413- dispone en el anexo A, art. 7º, que la parte que proyecte la construcción de nuevos canales, la modificación o alteración significativa de los ya existentes o la realización de cualquier obra de entidad suficiente para afectar la navegación, el régimen del río o la calidad de sus aguas, debe comunicarlo a la CARU, la que debe determinar sumariamente, y en un plazo máximo de treinta días, si el proyecto puede producir perjuicio sensible a la otra parte. El procedimiento previsto en los arts. 7º a 12 se aplica tanto a obras nacionales como binacionales que cualquiera de las partes proyecte realizar, dentro de su jurisdicción, en el Río Uruguay fuera del tramo definido como río y en las respectivas áreas de

influencia de ambos tramos (art. 13). En forma concordante, establece que cada parte podrá ejercer el derecho de aprovechamiento de las aguas dentro de su jurisdicción, sin perjuicio del procedimiento previsto en los arts. 7° a 12 cuando el aprovechamiento sea de entidad suficiente para afectar el régimen del río o la calidad de sus aguas (art. 27).

El art. 35, por su parte, dispone que las partes se obligan a adoptar las medidas necesarias para que la utilización de las aguas subterráneas y la de los afluentes del río no causen una alteración que perjudique sensiblemente su régimen o la calidad de sus aguas.

Sobre la base de las disposiciones antes reseñadas, se advierte que, si bien la obra proyectada se realizaría sobre recursos hídricos que nacen y concluyen dentro del territorio de la provincia actora, lo cierto es que las autoridades nacionales resultan competentes para adoptar un temperamento protector del medio ambiente en ejercicio de facultades precautorias ante una situación de peligro como la que se presenta en el *sub lite*, en razón de que, según surge de los estudios interdisciplinarios realizados, las aguas que serán afectadas por las obras conforman la Cuenca Hídrica Ayuí Grande-Río Miriñay-Río Uruguay, siendo este último de carácter internacional (v. informes obrantes a fs. 256/260, 261/276, 277/287 y 288/308).

Ello es así, pues la titularidad de los recursos naturales que contempla el art. 124 de la Constitución Nacional a favor de las provincias no puede impedir ni obstaculizar el ejercicio de la jurisdicción que corresponde al Estado Nacional en materia ambiental -máxime si se encuentran en juego los presupuestos mínimos- cuando se trata de un recurso

Procuración General de la Nación

interjurisdiccional e indivisible que se extiende más allá de la frontera provincial, tal como ocurre en el *sub lite*.

En tal sentido, cabe recordar que la ley 25.688 que regula el Régimen de Gestión de Aguas dispone que se entiende "por cuenca hídrica superficial, a la región geográfica delimitada por las divisorias de aguas que discurren hacia el mar a través de una red de cauces secundarios que convergen en un cauce principal único y las endorreicas" (art. 2°), la cual es considerada como una unidad ambiental de gestión del recurso, de carácter "indivisible" (art. 3°).

En ocasión de pronunciarse acerca de un conflicto entre dos provincias con motivo del aprovechamiento de un río, V.E. ha dicho que la concepción misma de la cuenca hídrica es la de unidad, en la que se comprende al ciclo hidrológico en su conjunto, ligado a un territorio y a un ambiente en particular. Se entiende por cuenca hidrográfica el espacio geográfico delimitado por la línea divisoria de las aguas que fluyen hacia una salida o depósito común. La cuenca hidrográfica es el eje de la acción a cargo del Organismo de Cuenca. Asimismo, señaló que las cuencas son ámbitos físicos dentro de los cuales los distintos usos y efectos de los recursos hídricos y los demás recursos naturales son naturalmente interdependientes y por tal motivo deben ser usados y conservados de manera integrada (v. sentencia del 1° de diciembre de 2017, *in re* CSJ 243/2014 (50-L)/CS1, "La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/ uso de aguas", Fallos: 340:1695).

Desde otra perspectiva, es preciso señalar que la Secretaría y la Jefatura de Gabinete no dispusieron la paralización de las obras proyectadas ni se pronunciaron acerca

de la legitimidad de los actos provinciales de aprobación o la concesión del uso de las aguas, sino que se limitaron a establecer la incompatibilidad del emprendimiento con las obligaciones internacionales asumidas por el Estado argentino en materia ambiental, con fundamento en que las autorizaciones fueron otorgadas por los órganos locales sobre la base de un estudio que contiene datos que parecerían cuestionables y con impactos previstos que serían inexactos, omitiendo ponderar además que las obras tendrán un impacto negativo múltiple sobre un ecosistema que constituye una unidad ambiental y trasciende los límites de la provincia y aun los de la República Argentina.

En efecto, de los informes técnicos elaborados en el ámbito de la demandada se desprende claramente la necesidad de adoptar una perspectiva que considere al agua como un soporte vital e inescindible del ambiente, como así también que el proyecto productivo producirá una afectación relevante por los residuos peligrosos que derivan del uso de fertilizantes y agroquímicos utilizados en el cultivo del arroz, por las alteraciones que produce la inundación de grandes extensiones de bosques nativos, por la pérdida de la diversidad biológica y de especies migratorias, por la desaparición de humedales, por la disminución del caudal en el Arroyo Ayuí Grande-Río Miriñay, por la afloración indiscriminada de algas a causa del vuelco artificial de nutrientes, entre otras consecuencias.

Por lo demás, las resoluciones impugnadas de ningún modo excluyen la posibilidad de que, eventualmente, se adopte una decisión definitiva con respecto al "Proyecto Productivo Ayuí Grande" a partir de una adecuada relación de coordinación entre las autoridades nacionales, locales, de la CARU y del

Procuración General de la Nación

COFEMA, tornando operativo de este modo el sistema federal constitucional. Ello es así, por cuanto debe tenerse en cuenta que no es posible tratar la cuestión en debate como si únicamente estuviera en juego la gestión de las aguas consideradas como recurso natural en los términos del art. 124 de la Constitución Nacional, sino que la solución del conflicto requiere un análisis y una actuación acorde a la interjurisdiccionalidad de los recursos hídricos que se afectarían y a la circunstancia de que conforman un ecosistema integrado.

En este sentido, cabe recordar que V.E. sostuvo que el ambiente es un bien colectivo, de pertenencia comunitaria, de uso común e indivisible (Fallos: 329:2316), calificación que cambia sustancialmente el enfoque del problema cuando son múltiples los afectados y comprende una amplia región. Asimismo, expresó que la regulación jurídica del agua ha cambiado sustancialmente en los últimos años basándose en un paradigma eco-céntrico o sistémico, y no tiene en cuenta solamente los intereses privados o estaduales, sino los del mismo sistema, como bien lo establece la Ley General del Ambiente (v. sentencia del 1º de diciembre de 2017, en la causa "La Pampa" antes citada) y sostuvo que la protección del agua es fundamental para que la naturaleza mantenga su funcionamiento como sistema y su capacidad de resiliencia (v. sentencia del 2 de diciembre de 2014, in re CSJ 42/2013 (49-K), "Kersich, Juan Gabriel y otros c/ Aguas Bonaerenses S.A. y otros s/ amparo", Fallos: 337:1361).

Habida cuenta de lo expuesto, no se advierte la existencia de una invasión concreta por parte del Estado Nacional en la esfera de injerencia de la provincia actora,

puesto que aquél se circunscribió a efectuar una declaración en ejercicio de atribuciones que le incumben en materia ambiental por encontrarse comprometida una cuenca hídrica de carácter interjurisdiccional que trasciende incluso los límites de la República Argentina, de conformidad con el principio precautorio al que antes se aludió (art. 4° de la ley 25.675) y produce una obligación de previsión extendida y anticipatoria a cargo del funcionario público. Al respecto, V.E. tiene dicho que la aplicación de este principio implica armonizar la tutela del ambiente y el desarrollo, mediante un juicio de ponderación razonable. Por esta razón, no debe buscarse oposición entre ambos, sino complementariedad, ya que la tutela del ambiente no significa detener el progreso de la economía regional en el caso, sino por el contrario, hacerlo más perdurable en el tiempo de manera que puedan disfrutarlo las generaciones futuras (Fallos: 332:663).

Finalmente, entiendo que tampoco resultan procedentes los argumentos esgrimidos por la actora en cuanto a que no se le permitió exponer, en sede administrativa, las razones de su decisión, ni ofrecer y producir prueba, ni controlar la prueba producida, o presentar alegatos. Cabe recordar, al efecto, que la Secretaría inició las actuaciones que dieron origen al dictado de la resolución 1238/11 al tomar conocimiento del proyecto de construcción de la represa sobre el Arroyo Ayuí Grande y, a fin de expedirse acerca de su viabilidad, debió promover la acción de amparo a la que se aludió ante la omisión de la propia provincia, quien se habría negado en un principio a entregar los antecedentes e informes relacionados con dicha

Procuración General de la Nación

obra, amparo en el que la provincia pudo expresar argumentos y defensas.

En estas condiciones, el Estado Nacional se encontraba obligado a resguardar su responsabilidad en lo que atañe a la conservación del ecosistema sobre el que incidiría el proyecto, lo que requería una actuación inmediata -a través de sus órganos competentes- en cumplimiento de obligaciones propias de tutela y en su carácter de parte en acuerdos internacionales en vigor relativos al aprovechamiento de los recursos hídricos compartidos (Estatuto del Río Uruguay y leyes 25.675 y 26.331) a lo que se suma que la provincia tuvo oportunidad, además, de expresar sus argumentos al tiempo de impugnar, administrativa y judicialmente, los actos de las autoridades nacionales. No obstante ello, la medida que adoptó el Estado Nacional sobre la base de la información suministrada por la provincia y por los organismos técnicos que actuaron en el orden nacional, de ningún modo impide la participación de las autoridades locales, de la CARU y el COFEMA, en la oportunidad y con el alcance que correspondan.

Ello es así pues, al ser el federalismo un sistema cultural de convivencia, cuyas partes integrantes no actúan aisladamente sino que interactúan en orden a una finalidad que explica su existencia y funcionamiento, el ejercicio de las competencias constitucionalmente asignadas debe ser ponderado como una interacción articulada. En tal sentido se ha pronunciado el Tribunal al sostener que el sistema federal importa asignación de competencia a las jurisdicciones federal y provincial; ello no implica subordinación de los estados particulares al gobierno central, pero sí coordinación de

esfuerzos y funciones dirigidos al bien común general, tarea en la que ambos han de colaborar, para la consecución eficaz de aquel fin; no debe verse aquí un enfrentamiento de poderes, sino unión de ellos en vista a metas comunes (Fallos: 330:4564, consid. 11 y Fallos: 304:1186; 305:1847; 322:2862; 327:5012, entre otros).

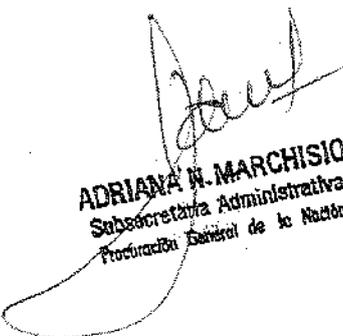
-V-

Opino, por lo tanto, que corresponde rechazar la demanda promovida contra el Estado Nacional.

Buenos Aires, 28 de septiembre de 2018.

ES COPIA

LAURA M. MONTI


ADRIANA N. MARCHISIO
Subsecretaría Administrativa
Procuración General de la Nación



Corte Suprema de Justicia de la Nación

Buenos Aires, 25 de Febrero de 2021

Vistos los autos: "Montero, Abelardo c/ Dirección General Impositiva s/ recurso directo de organismo externo".

Considerando:

1º) Que la AFIP-DGI determinó de oficio el impuesto a las ganancias del período fiscal 2003 a cargo del señor Abelardo Montero, liquidó intereses y le aplicó una multa equivalente al 70% del importe del gravamen presuntamente omitido con sustento en el art. 45 de la ley 11.683 (t.o. en 1998 y modificaciones). Para así proceder el Fisco Nacional impugnó la declaración jurada del contribuyente por considerar que había imputado como renta gravada solo una parte de los bonos de consolidación percibidos por aquel en pago de los honorarios regulados por su actuación como perito contador en juicio. Asimismo impugnó el valor de cotización respectivo por considerar que correspondía consignar uno mayor al tenido en cuenta por el señor Montero.

2º) Que de las constancias del expediente surge que esta Corte reguló el 30 de junio de 1999 en la causa CSJ 297/1998 (34-A)/CS1 "Astilleros Ortholan S.R.L. -incidente II-c/ Estado Nacional (Mrio. de Obras y Servicios Públicos) s/ contrato obra pública" los honorarios del señor Abelardo Montero en la suma de \$ 300.000 por su intervención como perito contador en el expediente principal, y que el pago de la referida deuda por parte del Estado Nacional no se hizo efectivo mediante el pertinente procedimiento de previsión presupuestaria solicitado por el contribuyente para el año 2001 porque, ínterin, la deuda

resultó consolidada en los términos de la ley 25.344 -B.O. 21 de noviembre de 2000- y su reglamentación por ser anterior al 1° de enero de 2000. De acuerdo con las alternativas previstas en ese régimen normativo Montero optó por recibir el pago de su acreencia en bonos de consolidación en dólares estadounidenses por un valor nominal de U\$S 300.000 a la paridad U\$S 1 = \$ 1, con fecha de emisión 1° de enero de 2000 (art. 24 del decreto 1116/2000). Mientras se hallaba pendiente la entrega de los referidos títulos el Estado Nacional declaró la emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria (art. 1° de la ley 25.561), y posteriormente dio por cancelada la opción de los acreedores a recibir bonos de consolidación en dólares estadounidenses, ordenando que las obligaciones que originalmente hubiesen sido pactadas en esa moneda, y los formularios de requerimiento de pago ingresados a la Oficina Nacional de Crédito Público dependiente de la Secretaría de Finanzas del Ministerio de Economía e Infraestructura que no hubiesen sido cancelados a la fecha de promulgación de la ley nacional de presupuesto para el ejercicio 2002 serían convertidos a moneda nacional en las condiciones que determinase la reglamentación (art. 10 de la ley 25.565). En consecuencia la deuda consolidada de U\$S 300.000 quedó pesificada en la cantidad de \$ 420.000 al tipo de cambio U\$S 1 = \$ 1,40 y dicho monto fue cancelado mediante la entrega de Bonos de Consolidación en Moneda Nacional Cuarta Serie 2% con fecha de emisión 3 de febrero de 2002 (confr. art. 1° del decreto 471/2002, arts. 1° -inc. b-, 2° y 7° del decreto 1873/2002 y



Corte Suprema de Justicia de la Nación

arts. 1° -inc. a- y 3° -inc. b- de la resolución 638/2002 del Ministerio de Economía). También se cancelaron los intereses, calculados a la tasa LIBO sobre el monto de la deuda originalmente consolidada en dólares, devengados entre ambas fechas de emisión de los bonos mencionados -1° de enero de 2000 y 2 de febrero de 2002-, por lo que dicha suma, pesificada a la relación U\$S 1 = \$ 1,40, arrojó un monto de \$ 47.303, que también fue cancelado mediante la entrega de Bonos de Consolidación en Moneda Nacional Cuarta Serie 2% (confr. art. 5°, punto I de la resolución del Ministerio de Economía 638/2002). De manera tal que la deuda total reconocida al contribuyente ascendió a la suma de \$ 467.303 que fue abonada por el Estado Nacional mediante depósito a nombre del señor Montero de 467.303 Bonos de Consolidación en Moneda Nacional Cuarta Serie 2% por valor nominal \$ 467.303 (confr. act. adm., Anexo IV al expte.: 1-253246-08, solapa interna actuación no. 10056-2733-2005, fs. 143 y 155/156).

3°) Que en sede administrativa el contribuyente argumentó que de los 467.303 bonos recibidos imputó en su declaración jurada como rentas de la cuarta categoría del art. 79, inc. f de la ley del impuesto a las ganancias la cantidad de 300.000 bonos valuados en \$ 91.500 -a la razón de \$ 30,50 por cada 100 unidades según la cotización del 7 de marzo de 2003 en que adujo haber tomado conocimiento de la acreditación de los referidos títulos en cuenta, y en consecuencia, de su incorporación al patrimonio- que atribuyó exclusivamente al pago

de honorarios por su labor judicial como perito. Asimismo, explicó que declaró como renta exenta 120.000 bonos que atribuyó al pago de las diferencias de cambio originadas en la pesificación de la deuda original y que valuó en \$ 36.600 según la cotización antes indicada. Al respecto alegó que no correspondía computar dichas diferencias de cambio como accesorias de los honorarios porque las normas de consolidación habían dispuesto la novación de la deuda original y tales conceptos debían ser tratados como rentas derivadas de títulos públicos, exentas por aplicación del art. 36 bis de la ley 23.576 de obligaciones negociables y del art. 20, inc. v de la ley de impuesto a las ganancias. Finalmente, adujo que había imputado como renta no gravada los restantes 47.303 bonos representativos del pago de los intereses devengados entre la fecha de corte de la deuda original y la fecha de emisión de los títulos definitivos, concepto que valuó en \$ 14.427,42 según la cotización mencionada, por entender que dichos accesorios tampoco tenían ninguna relación con su trabajo profesional. Sobre el punto agregó que las diferencias de cambio y los intereses se encuentran fuera del objeto del impuesto a las ganancias en tanto la actividad desarrollada por el contribuyente no tiene la potencialidad de generar tales conceptos pues no obedecen a ninguna circunstancia que se relacione con aquella sino con un acto estatal que pretende la salida de una situación de emergencia mediante un modo anormal de cancelación de deudas. En el mismo sentido aseveró que tales conceptos no se encuentran gravados por la ley del impuesto al



Corte Suprema de Justicia de la Nación

no encontrarse expresamente previstos dentro de las ganancias de la segunda categoría.

4°) Que al fundar la determinación de oficio el Fisco Nacional consideró que el contribuyente declaró equívocamente como renta exenta los 120.000 bonos atribuidos al pago de diferencias de cambio, y que por el contrario, dichas ganancias se encontraban gravadas hasta el momento de su imputación al balance fiscal según lo establece el art. 20 -inc. v- de la ley del impuesto a las ganancias. Asimismo afirmó que los 47.303 bonos entregados en pago de los intereses devengados entre las fechas de emisión de ambos títulos también debían tributar el impuesto, pues representaban el resarcimiento por la mora en el cumplimiento de la obligación principal a cargo del deudor, y en consecuencia, constituían ganancias indirectas alcanzadas en virtud de lo dispuesto en los arts. 1°, 2° y 45 -inc. a- de la citada ley y del art. 8° -1° párr.- de su decreto reglamentario. Finalmente observó que los 467.303 bonos percibidos por el señor Montero debían valuarse según la cotización vigente al 3 de octubre de 2003 -consistente en \$ 68,50 por cada 100 bonos- en lugar del valor tomado por aquel, cálculo que determinaba un total de renta gravada de \$ 320.102,55. En sustento de lo expuesto señaló que el contribuyente había percibido los bonos el 3 de octubre de 2003 en los términos del art. 18 de la ley de impuesto a las ganancias, fecha en que los títulos habían sido puestos a su disposición por parte del Estado Nacional mediante depósito en la cuenta comitente del Banco de Galicia abierta a

su nombre a través de la Caja de Valores S.A. Contra el citado acto administrativo la actora interpuso el recurso de apelación y revisión limitada ante el Tribunal Fiscal de la Nación (fs. 29/45).

5°) Que el Tribunal Fiscal de la Nación hizo lugar al recurso de apelación planteado por la actora, y en consecuencia, revocó la resolución determinativa de oficio, aunque distribuyó las costas por su orden en atención a la complejidad de la situación examinada (conf. fs. 87/90, en especial cons. V, fs. 89 vta./90). Para así decidir el organismo jurisdiccional consideró, con cita de la sentencia dictada el 21 de marzo de 2013 por la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal en la causa "Krapivka, Héctor Abraham (TF 30.792-I) c/ DGI", que los intereses y diferencias de cambio generados por los bonos de consolidación se encuentran exentos del impuesto a las ganancias en atención a la remisión que el art. 24 de la ley 23.982 hace a la ley 23.576 y que complementa al art. 20 inc. k de la ley del referido impuesto. Sobre el punto destacó que la ley 23.576 era clara al eximir del gravamen a los intereses, actualizaciones y ajustes de capital y que todo aquello que no representase al capital original no era otra cosa que una actualización, un ajuste de capital o un interés de la obligación materializada en el bono. Asimismo, señaló que no se encontraba controvertido que los honorarios regulados a Montero por su actuación como perito habían sido regulados originalmente en \$ 300.000 y que al devengar los



Corte Suprema de Justicia de la Nación

intereses y las actualizaciones pertinentes cobró los bonos por un valor nominal de \$ 467.303. Finalmente, descartó que los intereses devengados entre la emisión de un título y el otro se encontrasen gravados en razón del art. 8° del decreto reglamentario de la ley del impuesto -en cuanto incluye dentro de las ganancias contempladas por el art. 2° de la ley a aquellas "que se obtienen como una consecuencia indirecta del ejercicio de actividades que generen rentas que encuadren en la definición de dicho apartado, siempre que estén expresamente tratadas en la ley o en este reglamento"- con fundamento en que dicha circunstancia no impedía "la configuración de una exención tributaria específica para los intereses, actualizaciones y ajustes de capital de los títulos públicos" de acuerdo con lo establecido en los arts. 20 -inc. k- de la ley de impuesto a las ganancias, 24 de la ley 23.982, y 36 y 36 bis de la ley 23.576. El pronunciamiento reseñado fue apelado por la actora en lo relativo a la distribución de las costas, y por la AFIP en lo referente al fondo de la cuestión.

6°) Que la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal desestimó el recurso de apelación interpuesto por el organismo recaudador e hizo lugar al deducido por la actora, por lo que confirmó la sentencia del Tribunal Fiscal de la Nación en cuanto al fondo del asunto, y la revocó en lo atinente a las costas, que impuso a la demandada, en ambas instancias (fs. 155/159). Para así decidir, señaló, en síntesis, que el recurso interpuesto por la

AFIP-DGI no constituía una crítica concreta y razonada de la sentencia apelada en los términos del art. 265 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. En particular, señaló que la representación fiscal no había logrado refutar el principal argumento tenido en cuenta por el Tribunal Fiscal al resolver, consistente en señalar que según el citado precedente "Krapivka" tanto "los intereses como las ganancias, actualizaciones y ajustes de capital, incluidas las diferencias de tipo de cambio, generadas por los Bonos de Consolidación se encuentran exentos en el Impuesto a las Ganancias, en atención a la remisión expresada en el art. 24 de la ley 23.982 -Consolidación de Deudas en el Estado Nacional-, a la ley 23.576 -Régimen de Obligaciones Negociables-, con la modificación de la ley 23.962, a cuyo art. 36 bis remite la ley de Consolidación de Deudas, que complementó el art. 20, inc. k de la Ley del Impuesto a las Ganancias". A ello agregó que "los argumentos utilizados por el Fisco Nacional, sustentados en disposiciones, reglamentaciones y criterios extraídos de una ley formal general -ley 20.628 de Impuesto a las Ganancias-, devienen improcedentes frente a la existencia de otra norma de idéntica jerarquía que resulta posterior en el tiempo y de mayor especificidad -ley 23.982, de Consolidación de Pasivos Públicos-" (confr. cons. IX, fs. 158).

7°) Que contra esa sentencia la Administración Federal de Ingresos Públicos interpuso recurso extraordinario (fs. 163/180). El *a quo* concedió el referido recurso del art. 14



Corte Suprema de Justicia de la Nación

de la ley 48 en lo relativo a la interpretación de normas de carácter federal y lo denegó por la causal de arbitrariedad (confr. resolución de fs. 186/186 vta.), circunstancia que motivó la interposición de la queja que tramita en el expediente CAF 23444/2015/1/RH1. Ambos recursos serán resueltos conjuntamente por razones de economía procesal.

8°) Que el recurso planteado es formalmente admisible ya que en autos se encuentra en disputa la inteligencia de normas de carácter federal, y la sentencia definitiva del tribunal superior de la causa ha sido contraria al derecho que la apelante fundó en ellas (art. 14, inc. 3°, de la ley 48). También se han invocado causales de arbitrariedad que son inescindibles de los temas federales en discusión y deben ser tratadas conjuntamente (Fallos: 323:1625, entre muchos otros).

9°) Que la primera cuestión a resolver consiste en establecer si los intereses y las diferencias de cambio originados en la postergación del pago y en la pesificación de la deuda por honorarios que fueron cancelados mediante entrega al contribuyente de Bonos de Consolidación en Moneda Nacional Cuarta Serie 2% según el art. 5°, punto I de la resolución del Ministerio de Economía 638/2002, se encuentran exentos del impuesto a las ganancias por aplicación del art. 36 bis de la ley 23.576, según la modificación dispuesta por la ley 23.962, o bien se hallan gravados por el impuesto. A tal fin, y toda vez que la norma citada establece que los títulos públicos tendrán igual tratamiento impositivo que el allí previsto para las

obligaciones negociables corresponde determinar en primer término el alcance del punto 4 del primer párrafo del art. 36 bis de la ley -entonces vigente respecto del período fiscal examinado en autos, pues resultó derogado a partir del 30 de diciembre de 2017 por la ley 27.430- en cuanto señala que “[q]uedan exentos del impuesto a las ganancias los intereses, actualizaciones y ajustes de capital”. En particular, debe dilucidarse si la exención se refiere a los intereses, actualizaciones y ajustes de capital que reconozcan los títulos que instrumentan las obligaciones negociables, o si eventualmente, además, comprenden los intereses, actualizaciones y ajustes de capital que integren la deuda objeto de cancelación mediante aplicación de los fondos obtenidos con la emisión de las obligaciones negociables. Para ello debe examinarse el marco legal de estas últimas y luego precisar el modo en que la exención se aplica respecto de los títulos públicos.

10) Que cabe recordar que en la tarea de esclarecer la inteligencia de las normas federales, la Corte no se encuentra limitada por las posiciones de la cámara ni del recurrente, sino que le corresponde realizar una declaratoria sobre el punto disputado (art. 16 de la ley 48), según la interpretación que rectamente le otorgue (Fallos: 307:1457; 317:779, entre otros).

11) Que en lo que resulta de interés para la solución de la causa cabe señalar que el régimen previsto por la ley 23.576, según la modificación dispuesta por la ley 23.962,



Corte Suprema de Justicia de la Nación

autoriza a las sociedades allí contempladas a contraer empréstitos mediante la emisión de obligaciones negociables (art. 1°). Dichas obligaciones pueden emitirse con garantía flotante, especial o común (art. 3°), con cláusula de reajuste de capital -conforme a pautas objetivas de estabilización en tanto sean compatibles con lo prescripto en la ley 23.928- y otorgar un interés fijo o variable (art. 4°). Los títulos por los que se instrumenten aquellas deben indicar -entre otros datos- el monto del empréstito y la moneda en que el mismo se emite, las condiciones de amortización, la fórmula de actualización del capital, en su caso, y el tipo y época de pago del interés (art. 7° -incs. c, f, g-); y otorgan acción ejecutiva a sus tenedores para reclamar el capital, las actualizaciones, los intereses, y las garantías otorgadas (art. 29). El aviso a publicar en el Boletín Oficial para ser inscripto en el Registro Público debe contener los mismos datos reseñados precedentemente que para los títulos (art. 10 -incs. e, h, i-).

En lo atinente al régimen fiscal las modificaciones introducidas por la ley 23.962 procuraron incentivar la utilización de las obligaciones negociables mediante la disminución de su carga tributaria y así ampliar el mercado de capitales (ver fundamentos del proyecto de ley que integró el dictamen de mayoría, Cámara de Diputados de la Nación, 6^a reunión - 2^a sesión ordinaria - 22 de mayo de 1991, págs. 431 y

432). En tal sentido, el primer párrafo del art. 35 establece que:

“Están exentos del impuesto de sellos los actos, contratos y operaciones, incluyendo entregas o recepciones de dinero, relacionados a la emisión, suscripción, colocación y transferencia de las obligaciones negociables a las que se refiere la presente ley. Esta exención alcanza además a todo tipo de garantías personales o reales, constituidas a favor de los inversores o de terceros que garanticen la emisión, sean anteriores, simultáneos o posteriores a la misma.”

Por su parte, el art. 36 dispone que las obligaciones negociables que cumplan ciertos requisitos -a saber: a) que su emisión se realice mediante colocación por oferta pública; b) la sociedad emisora garantice la aplicación de los fondos obtenidos para el cumplimiento de los fines individualizados en la ley -inversiones en activos físicos situados en el país, integración de capital de trabajo en el país o refinanciación de pasivos, o integración de aportes de capital en sociedades controladas o vinculadas a la sociedad emisora cuyo producido se aplique exclusivamente a los destinos antes especificados-; y c) que las obligaciones negociables resulten amortizadas dentro de los plazos y de acuerdo con los porcentajes allí previstos- gozarán del tratamiento tributario establecido en el art. 36 bis, que en su primer y segundo párrafos, dispone:

“1. Quedan exentas del impuesto al valor agregado, las operaciones financieras y prestaciones relativas a la emisión, suscripción, colocación, transferencia, amortización, intereses y cancelaciones de las obligaciones negociables y sus garantías.



Corte Suprema de Justicia de la Nación

2. La transferencia de obligaciones negociables creadas por la presente ley quedará exenta del impuesto sobre la transferencia de títulos valores, siempre que la misma se efectúe en los mercados abierto y/o bursátil.

3. Los resultados provenientes de la compra-venta, cambio, permuta, conversión y disposición de obligaciones negociables quedan exentas del impuesto a las ganancias. Si se tratara de beneficiarios del exterior comprendidos en su título V, no regirá lo dispuesto en el artículo 21 de la misma ley, y en el artículo 104 de la ley 11.683 (texto ordenado en 1978).

4. **Quedan exentos del impuesto a las ganancias los intereses, actualizaciones y ajustes de capital.** Si se tratara de beneficiarios del exterior comprendidos en su título V, no regirá lo dispuesto en el artículo 21 de la misma ley, y en el artículo 104 de la ley 11.683 (texto ordenado en 1978)" (el énfasis es del Tribunal).

"Igual tratamiento impositivo se aplicará a los títulos públicos" [omissis].

Por último, el primer párrafo del art. 37 señala:

"La entidad emisora podrá deducir en el impuesto a las ganancias en cada ejercicio la totalidad de intereses y actualizaciones devengados por la obtención de los fondos provenientes de la colocación de las obligaciones negociables que cuenten con autorización de la Comisión Nacional de Valores para su oferta pública. Asimismo serán deducibles los gastos y descuentos de emisión y colocación."

12) Que, según reiterada jurisprudencia de esta Corte, las normas que consagran exenciones impositivas deben interpretarse en forma tal que el propósito de la ley se cumpla de acuerdo con los principios de una razonable y discreta interpretación (Fallos: 322:2624, entre otros). Y, con igual

insistencia, ha dicho este Tribunal que las exenciones tributarias deben resultar de la letra de la ley, de la indudable intención del legislador o de la necesaria implicación de las normas que las establezcan, y fuera de esos casos corresponde la interpretación estricta de las cláusulas respectivas, por lo que, en caso de duda, deben ser resueltas en forma adversa a quien invoca el beneficio fiscal (Fallos: 319:1855 y 320:1915, entre muchos otros).

13) Que, de acuerdo con los principios expuestos, y en virtud de la mentada razonable y discreta interpretación de la norma cuestionada, la exención del impuesto a las ganancias contenida en el punto 4 del primer párrafo del art. 36 bis se encuentra referida a "los intereses, actualizaciones y ajustes de capital" devengados por las obligaciones negociables con motivo de la obtención en préstamo de los fondos provenientes de su colocación en el mercado que se encuentren plasmados en los títulos que las instrumentan. En efecto, según surge de la reseña efectuada en el considerando 11, las disposiciones que preceden a dicha norma aluden a la posibilidad de que las obligaciones negociables a emitir contengan "cláusula de reajuste de capital" y que puedan "otorgar un interés fijo o variable" (art. 4º, 1º párrafo-), elementos que deben constar en los títulos que las instrumenten y en el aviso a publicar en el Boletín Oficial (art. 7º -inc. g- y art. 10 -inc. i-). Por otra parte, resulta pertinente destacar que las restantes disposiciones del régimen legal que -respecto del período



Corte Suprema de Justicia de la Nación

examinado en autos- contemplan exenciones en otros impuestos tales como sellos, IVA y sobre la transferencia de títulos valores se encuentran dirigidas a desgravar toda clase de actos, negocios jurídicos o prestaciones relativas a la emisión, suscripción, colocación, transferencia, amortización, intereses y cancelaciones de las obligaciones negociables y sus garantías (arts. 35 y 36 bis -ptos. 1 y 2-), mientras que la otra exención que se contempla en el impuesto a las ganancias recae sobre los resultados provenientes de la compraventa, cambio, permuta, conversión y disposición de obligaciones negociables (art. 36 bis -pto. 3-), a la par que se contempla la posibilidad de que la emisora deduzca en el referido tributo en cada ejercicio la totalidad de los intereses y actualizaciones devengados por la obtención de los fondos provenientes de la colocación de las obligaciones negociables que cuenten con autorización de la Comisión Nacional de Valores para su oferta pública (art. 37, 1° párrafo).

Esta interpretación resulta corroborada por los comentarios que surgen del debate del proyecto de la ley 23.962 en la Cámara de Senadores de la Nación. Sobre el punto cabe mencionar que el senador Romero luego de observar que "[a] diferencia de las acciones, las obligaciones negociables no están ligadas a la ganancia de la sociedad, al cobro de dividendos, sino que dan origen a una tasa fija o flotante de interés que paga la empresa deudora o tomadora del crédito" destacó que entre los aspectos impositivos del proyecto original

que habían sido flexibilizados o modificados en la Cámara de Diputados -y cuya aprobación propiciaba a fin de contar con una norma perfeccionada- se encontraba "una exención al impuesto a las ganancias por los resultados provenientes de la compraventa, cambio o permuta de las obligaciones negociables" como así también **"una exención en el impuesto a las ganancias para los intereses, actualizaciones y ajustes que estos tengan"** (Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación, 15ª reunión -8ª sesión ordinaria- 4 de julio de 1991, págs. 1196 y 1197, el énfasis es del Tribunal). Posteriormente el senador Trilla señaló que el proyecto en estudio recibía el apoyo en general de su bancada y aludió a las **"exenciones impositivas de que gozarán las obligaciones negociables"** a los efectos de otorgarles agilidad financiera" que se consagran en el art. 36 bis y que "se refieren al impuesto al valor agregado, a la transferencia de títulos-valores y a las ganancias" (ídem, págs. 1197 y 1198, el énfasis es del Tribunal).

Consecuentemente, en atención a que el segundo párrafo del art. 36 bis señala que "igual tratamiento impositivo se aplicará a los títulos públicos" corresponde concluir que la norma reseñada se encuentra dirigida a eximir del impuesto a las ganancias "los intereses, actualizaciones y ajustes de capital" devengados y plasmados en los títulos públicos respectivos.

14) Que los Bonos de Consolidación en Moneda Nacional Cuarta Serie 2% que fueron entregados al contribuyente en cumplimiento de la resolución 638/2002 del Ministerio de



Corte Suprema de Justicia de la Nación

Economía reunían las condiciones financieras que se detallan a continuación. Fueron emitidos el 3 de febrero de 2002, con un plazo de trece (13) años y once (11) meses y fecha de vencimiento prevista para el 3 de enero de 2016 (art. 1º, inc. a, apartados I, II y III). Establecían una amortización en ciento veinte (120) cuotas mensuales y sucesivas, equivalentes las ciento diecinueve (119) primeras al ochenta y cuatro centésimos por ciento (0,84%) y una (1) última equivalente a cuatro centésimos por ciento (0,04%) del monto emitido más los intereses capitalizados hasta el 3 de enero de 2006 y ajustado por el Coeficiente de Estabilización de Referencia (CER). El vencimiento de la primera cuota se fijó para el 3 de febrero de 2006 (ídem, apartado IV). Se contempló que el saldo de capital de los bonos sería ajustado según el Coeficiente de Estabilización de Referencia (CER) establecido en el art. 4º del decreto 2014/2002 a partir de la fecha de emisión (ídem, apartado V). Y se estableció que los intereses se devengarían sobre saldos ajustados a partir de la fecha de emisión, a la tasa del dos por ciento (2%) anual, capitalizándose mensualmente hasta el 3 de enero de 2006. Se previó el vencimiento de la primera cuota para el 3 de febrero de 2006 (ídem, apartado VI).

15) Que ello expresado corresponde señalar que, contrariamente a lo afirmado en la sentencia del Tribunal Fiscal que confirmó la cámara, resulta evidente que los intereses pagados al señor Montero mediante entrega de 47.303 Bonos de Consolidación en Moneda Nacional Cuarta Serie 2% no fueron

generados ni contemplados por estos últimos, como tampoco por los bonos de consolidación en dólares estadounidenses cuya entrega fue cancelada por el art. 10 de la ley 25.565. Por el contrario, los referidos intereses tienen fundamento en la postergación del pago de las deudas originalmente consolidadas en dólares estadounidenses bajo la citada ley 25.344 y el decreto 1116/2000 como consecuencia de la anulación de la referida opción de pago por parte del Estado Nacional, su posterior pesificación y cancelación definitiva mediante la entrega de los nuevos bonos en pesos aquí examinados según lo establecido por las leyes 25.561 y 25.565, los decretos 214/2002, 471/2002 y 1873/2002 y la resolución 638/2002 del Ministerio de Economía. Es por ello que su cómputo se extiende desde la fecha originalmente prevista para la emisión de los primeros hasta la fecha de emisión de los segundos y componen el monto a cancelar mediante la entrega de estos últimos (confr. art. 5°, primer párrafo, y apartado I, de la resolución 638/2002 del Ministerio de Economía). Por las razones expuestas, los intereses aquí examinados no integran las condiciones financieras de título público alguno, y en consecuencia, no se encuentran comprendidos en la exención prevista en el punto 4 del art. 36 bis de la ley 23.576, según la modificación dispuesta por la ley 23.962.

16) Que, en virtud de lo expresado, corresponde hacer lugar a los agravios de la representación fiscal en cuanto afirma que los 47.303 bonos entregados en pago de los intereses



Corte Suprema de Justicia de la Nación

devengados entre las fechas de emisión de ambos títulos se encuentran alcanzados por el impuesto a las ganancias por representar el resarcimiento por la mora en el cumplimiento de la obligación principal a cargo del deudor y constituir ganancias indirectas gravadas en virtud de lo dispuesto en los arts. 1º, 2º y 45 -inc. a- de la ley del impuesto a las ganancias (t.o. en 1997 y sus modif.) y del art. 8º -1º párrafo- de su decreto reglamentario.

17) Que también asiste razón al Fisco Nacional en lo atinente a que las diferencias de cambio abonadas al señor Montero mediante la entrega de 120.000 Bonos de Consolidación en Moneda Nacional Cuarta Serie 2% no se hallan exentas del impuesto a las ganancias, pues, aun cuando por vía de hipótesis se considere que tales conceptos configuran "un ajuste de capital" en los términos del punto 4 del primer párrafo del art. 36 bis de la ley 23.576, lo cierto es que la actora no ha acreditado -según la razonable y discreta interpretación de la norma efectuada en el considerando 13- que las diferencias de cambio hayan sido creadas y se encuentren documentadas en los títulos que instrumentaron los bonos de consolidación a los que se ha hecho referencia anteriormente, al margen de que los expresados en dólares estadounidenses nunca fueron entregados. Por el contrario, las mentadas diferencias de cambio tienen origen en la pesificación de la deuda originalmente consolidada en dólares estadounidenses según lo establecido por el art. 10 de la ley 25.565, el art. 1º del decreto 1873/2002 y el art. 5º,

inc. a -ap. I- de la resolución 638/2002 del Ministerio de Economía. En atención a lo expuesto y en concordancia con lo alegado por la representación fiscal tales ganancias se encuentran gravadas hasta el momento de su imputación al balance fiscal según lo establece el art. 20 -inc. v- de la ley del impuesto a las ganancias (t.o. en 1997 y sus modif.).

18) Que, finalmente, se aprecia que el Tribunal Fiscal al revocar la resolución determinativa de oficio apelada, como también la cámara al confirmar esa decisión, omitieron considerar y pronunciarse sobre el segundo aspecto del ajuste efectuado por la AFIP, en lo referente a la valuación de los bonos según la cotización vigente al 3 de octubre de 2003 -equivalente a \$ 68,50 por cada 100 bonos-, y no según la cotización vigente al 7 de marzo de 2003 -equivalente a \$ 30,50 por cada 100 bonos- como pretende la actora. Cabe hacer notar que este es un aspecto de la determinación que aparece claramente mencionado en el acto administrativo apelado a fs. 5 y 6 -7° párrafo- y que ante la omisión de su tratamiento por el Tribunal Fiscal fue objeto de agravios por parte de la representación fiscal al apelar la sentencia del mencionado organismo jurisdiccional ante la cámara (fs. 118 *in fine* y 118 vta. -1° párrafo-), agravios que fueron mantenidos en el escrito de interposición del recurso extraordinario federal ante esta Corte (fs. 176 vta. *in fine* y 177 -1° párrafo-) y en la queja deducida ante el Tribunal frente a la denegación parcial de aquel en lo atinente a la arbitrariedad alegada (confr.



Corte Suprema de Justicia de la Nación

expediente CAF 23444/2015/1/RH1, especialmente fs. 38 vta. *in fine* y 39).

Por ello, y habiendo dictaminado la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada, con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Agréguese la queja al principal y vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a las pautas establecidas en los considerandos 9 a 18. Reintégrese el depósito de fs. 41 bis. Notifíquese y remítase.

Recurso extraordinario interpuesto por la **Administración Federal de Ingresos Públicos (Dirección General Impositiva)**, representada por la **Dra. María Alejandra Repila**, con el patrocinio letrado de la **Dra. Agustina Carla García**.

Traslado contestado por **Abelardo Montero**, representado por el **Dr. Juan Carlos Padín**.

Recurso de queja interpuesto por la **Administración Federal de Ingresos Públicos (Dirección General Impositiva)**, representada por la **Dra. María Alejandra Repila**, con el patrocinio letrado del **Dr. Ezequiel Silvio Katz**.

Tribunal de origen: **Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal**.

Tribunal que intervino con anterioridad: **Tribunal Fiscal de la Nación**.



Corte Suprema de Justicia de la Nación

Buenos Aires, 27 de octubre de 2015.

Vistos los autos: "Nobleza Piccardo S.A.I.C. y F. c/ Santa Fe, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", de los que

Resulta:

I) A fs. 2/45, Nobleza Piccardo S.A.I.C y F., empresa que se dedica, entre otras actividades, a la compra, elaboración, venta, importación y exportación de tabaco, cigarrillos y artículos del ramo o para fumadores, con domicilio en la Capital Federal, promueve la acción prevista en el art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, ante el Juzgado Federal n° 1 de Santa Fe, contra la Provincia de Santa Fe, a fin de que se declare la inconstitucionalidad de la ley local 12.432, que crea el programa de control del tabaquismo.

Cuestiona la normativa local en cuanto -a su entender- le prohíbe efectuar la publicidad y promoción de los productos del tabaco y sus derivados destinados al consumo humano y el auspicio de eventos deportivos y culturales, lo cual viola la ley nacional 23.344 y su complementaria la ley 24.044 que regula, a nivel nacional, la publicidad de cigarrillos y, en consecuencia, el principio de supremacía establecido en el art. 31 de la Constitución Nacional, como así también lo dispuesto en los arts. 14, 16, 17, 18, 19, 28, 32, 75, 121, 126 y concordantes de la Constitución Nacional; el decreto del P.E.N. 2284/91 ratificado por la ley 24.307; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Sostiene la inconstitucionalidad de la ley provincial sobre la base de la incompetencia de la provincia para legislar el punto, dado que -a su juicio- el ejercicio del poder de policía sobre esta materia fue delegado a la Nación, y se trata de un supuesto de comercio interjurisdiccional, que involucra los intereses económicos de toda la población, según lo dispuesto en los arts. 75, incs. 12, 13, 18 y 19 de la Ley Fundamental.

Argumenta en ese sentido que aun cuando se considere que el poder de policía en materia de "salubridad y salud pública" es de competencia concurrente de la Nación y de las provincias, desde el momento en que el Congreso Nacional lo ejerció, al sancionar la ley 23.344, sobre consumo y publicidad de los productos relacionados con el tabaco, tales extremos quedaron subordinados al orden federal. Entiende que la provincia debió abstenerse de interferir en una materia que fue regulada por el órgano federal, máxime cuando se han establecido mayores restricciones a las allí previstas.

Sostiene también la inconstitucionalidad de la ley provincial por la violación de principios y garantías constitucionales, pues pone de resalto que la prohibición total y arbitraria en que incurre la norma local es lo opuesto a una reglamentación razonable, que excede el poder de policía local, hiere la razonabilidad, vulnera el principio de igualdad, afecta la libertad de expresión y la libertad económica de la empresa.

Deja a salvo, no obstante, la responsabilidad corporativa de Nobleza Piccardo en orden al consumo informado del ta-



Corte Suprema de Justicia de la Nación

baco en personas mayores, así como la adecuación de su actividad a estándares internacionales.

Concluye en que la Provincia de Santa Fe no puede, so pretexto de ejercer el poder de policía de salubridad, invadir una esfera atribuida a la Nación, obstruyendo así el ejercicio de potestades nacionales, con lesión a sus derechos en tanto ese proceder -a su entender irrazonable- le ocasiona un grave perjuicio patrimonial, toda vez que viola el ejercicio de una actividad comercial que se reputa lícita.

Solicita que se dicte una medida cautelar para que la provincia se abstenga de aplicar la ley local 12.432, que aquí se cuestiona, y de emitir cualquier acto o medida que modifique el *statu quo* actual, hasta tanto recaiga sentencia definitiva en la presente causa.

II) A fs. 46, el señor juez federal interviniente se declaró incompetente por ser demandada una provincia en una causa de manifiesto contenido federal -inconstitucionalidad de una ley provincial- considerando que el proceso debía tramitar en la instancia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de acuerdo con los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional.

III) A fs. 72/75, el Tribunal declaró su competencia para entender en estas actuaciones en instancia originaria, corrió traslado de la demanda y rechazó la medida cautelar solicitada.

IV) A fs. 129/150, la Provincia de Santa Fe contesta la demanda.

Al efectuar una negativa general sobre las cuestiones planteadas, desconoce la acción intentada pues a su entender no concurren los presupuestos para su procedencia, dado que la actora no ha ofrecido elemento de convicción alguno que permita demostrar la existencia de un acto en ciernes o que permita advertir que los efectos de un acto de aplicación se encuentren concretados.

Afirma que la Constitución Nacional no confirió a la Nación una potestad regulatoria exclusiva en materia de salubridad, sino que en ese ámbito la incumbencia podía considerarse no delegada o, al menos, concurrente y de cooperación.

Afirma además que la regulación federal no supone el desplazamiento de las competencias locales, pues lo contrario implicaría sostener, implícitamente, la derogación del art. 19 de la Constitución de la provincia, que reconoce la tutela del derecho a la salud y las obligaciones a cargo del Estado provincial que de ello se derivan.

Sostiene que el consumo del tabaco (activo y pasivo) provoca un grave riesgo para la salud de la población; y que dicho consumo se encuentra estrechamente vinculado con la publicidad por sus efectos engañosos sobre las consecuencias que trae aparejadas.



Corte Suprema de Justicia de la Nación

Aduce que no cabe válidamente sostener la preeminencia de las cláusulas del comercio y del progreso como óbice al ejercicio del poder de policía sanitario local.

Reivindica que el ejercicio del poder de policía en sentido estricto, en materia de salubridad, moralidad y seguridad, ha sido reconocido desde los orígenes constitucionales como una legítima competencia local.

Explica que dado que la ley nacional 23.344 no se ajusta a los pactos internacionales -tales como el Convenio Marco para el Control del Tabaco de la Organización Mundial de la Salud (en adelante CMCT)-, se operó, en la misma línea de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la causa "Olmedo Bustos y otros c/ Chile", del 5 de febrero de 2001, una hipótesis de declinación de competencias de la Nación a favor de las autoridades locales lo cual justifica que la provincia ejerza su tutela sobre el derecho a la salud.

Pone de resalto que el contenido y el mandato de la ley 12.432 se ciñen a la competencia provincial en la materia relativa a la salubridad pública.

Finalmente, solicita al Tribunal que valore la posibilidad de convocar a una audiencia pública, atento el interés público involucrado y la relevancia del asunto en la protección integral de los derechos humanos (fs. 150).

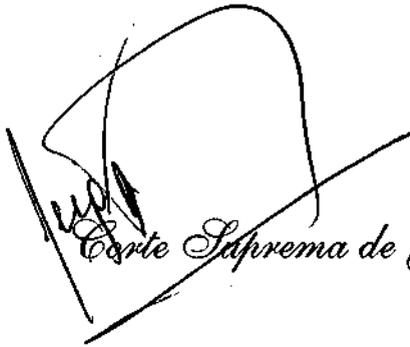
V) A fs. 502, la señora Procuradora Fiscal entendió en su dictamen que "En atención a que se ha dictado en el ámbito nacional la ley 26.687, que regula la publicidad, promoción y

consumo de los productos elaborados con tabaco, al tiempo que deroga las leyes 23.344 y su modificatoria 24.044 -cuyas disposiciones la actora había considerado, al promover la acción declarativa de inconstitucionalidad, que colisionaban con la ley local 12.432- y habida cuenta de que los pronunciamientos de la Corte deben ceñirse a las circunstancias existentes al momento de dictar sentencia (Fallos: 311:787)...", correspondía correr traslado a las partes para que se pronuncien a su respecto.

VI) Mientras la causa se encontraba radicada ante esta Corte, el Congreso de la Nación sancionó el 1° de junio de 2011, la ley 26.687 de regulación de la publicidad, promoción y consumo de los productos elaborados con tabaco, cuyo art. 41 dispuso abrogar la ley 23.344 y su modificatoria ley 24.044.

VII) En su mérito, a fs. 503, el Tribunal corrió traslado por su orden a las partes para que se expidieran sobre la incidencia de la nueva ley nacional en estas actuaciones.

VIII) A fs. 506/509, la Provincia de Santa Fe contestó el traslado ordenado por el Tribunal y sostuvo que la causa iniciada no había devenido abstracta, toda vez que la actora cuestiona la competencia provincial para ejercer el poder de policía en materia de salud y salubridad, además porque la ley 26.687 ha ratificado la razonabilidad del contenido de las disposiciones de la ley provincial 12.432, incluso siendo más estricta que esta última. En conclusión, considera que no se han modificado sustancialmente las condiciones de este juicio, pues se ha demostrado que: (i) no incurrió en un vicio de incompetencia al sancionar el ordenamiento local, ya que las incumbencias



Corte Suprema de Justicia de la Nación

en materia de salud son concurrentes o de cooperación; (ii) no se dan los presupuestos de la acción meramente declarativa ni la actora ha acreditado en el curso del proceso un daño con entidad como para verificar un caso judicial; (iii) la razonabilidad de la legislación local no solo tiene actualmente apoyo en la ley sancionada por el Congreso Nacional, sino que antes de ello se encontraba precedida de compromisos internacionales y estudios propios de la provincia que se citaron en el proceso; (iv) la sola circunstancia de que la Nación no haya adecuado con anterioridad su legislación al Convenio Marco, resultó suficiente justificación para que la provincia estableciera las prohibiciones y restricciones pertinentes como lo hizo al sancionar la ley 12.432.

IX) A fs. 511/531, la actora contesta el traslado ordenado a fs. 503. Sostiene que aun cuando la ley 26.687 impone restricciones mayores a la fabricación y comercialización de productos elaborados con tabaco, no corresponde cuestionar la constitucionalidad de la citada ley en este proceso, ya que ello escapa al objeto de la demanda e importaría una modificación sustancial de la litis.

Según su criterio, la ley provincial contiene regulaciones más restrictivas a sus derechos constitucionales que la nueva ley nacional. Afirma que mantiene un interés concreto y actual en la continuidad de la demanda entablada en autos, no solo en lo que respecta a la violación de competencias nacionales para dictar las normas sobre la materia, sino también en lo que hace a la directa afectación de sus derechos y garantías

constitucionales de propiedad, de gozar de libertades económicas y de expresión.

De esa manera -aclara-, los principales cuestionamientos dirigidos contra la ley provincial 12.432, en lo relativo a las limitaciones en materia de comunicaciones y realización de actividades promocionales, no han sido alterados por las nuevas regulaciones establecidas en la ley 26.687, sino que -según su parecer- más bien sucede lo contrario, pues la sanción de la nueva ley nacional constituye una palmaria evidencia de que la Provincia de Santa Fe invadió e invade competencias propias del gobierno federal.

Si bien admite que el ejercicio del poder de policía, a los fines de promover el bienestar general, regular la vida social y económica para satisfacer los requerimientos de la sociedad en orden al bien común, y velar por la vida, salud, moralidad, propiedad y seguridad de sus habitantes ha sido atribuido tanto a la Nación como a las provincias, considera que en este caso solo le corresponde dicho ejercicio a la primera.

Funda su posición en los siguientes argumentos: a) el ejercicio del poder de policía a los fines de regular la actividad del tabaco está destinado a satisfacer una necesidad genérica de toda la población del territorio de la Nación y no de cada provincia o municipio en particular y la medida que se adopte tendrá incidencia en los intereses económicos generales del país. Esta idea se reafirma en el hecho de que la publicidad del tabaco estaba regulada a nivel nacional por la ley 23.344 y ahora lo está por la ley 26.687; b) la nueva ley nacional prevé una



CSJ 188/2006 (42-N)/CS1

ORIGINARIO

Nobleza Piccardo S.A.I.C. y F. c/ Santa Fe, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad.

política integral en la materia, la cual ya no se limita a la cuestión de publicidad y propaganda, sino que, además, incorpora otros aspectos de trascendental importancia, como lo son (i) determinadas exigencias para el comercio de los productos elaborados con tabaco; (ii) recaudos en cuanto al empaquetamiento y a la producción de esos mismos productos; (iii) el establecimiento de una autoridad de aplicación en el ámbito nacional y la imposición a las provincias del régimen legal en cuanto a prohibiciones, sanciones y destinos de las multas y (iv) la regulación de aspectos vinculados con la seguridad e higiene del trabajo, etc.

Puntualiza también que: a) la finalidad que se persigue con estas normas se relaciona directamente con el interés común de toda la población, en tal mérito debe presentar características uniformes en todo el país. Ello es así, ya que este tipo de medidas tienen proyección sobre la economía nacional y sobre el consumo popular (Fallos: 252:39); b) El ejercicio del poder de policía, en estos casos, es competencia de la Nación, en virtud de lo dispuesto en el art. 75, incs. 13, 18 y 19 de la Constitución Nacional; c) las disposiciones de la ley 12.432 exceden la regulación del "comercio meramente interno" de la provincia, ya que aquel existe cuando el "artículo se produzca, venda o consuma en una provincia" (Fallos: 239:343), mientras que en este caso se trata de un comercio que atañe a más de una provincia; d) la Nación ya ha regulado sobre el consumo y la publicidad de los productos relacionados con el tabaco mediante la ley 23.344, y actualmente la ley 26.687 ha establecido una reglamentación aun más detallada y restrictiva de la materia; e)

una vez que la Nación ejerció su poder de policía sobre la base de las cláusulas del progreso y del desarrollo (art. 75, incs. 18 y 19), las provincias y municipios no pueden interferir en la materia ya regulada.

Infiere lo antedicho del hecho de que se trata en la especie de facultades que dejaron de ser concurrentes, lo cual significa que son atribuciones conferidas al Estado Federal y, mientras sean por él ejercidas, están vedadas a las provincias, máxime cuando de lo que se trata es de establecer mayores restricciones a las ya dispuestas por la ley nacional.

Sostiene sus agravios en que en casos de repugnancia efectiva entre tales facultades, la Corte ha dicho que siempre que la atribución se haya ejercitado por la autoridad nacional dentro de la Constitución prevalecerá el precepto federal (Fallos: 239:343). En su mérito, aduce, las provincias no pueden, so pretexto de ejercer el poder de policía, invadir la esfera de la Nación, impidiendo u obstruyendo el ejercicio de la competencia del Congreso, o privando a cualquier habitante de las libertades reconocidas por la Ley Fundamental, sin respetar los límites de sus arts. 19 y 28.

En otro orden de ideas, interpreta que el art. 39 de la ley 26.687 reserva las facultades regulatorias provinciales únicamente para el ámbito de su exclusiva competencia, por tal motivo entiende que, en este caso, la Provincia de Santa Fe solo puede dictar normas complementarias relacionadas con todo lo concerniente a las autoridades de aplicación en el ámbito provincial, a la posibilidad o no de fumar en edificios públicos



Corte Suprema de Justicia de la Nación

provinciales, a la incorporación de aspectos adicionales sobre esta materia en los planes educativos u otras situaciones análogas.

Asimismo, y por último, enfatiza que ley 26.687 ha venido a reafirmar que una prohibición total y absoluta de publicidad comercial, tal como la que en -su concepto- impone la ley 12.432, resulta inconstitucional.

X) A fs. 533/537, obra el dictamen del señor Procurador General de la Nación acerca de las cuestiones constitucionales propuestas.

Considerando:

1°) Que la presente demanda corresponde a la competencia originaria de esta Corte, según lo dispuesto en los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional.

2°) Que la firma Nobleza Piccardo S.A.I.C. y F. promueve acción declarativa contra la Provincia de Santa Fe con el fin de que se declare la inconstitucionalidad de la ley local 12.432 en la que se establecieron prohibiciones y limitaciones relativas a la publicidad y promoción de los productos derivados del tabaco, a su consumo y a su venta. Sostiene que su aplicación afecta disposiciones constitucionales y el ámbito de validez de la ley nacional 23.344, que regula la forma y condiciones de la publicidad de los productos tabacaleros.

3°) Que corresponde dejar establecido que de conformidad con lo que se desprende de los resultandos precedentes, el

asunto propuesto se ciñe al examen de la ley de la Provincia de Santa Fe 12.432, frente a las disposiciones constitucionales relacionadas con la ley nacional vigente en la materia, 26.687, dado que la ley nacional 23.344 (y su complementaria 24.044) ha sido expresamente abrogada por aquella.

4°) Que la demanda deducida constituye una vía idónea para suscitar la intervención de este Tribunal, pues no se trata de dar solución a una hipótesis abstracta sino que procura precaver los efectos que la aplicación de la ley provincial produce en la actividad lícita de la empresa actora, quien le atribuye ilegitimidad y lesión al régimen constitucional federal; a la par de fijar las relaciones legales que vinculan a las partes en el conflicto (Fallos: 311:421; 318:30; 323:1206; 327:1034, y CSJ 481/2003 (39-A)/CS1 "Argenova S.A. c/ Chubut, Provincia del s/ acción declarativa", sentencia del 14 de diciembre de 2010).

En efecto, al fundarse la presente acción en la interpretación de la ley local, su confrontación con normas constitucionales y con las disposiciones nacionales pertinentes en virtud de la afectación a la libertad de expresión e información, y de ejercer una industria lícita -en la que se subsumen los agravios que se denuncian-, se configura un conflicto concreto, real y sustancial, que admite remedio específico a través de una decisión de carácter definitivo, entendida como diferente de una opinión que advierta cuál debería ser la norma en un estado de hecho hipotético (Fallos: 316:1713; 320:1556 y 2851; 324:333; 331:2178 y causa CSJ 481/2003 (39-A)/CS1 "Argenova S.A. c/ Chubut, Provincia del s/ acción declarativa", ya citada).



Handwritten signature and stamp of the Corte Suprema de Justicia de la Nación.

5°) Que para llevar adelante tal cometido, cuando se iniciaron estas actuaciones, era necesario confrontar la ley provincial 12.432 con las leyes nacionales 23.344 y su complementaria 24.044, pero estas últimas fueron derogadas por la ley 26.687.

Ello motivó que las partes se pronunciaran a favor de la continuación del proceso según surge de fs. 506/509 y 511/531.

De la lectura de sus términos es fácil colegir que la ley 26.687 proyecta sus efectos sobre el *sub lite*, en la medida en que regula la publicidad, promoción y consumo de los productos elaborados con tabaco de un modo diverso al de la ley local.

En tales condiciones se mantienen los agravios invocados y el consiguiente interés declarado por las partes a fs. 506/509, 511/531 y 559/560 en la resolución de la cuestión constitucional ya expuesta.

6°) Que la ley 12.432 de la Provincia de Santa Fe -en lo que aquí interesa- ordena en su art. 7°, "Prohíbese, en todo el territorio de la provincia la publicidad directa e indirecta de los productos del tabaco destinados al consumo humano a través de la acción de fumar, cualquiera sea su medio de difusión".

También establece la prohibición de auspiciar eventos deportivos y culturales y de participar de ellos con indumentaria que contenga publicidad de empresas y/o marcas dedicadas a la producción y/o distribución de tabaco y sus derivados (art.

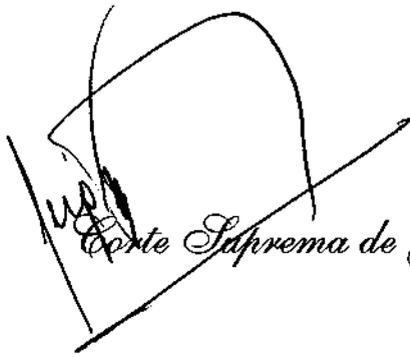
8°) y fija sanciones frente a su incumplimiento (art. 10); en esto último remite a las penas previstas en la ley local 10.703 -Código de Faltas de la Provincia de Santa Fe-, tales como la multa, el arresto, el decomiso, la clausura, la inhabilitación, entre otras.

Por medio del decreto local 2759/05 se reglamentó la ley 12.432.

7°) Que el control del tabaco a nivel nacional está sujeto a la economía de la ley 26.687, de Regulación de la publicidad, promoción y consumo de los productos elaborados con tabaco, sancionada el 1° de junio de 2011.

Su capítulo II, se dedica a la publicidad, promoción y patrocinio. Así, en el art. 5° se prohíbe "la publicidad, promoción y patrocinio de los productos elaborados con tabaco, en forma directa o indirecta, a través de cualquier medio de difusión o comunicación".

Seguidamente en el art. 6° se establecen las "excepciones" legales a dicha prohibición, cuales son: "a) En el interior de los lugares de venta o expendio de productos elaborados con tabaco, conforme a lo que determine la reglamentación de la presente ley; b) En publicaciones comerciales destinadas exclusivamente a personas o instituciones que se encuentren involucradas en el negocio del cultivo, fabricación, importación, exportación, distribución, depósito y venta de productos elaborados con tabaco; c) A través de comunicaciones directas a mayores de dieciocho (18) años, siempre que se haya obtenido su consentimiento previo y se haya verificado su edad".



Corte Suprema de Justicia de la Nación

Asimismo, por medio del art. 7° se dispone que, "En todos los casos la publicidad o promoción deberá incluir uno de los siguientes mensajes sanitarios, cuyo texto estará impreso, escrito en forma legible, prominente y proporcional dentro de un rectángulo de fondo blanco con letras negras, que deberá ocupar el veinte por ciento (20%) de la superficie total del material objeto de publicidad o promoción...", individualizándose a continuación cuáles deben ser esas advertencias.

Y por el art. 8°, se prohíbe "a los fabricantes y comerciantes de productos elaborados con tabaco, realizar el auspicio y patrocinio de marca en todo tipo de actividad o evento público, y a través de cualquier medio de difusión".

Entre las disposiciones finales se destaca el art. 39, por el cual se invita a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a sancionar, para el ámbito de su exclusiva competencia, normas de similar naturaleza a las dispuestas para el ámbito nacional.

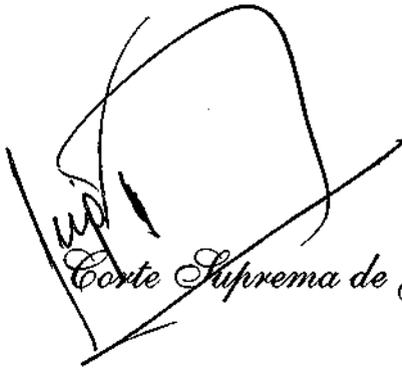
8°) Que la reglamentación de la ley 26.687, está dada por el decreto 602/2013, del 28 de mayo de 2013, por cuyo art. 1° se aprueban los contenidos de su anexo, y por medio del art. 2°, se crea la Comisión Nacional de Coordinación para el Control del Tabaco, que funcionará en el ámbito del MINISTERIO DE SALUD, con el fin de asesorar y coordinar políticas intersectoriales destinadas a la aplicación de la referida ley. Se determina allí su integración con funcionarios de diversas Secretarías y organismos del Poder Ejecutivo Nacional.

A su vez, se invita a participar de la Comisión a los programas o áreas de las demás jurisdicciones provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires relacionados con el control del tabaco, y a las provincias que no lo hayan hecho, "...a crear Programas Provinciales de Control del Tabaco, con el objeto de coordinar a nivel provincial y con el Programa Nacional de Control del Tabaco del MINISTERIO DE SALUD a nivel nacional, las acciones tendientes al cumplimiento de los objetivos de la citada ley".

9°) Que sentado lo anterior, cabe recordar que los agravios de la actora se dirigen a cuestionar en primer lugar la competencia de la Provincia de Santa Fe para legislar la materia, a través del dictado de la ley que se impugna con fundamento en el art. 75, incisos 13, 18 y 19.

Asimismo, se pretende que aun en la hipótesis de que tales facultades fuesen reconocidas en cabeza de la autoridad provincial, se declare la inconstitucionalidad en punto a la prohibición total a la publicidad del tabaco que contiene la norma local, por exceso del poder de policía y la afectación de los principios de razonabilidad, igualdad, libertad de expresión y libertad económica, entre otros derechos invocados (v. fs. 562 vta.).

10) Que como fundamento liminar para el estudio del primer planteo constitucional, es preciso indicar que la regla configurativa de nuestro sistema federal sienta el principio según el cual las provincias conservan los poderes que no fueron delegados al gobierno federal y todos aquellos que se reservaron



CSJ 188/2006 (42-N)/CS1

ORIGINARIO

Nobleza Piccardo S.A.I.C. y F. c/ Santa Fe, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad.

en los pactos especiales al tiempo de su incorporación; y reconoce poderes concurrentes sobre ciertas materias que son de competencia tanto federal como de las provincias y que por lo tanto son susceptibles de convenios o acuerdos de concertación (arts. 121 y 125 de la Constitución Nacional, y causa CSJ 566/2004 (40-0)/CS1 "Obra Social Bancaria Argentina c/ Santa Fe, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", sentencia del 1° de agosto de 2013).

Es por ello que el art. 121 de la Constitución Nacional reconoce que las provincias conservan su soberanía absoluta en todo lo relativo a los poderes no delegados a la Nación, principio del cual se deduce que a ellas corresponde exclusivamente darse leyes de policía, y en general, todas las que juzguen conducentes a su bienestar y prosperidad sin más limitaciones que las enumeradas en el art. 126 de la Constitución Nacional y la razonabilidad, que es requisito de todo acto legítimo (Fallos: 330:3098).

Así lo ha interpretado la Corte Suprema —en composiciones que se remontan casi al origen de nuestra organización institucional, 1869— cuando expuso que "es un hecho y también un principio constitucional, que la policía de las Provincias está a cargo de sus gobiernos locales, entendiéndose incluido en los poderes que se han reservado, el de proveer lo conveniente á la seguridad, salubridad y moralidad de sus vecinos; y que, por consiguiente, pueden lícitamente dictar leyes y reglamentos con estos fines, no habiéndose garantido por el artículo catorce de la Constitución Nacional á los habitantes de la República el derecho absoluto de ejercer su industria ó profesión, sinó con su-

jeción a las leyes que reglamentan su ejercicio" (Fallos: 7:150).

11) Que todo ello se enmarca en la conformación del Estado Federal, el que "...se trata de un Estado en el que la unidad y la diversidad, la centralización y la descentralización se resumen en una unidad dialéctica caracterizada por una específica conexión de las relaciones de coordinación, supra y subordinación e inordinación, de tal manera que todas ellas se condicionan y complementan recíprocamente" (García Pelayo, Manuel "Derecho Constitucional Comparado", Alianza Editores, Madrid, 1993).

Los sujetos de esta relación, en nuestro medio, son "...Las unidades orgánicas e indestructibles con poderes inherentes, que componen la Nación" (González Calderón, Juan A. "Derecho Constitucional", Imprenta Buenos Aires, G. Kraft, 1943). Y es la organización del gobierno autónomo de las provincias dentro del Estado Federal, lo que determina los objetos, formas y condiciones en el ejercicio de la autoridad local.

12) Que la Corte ha puesto de resalto, las especiales características con que la Constitución Nacional ha revestido la configuración político institucional de naturaleza federal, la regla y no la excepción consiste en la existencia de jurisdicciones compartidas entre la Nación y las provincias, debiendo en consecuencia ser interpretadas las normas de aquella de modo que las autoridades de la una y de las otras se desenvuelvan armónicamente, evitando interferencias o roces susceptibles de acrecentar los poderes del gobierno central en desmedro de las



facultades provinciales y viceversa, y procurando que actúen para ayudarse y no para destruirse (Fallos: 334:891).

13) Que establecidos los criterios de reparto de competencias y los principios orientadores, corresponde señalar que las modificaciones introducidas por la reforma constitucional de 1994, no han hecho variar este criterio, antes bien lo han acentuado.

En efecto, Pedro José Frías, al evaluar la incidencia de la reforma en el capítulo federal, pone de resalto el carácter contractual antes que estático del actual federalismo; la mayor participación de las provincias y de los órganos legislativos; la promoción del desarrollo humano con justicia social; las bases de la educación con identidad y pluralidad cultural; los poderes de policía e imposición de las provincias en los establecimientos de utilidad nacional en tanto no interfieran en sus fines; transferencias con reasignación de recursos; el dominio originario de las provincias sobre los recursos naturales; su derecho a conservar organismos de seguridad social para sus empleados públicos y profesionales (Frías, Pedro José "El Federalismo en la Reforma Constitucional", La Ley, Tomo 1994 D. Sec. Doctrina, págs. 1123 y ss.).

La realización de las competencias concurrentes que la reforma constitucional ha afianzado en los arts. 41, 43, 75, incs. 17, 19 y 30, 125, entre otros, no implica enervar los ámbitos de actuación de ninguna órbita del gobierno, sino que importa la interrelación, cooperación y funcionalidad en una materia común de incumbencia compartida, como es el caso de la sa-

lud pública, sin perjuicio del poder de policía de salubridad que, en primer término, está en cabeza de las provincias.

En esa inteligencia, las obligaciones que atañen a la Nación en materia sanitaria no son exclusivas ni excluyentes de las que competen a sus unidades políticas en sus esferas de actuación sino que, en estados de estructura federal, pesan sobre ellas responsabilidades semejantes, que también se proyectan sobre las entidades públicas y privadas que se desenvuelven en este ámbito, ya que de lo contrario, las leyes sancionadas en la materia no dejarían de ser sino enfáticas enumeraciones programáticas vacías de operatividad (Fallos: 331:2135).

14) Que como consecuencia de lo expuesto, puede afirmarse que la materia sobre la que versa el caso es una de aquellas que admite que una potestad legislativa nacional y una provincial puedan ejercerse conjunta y simultáneamente, sin que de esa circunstancia derive violación de principio o precepto jurídico alguno, siempre que ambas actúen respetando las limitaciones que la Ley Fundamental les impone (Fallos: 307:360; y el dictamen del señor Procurador General, en el acápite X).

En la dinámica de la distribución de competencias en este campo, entre ambas jurisdicciones, la tendencia que prevalece es el abandono de la técnica de la separación absoluta de aquellas entre el Estado central y los Estados miembros -sus competencias exclusivas-, para afianzar el esquema de las compartidas o concurrentes.

En suma, en el Estado Federal las potestades de las provincias se engarzan en el objeto mismo que aquí se discute,



según se ha referido en los considerandos precedentes, y por ende, permite ponderar la ley provincial en crisis frente a la ley nacional que atiende el mismo asunto.

15) Que una vez despejado el fundamento de habilitación constitucional de la Provincia de Santa Fe para legislar en la especie, corresponde examinar el alcance que esa regulación impone.

Al hacerlo, no debe soslayarse que en su esfera de injerencia, es incuestionable que el poder de policía corresponde a las provincias y estas lo ejercen dentro de su territorio. Tampoco puede prescindirse del contexto en el cual se desenvuelven las tensiones entre las provincias y la Nación, como rasgo propio del proceso federal, que implica reconocer que el federalismo no es ya estático, sino que permite avanzar en la concreción de políticas intercomunales y en una línea de gestión intergubernamental.

16) Que bajo esta interpretación, las relaciones y convergencias entre distintos niveles de gobierno resignifican las políticas públicas en orden a la protección de derechos fundamentales, en áreas tales como la salud, o en su caso, y valga solo a título ejemplificativo, en materias como el medio ambiente en el que se prevé la complementación provincial de acuerdo a específicas circunstancias locales (art. 41, Constitución Nacional).

17) Que con relación al derecho a la salud, el Tribunal tiene dicho que está íntimamente relacionado con el derecho a la vida, siendo este el primer derecho de la persona humana

que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional; el hombre es el eje y centro de todo el sistema jurídico y, en tanto fin en sí mismo —más allá de su naturaleza trascendente— su persona es inviolable y constituye un valor fundamental, con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (Fallos: 329:4918).

La tutela de este derecho es una manda consagrada por la Constitución Nacional, y contemplada en las Constituciones provinciales (arts. 5° y 121), y por los tratados internacionales que tienen tal jerarquía (art. 75, inc. 22, de la Ley Suprema; art. 12, inc. c del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; inc. 1 de los arts. 4° y 5° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —Pacto de San José de Costa Rica—; inc. 1°, del art. 6° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; como así también el art. XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; Fallos: 330:4647, y causa CSJ 670/2006 (42-S)/CS1 "Sánchez, Elvira Norma c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados y otro", sentencia del 15 de mayo de 2007).

18) Que según el informe del representante de la Oficina Panamericana de la Salud —OPS— (fs. 438/447), existe suficiente evidencia científica conocida acerca de los efectos perniciosos para la salud que ocasiona el consumo del tabaco y la exposición al humo que produce, así como el impacto sanitario que tiene en la vida de las personas y en la economía de los países, y de la necesaria difusión de las estrategias y acciones encaminadas para prevenirlos.



Corte Suprema de Justicia de la Nación

En tal sentido corresponde señalar que el Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud para el Control del Tabaco (CMCT), adoptado el 21 de mayo de 2003 y que entró en vigor el 27 de febrero de 2005, constituye el primer tratado internacional en esta materia (fs. 332/346). Fue elaborado en respuesta al problema generado por el consumo de tabaco y abre nuevas perspectivas jurídicas de cooperación internacional en este campo.

Si bien el CMCT está en proceso de aprobación legislativa —el Proyecto de Mensaje y ley aprobatoria de dicho Convenio ingresó al Congreso de la Nación mediante el Mensaje n° 778 del 22 de junio de 2004 (fs. 332/346 y 347/349), según el informe del Secretario Parlamentario, Dr. Juan H. Estrada (fs. 350/351)—, al no haber sido aún aprobado, no se encuentra en vigor para el Estado Argentino. En consecuencia, sus principios solo pueden servir de guía interpretativa, más no integran el ordenamiento positivo argentino.

19) Que en nuestro país el derecho a la salud en tanto presupuesto de una vida que debe ser protegida, es pasible del más alto grado de protección a nivel constitucional.

El Tribunal ha destacado el deber impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales (Fallos: 321:1684; 323:1339; 324:3569; 326:4931 y 328:1708). Así lo ha indicado en Fallos: 323:3229 y 328:1708, antes citado, se ha señalado la responsabilidad que cabe a las jurisdicciones provin-

ciales en la protección de la salud, en línea con el reconocimiento de las facultades concurrentes.

En ese mismo rango ubica a la salud el art. 19 de la Constitución de la Provincia de Santa Fe, al que declara "...como derecho fundamental del individuo e interés de la colectividad. Con tal fin establece los derechos y deberes de la comunidad y del individuo en materia sanitaria y crea la organización técnica adecuada para la promoción, protección y reparación de la salud, en colaboración con la Nación, otras provincias y asociaciones privadas nacionales e internacionales".

20) Que en esos contextos constitucionales y a través de la ley 12.432, la provincia ha prestado especial atención al tema sub examine, y ha impulsado la creación del Programa de Control del Tabaquismo en el ámbito del Ministerio de Salud de la provincia, cuyas acciones están destinadas a la prevención, primaria y secundaria del hábito de fumar, con el objeto de disminuir en la población, la mortalidad causada por el consumo activo y pasivo del tabaco en cualquiera de sus formas, siendo sus normas de orden público (art. 1° de la ley 12.432).

21) Que, por cierto, no están discutidas en autos la producción, distribución y venta de recursos de tabaco por parte de la empresa, sino su publicidad y promoción a nivel local. Siendo esta una facultad compartida con la Nación por su objeto, la autoridad provincial ejerce la porción del poder estatal que le corresponde; el poder de policía en su ámbito propio implica reconocer a la provincia una atribución reglamentaria, cuya modelación para promover el bien común permite reconocer un grado



de valoración estatal local con relación al fin especial de carácter preventivo que persigue, la protección de la salud.

El modo en que lo hace debe ser respetado, salvo una incompatibilidad constitucional insalvable.

Así lo entendió el legislador nacional, al sancionar el art. 39 de la ley 26.687, por el cual se dispuso invitar a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a sancionar, para el ámbito de su exclusiva competencia, normas de similar naturaleza a las dispuestas por dicha legislación para el ámbito nacional.

22) Que es dable traer a colación elementos demostrativos de este reconocimiento del ejercicio de las facultades provinciales y que integran el debate parlamentario. Así, el señor senador por Salta, Dr. Romero, en su intervención dijo "Ahora, brevemente, quiero referirme a dos artículos técnicos. Obviamente, los comparto y hago mías las palabras de los miembros informantes que me precedieron en el uso de la palabra. Son dos artículos muy importantes. Uno es el 27, sobre la autoridad de aplicación, donde queda muy clara la concurrencia entre la Nación, la provincia y los municipios; y el otro es el artículo 39, donde se invita a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a sancionar para el ámbito de su exclusiva competencia diversas normas de similar naturaleza a la dispuesta en la ley. Si bien es cierto que ya, felizmente, muchas provincias y municipios se han adelantado en esta materia, esto va a llevar a que todas las jurisdicciones tengan que adherir a la ley, lo cual es valioso'.

'Aquí se ha señalado que el hábito tan pernicioso de fumar tiene que ver con la cultura de la sociedad y el momento; pero también, debemos decir que esta cultura está cambiando, porque hoy vemos que, en lugares donde se ha aplicado la prohibición de fumar, en lugares públicos, se ha cumplido esta normativa. Yo era escéptico hace cinco años, cuando Tucumán dictó esta prohibición, porque conociendo la idiosincrasia del norte argentino, pensé que esa ley iba a ser incumplida. Tal vez, eso determinó que Salta se demorara un tiempo más en dicha aplicación. En definitiva, aquí entran en juego el cumplimiento, el acatamiento y la falta de sanción, también, debida a la reacción no violenta de quienes no fuman, pero que están pidiendo que no se los invada con el humo'.

'Ahora bien, volviendo al tema de las facultades provinciales y municipales, creo que es muy importante que se reconozca que la policía de salubridad constituye una facultad provincial o municipal -en muchos casos-, como ocurre con las habilitaciones de la publicidad en la vía pública. Ya hay normas sobre esto. Pero la vía pública y las promociones son facultades municipales y provinciales. Y el uso y el consumo tienen que ver, también, con la salubridad. De igual modo, el funcionamiento de los establecimientos comerciales constituye, a su vez, una facultad local. Y si estos dos artículos -27 y 39- no estuvieran, realmente, le estaríamos haciendo un daño a la división de los poderes y a las facultades que las provincias nunca delegaron y no deberíamos sustituirlas con una ley" (Cámara de Senadores de la Nación - 16° reunión - 11° sesión ordinaria - 25 de agosto de 2010).



Corte Suprema de Justicia de la Nación

23) Que en el marco del control constitucional francés, el Consejo Constitucional declaró conforme a la Constitución francesa, en la Decisión N° 90-283 DC del 8 de enero de 1991, el art. 2° de la ley relativa a la lucha contra el tabaquismo y el alcoholismo, el cual prohíbe toda propaganda o publicidad, directa o indirecta, de productos de alcohol o tabaco, al igual que toda distribución gratuita de los mismos. Según el Consejo, una decisión legislativa de tal naturaleza es constitucional, pues parte de (i) la potestad estatal, también existente en el derecho francés, de regular la publicidad de los bienes y servicios; y (ii) que una limitación de esa naturaleza tiene una incidencia directa en la garantía del principio constitucional de protección de la salud pública.

Además, se sostuvo que tampoco podía considerarse que la prohibición afectase la libertad de empresa, en tanto frente a este derecho también pueden imponerse limitaciones relacionadas con el interés general y, en cualquier caso, la normatividad analizada no impone restricciones a la producción, distribución y venta de recursos de tabaco.

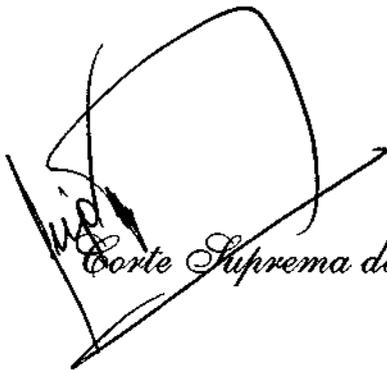
Por su parte, el Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania, al ponderar las distintas regulaciones en este campo, calificó el deber de las tabacaleras de colocar sobre sus productos advertencias sobre el peligro para la salud que implica fumar, como una interferencia relativamente leve. En cambio, consideró que una prohibición total de cualquier tipo de productos de tabaco constituiría una interferencia grave. Del lado de los argumentos contrarios frente a los peligros de fumar, la importancia de las razones que justifican la

interferencia alta (BVerfGE 95, 173, decisión de la Segunda del Tribunal Constitucional Federal, del 22 de enero de 1997, Alexy Robert, "La construcción de los derechos fundamentales", Ed. AD-Hoc, Buenos Aires, 2012, págs. 27 y ss.).

24) Que de las decisiones judiciales anteriores, traídas a título de ejemplo, es posible extraer que en el derecho comparado existe una tendencia sobre la validez *prima facie* de las medidas legislativas tendientes a limitar, e incluso prohibir -como en el caso de autos- la publicidad comercial de productos de tabaco.

Los rasgos comunes de las distintas decisiones están relacionadas a la admisibilidad de tales restricciones, en razón de los efectos que para la salud pública genera el consumo de tabaco; la posibilidad que por estos fines constitucionalmente valiosos se impongan restricciones a la empresa y al ámbito protegido del discurso comercial; y la necesidad de adelantar un juicio de proporcionalidad para determinar la validez del arreglo entre medios y fines, respecto a la limitación impuesta a la publicidad de tabaco y el desestímulo del consumo, en especial frente a sujetos de especial protección.

25) Que en el presente caso la medida provincial justificada en el derecho a la salud, puede interpretarse razonablemente como la extensión de los contenidos que se determinan en la ley nacional 26.687, de modo tal que el legislador provincial se habría anticipado incorporando, bien que con una mayor estrictez, aristas que aquella iba más tarde a prever, aun de un modo diverso (la ley nacional trae una prohibición -art. 5°-,



Corte Suprema de Justicia de la Nación

pero con excepciones -art. 6º-, y la ley provincial, solo la disposición prohibitiva contenida en el art. 7º).

En efecto, de acuerdo a los principios constitucionales examinados, los contenidos normativos de la ley nacional han de reputarse como aquellos que no limitan a la autoridad local, ni impiden desarrollarlos para garantizar la salud de sus habitantes, al desestimular el consumo de productos de tabaco, en ejercicio de los poderes locales en el ámbito que, en el caso, la ley debe reconocer, sin que ello implique afectar el marco de razonabilidad que fija el art. 28 de la Constitución Nacional.

En definitiva, la facultad ejercida por la Provincia de Santa Fe a través de la ley 12.432 para regular lo atinente a la publicidad del tabaco no se revela como desproporcionada con la finalidad perseguida de bien público; por el contrario, el legislador provincial ha ejercido sus facultades en forma razonable, y no arbitraria pues se basó en propósitos de salud pública y tuvo como guía los estándares internacionales, anticipándose de tal manera a la regulación nacional, como una opción -con variantes por cierto respecto de ella- que cabe reputar legítimamente adoptada en la jurisdicción provincial, sin que se configure agravio constitucional, atento a los derechos afectados.

Es en esa inteligencia, que la Provincia de Santa Fe avanzó en la regulación y redujo aun más el ámbito de acción de las empresas en su faz publicitaria; en igual sentido, su decreto reglamentario ratifica esa línea, y ambos suponen una valla de protección del derecho a la salud garantizado por vía de las

formulaciones normativas y de la acción del poder de policía local, expresión genuina de las potestades locales.

Por ende, la impugnación constitucional del art. 7° de la ley local no puede prosperar.

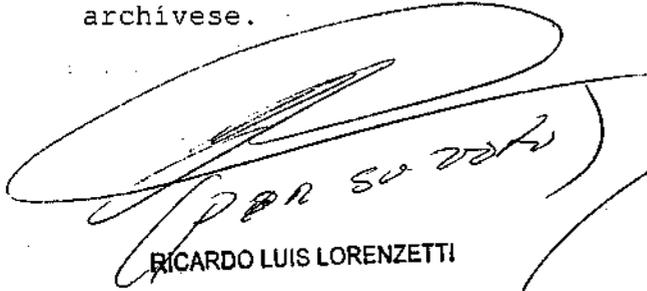
26) Que igual temperamento debe adoptarse con respecto al planteo relativo al art. 8° de la ley 12.432, en punto a la prohibición, promoción y auspicio de eventos deportivos y culturales, y de participar de ellos con indumentaria que contenga publicidad de empresas y/o marcas dedicadas a la producción y/o distribución de tabaco y sus derivados. Si bien difiere de la letra del art. 8° del régimen nacional, según el cual se prohíbe "a los fabricantes y comerciantes de productos elaborados con tabaco, realizar el auspicio y patrocinio de marca en todo tipo de actividad o evento público, y a través de cualquier medio de difusión", se exhibe como una restricción adecuada en tanto circunscripta a determinadas actividades deportivas, siendo -por los fundamentos expuestos precedentemente- resorte de las provincias habilitarlas en el ámbito de su jurisdicción respectiva. En consecuencia, el agravio invocado en este aspecto tampoco puede prosperar.

Por ello y oído el señor Procurador General, se resuelve: Rechazar la demanda seguida por Nobleza Piccardo S.A.I.C. y F., contra la Provincia de Santa Fe y declarar la validez de los

-//-

Corte Suprema de Justicia de la Nación

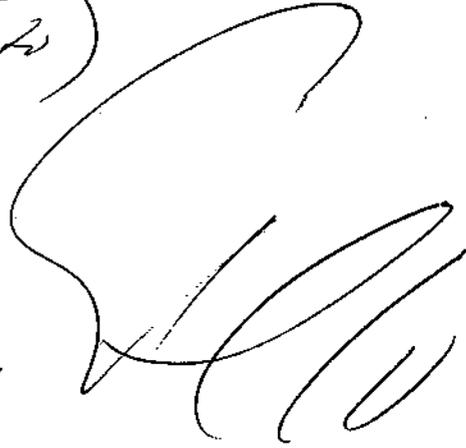
-//-arts. 7° y 8° de la ley 12.432. Con costas (art. 68, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese, remítase copia a la Procuración General de la Nación y, oportunamente, archívese.



RICARDO LUIS LORENZETTI

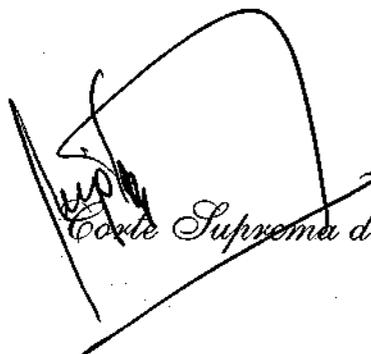


JUAN CARLOS MAQUEDA



ELENA HIGHTON de NOLASCO

VO-//-



Corte Suprema de Justicia de la Nación

-// -TO DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON RICARDO LUIS LORENZETTI

Considerando:

Que el infrascripto coincide con los considerandos 1° a 9° de este pronunciamiento.

10) Que, con referencia a las facultades constitucionales de la Provincia de Santa Fe para legislar en la materia, es preciso recordar que, de acuerdo con la distribución de competencias que emerge de la Constitución Nacional, los poderes de las provincias son originarios e indefinidos (art. 121), en tanto que los delegados a la Nación son definidos y expresos (art. 75) (Fallos: 304:1186; 312:1437; 329:976; 332:66, entre muchos otros).

Ello implica que las provincias pueden dictar las leyes y estatutos que juzguen conducentes a su bienestar y prosperidad, sin más limitaciones que las prohibiciones enumeradas en el art. 126 de la Carta Magna, y la razonabilidad, que es requisito de todo acto legítimo (Fallos: 7:373; 289:238; 320:89, 619; 322:2331 y 330:3098, disidencia de los jueces Lorenzetti y Zaffaroni).

En tales condiciones, es lógico concluir, tal como lo ha hecho la Corte desde sus orígenes, que los actos de la legislatura de una provincia no pueden ser invalidados sino en aquellos casos en que la Constitución concede al Congreso Nacional en términos expresos un exclusivo y excluyente poder; o en los que el ejercicio de idénticos poderes ha sido expresamente prohibido a las provincias; o cuando hay una manifiesta e insal-

vable incompatibilidad entre la norma provincial y la del Congreso, en cuyo caso debe prevalecer esta última en virtud del principio de supremacía nacional consagrado en el art. 31 de la Constitución Nacional (Fallos: 3:131; 302:1181; 320:619; 322:2331, entre muchos otros).

11) Que la regulación de la publicidad y promoción de productos cuyo consumo importe un riesgo para la salud de la población no encuadra en ninguna de las facultades que el ordenamiento jurídico vigente reconoce como exclusiva y excluyente del Congreso de la Nación. Tampoco se trata de una materia expresamente vedada a las provincias. Por ende, es imprescindible concluir que se trata de una competencia de incumbencia compartida y concurrente.

Sin perjuicio de lo expuesto, en este caso, la competencia concurrente también está fundada en el principio de aplicación eficaz de los derechos del consumidor, tal como ocurría en el precedente de Fallos: 330:3098.

En efecto, la norma impugnada pretende proteger la salud de quienes consumen cigarrillos, que constituyen un grupo especialmente vulnerable, en tanto -para muchos de ellos- el hábito de fumar se ha transformado en una adicción. En tales condiciones, también el art. 42 de la Constitución Nacional justifica la existencia de disposiciones provinciales complementarias que tengan por finalidad lograr, junto a las normas nacionales en la materia, una aplicación más efectiva de los derechos del consumidor.



CSJ 188/2006 (42-N)/CS1

ORIGINARIO

Nobleza Piccardo S.A.I.C. y F. c/ Santa Fe, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad.

Por todo lo expuesto, el bienestar de los ciudadanos, el federalismo, la descentralización institucional, y la aplicación efectiva de los derechos del consumidor constituyen una estructura de principios suficiente para sustentar la competencia concurrente (Fallos: 330:3098, disidencia de los jueces Lorenzetti y Zaffaroni, considerando 8°).

12) Que sentado lo anterior, y dado que ambas jurisdicciones han regulado sobre la misma materia, solo resta analizar si existe una incompatibilidad absoluta e inconciliable entre la norma local y la nacional, lo que llevaría a declarar la invalidez de la primera.

En este punto, la actora sostiene que tal incompatibilidad tiene lugar puesto que la ley provincial impone mayores restricciones que la ley nacional con relación a la publicidad de este tipo de productos.

Esa afirmación, sin embargo, no es consistente con la jurisprudencia de la Corte.

El Tribunal ha sostenido, desde sus orígenes, que el simple hecho de que ambas jurisdicciones regulen el asunto de maneras diferentes no es suficiente para invalidar la norma local, sino que es necesario que haya una "repugnancia efectiva", un "conflicto irreparable", lo que ocurre cuando la aplicación de la legislación provincial provoca un "óbice al imperio y a los objetivos de la ley nacional de protección", de modo tal que el único camino a transitar por esta Corte sea el de restar validez a las normas locales en orden a restablecer la precedencia

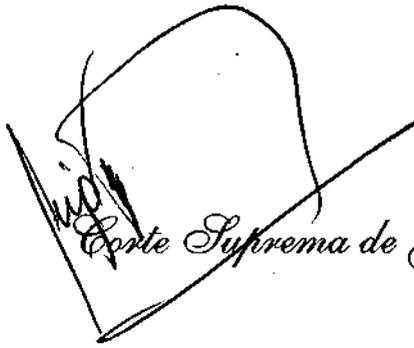
del derecho federal (doctrina de Fallos: 3:131; 137:212; 239:343; 300:402 y 333:1088, disidencia de la jueza Argibay).

En línea con estas pautas, la parte actora no debió invocar la simple disparidad entre las normas, sino probar que la aplicación de la ley provincial entorpecía severamente la política nacional fijada en la ley 26.687.

Nada de eso ha sucedido en autos. Por el contrario, ambas legislaciones se inscriben en la misma tendencia y establecen el principio fundamental de la prohibición de publicidad de productos elaborados con tabaco. Una lectura integral y armónica de las dos regulaciones permite concluir que son normas complementarias que pretenden avanzar en la concreción de políticas públicas comunes en orden a la protección de derechos fundamentales de la población y, en particular, de los consumidores.

Por lo demás, el hecho de que la ley local —a diferencia de la nacional— no prevea excepciones a la regla, no alcanza para demostrar una "repugnancia efectiva" en los términos de la jurisprudencia de este Tribunal. Una interpretación diferente sería completamente incompatible con la amplitud de las atribuciones que las legislaturas provinciales se reservaron para promover el bienestar de sus poblaciones y con la consiguiente proscripción de cualquier interpretación extensiva de aquellas normas que introduzcan límites a dicho poder provincial.

13) Que una vez despejado el agravio relativo a la habilitación constitucional de la Provincia de Santa Fe para legislar en la especie, corresponde examinar si la regulación pro-



vincial, al prohibir todo género de publicidad del cigarrillo con fundamento en la protección del derecho a la salud, constituye una reglamentación irrazonable y, por ende, inconstitucional. En particular, es menester evaluar si la norma impugnada importa una restricción desproporcionada de las libertades económicas y de expresión comercial de la empresa, garantizadas en la Constitución Nacional.

Al respecto, cabe recordar que, desde el antiguo precedente de Fallos: 31:273, la Corte ha reconocido al Poder Legislativo la facultad de restringir el ejercicio de los derechos establecidos en la Constitución Nacional a fin de preservar otros bienes también ponderados en ella. Ello es así, porque nuestro ordenamiento jurídico no reconoce la existencia de derechos absolutos sino limitados por las leyes que reglamentan su ejercicio, con la única condición de no alterarlos en su sustancia y de respetar los límites impuestos por las normas de jerarquía superior (arts. 14, 28 y 31 de la Constitución Nacional y Fallos: 249:252; 257:275; 262:205; 296:372; 300:700; 310:1045; 311:1132; 316:188; entre muchos otros).

Desde esta perspectiva, el Tribunal ha establecido que el límite sustancial que la Constitución impone a todo acto estatal, y en particular a las leyes que restringen derechos individuales, es el de la razonabilidad (Fallos: 288:240 y 330:3098, disidencia de los jueces Lorenzetti y Zaffaroni).

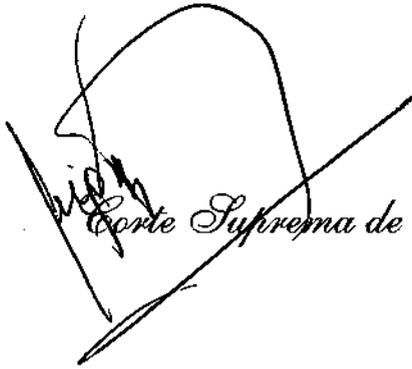
Esto implica, según la Corte, que las leyes deben perseguir un fin válido a la luz de la Constitución Nacional; que las restricciones impuestas deben estar justificadas en la

realidad que pretenden regular; y que los medios elegidos deben ser proporcionados y adecuados para alcanzar los objetivos proclamados (arts. 14 y 28 de la Constitución Nacional, y doctrina de Fallos: 248:800; 243:449; 334:516; 335:452, entre otros).

Asimismo, cabe recordar que la proporcionalidad supone que las restricciones que se impongan no deben valorarse en abstracto sino en función de la entidad del bien que se pretende proteger (doctrina de Fallos: 313:1638; 330:855 y 334:516).

14) Que a la luz de lo expuesto, cabe recordar que el derecho a la salud está íntimamente relacionado con el derecho a la vida, siendo este último el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional; ello así por ser el hombre el eje y centro de todo el sistema jurídico, siendo su vida y su persona un valor fundamental, con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (Fallos: 302:1284; 310:112; 316:479; 323:3229; 329:4918).

Asimismo, el Tribunal ha sostenido que la tutela de este derecho es una manda consagrada por la Constitución Nacional y por los tratados internacionales que tienen tal jerarquía, lo que implica la obligación impostergable del Estado Nacional para garantizarlo con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga (Fallos: 321:1684; 323:1339, 3229; 329:1638 y 330:4647; y art. 75, inc. 22, de la Ley Suprema; art. 12, inc. c, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y



Corte Suprema de Justicia de la Nación

Culturales; inc. 1 de los arts. 4° y 5° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica-; inc. 1°, del art. 6° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; como así también el art. XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos).

Finalmente, y en lo que al caso interesa, el derecho a la salud también está reconocido y protegido en el art. 19 de la Constitución de la Provincia de Santa Fe, el que lo declara "como derecho fundamental del individuo e interés de la colectividad. Con tal fin establece los derechos y deberes de la comunidad y del individuo en materia sanitaria y crea la organización técnica adecuada para la promoción, protección y reparación de la salud, en colaboración con la Nación, otras Provincias y asociaciones privadas nacionales o internacionales".

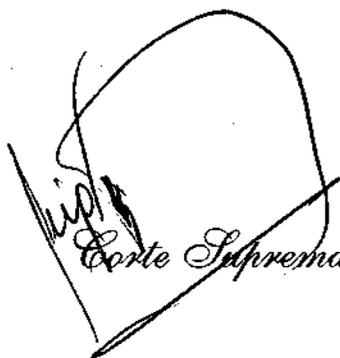
15) Que la parte actora no discute el hecho de que existe suficiente evidencia científica conocida acerca de los efectos perniciosos para la salud que ocasiona el consumo del tabaco y la exposición al humo que produce, así como el impacto sanitario que tiene en la vida de las personas; más aún, lo admite (ver demanda a fs. 4/5 del expediente).

Esta realidad, cabe destacar, es lo que ha llevado a muchos países a adoptar distintas estrategias y acciones encaminadas a prevenir esos daños y a restringir la demanda de este tipo de productos. Como ejemplo de lo dicho, y a nivel global, es imprescindible mencionar el Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud para el Control del Tabaco (CMCT) -aprobado

el 21 de mayo de 2003, en vigor desde el 27 de febrero de 2005, y que fue suscripto por nuestro país pero aún no ha tenido ratificación legislativa-. Este tratado da cuenta de que el "tabaquismo es un problema mundial con graves consecuencias para la salud pública", que "la ciencia ha demostrado inequívocamente que el consumo de tabaco y la exposición al humo de tabaco son causas de mortalidad, morbilidad y discapacidad", y que "los cigarrillos y algunos otros productos que contienen tabaco están diseñados de manera muy sofisticada con el fin de crear y mantener la dependencia, que muchos de los compuestos que contienen y el humo que producen son farmacológicamente activos, tóxicos, mutágenos y cancerígenos, y que la dependencia del tabaco figura como un trastorno aparte en las principales clasificaciones internacionales de enfermedades". En igual sentido, y a nivel regional, se pueden citar las Resoluciones MERCOSUR/CMC/DEC. n° 20/03 y 21/03 "ESTRATEGIA REGIONAL PARA EL CONTROL DEL TABACO EN EL MERCOSUR", adoptadas sobre la base de similares comprobaciones fácticas, con el propósito de "reducir de manera continua y sustancial la prevalencia del consumo de tabaco y la exposición al humo de tabaco en la Región, a fin de disminuir sus devastadoras consecuencias sanitarias, ambientales, sociales y económicas".

16) Que, en este contexto fáctico y jurídico, y de conformidad con los criterios señalados en el considerando 13, la ley provincial es razonable.

En primer lugar, porque persigue una finalidad constitucionalmente válida. La Ley Fundamental no solo permite sino que obliga a las autoridades públicas a adoptar medidas y polí-



Corte Suprema de Justicia de la Nación

ticas tendientes a proteger la salud de la población. Además, el derecho vigente en nuestro país admite y persigue, como objetivo legítimo, la reducción de la demanda de productos elaborados con tabaco para consumo humano (ver art. 2º, ley 26.687, resoluciones MERCOSUR/CMC/DEC. n° 20/03 y 21/03 y los mensajes de elevación del Poder Ejecutivo Nacional de diversos proyectos de ley en la materia agregados a fs. 274/351 del expediente), más allá de las eventuales desventajas que esto podría generar en las empresas que intervienen en la cadena de distribución de este tipo de productos.

Por otra parte, porque las restricciones impuestas están plenamente fundadas y justificadas en la evidencia científica acerca de los efectos perniciosos para la salud que ocasiona el consumo del tabaco y la exposición al humo que produce (ver considerando 15).

Finalmente, porque los medios elegidos –prohibición total de publicidad y promoción– son adecuados y proporcionados. La prohibición de publicidad resulta conducente para lograr la reducción del hábito de fumar y, a su vez, no constituye una restricción excesiva para las libertades económicas de las empresas.

En este punto, es especialmente relevante destacar que no se ha alegado, ni mucho menos acreditado, que la prohibición total de publicidad afecte la sustentabilidad económica de la empresa ni que interfiera, en forma esencial, en la producción, distribución y venta de estas mercancías. En definitiva,

no se ha demostrado que las restricciones cuestionadas importen un menoscabo del derecho a ejercer toda industria lícita.

Muy por el contrario, la propia actora sostiene que, según un trabajo académico que acompaña, "la prohibición total de la publicidad y promoción de tales productos...ningún efecto conlleva tendiente a disminuir el consumo y/o a desalentar a los más jóvenes en tal sentido. Allí se advierte, además, que el tabaco es uno de los productos denominados 'maduros' por tener larga trayectoria en el mercado y que, para darse a conocer o aumentar sus ventas, no necesitan de la publicidad" (ver fs. 486 vta. del expediente).

En tales condiciones, la afectación alegada por la actora se reduce a que la empresa ve limitadas sus posibilidades de "diferenciar su marca" respecto de sus competidores -que podrán elegir entre las distintas marcas teniendo en cuenta la calidad y el precio del producto y no los mensajes contenidos en la publicidad-.

Este agravio -que no pasa de ser una mera discrepancia con el criterio legislativo sobre la utilidad de la medida- carece de entidad suficiente para cuestionar la razonabilidad de la ley.

Por todo lo expuesto, al ponderar la entidad de los objetivos que persigue la ley y la naturaleza de los derechos en juego frente al grado de restricción de las libertades económicas de la actora, no cabe sino concluir que la ley provincial es razonable a la luz de los estándares fijados en la jurisprudencia del Tribunal.

Corte Suprema de Justicia de la Nación

17) Que, como último punto, cabe señalar que el análisis de razonabilidad realizado es suficiente, también, para descartar el agravio de la actora fundado en la afectación de su libertad de expresión.

Ello es así porque el discurso que la actora considera afectado tiene el solo objetivo de fomentar el consumo de bienes y servicios.

En tales condiciones, aunque se encuentra protegido por los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional, el discurso que la actora dice afectado no tiene una estrecha relación con el funcionamiento del sistema republicano y democrático.

Esto implica que no hay fundamento constitucional para otorgarle una protección tan intensa como a otras manifestaciones de ideas que forman parte de la necesaria participación y deliberación en toda sociedad democrática, ni tampoco para evaluar las limitaciones que las leyes le impongan con el escrutinio particularmente estricto que suele aplicarse en materia de libertad de expresión (ver Fallos: 248:291; 311:2553; 331:162 y causa CSJ 439/2013 (49-G)/CS1 "Grupo Clarín S.A. y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional y otro s/ acción meramente declarativa", fallada el 29 de octubre de 2013, entre muchos otros).

Por ello y oído el señor Procurador General, se resuelve: Rechazar la demanda seguida por Nobleza Piccardo S.A.I.C. y F. contra la Provincia de Santa Fe y declarar la validez de los

-//-

-//arts. 7° y 8° de la ley 12.432. Con costas (art. 68, Código
Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese, remítase
copia a la Procuración General de la Nación y, oportunamente,
archívese.

A large, stylized handwritten signature in black ink, consisting of several loops and a long horizontal stroke extending to the right.

RICARDO LUIS LORENZETTI

Corte Suprema de Justicia de la Nación

NOMBRE DEL ACTOR: Nobleza Piccardo S.A.I.C. y F.

NOMBRE DEL DEMANDADO: Provincia de Santa Fe.

Profesionales intervinientes: Dres. Roberto Pablo Büsser, Pablo Luis Tomase-lli, Rodolfo Perazzo, Juan A. Capelli, Gregorio Badeni, Carlos Laplacette, Carlos Lanardonne y Alejandro Hermo; Juan Carlos Carbone, Juan Pablo Cifre, Analía I. Colombo; Jorge Alberto Barraguirre (h), Fiscal General de la Provincia de Santa Fe; María Nélide A. Puch Pinasco.

MINISTERIO PÚBLICO: Dres. Luis González Warcalde y Laura M. Monti.





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA IV
**92730/2019 Incidente N° 1 - ACTOR: MAGNOTTA HUGO VICTOR Y OTRO
DEMANDADO: EN-AFIP-DGI s/INC DE MEDIDA CAUTELAR**

Buenos Aires, 29 de diciembre de 2020.

VISTO:

El recurso interpuesto por el Fisco Nacional contra la concesión de la medida cautelar del 09/11/20; y

CONSIDERANDO:

1º) Que, el 9/11/20 el *a quo* hizo lugar a la medida cautelar solicitada por los Sres. Hugo Víctor Magnotta y Guillermo César Viola, y ordenó a la AFIP que -a través del agente de retención (IAF)- se abstuviera de descontar suma alguna en concepto de Impuesto a las Ganancias sobre los haberes de retiro de los actores, hasta tanto se dictase sentencia definitiva en las presentes actuaciones.

Para así resolver, consideró aplicable el criterio sentando por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “*García, María Isabel c/AFIP s/ acción meramente declarativa*”, sent. del 26/03/19 (*Fallos*: 342:411), ratificado en numerosas oportunidades. Puntualizó que la condición de retirados de los actores, el carácter alimentario de sus haberes y el marco protectorio -constitucional y convencional- del colectivo al que pertenecen, alcanzaba para considerar acreditado el requisito del peligro en la demora.

Por su parte, resaltó que en función al carácter social de la acción intentada, la cautela requerida debía extender sus efectos hasta tanto se dicte sentencia definitiva sobre el fondo de la cuestión Con respecto a la contracautela, fijó caución juratoria.

2º) Que, disconforme con la decisión, el Fisco Nacional interpuso recurso de apelación el 16/11/20 y lo fundó el 10/12/20, que fue contestado por su contraria el 14/12/20.

Señala que el *a quo* concedió la medida cautelar en una instancia preliminar haciendo prevalecer el interés individual de los actores por sobre el de la comunidad con la consecuente perturbación de la oportuna y tempestiva percepción de las rentas públicas. En esa misma línea, precisa que el dictado de medidas como la aquí involucrada se traduce en la dificultad de llevar a cabo la actividad primaria del Estado, consistente en la satisfacción de las necesidades públicas.

Puntualiza que el objeto de la medida se confunde con la pretensión de fondo deducida en autos, lo cual obsta a su procedencia.

Sostiene, que a los efectos de dotar de mayor tutela al colectivo de jubilados, la ley 27.346 sustituyó el artículo 23 de la ley del Impuestos a las Ganancias por lo que “*sólo tributan aquellos jubilados cuyos haberes superen la*



deducción agravada dispuesta, superior a seis veces la suma de los haberes mínimos garantizados definidos en el artículo 125 de la Ley N.º 24.241”.

Manifiesta que la cautela concedida importa suspender los efectos de una ley y por ello debe ser apreciada con carácter restrictivo dado que su presunción de validez es superior y ostenta mayor fuerza que la otorgada por el ordenamiento jurídico a los actos administrativos.

Pone de relieve que los actores no acreditaron que el daño que pudiera producirse durante el pleito tornare el pronunciamiento a dictarse de imposible cumplimiento o la existencia de una situación de gravedad que los afectase económicamente, a fin de justificar la protección jurisdiccional pretendida.

Agrega que la edad de los Sres. Magnotta y Viola resulta insuficiente para demostrar la inconstitucionalidad del tributo y destaca que tampoco se advierte una situación puntual que los colocaría en “*estado de vulnerabilidad*” frente al impuesto bajo trato.

Alega que los porcentajes retenidos son muy inferiores al precedente “García” en donde las retenciones oscilaron entre el 29,33% y el 31,94% del ingreso; máxime teniendo en consideración que los haberes jubilatorios de los accionantes son superiores a los de la media del país. Añade que la incidencia del Impuesto a las Ganancias sobre los haberes de los actores no refleja la existencia de confiscatoriedad.

Por último, solicita que se establezca un plazo de duración de la medida cautelar que no supere los seis meses, conforme lo dispuesto por el artículo 5º de la ley 26.854.

3º) Que, conforme surge de las constancias de la causa, los actores son jubilados y sujetos pasivos del Impuesto a las Ganancias (cfr. documental adjuntada el 13/08/20).

4º) Que, con relación al **primero de los recaudos exigibles** para el otorgamiento de la tutela cautelar pretendida, corresponde estar a lo resuelto por esta Sala *in re* “*Incidente N° 1 - ACTOR: Falabella, Alfredo Pedro Pablo DEMANDADO: EN-AFIP s/Inc. Apelación*”, considerandos 4º y 5º, sent. del 10/09/20, cuyos fundamentos resultan aplicables al *sub lite*, a los que cabe remitirse por razones de brevedad y a fin de evitar repeticiones innecesarias.

Se hace saber a los letrados que el texto de las sentencias citadas puede ser consultado en la página de internet www.cij.gov.ar/sentencias.html o requerido a través del correo electrónico del Tribunal (cncontadmfed.sala4@pjn.gov.ar).

5º) Que, en cuanto a la verificación del **peligro en la demora**, cabe recordar que los presupuestos procesales de las medidas cautelares se hallan de





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA IV
**92730/2019 Incidente N° 1 - ACTOR: MAGNOTTA HUGO VICTOR Y OTRO
DEMANDADO: EN-AFIP-DGI s/INC DE MEDIDA CAUTELAR**

tal modo relacionados que, a mayor verosimilitud en el derecho puede atemperarse el rigor acerca del *periculum in mora* y viceversa, en la medida en que ambos recaudos se hallen presentes. Asimismo, tal evaluación exige ponderar tanto el gravamen que produciría el mantenimiento de la aplicación del Impuesto a las Ganancias aquí cuestionado si al cabo del proceso este último fuera declarado ilegítimo, como aquél que resultaría de su suspensión temporal, en el supuesto de arribarse a una sentencia adversa a la pretensión (esta Sala, causa 63609/2017/1/CA1, “Abarca”, resol. del 21/11/17). Este balance, ponderado a la luz del menor rigor exigido para la configuración del recaudo aludido, arroja un saldo favorable al otorgamiento de la tutela en este juicio a tenor del carácter alimentario de los haberes jubilatorios.

Máxime en la actualidad, frente al notorio deterioro general del contexto económico nacional suscitado —entre otras— por las medidas adoptadas para contener la pandemia producida por el virus COVID-19 (cfr. “*Musetti, Ofelia Orfilia c/ EN-AFIP s/proceso de conocimiento*”, sent. del 7/07/20 y “*Gatti, César Alfredo c/ EN-AFIP s/proceso de conocimiento*”, sent. del 16/07/20).

6º) Que, con respecto al grado de **afectación al interés público** comprometido, la concesión precautoria de la tutela no puede soslayar el *quantum* y la incidencia concreta que traería aparejada la falta de recaudación por parte del Estado del gravamen en cuestión y el carácter alimentario que dichos fondos tienen para los sujetos pasivos del tributo. Más aún cuando la doctrina jurisprudencial seguida por este Tribunal atiende a los mandatos constitucionales referidos al colectivo involucrado y se encuentra sujeta a la recepción por parte del legislador de los lineamientos fijados por la Corte Suprema.

Por lo demás, no resulta acertada la apreciación del Fisco con respecto a la coincidencia de la cautela con el objeto de la demanda principal, puesto que dicha circunstancia comporta un impedimento insalvable para la procedencia de la medida siempre que aquélla no tenga efectos jurídicos o materiales irreversibles en oportunidad de dictarse la sentencia definitiva; extremo que no se verifica en autos puesto que, ante un pronunciamiento desfavorable sobre el fondo de la cuestión, los actores deberían ingresar los montos no retenidos oportunamente.

7º) Que, en cuanto al **plazo de concesión**, cabe tener presente que el art. 5º de la ley 26.854 dispone que no procede el deber de fijar el plazo dispuesto en su primer párrafo cuando la medida tenga por fin la tutela de los supuestos enumerados en el art. 2º, inc. 2º, es decir, cuando se encuentre comprometido, entre otros supuestos, un derecho de naturaleza alimentaria, *como lo es en el caso de autos*, por lo que cabe desestimar los agravios del Fisco sobre el punto (conf. esta Sala *in re* “*Gatti, César Alfredo c/ EN-AFIP s/proceso de conocimiento*”, sent. del 16/07/20).



8º) Que, en función de lo expuesto, corresponde rechazar el recurso interpuesto por la demandada y confirmar el pronunciamiento apelado. Con costas (art. 68, primera parte del CPCCN).

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

MARCELO DANIEL DUFFY

JORGE EDUARDO MORAN

ROGELIO W. VINCENTI.

Fecha de firma: 29/12/2020

Firmado por: MARCELO DANIEL DUFFY, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: JORGE EDUARDO MORAN, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: ROGELIO W VINCENTI, JUEZ DE CAMARA



#35145985#277767108#20201228161408399



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA III
11021/2020 COMEXT SOLUTIONS SRL c/ EN-M DESARROLLO
PRODUCTIVO-SCI Y OTROS s/MEDIDA CAUTELAR
(AUTONOMA)

Buenos Aires, de marzo de 2021.- SH

Y VISTOS:

La revocatoria planteada por la parte actora, respecto de lo resuelto el miércoles 10 de febrero de 2021.

CONSIDERANDO:

I.- Que la firma Comext Solutions SRL manifiesta que “el Tribunal ha incurrido en un yerro, seguramente motivado por el cúmulo de tareas diarias que pesan sobre su personal. Ello, por cuanto resulta inexacto que esta parte haya omitido promover la demanda ordinaria a la que, como bien se señala, se hizo alusión en el escrito de inicio. En efecto, si se consulta el Sistema Lex 100 PJN podrá advertirse que la referida acción de fondo fue iniciada y proveída el día 21 de septiembre de 2020, esto es incluso antes que la medida cautelar fuera efectivamente trabada. El citado expediente tramita bajo la carátula “Comext Solutions S.R.L. c/ EN-M Desarrollo Productivo-Secretaría Industria Economía del Conocimiento y Gestión Comercial Externa y otro s/ Proceso de conocimiento” (Expte. N° 12.940/2020) y se encuentra en trámite por ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 3, Secretaría N° 5.”

En su consecuencia, solicita que se deje sin efecto la caducidad de la medida cautelar declarada el 10 de febrero de 2020.

II.- Que, de manera preliminar, cabe dejar sentado que no es factible para esta alzada corroborar lo manifestado por la parte actora a través del sistema lex100 -pues sólo habilita a compulsar las causas que tenga radicación en la cámara- y que sólo es posible, a partir del número de causa recientemente informado, acceder a la demanda a través del sitio oficial del pjn, dado que la medida cautelar autónoma que tramita con el número 11.021/2020 y la demanda instaurada en el expediente digital 12.940/2020 no se encuentran “vinculadas” en ese sistema, tal como fue puesto de relieve en la resolución referida.



Sin perjuicio de ello, siendo recién ahora asequible para el tribunal conocer la acción instaurada en función de lo informado por la interesada, toda vez que de la compulsa en el sitio web oficial pjn.gov.ar de la causa 12.940/2020 surge que la demanda allí incoada en forma previa al vencimiento del plazo previsto en el art. 207 del Código Procesal, tiene por objeto las licencias que tramitan bajo los números SIMI N° 20042SIMI010486K; 20042SIMI010487L; 20042SIMI010488M; 20042SIMI010604C; 20042SIMI010940F; 20042SIMI010941G; y, 20001SIMI207787R (que son las mismas de las que se ocupa la medida cautelar apelada), corresponde admitir la revocatoria planteada, dejar sin efecto la caducidad declarada y resolver los recursos de apelación interpuestos por el BCRA, la AFIP- DGA y el Estado Nacional Ministerio de Desarrollo Productivo, lo cual **ASÍ SE DECIDE.**

III.- Que habiendo quedado ello establecido, resulta conveniente recordar que, por la resolución del 9 de septiembre de 2020, el señor juez de primera instancia hizo lugar a la medida cautelar solicitada por la firma Comext Solutions SRL y, en consecuencia, ordenó a la AFIP - Dirección General de Aduanas que se abstenga de exigir —en el caso de encontrarse reunidos los demás requisitos— el estado de “SALIDA” de las declaraciones del Sistema Integral de Monitoreo de Importaciones (SIMI) nro. 20042-SIMI-010486K, 20042-SIMI-010487L, 20042-SIMI-010488M, 20042-SIMI-010604C, 20042-SIMI-010940F, 20042-SIMI-010941G y 20001-SIMI-207787R, así como el cumplimiento de lo dispuesto en la Resolución nro. 523-E/2017 de la Secretaría de Comercio y sus modificatorias, a los fines de la tramitación del despacho a plaza, con fines de destinación de importación definitiva, de la mercadería que ellas amparan; y sin perjuicio de que, despachada a plaza la mercadería, se continúe el respectivo trámite de aquellas. Todo ello por un plazo de vigencia de seis (6) meses (art. 5° de la ley 26.854) o hasta tanto se dicte sentencia





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA III
11021/2020 COMEXT SOLUTIONS SRL c/ EN-M DESARROLLO
PRODUCTIVO-SCI Y OTROS s/MEDIDA CAUTELAR
(AUTONOMA)

definitiva en la demanda que deberá interponerse dentro de los diez (10) días siguientes al de la traba de la medida, lo que ocurra primero.

Para así decidir, luego de recordar los recaudos de admisibilidad de las tutelas anticipadas y de reseñar las normas aplicables al caso, consideró que la firma actora acreditó haber presentado ante la AFIP, por intermedio de su página web, las declaraciones nro. 20042-SIMI-010486K, 20042-SIMI-010487L, 20042-SIMI-010488M, 20042-SIMI-010604C, 20042-SIMI-010940F, 20042-SIMI-010941G, y 20001-SIMI-207787R, y que se mantienen “observadas” por la Secretaría de Industria de Industria, Economía del Conocimiento y Gestión Comercial Externa desde los días 2-7-2020, 3-7-2020, 7-7-2020 y 15-7-2020.

Reparó en que el Ministerio de Desarrollo Productivo, brindó explicaciones para intentar justificar las observaciones, argumentando que se motivan en que el importador no cumplimentó acabadamente con lo dispuesto por el inc. 3° del art. 3 de la Resolución nro. 523-E/17.

En estas condiciones, advirtió el magistrado que “la autoridad pública se refiere en forma genérica a la norma que invoca, sin precisar cuál sería la información omitida que se indica en cada uno de los Anexos II a XIV de dicha Resolución (a los que remite el inc. 3° del art. 3); máxime teniendo en cuenta la documentación aportada en la causa por la parte actora”.

A esta conclusión, agregó que “el incumplimiento de lo dispuesto en el art. 3 de la Resolución nro. 523-E/17, determina que el trámite sea dado de baja y que su estado se refleje en el Sistema como “Baja Art. 4”; circunstancia que no ha ocurrido respecto de las declaraciones objeto de autos, que se mantienen “observadas””.

En esa inteligencia, y siguiendo la doctrina sentada en los precedentes de las distintas salas que conforman esta Cámara, concluyó que “el tiempo transcurrido sin que se justifiquen las



observaciones formuladas en motivos suficientes luce prima facie irrazonable, a tenor de los plazos fijados en las normas aplicables para que la autoridad pública competente se expida. De modo que se ingresa así en el ámbito de los comportamientos materiales carentes de sustento jurídico (art. 9 de la LPA) circunstancia que, verosímilmente, afecta el derecho de defensa del particular por implicar, en los hechos, una prohibición —aunque temporaria— a la importación sin sustento legal”.

Con relación al peligro en la demora, también lo tuvo por configurado atento “la vulneración del derecho constitucional de comerciar que se consumaría frente a la alegada imposibilidad de la sociedad actora de ejercer su objeto social; pudiendo verse afectado su giro comercial habitual e, incluso, incrementarse injustificadamente los costos de las operaciones, generando graves perjuicios económicos”.

En cuanto a la afectación del interés público, siguiendo el argumento sentado por esta sala en el antecedente “Wabro SA c/ EN- Mº Economía- Resol 3252 3255/12-SCI (DJAI 614589) y otros s/ proceso de conocimiento”, del 4 de junio de 2013, sostuvo que “no se vislumbra que la concesión de la tutela requerida pueda constituir una afectación valorable al interés público dado el objetivo perseguido por el régimen cuestionado, que no es otro que la obtención de información estadística en forma descriptiva y anticipada a los registros históricos, a efectos de realizar un rápido análisis de su evolución (conf. considerandos de la Resolución nro. 523-E/17). Por ende, la suspensión limitada de dicho régimen, al no tratarse de la emisión de una autorización para importar que levante una prohibición de introducción al territorio nacional de determinadas mercaderías y frente al incumplimiento estatal que verosímilmente se evidencia en este reducido marco cautelar, no parece perjudicar los fines públicos establecidos reglamentariamente”.

Además, descartó que exista identidad entre la medida suspensiva que se solicita y la pretensión de fondo, que involucra la tacha de inconstitucionalidad del régimen.





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA III
11021/2020 COMEXT SOLUTIONS SRL c/ EN-M DESARROLLO
PRODUCTIVO-SCI Y OTROS s/MEDIDA CAUTELAR
(AUTONOMA)

A los fines del art. 10 de la ley de medidas cautelares contra el Estado Nacional, consideró suficiente fijar una caución real, por la suma de \$100.000, que según las constancias digitales de la causa ya fue prestada (cfr. auto del 14/09/2020 lex100).

Por último, de conformidad con lo dispuesto por el art. 5° de la ley 26.854, estableció un plazo de vigencia de seis (6) meses o hasta tanto se dicte sentencia definitiva en la demanda, lo que ocurra primero.

IV.- Que dicha medida fue apelada por el Banco Central de la República Argentina (BCRA) el 10/09/2020, por el Fisco Nacional AFIP-DGA (DGA), el 11/09/2020, y por el Estado Nacional – Ministerio Desarrollo Productivo (EN), el 16/09/2020.

(i) Agravios BCRA:

El BCRA, en sustento de su recurso (interpuesto en subsidio del de revocatoria), en los fundamentos expresados el 10/09/2020 -cuyo traslado fue replicado por la parte actora el 23/06/2020-, plantea que la importadora también dirigió su pretensión cautelar contra el BCRA, a fin de que suspendan los efectos de la Comunicación “A”7030 BCRA (y modificatoria “A”7068 BCRA) y que la autorice a girar al exterior la cantidad de divisas que sean necesarias para saldar las deudas por importaciones de bienes generadas como consecuencia de las operaciones involucradas en los trámites ya referidos.

Al respecto, recuerda que en la oportunidad de evacuar el informe del art. 4° expuso que, en la consulta efectuada al sector técnico correspondiente, se informó con relación a los requisitos establecidos por el punto 2. de la Comunicación “A”7030 al 31.07.2020 que la empresa COMEXT SOLUTIONS SRL cursó en el año 2020 por el mercado de cambios un total de US\$ 133.900, sin perjuicio que solo tendría acceso a la suma de US\$124.778,26, y MSD pendientes al 27-7-2020 por un monto equivalente a US\$92.292, agregando que si bien la



actora no cumplimenta lo establecido 2.1., ya que la empresa realizó en el año pagos en exceso a sus importaciones por US\$9.122, igualmente podría realizar pagos anticipados, vistas o diferidos de importaciones de bienes hasta un monto de US\$907.708 en el marco del punto 2.7. sin necesidad de conformidad previa del BCRA, en la medida en que cumpla los requisitos generales en el punto 10 de las normas de Exterior y Cambios. Por último, informó que, desde la entrada en vigor de la Comunicación “A”7030 (29-5-2020) la empresa ha accedido al mercado de cambios 7 veces para realizar pagos de importaciones de bienes por un total de US\$55.890.

Ello así expresado, sostiene, (continuando con la exposición de su primer agravio), que en la resolución cautelar del 9/09/2020 se ha omitido el debido análisis y los motivos por los cuales se decide la suspensión de la Comunicación “A” 7030 y su modificatoria “A” 7068, y que contraviene lo dispuesto por el D.N.U. 609/19 de rango legal (art.99 inc.1 y 3 de la C.N). En ese orden de ideas, recalca que la regulación del acceso al mercado de cambios ha sido convalidada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en diversas oportunidades.

Indica que la regulación cambiaria se ha dictado para paliar la constante caída de las reservas a fin de poder cumplir con los compromisos internacionalmente asumidos, que requiere una administración más cuidadosa de los recursos externos. Señala que a tal fin “la reglamentación establecida tiene por objetivo que los residentes utilicen sus disponibilidades de moneda extranjera en el exterior antes de demandarla en el mercado local de cambios, y/o incentivar a la bancarización de los mismos en el sistema local, estableciendo un umbral mínimo de activos externos líquidos disponibles para quedar alcanzado por la declaración jurada; se incluyen también otros usos u origen de los fondos por los cuales las entidades pueden aceptarla para otorgar el acceso al mercado de cambios”.

Asimismo, aduce que mediante la Comunicación del BCRA “A” 7068 del 6.07.2020, “en línea con el objetivo de priorizar





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA III
11021/2020 COMEXT SOLUTIONS SRL c/ EN-M DESARROLLO
PRODUCTIVO-SCI Y OTROS s/MEDIDA CAUTELAR
(AUTONOMA)

el acceso a las divisas de los importadores con nuevas operaciones, se amplía a los importadores de todas las posiciones arancelarias el mecanismo previsto en la Comunicación “A” 7042, permitiéndoles efectuar pagos diferidos y a la vista por aquellas operaciones de importación que correspondan a embarques realizados a partir del 1.07.2020, o que habiendo sido embarcadas con anterioridad no hubieran arribado al país antes de esa fecha”.

Recalca que se ha omitido ponderar la ley de emergencia y lo dispuesto en consecuencia en el art. 2° del decreto 609/2019, el cual faculta al BCRA a establecer “los supuestos en los que el acceso al mercado de cambios para la compra de moneda extranjera y metales preciosos amonedados y las transferencias al exterior requerirán autorización previa, con base en pautas objetivas en función de las condiciones vigentes en el mercado cambiario...”.

Bajo tales premisas, alega que la medida cautelar no puede ser mantenida, puesto que se están conculcando facultades propias del BCRA al permitir el “acceso a las reservas monetarias del país, que constituyen un bien que debe ser cuidadosamente administrado”. En abono de tal conclusión, invoca el art. 9 de la ley 26.854 que dispone que “los jueces no podrán dictar ninguna medida cautelar que afecte, obstaculice, comprometa, distraiga de su destino o de cualquier forma perturbe los bienes o recursos propios del Estado”. Destaca que la medida omite examinar el interés público involucrado en el caso.

En el segundo agravio, aduce que la tutela anticipada admitida solo se encuentra sustentada en la voluntad del juez, quedando derogados, de ese modo, los requisitos impuestos por las Comunicaciones “A” 7030 y “A” 7068. Puntualiza que, de hecho, se suspende un reglamento que nunca llegó a aplicarse. Cuestiona que para suspender la norma el magistrado aluda “a los considerandos que antecede” soslayando que el BCRA no interviene en el trámite de las SIMIs, apartándose totalmente los requisitos que deben observar los



importadores, tanto al momento de acceder al mercado único de cambios, como así también luego de efectuado los pagos por los despachos y que son enumerados por las Comunicaciones A 7030 puntos 1 y 2 y en su modificatoria “A” 7068.

En tercer lugar, plantea la gravedad institucional que deriva de la resolución apelada y en cuarto orden, destaca que el régimen normativo que se señala en la parte resolutive, es decir, con sustento en las Resoluciones Conjuntas AFIP-DGA N°4185-E-/18; N° 523-E/17, como de las Resoluciones (SC) N° E404/16 modificada E70/17, no se incluyó al BCRA, ente que “no tiene ninguna competencia en ese ámbito” y que “tampoco podría asumir un rol que es propio de los otros Organismos en la tramitación de la licencia por importación, como así de las Declaraciones Juradas de Composición de Productos”.

Por último, solicita que no le sean impuestas las costas y cita jurisprudencia en respaldo de su postura.

(ii) agravios AFIP-DGA:

La aduana en sustento de su recurso, sin referirse al concreto trámite que se examina en este estado larval del proceso, sostiene que todo el cuestionamiento que formula la importadora versa sobre la supuesta tardanza por parte de la Secretaría de Comercio Interior o la falta de comunicación de los motivos por los cuales se habría observado la declaración jurada en el SIMI. Cuestiones que, a su entender, resultarían ajenas al organismo fiscal y a su competencia.

En ese orden de ideas, sostiene que los cuestionamientos formulados por la actora no versan sobre algún hecho reprochable a su parte, ni respecto de la legalidad, constitucionalidad o razonabilidad de las resoluciones dictadas.

Repara en que la admisión de la medida cautelar decidida por el sr. Juez le impide cumplir las funciones de control internacional de mercaderías que la ley le asigna y refiere a la competencia que le atribuye el DNU 618/97.





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA III
11021/2020 COMEXT SOLUTIONS SRL c/ EN-M DESARROLLO
PRODUCTIVO-SCI Y OTROS s/MEDIDA CAUTELAR
(AUTONOMA)

(iii) agravios Estado Nacional – Ministerio de
Desarrollo Productivo:

En primer lugar, cuestiona que se haya tenido por configurada la verosimilitud del derecho invocado, dado que afirma que la administración se ha expedido dentro de los plazos autorizados Organización Mundial del Comercio (OMC) en el “Acuerdo sobre Procedimientos para el Trámite de las Licencias de Importación”.

En seguida, sostiene que se equivoca el juez al concluir que se constata un supuesto de ilegitimidad. En tal sentido, postula que:

“a). - El art. 2º párrafo 2, inc. e) de la Ronda de Tokio –que establece la tramitación de las licencias de importación- sólo establece el plazo máximo de 10 días para aquellas licencias que son automáticas.

b). - Si bien es cierto que la Resolución Conjunta General AFIP N° 4185-E de la Administración Federal de Ingresos Públicos y la Secretaría de Comercio establece un plazo de 10 días para pronunciarse, teniendo en cuenta que dicha resolución tiene por base fundacional el acuerdo GATT, solo debe ser aplicado para las licencias automáticas, no así para la tramitación de LNA como es el caso de autos.

c). - El Acuerdo sobre Procedimientos para el Trámite de Licencias de Importación celebrado en el marco del ACUERDO DE LA RONDA URUGUAY, dispone: 5. f) excepto cuando ello sea imposible por razones que no dependan del Miembro, el plazo de tramitación de las solicitudes no será superior a 30 días si las solicitudes se examinan a medida que se reciban, es decir, por orden cronológico de recepción, ni será superior a 60 días si todas las solicitudes se examinan simultáneamente. En este último caso, se considerará que el plazo de tramitación de las solicitudes empieza el día siguiente al de la fecha de cierre del período anunciado para presentar las solicitudes...”.



De esta manera, no se entiende cuál es el motivo por el cual el Juez de Grado ha considerado que la Administración no ha respetado los plazos previstos por la normativa legal, toda vez que no ha transcurrido el plazo de 60 días previsto por la normativa supralegal aplicable al caso que nos ocupa.”

Remata el punto, aduciendo que además del Acuerdo ha obrado dentro de las competencias asignadas por la RG AFIP 4185 y que, lo que motiva la observación de la SIMI involucrada, es la propia omisión de la actora.

Añade que “la presunción de legitimidad que revisten los actos administrativos (art. 12 ley 19.549), la ampliación del plazo de análisis previsto en la norma regulatoria y –sobremanera el requerimiento formulado –a la fecha no aparecen acreditados los supuestos contemplados en los incisos b) y c) del artículo 13 de la ley 26854 para acoger la petición sin necesidad de examinar la existencia de los demás requisitos atento la exigencia de la ley vigente (art. 13 ley 26854)”.

Resalta que la cautelar así admitida implica un adelanto de jurisdicción que involucra un análisis que excede el marco de conocimiento propio de una cautelar.

En otro orden, señala que no hay peligro en la demora. Al respecto, afirma que el juez lo tuvo por acreditado dogmáticamente, al optar por ignorar la conducta negligente de la parte actora. Expone que “La técnica de requerir tal información con carácter previo a la emisión de la Nota de Pedido, Orden de Compra o documento similar utilizado para concertar operaciones de compras en el exterior, es la más adecuada, puesto que en esa instancia el importador no ha realizado gasto alguno, ni tampoco debe soportar el abono de un depósito para la mercadería.” Y añade que “[D]icho anticipo de información es considerado por la Organización Mundial de Aduanas, dentro del Marco Normativo para Asegurar y Facilitar el Comercio





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA III
11021/2020 COMEXT SOLUTIONS SRL c/ EN-M DESARROLLO
PRODUCTIVO-SCI Y OTROS s/MEDIDA CAUTELAR
(AUTONOMA)

Mundial, un elemento básico que contribuye al fortalecimiento de las Aduanas a los fines de enfrentar los desafíos del Siglo XXI”.

Critica, por considerarla insuficiente, la caución real fijada frente a la falta de verosimilitud en el derecho que insiste en alegar.

Apunta que “la medida cautelar decretada implica, además de la suspensión de los efectos de la Resolución 523-e/2017 de la Secretaría de Comercio y de la Resolución Conjunta General N°4185-e/2018, el ingreso de la mercadería involucrada, circunstancia que justifica su encuadramiento en los recaudos de admisibilidad más rigurosos del art. 14 de la ley 26.854, referidos a la medida positiva”.

V.- Que la firma Comext Solutions SRL contestó los traslados conferidos el 23/09/2020 (BCRA), el 18/09/2020 (AFIP DGA) y el 5/10/2020 (EN- M° Desarrollo), solicitando la confirmación de la medida cautelar dictada el 9/09/2020.

VI.- Que, a su vez, por el auto del 6/10/2020 el magistrado de la instancia de grado intimó a ambas codemandadas a cumplir la cautelar dictada en el perentorio plazo de dos días, bajo apercibimiento de aplicar astreintes. Frente a ello, se alzó el Estado Nacional – Ministerio de Desarrollo Productivo al interponer el recurso de apelación del 9/10/2020, fundándolo por el memorial del 25/10/2020. Finalmente, la AFIP DGA hizo saber el cumplimiento de la cautelar el 3/11/2020 a las 12:26 horas.

Al respecto, cabe dejar sentado que la satisfacción de la manda judicial resulta determinante de lo inoficioso de dilucidar el recurso de apelación interpuesto por el Estado Nacional Ministerio de Desarrollo Productivo el 9/10/2020 (arg. C.S.J.N. doctrina de Fallos: 276::207; 278:357; 279:30 y 302:721), ya que a este Tribunal le está vedado expedirse sobre planteos que han devenido abstractos (CSJN, arg. Causa B.671. XXXVI "Buenos Aires, Provincia de c/ Estado Nacional s/ acción declarativa", sentencia del 26.6.07; v. asimismo, esta



Sala, Causa 37.088/2003, in re “Riera Daniel Carlos c/ E.N.- M° Justicia S Y DDHH- PFA s/ personal militar y civil de las FFAA y de Seg.”, sentencia del 17-9-2008).

Puesto que es doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que las sentencias deben atender a la situación existente al momento de la decisión (Fallos: 216:147; 243:146; 244:298; 259:76; 267:499; 298:33; 304:1649; 311:870, 312:555, entre otros), de modo que, ante el cumplimiento de la medida cautelar, resulta evidente que, con relación a apercibimiento del 6/10/2020, no subsiste en el sub examine una disputa actual y concreta entre las partes que configure un “caso” susceptible de ser sometido a los jueces (conf. CSJN, Fallos: 328:2440 y sus citas). **ASÍ DE DECLARA.**

VII.- Que, a los fines de conocer sobre los agravios introducidos por Fisco Nacional – AFIP-DGA y por el Estado Nacional- Ministerio de Desarrollo Productivo, cabe recordar que la procedencia de las medidas cautelares como la solicitada en autos se halla condicionada, en los términos indicados por las directivas previstas en el art. 230 del CPCCN, a la estricta apreciación de los requisitos de admisión referidos, por un lado, a la apariencia o verosimilitud del derecho invocado por quien las solicita; y por el otro, al peligro en la demora, que exige la probabilidad de que la tutela jurídica definitiva que la actora aguarda de la sentencia a pronunciarse en el proceso principal no pueda, en los hechos, efectivizarse (conf. esta Sala, Causa: 32118/2011, in re “Guimajo SRL c/ EN-AFIP-DGI 154/11 (RMIC) s/medida cautelar (autónoma)”, sentencia del 16/04/2012, entre muchas otras).

En lo atinente al primer presupuesto (*fumus bonis iuris*) este debe entenderse como la posibilidad de existencia del derecho invocado y no como una incontrastable realidad, que sólo podrá ser alcanzada al tiempo de dictar la sentencia de mérito, (conf. Morello, A.M. y otros "Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación", t. II-C, pág. 494, ed. 1986).





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA III
11021/2020 COMEXT SOLUTIONS SRL c/ EN-M DESARROLLO
PRODUCTIVO-SCI Y OTROS s/MEDIDA CAUTELAR
(AUTONOMA)

Pues, la finalidad del proceso cautelar consiste en asegurar la eficacia práctica de la sentencia que debe recaer en un proceso y la fundabilidad de la pretensión que constituye su objeto no depende de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida, sino de un análisis de mera probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido (conf. esta Sala, Causa: 10907/2012, in re “Clemente Jorge Luis c/ EN-AFIP-DGI-Resol 245/11 (Epte 10780-1223/10) s/ Dirección General Impositiva”, sentencia del 05/07/2012; entre muchas otros).

Por su parte, el segundo de los recaudos enunciados (periculum in mora), constituye la justificación de la existencia de las medidas cautelares, tratando de evitar que el pronunciamiento judicial que reconozca el derecho del peticionario llegue demasiado tarde. Puesto que se tiende a impedir que, durante el lapso que inevitablemente transcurre entre la iniciación del proceso y el pronunciamiento de la decisión final, sobrevenga cualquier circunstancia que imposibilite o dificulte la ejecución forzada o torne inoperantes sus efectos (conf. esta Sala, Causa: 12257/2012, in re “Expofresh SA c/ EN-DGA-SIGEA (Expte 13289-7645/12) s/ medida cautelar (autónoma)”, sentencia del 05/06/2012; entre muchas otros).

VIII.- Que, al efectuar dicha comprobación, debe tenerse presente la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que indica que la presunción de validez que debe reconocerse a los actos de las autoridades constituidas obliga, en los procesos precautorios como el presente, a una severa apreciación de las circunstancias del caso y de los requisitos ordinariamente exigibles para la admisión de toda medida cautelar (CSJN, 2009, Molinos Río de la Plata, Fallos: 322:2139, entre otros, v. asimismo esta Sala, Causa: 47704/2011, in re “Cámara Argentina de Farmacias c/ EN-AFIP-DGI-Resol 35/11 (DEV) s/medida cautelar (autónoma)”, sentencia del 24/05/2012).



Asimismo, en el análisis del instituto descripto, debe considerarse la jurisprudencia que ha puesto de manifiesto que los requisitos antes citados se encuentran de tal modo relacionados que, a mayor verosimilitud del derecho, cabe no ser tan exigente en la apreciación del peligro en la demora y -viceversa- (conf. esta Sala, Causa: 30570/2011, in re “Inter Logater SA y otro c/EN-JGM-Resol 1164/11 s/Proceso de Conocimiento”, sentencia del 14-2-2012; v. asimismo, esta Cámara, Sala II, “Pesquera del Atlántico S.A. c/ B.C.R.A.”, del 14-10-85; Sala V, “Ribereña de Río Negro S.A. c/ D.G.I.”, del 8-11-96; esta Sala, “Gibaut Hermanos”, del 8-9-83; “All Central SA”, del 8/9/06, entre otros).

En este orden de ideas, se observa que, con el dictado de la Ley 26.854 de Medidas Cautelares en las Causas en que la Nación es Parte, su artículo 13° ha precisado los alcances de estos requisitos para los casos como el de autos, en los que la pretensión cautelar consiste en obtener la suspensión de los efectos de un acto estatal. Allí, se explicita que los perjuicios invocados han de ser graves de imposible reparación ulterior y que la verosimilitud explicitada precedentemente debe vincularse, tanto con el derecho invocado, como con la ilegitimidad argumentada, respecto de la cual, ha de existir indicios serios y graves al respecto. Por lo demás, también se detalla que para la concesión de la medida preliminar debe valorarse que no se produzca una afectación del interés público ni se generen efectos jurídicos o materiales irreversibles.

IX.- Que, en los términos descriptos, corresponde establecer si se verifican los recaudos necesarios para confirmar la resolución de primera instancia que admitió la medida cautelar respecto de las declaraciones SIMI de autos o si, por el contrario, correspondería admitir los recursos de apelación interpuestos por el Fisco Nacional AFIP-DGI y por el Estado Nacional - Ministerio de Desarrollo Productivo y revocar la tutela admitida.





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA III
11021/2020 COMEXT SOLUTIONS SRL c/ EN-M DESARROLLO
PRODUCTIVO-SCI Y OTROS s/MEDIDA CAUTELAR
(AUTONOMA)

Bajo las premisas enunciadas, ha de observarse que, al momento de dictar Resolución General 3823/15 (derogada por Resolución Conjunta General N° 4185-E de la AFIP y de la Secretaría de Comercio), el Administrador Federal de Ingresos Públicos expresamente tomó en consideración que “el anticipo de información es considerado por la Organización Mundial de Aduanas, dentro del Marco Normativo para Asegurar y Facilitar el Comercio Mundial, un elemento básico que contribuye al fortalecimiento de las Aduanas a los fines de enfrentar los desafíos actuales. Que la disponibilidad de información estratégica anticipada posibilita una mayor articulación entre las distintas áreas del Estado, potenciando los resultados de la fiscalización integral. Que es objetivo de esta Administración Federal el desarrollo de instrumentos que además de optimizar sus funciones específicas en materia aduanera, favorezcan la competitividad y la facilitación del comercio exterior, sin perder de vista, los controles y la gestión de riesgo sobre las mercaderías. Que en concordancia con dicho objetivo y las pautas planteadas por el Ministerio de Producción, este Organismo ha diseñado el Sistema Integral de Monitoreo de Importaciones (SIMI). Que la adopción de este sistema permitirá homogeneizar y facilitar la información con los organismos externos que participan en el desaduanamiento de las mercaderías con las intervenciones que le competen a través de la Ventanilla Única de Comercio Exterior (VUCE), implementada por la Resolución General N° 3.599.”

De tal modo, la resolución 4185-E/2018 creó el “Sistema Integral de Monitoreo de Importaciones” (SIMI) (art. 1), con el consecuente deber de los sujetos comprendidos de “proporcionar la información que se indica en el micrositio ‘Sistema Integral de Monitoreo de Importaciones (SIMI)’” (art. 3). Información que será puesta a disposición de organismos que adhieran o hayan adherido a la “Ventanilla Única de Comercio Exterior” (VUCE) (art.4), los cuales “deberán pronunciarse en un lapso no mayor a DIEZ (10) días. No



obstante, ello, los plazos podrán ampliarse en aquellos casos en que la competencia específica del organismo adherente así lo amerite.” Sin perjuicio de lo cual, expresamente se establece que la “Administración Federal comunicará a los importadores las novedades producidas y, en su caso, las circunstancias que motivan las observaciones formuladas, así como el Organismo ante el cual deberán comparecer a los fines de su regularización, de corresponder” (art. 5).

Por lo demás, también se estipula que “los organismos adheridos podrán, en orden a su competencia, acceder a la información del Sistema Integral de Monitoreo de Importaciones (SIMI). Asimismo, podrán solicitar a esta Administración Federal la inclusión de la información complementaria que estimen necesaria” (art.8) y que, “al momento de oficializar la destinación definitiva de importación para consumo, el Sistema Informático MALVINA (SIM) exigirá el número identificador SIMI, realizará los controles de consistencia acordados con los organismos competentes y verificará que la misma se encuentre validada por todos aquellos a los que les corresponda intervenir” (art. 9).

Por último, prescribe que “los convenios celebrados con otros organismos mantienen su validez” (art. 10) y deja sin efecto las Resoluciones Generales Nros. 3.252, 3.255 y 3.256 (art. 12).

Fue por la Resolución N° 523/17 de la Secretaría de Comercio –aplicable al caso de autos según el texto de la resolución 1/2020 de la Secretaría de Industria, Economía del Conocimiento y Gestión Comercial Externa B.O. 09/01/2020.)- que se estableció que las mercaderías comprendidas en todas las posiciones arancelarias de la Nomenclatura Común del MERCOSUR (N.C.M.) con destinación de importación definitiva para consumo deberán tramitar Licencias Automáticas de Importación, excepto aquellas posiciones arancelarias determinadas en los Anexos II a XIV, que forman parte integrante de la presente resolución o la que en el futuro la reemplace, las que deberán tramitar Licencias No Automáticas de Importación. (art. 1º, sustituido





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA III
11021/2020 COMEXT SOLUTIONS SRL c/ EN-M DESARROLLO
PRODUCTIVO-SCI Y OTROS s/MEDIDA CAUTELAR
(AUTONOMA)
por art. 2° de la Resolución N° 5/2018 de la Secretaría de Comercio B.O.
11/01/2018).

A los fines de tramitar dichas solicitudes “los interesados deberán completar en el Sistema Integral de Monitoreo de Importaciones (SIMI), aprobado por la Resolución Conjunta General N° 4.185 de fecha 8 de enero de 2018 de la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS, entidad autárquica en el ámbito del ex MINISTERIO DE HACIENDA y de la ex SECRETARÍA DE COMERCIO del ex MINISTERIO DE PRODUCCIÓN, o la que a futuro la reemplace, la información que se detalla en el Anexo I de la presente medida. (Artículo 2°, sustituido por art. 1° de la Resolución N° 1/2020 de la Secretaría de Industria, Economía del Conocimiento y Gestión Comercial Externa).

Además, según el art. 3° (texto sustituido por art. 2° de la Resolución N° 1/2020 de la Secretaría de Industria, Economía del Conocimiento y Gestión Comercial Externa B.O. 09/01/2020) a los fines de oficializarlas en Sistema los interesados deberán:

1. Encontrarse debidamente inscriptos en el registro creado por la Resolución N° 442 de fecha 8 de septiembre de 2016 del ex MINISTERIO DE PRODUCCIÓN o el que a futuro lo reemplace.
2. Completar en el Sistema la información que se detalla en el Anexo I de la presente medida.
3. Completar en el Sistema, para la posición arancelaria de la Nomenclatura Común del MERCOSUR de la mercadería que se pretenda importar, la información que se indica en cada uno de los Anexos II a XIV de la presente medida, según corresponda.

Ese reglamento prevé que “En el supuesto de no hallarse debidamente cumplimentados los requisitos previstos en el artículo precedente, el interesado deberá presentar lo solicitado en un plazo de DIEZ (10) días hábiles desde la visualización en el Sistema de



“Requerimiento Art. 4”. Vencido el plazo sin respuesta por parte del interesado, el trámite será automáticamente dado de baja y su estado se reflejará en el Sistema como “Baja Art. 4”. (Artículo 4, sustituido por art. 3° de la Resolución N° 1/2020 de la Secretaría de Industria, Economía del Conocimiento y Gestión Comercial Externa B.O. 09/01/2020).

Respecto de aquellas mercaderías sujetas a la tramitación de Licencias No Automáticas de Importación, el artículo 5° faculta a la Autoridad de Aplicación a “requerir al importador, en cualquier instancia del trámite, información y/o documentación adicional enumerada de modo enunciativo en el Anexo XV que integra la presente medida, como así también, solicitar la intervención de los organismos técnicos competentes o tomar antecedentes de fuentes informativas propias o de terceros y requerir, de así estimarlo, las aclaraciones que considere del caso”. (artículo 5, sustituido por art. 4° de la Resolución N° 5/2018 de la Secretaría de Comercio B.O. 11/01/2018)

Para poder cumplimentar dichos requerimientos “el interesado deberá presentar lo solicitado en un plazo de DIEZ (10) días hábiles desde la visualización en el Sistema de “Requerimiento Art. 5”. Vencido el plazo sin respuesta por parte del interesado, el trámite será automáticamente dado de baja y su estado se reflejará en el Sistema como “Baja Art. 6”. En el caso de que la respuesta efectuada por el interesado sea parcial o no responda estrictamente a lo solicitado, se le cursará un nuevo requerimiento por el plazo de CINCO (5) días hábiles desde la visualización de “Requerimiento adicional Art. 5”, a los fines de adecuar, rectificar y/o completar la documentación y/o información, según corresponda. Vencido el plazo sin que el interesado cumpla acabadamente con lo requerido, el trámite será automáticamente dado de baja y su estado se reflejará en el Sistema como ‘Baja Art. 6’ (ver artículo 6°, sustituido por art. 4° de la Resolución N° 1/2020 de la Secretaría de Industria, Economía del Conocimiento y Gestión Comercial Externa B.O. 09/01/2020)





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA III
11021/2020 COMEXT SOLUTIONS SRL c/ EN-M DESARROLLO
PRODUCTIVO-SCI Y OTROS s/MEDIDA CAUTELAR
(AUTONOMA)

A su vez, la resolución 523-E/2017, según texto de la resolución 1/2020 referida, en el artículo 12 establece un plazo de validez de NOVENTA (90) días corridos contados a partir de la fecha de su aprobación en el SISTEMA INTEGRAL DE MONITOREO DE IMPORTACIONES (SIMI). Aclara que “[D]icho plazo podrá ser prorrogado por la Autoridad de Aplicación, a solicitud del interesado, con al menos QUINCE (15) días de antelación a su vencimiento y por razones fundadas”.

Finalmente, “Las mercaderías alcanzadas por las disposiciones de la Resolución N° 220 de fecha 23 de diciembre de 2003 de la ex SECRETARÍA DE INDUSTRIA, COMERCIO Y DE LA PEQUEÑA Y MEDIANA EMPRESA del ex MINISTERIO DE ECONOMÍA Y PRODUCCIÓN y normas modificatorias, deberán tramitar previamente en el Sistema Integrado de Comercio Exterior (SISCO) los Comprobantes o las Constancias de Excepción, según corresponda, sin consignar en el referido Sistema la cantidad en unidades ni el valor FOB total en DÓLARES ESTADOUNIDENSES.” (Artículo 13, sustituido por art. 8° de la Resolución N° 1/2020 de la Secretaría de Industria, Economía del Conocimiento y Gestión Comercial Externa B.O. 09/01/2020).

X.- Que, tras la reseña de las normas que han sido dictadas por la propia administración y que rigen el caso, con prescindencia -por el momento- de ponderar lo Acordado por los Estados Miembro de la OMC en el Acuerdo sobre el Procedimiento del Trámite de Licencias de Importación, deviene imperioso valorar si se encuentra configurado en autos el presupuesto de verosimilitud en el derecho a los fines de la concesión de la medida preliminar solicitada. De la compulsión de las constancias incorporadas al sistema lex100, surge que:

(i) la SIMI N° 20042SIMI010486K, por U\$S 10.461,64, fue presentada el 01/07/2020 y observada el 02/07/2020. La



SIMI N° 20042SIMI010487L, por U\$S 11.162,11, fue presentada el 01/07/2020 y observada el 02/07/2020. La SIMI N° 20042SIMI010488M, por U\$S 10.173,81, fue presentada el 01/07/2020 y observada el 02/07/2020. La SIMI N° 20042SIMI010604C, por U\$S 14.696,64, fue presentada el 02/07/2020 y observada el 03/07/2020. La SIMI N° 20042SIMI010940F, por U\$S 10.461,64, fue presentada el 06/07/2020 y observada el 07/07/2020. La SIMI N° 20042SIMI010941G, por U\$S 11.162,11, fue presentada el 06/07/2020 y observada el 07/07/2020. La SIMI N° 20001SIMI207787R, por U\$S 32.959,87, fue presentada el 14/07/2020 y observada el 15/07/2020.

Es decir, todas las licencias fueron observadas al día siguiente de su oficialización.

(ii) El 10/08/2020, esto es, luego de iniciada la presente contienda y de diligenciado -mediante correo electrónico- el oficio notificando a la demandada del art. 4° de la ley 26.854, la Subsecretaría de Política y Gestión Comercial Ministerio de Desarrollo Productivo informó que “[E]l monto total (valor FOB) de esta solicitud es equivalente a DÓLARES ESTADOUNIDENSES CIENTO UN MIL SETENTA Y SIETE CON 82/100 (USD 101.077,82). Las solicitudes de emisión de licencias de importación identificadas con los números 20042SIMI010486K, 20042SIMI010941G, 20042SIMI010487L, 20001SIMI207787R, 20042SIMI010488M, 20042SIMI010604C y 20042SIMI010940F se corresponden a operaciones de importación de productos clasificados por posiciones arancelarias con régimen de “LICENCIAS NO AUTOMÁTICAS” y se encuentran en estado “OBSERVADO”. Asimismo, se hace saber que el motivo de la observación obedece a que el importador no cumplimentó acabadamente con lo dispuesto por el inciso 3 del artículo 3° de la Resolución ex SC N° 523/17 y modificatorias. Respecto a lo solicitado por esa Dirección en relación con el detalle de los registros de ingresos efectuados por la empresa importadora, correspondientes al periodo 2019, se hace saber que el importe de la mercadería importada por la empresa, para el





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA III
11021/2020 COMEXT SOLUTIONS SRL c/ EN-M DESARROLLO
PRODUCTIVO-SCI Y OTROS s/MEDIDA CAUTELAR
(AUTONOMA)

periodo 2019 es de LA: USD 204- LNA: USD 152.638.- y para el 2020,
a la fecha, el importe autorizado es de LNA: USD 86.442.- “

Esta pieza fue acompañada por la autoridad ministerial en oportunidad de contestar el informe del art. 4° de la ley 26.854, sin adjuntar ni individualizar el trámite referido al concreto requerimiento que habría sido formulado.

XI.- Que, en esta primera y provisoria opinión, respecto de la plataforma fáctica hasta ahora denunciada por las contendientes, examinada bajo las premisas legales descriptas en el considerando IX, cabe tener presente que el Estado Nacional – Ministerio de Desarrollo Productivo no especifica cuál es el concreto requerimiento que habría formulado, ni refiere a los requisitos exigidos en los Anexos, aprobados en la resolución 523/2017 -texto según resolución 1/2020 de la Secretaría de Industria, Economía del Conocimiento y Gestión Comercial Externa, B.O. 09/01/2020-.

Por el contrario, genéricamente aduce que la observación “obedece a que el importador no cumplimentó acabadamente con lo dispuesto por el inciso 3 del artículo 3° de la Resolución ex SC N° 523/17 y modificatorias” (el subrayado no pertenece al original).

Al respecto, resulta oportuno recordar que el texto de esa norma (según el art. 2° de la Resolución N° 1/2020 de la Secretaría de Industria, Economía del Conocimiento y Gestión Comercial Externa B.O. 09/01/2020) establece que “A los fines de oficializar las Licencias No Automáticas en el SISTEMA INTEGRAL DE MONITOREO DE IMPORTACIONES (SIMI), los interesados deberán:

1. Encontrarse debidamente inscriptos en el registro creado por la Resolución N° 442 de fecha 8 de septiembre de 2016 del ex MINISTERIO DE PRODUCCIÓN o el que a futuro lo reemplace.



2. Completar en el Sistema la información que se detalla en el Anexo I de la presente medida.

3. Completar en el Sistema, para la posición arancelaria de la Nomenclatura Común del MERCOSUR de la mercadería que se pretenda importar, la información que se indica en cada uno de los Anexos II a XIV de la presente medida, según corresponda.”

Obsérvese que, de la documentación incorporada digitalmente al expediente, surge que la firma importadora completó estos requisitos. En especial, resulta pertinente -en este estado larval del proceso- reparar en que la mercadería que motiva las solicitudes de licencia es porcelanatos y pisos cerámicos esmaltados, que -según su clasificación aduanera- se correspondería a posiciones arancelarias que tornarían exigible la información requerida en el Anexo XI. Al menos, por el momento, este extremo no ha sido controvertido por el área competente para clasificar la mercadería en la operación aduanera.

A lo antedicho, cabe agregar que, a todo evento, el incumplimiento de los recaudos exigidos en el art. 3° de la resolución 523/17 traería como consecuencia que el trámite, en un plazo de DIEZ (10) días hábiles desde la visualización en el Sistema de “Requerimiento Art. 4”, fuese dado de baja por aplicación de lo establecido en el artículo siguiente, último párrafo. En ese caso, el estado de las SIMIs sería “BAJA ART. 4°” y no “OBSERVADAS”, tal como insisten en manifestar las demandadas EN y DGA.

Por ende, en las especiales condiciones enunciadas, sólo puede concluirse que lo meramente manifestado por el Estado Nacional no resulta suficiente a los fines de acreditar que efectivamente se encuentra dentro de los plazos estipulados para expedirse y que las solicitudes contienen licencias no automáticas que aún se encuentran o se deberían encontrar observadas (arg. esta Sala, Causa 57397/2016 “Underground Traders SA c/ EN-M Producción-SCI y otro s/Medida Cautelar (Autónoma)”, 9 de mayo de 2017; más recientemente, causa





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA III
11021/2020 COMEXT SOLUTIONS SRL c/ EN-M DESARROLLO
PRODUCTIVO-SCI Y OTROS s/MEDIDA CAUTELAR
(AUTONOMA)
11897/2020 MAZEL TOYS SA c/ EN-M DESARROLLO
PRODUCTIVO-SECRETARIA INDUSTRIA ECONOMIA DEL
CONOCIMIENTO Y GESTION COMERCIAL EXTERNA Y OTRO s/
MEDIDA CAUTELAR (AUTONOMA), resolución cautelar del
30/12/2020).

De este modo, sin perjuicio de lo que corresponda resolver respecto del fondo de la cuestión al momento de dictar sentencia definitiva, las constancias arrojadas a la causa evidencian que ni el Fisco Nacional, ni el Estado Nacional – Ministerio de Desarrollo Productivo, Sub-Secretaría de Política y Gestión Comercial han cumplido con los deberes que estipula el artículo 4° de la resolución conjunta 4185-E. Ya que no sólo habrían omitido pronunciarse respecto de las declaraciones objeto de autos en el plazo de 10 días fijado a tal efecto, sino que tampoco se habría comunicado “a los importadores las novedades producidas por esos entes y, en su caso, las circunstancias que motivan las observaciones formuladas, así como el Organismo ante el cual deberán comparecer a los fines de su regularización, de corresponder”, tal como lo explicita el art. 4° de la resolución conjunta AFIP y Secretaría de Comercio 4185-E.

También, cabe destacar que, si bien ha sido prevista normativamente la posibilidad de ampliar el referido plazo para examinar lo solicitado de SIMI, lo cierto es que tampoco surge de las constancias obrantes en autos, ni ha sido alegado en forma concreta por el Estado Nacional, que dicha ampliación haya sido efectivamente decidida, ya sea en forma reglamentaria o mediante acto administrativo alguno. A lo que cabe anotar que tampoco se vislumbra indicio alguno que pueda llevar a la convicción de que la actora haya incumplido con el deber de información que estipula el art. 3 de la Resolución (SC) 523-E/2017, según su texto actual (cfr. mutatis mutandis, esta Sala, Causa N° 23637/2016/1 Incidente N° 1 en autos: “Lencioni, Marcelo c/ EN - M



Hacienda y FP – SCI y otro s/ Proceso de conocimiento”, sentencia del 6 de octubre de 2016).

Como corolario de todo lo expuesto, cabe concluir, respecto de la implementación del SIMI, que no sólo debe considerarse que el tiempo transcurrido desde su solicitud de otorgamiento sin mediar respuesta alguna excede en forma irrazonable los plazos fijados por las propias resoluciones cuestionadas para que la autoridad de aplicación se expida al respecto; sino que el particular se encuentra imposibilitado de agilizar su tramitación al no constar, en formato papel ni en la página web creada al efecto, el carácter de las "observaciones" formuladas por el organismo competente ni las circunstancias que las motivaron; comportando ello - prima facie - una vía de hecho administrativa (art. 9° de la L.P.A), que afecta –verosímilmente – el derecho de defensa del particular por implicar, en los hechos, una prohibición -aún temporaria- a la importación sin sustento legal (arg. esta Sala, Causa: 32438/2012, “Yudigar Argentina SA- Inc Med c/EN-M° Economía -AFIP-Resol 3252/12 Y O (S01:45653/12 YO) s/Amparo Ley 16.986”, sentencia del 18-9-2012; v. asimismo, esta Cámara, Sala II, Causa 13130/2012, in re "Yudigar Argentina S.A c/EN- M° Economía-Resol 61/09 (exp S01:48391/12) s/amparo ley 16.986", sentencia del 16-8-2012 y Causa 16741/2012, in re “Zatel Adrián Ramón c/ EN-Mo Economía -SCI-Resol 1/12-AFIP-Resol 3252 3255/12 s/Medida Cautelar (Autónoma)”, sentencia del 23-8-2012).

En la especie, cabe reiterar que si se aceptase como válida la alegación de la autoridad ministerial demandada referida a que la actora no cumplió con los requisitos del art. 3° de la resolución 523/2017 -texto vigente-, el trámite debería haber estado en algún momento en “Requerimiento art. 4°” y luego, vencido el plazo de diez días, su estado final habría sido el de “baja art. 4°”, circunstancia que no ha sido alegada ni mucho menos demostrada por la autoridad demandada.





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA III
11021/2020 COMEXT SOLUTIONS SRL c/ EN-M DESARROLLO
PRODUCTIVO-SCI Y OTROS s/MEDIDA CAUTELAR
(AUTONOMA)

XII- Que, resultando verosímil el derecho invocado, resulta procedente abocarse al análisis del recaudo vinculado con el peligro en la demora. Para ello, debe medirse que la paralización de la importación –a resultas de la falta del estado de “salida” de las declaraciones presentadas en el SIMI– podría acarrear una pérdida de muy difícil reparación para la actora en tanto la conducta del demandado impide la comercialización y el recupero del flujo de negocios. Tal circunstancia aparece, en el caso, como suficiente a los fines de tener por configurado el requisito enunciado de peligro en la demora grave de imposible reparación ulterior (arg. esta Sala, Causa 50582/2012 “Marycuer SA c/EN-Mº Economía-SCI-Res 1/12-AFIP-DGA-Res 3252 3255 3256 s/proceso de conocimiento”, del 4 de junio de 2013).

XIII.- Que, encontrándose verificada en autos la verosimilitud en el derecho y en la ilegitimidad y la existencia perjuicios graves de imposible reparación ulterior; cabe resaltar que la cautela pretendida resulta también idónea en los términos del art. 3 de la ley 26854 y que no se observa que su concesión pueda constituirse, prima facie, como una afectación valorable al interés público.

Es que, tal como se señalara, la finalidad del sistema instituido por la RG 3826/15 (AFIP) y Resolución 5/15 (MP) reemplazado por las resoluciones 4185-E de la AFIP y (SC) 523-E/2017 y sus modificatorias 5/18 y 1/20, se encuentra dirigida a la obtención de una disponibilidad de información estratégica anticipada que posibilite una mayor articulación y coordinación transversal de las distintas áreas del Estado, en orden a optimizar la eficiencia y eficacia de la gestión gubernamental y a la potenciación de los resultados de la fiscalización integral que compete a cada una de ellas.

Por ende, la suspensión limitada de dicho régimen respecto de las declaraciones objeto de autos, frente al incumplimiento



estatal que verosímilmente se evidencia en este reducido marco cautelar, no parece perjudicar los fines establecidos por este.

XIV.- Que las quejas que formula el Fisco Nacional – AFIP DGA, referidas a que con el dictado de la tutela anticipada se conculca el ejercicio del control aduanero sobre el comercio internacional de mercaderías, tampoco resultan de recibo, en razón de que el alcance de la cautelar se circunscribe a que las autoridades que intervienen en la tramitación del ingreso de la mercadería al territorio aduanero se abstengan de exigir la presentación de las licencias no automáticas -denominadas SIMI- con el estado de “SALIDA”, pues la resolución del juez es clara al supeditar la oficialización de los despachos de importación, su tramitación y liberación a plaza de la mercadería a que se encuentren satisfechos los restantes requisitos establecidos en las normas aplicables, lo cual, indudablemente permite ejercer la competencia de la Aduana.

XV.- Que, luego de desestimar los agravios formulados por el Estado Nacional y por la AFIP-DGA, corresponde examinar los cuestionamientos que formula la autoridad administrativa cambiaria.

A tal fin, deviene imprescindible recordar que:

(i) el Poder Ejecutivo Nacional, al dictar el decreto 609/2019, facultó al referido ente autárquico a “...establece[r] los supuestos en los que el acceso al mercado de cambios para la compra de moneda extranjera y metales preciosos amonedados y las transferencias al exterior requerirán autorización previa, con base en pautas objetivas en función de las condiciones vigentes en el mercado cambiario...”.

(ii) En ejercicio de dicha facultad, el BCRA mediante la comunicación A 7030, dispuso que: “hasta el 30.06.2020 para acceder al mercado de cambios para la realización de pagos de importaciones de bienes (códigos de concepto B05, B06, B07, B10 y B12) o la cancelación de principal de deudas originadas en la importación de bienes, se deberá contar con la conformidad previa del





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA III
11021/2020 COMEXT SOLUTIONS SRL c/ EN-M DESARROLLO
PRODUCTIVO-SCI Y OTROS s/MEDIDA CAUTELAR
(AUTONOMA)

BCRA excepto que la entidad cuente con: 2.1.) una declaración jurada del cliente dejando constancia que el monto total de los pagos asociados a sus importaciones de bienes cursados a través del mercado de cambios durante el año 2020, incluido el pago cuyo curso se está solicitando, no supera el monto por el cual el importador tendría acceso al mercado de cambio al computar las importaciones de bienes que constan a su nombre en el sistema de seguimiento de pagos de importaciones de bienes (SEPAIMPO) y que fueron oficializadas entre el 01.01.2020 y el día previo al acceso al mercado de cambios. En el monto total de pagos de importaciones de bienes asociados a las importaciones del cliente deberán también computarse los pagos por cancelaciones de líneas de crédito y/o garantías comerciales que fueron realizados por las entidades en virtud de importaciones del cliente.”; O, como segunda excepción, 2.2) “la documentación que le permita verificar el cumplimiento de los restantes requisitos establecidos para la operación por la normativa cambiaria”.

Con posterioridad, la Comunicación A 7068 reemplazó el punto 2, extendió el recaudo de la conformidad previa hasta el 31/07/2020 y precisó las causales de excepción. De un estudio liminar de esta norma, cabe concluir provisoriamente en que habilita a efectuar pagos diferidos y a la vista por aquellas operaciones de importación que correspondan a embarques realizados a partir del 1.07.2020, o que habiendo sido embarcadas con anterioridad no hubieran arribado al país antes de esa fecha.

XVI.- Que, la actora, en el escrito de inicio petitionó el dictado de una medida cautelar urgente contra el “b) el Banco Central de la República Argentina, a fin de que se disponga la suspensión, respecto de mí representada, de los efectos de la Comunicación “A” 7030 BCRA (y su modificatoria “A” 7068 BCRA) y que dicha entidad la autorice a girar al exterior la cantidad de divisas que sean necesarias para saldar las deudas por importaciones de bienes



generadas como consecuencia de las operaciones involucradas en los trámites que serán reseñados en este escrito, sin exigirle el requisito de la “SIMI” en estado “aprobada” o “salida”, contemplado en dicha Comunicación”.

En tal sentido, planteó que “deberá disponer la suspensión de lo normado por la Comunicación “A” 7030 BCRA (modificada por su similar “A” 7068), en cuanto exige la conformidad del BCRA para el acceso al mercado de cambios para la realización de pagos de importaciones de bienes o la cancelación de principal de deudas originadas en la importación de bienes” y en el capítulo “Hechos” solicitó que “a los efectos de hacer operativa la medida en cuestión, (...) ordene el libramiento dese libre oficio al Banco MACRO S.A., con el que esta parte realiza los giros de divisas, a fin de ponerlo en conocimiento la medida que se disponga en autos, para que efectivice el giro necesario desde la cuenta de titularidad de Comext Solutions S.R.L. o de cualquier otra cuenta de mi parte, a la empresa exportadora del exterior”.

En rigor, cabe advertir que la Comunicación “A” 7030 y sus modificatorias disponen una serie de requisitos para acceder al mercado de cambios y, sin embargo, contrariamente a lo que alega la parte actora, en ningún momento supeditan dicho acceso al MULC a que las SIMI deban encontrarse en estado de SALIDA. Ninguna relación se advierte entre las licencias de importación y el acceso a dicho mercado.

Va de suyo que, en los términos en los que la importadora ha expuesto la cuestión, su planteo se presenta, en principio, como hipotético y conjetural, por hallarse sustentado en la supuesta práctica que se imputa a la demandada, sin demostrarse su existencia. Tampoco acredita una afectación que tenga un grado cierto de concreción. En efecto, recién en oportunidad de contestar el traslado de los fundamentos que sustentan el recurso del BCRA, la parte actora manifestó que “con las comunicaciones en vigencia, resulta imposible realizar el pago” correspondiente a sus compraventas internacionales, sin





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA III
11021/2020 COMEXT SOLUTIONS SRL c/ EN-M DESARROLLO
PRODUCTIVO-SCI Y OTROS s/MEDIDA CAUTELAR
(AUTONOMA)

hacer referencia a haber intentado acceder al mercado único de cambios y haber obtenido una negativa. Tampoco precisa de qué modo concreto la afecta los reglamentos dictados por la autoridad cambiaria.

Por lo demás, la ilegitimidad que se tiene por verosímil en sustento de la decisión de convalidar la medida cautelar admitida en primera instancia no guarda relación alguna con el obrar del BCRA, puesto que reposa en actividades administrativas que resultan manifiestamente ajenas a su competencia. La tramitación de las licencias de importación y la prescindencia de exigir el estado de “salida” de una o varias SIMI, no tiene vinculación alguna con las comunicaciones del BCRA que extreman los recaudos de acceso al mercado de cambios para la realización de pagos de importaciones de bienes o la cancelación de deudas originadas en el ingreso de bienes al país.

En igual sentido al aquí expuesto se han pronunciado otras salas del fuero (vgr. Sala II, causa 11.216/2020/2 Inc. n° 2 “Dana Group S.A. c/ EN-M Producción –C y Otros s/Medida Cautelar Autónoma”, resolución del 9 de diciembre de 2020 y, más recientemente causa 14.515/2020 “Coresa Group SRL c/EN – M° Desarrollo Productivo – Secretaría de Industria Economía del Conocimiento y Gestión Externa y otros s/medida cautelar (autónoma)”, del 12 de febrero de 2021).

XVII.- Que, en punto a las costas de Alzada, debe recordarse que “es adecuada la distribución de las costas ‘en el orden causado’ cuando el tema debatido en el juicio es discutible y de singular complejidad (cfr. CSJN, Fallos 280:176, considerando 14° de la mayoría y 17° de la disidencia) o la cuestión es novedosa (CNFED, Sala Civil y Comercial, 4/11/69, ED 33-7), de tal modo que todo ello ha podido generar en el recurrente la creencia de que su pretensión era, al menos, opinable” (CNACCF, Sala I, in re “Bernardino Rivadavia Soc. Coop. c/ Gobierno de la Nación s/ Cobro de pesos”, causa N° 532, del 10/07/91). Por consiguiente, en virtud de las razones expuestas, corresponde



imponerlas en el orden causado, en virtud de lo prescripto por el artículo 68, segundo párrafo, del CPCC (cfr. esta Sala, Causa 23356/2012 in re “Mackielo Andrea Laura c/ EN – BCRA – AFIP s/Amparo Ley 16.986”, sentencia del 20/11/2012).

En la especie, la distribución de las costas en el orden causado se justifica en que la existencia de diversas resoluciones y la falta de unicidad en el criterio mantenido en las salas que integran esta segunda instancia pudo generar la convicción en las partes de que les asiste un mejor derecho, resultando la cuestión opinable.

Por lo expuesto, **SE RESUELVE:**

1) admitir la revocatoria planteada y dejar sin efecto la resolución del 10 de febrero de 2021.

2) declarar insustancial emitir pronunciamiento respecto del recurso de apelación intentado por el Estado Nacional Ministerio de Desarrollo contra el auto del 6/10/2020.

3) rechazar los recursos de apelación interpuestos por el Estado Nacional - Ministerio de Desarrollo Productivo y por el Fisco Nacional AFIP - DGA y, en su consecuencia, confirmar parcialmente la medida cautelar dictada, en lo que fue materia de sus respectivos agravios.

4) admitir los agravios del BCRA y dejar sin efecto la suspensión de las Comunicaciones A 7030 y sus modificatorias.

5) distribuir las costas de alzada en el orden causado de conformidad con lo explicitado en el último considerando.

A los fines del art. 109 del Reglamento para la Justicia Nacional se hace constar que suscriben la presente dos vocales por hallarse vacante el tercer cargo.

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

SERGIO GUSTAVO FERNANDEZ CARLOS MANUEL GRECCO



Buenos Aires, 8 de abril de 2008

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Schnaiderman, Ernesto Horacio c/ Estado Nacional - Secretaría de Cultura y Comunicación de la Presidencia de la Nación", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

Que esta Corte comparte y hace suyos los fundamentos expresados por la señora Procuradora Fiscal en el dictamen de fs. 135/138, a los que corresponde remitir por razones de brevedad.

Por ello, se hace lugar a la queja y al recurso extraordinario y se revoca el pronunciamiento apelado. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo fallo con arreglo al presente. Notifíquese, agréguese la queja al principal y, oportunamente, archívese. RICARDO LUIS LORENZETTI - ELENA I. HIGHTON de NOLASCO - CARLOS S. FAYT - ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI - JUAN CARLOS MAQUEDA - E. RAUL ZAFFARONI - CARMEN M. ARGIBAY.

ES COPIA

Recurso de hecho interpuesto por **la actora, Ernesto H. Schnaiderman**, patrocinado por el **Dr. Guillermo Hugo Sansone**.

Tribunal de origen: **Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, (Sala III)**.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Nacional del Trabajo N° 28**.

Procuración General de la Nación

S u p r e m a C o r t e :

- I -

A fs. 234/239 de los autos principales (a los que corresponderán las siguientes citas), la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (Sala III), al confirmar el pronunciamiento de primera instancia, desestimó la demanda promovida por Ernesto Horacio Schnaiderman contra el Estado Nacional (ex Secretaría de Cultura y Comunicación de la Presidencia de la Nación), con el objeto de obtener que se declare la nulidad e inconstitucionalidad de la resolución 1/00 de la citada Secretaría de Estado, en cuanto dispuso cancelar su designación en el Nivel "A" del Sistema Nacional de la Profesión Administrativa (SINAPA) -aprobado por el decreto 993/91 (t.o. 1995)- y subsidiariamente la nulidad e inconstitucionalidad del art. 25 del Convenio Colectivo de Trabajo General (CCT) para la Administración Pública Nacional -homologado por el decreto 66/99-.

Recordó que el actor ingresó en la Secretaría de Prensa y Difusión de la Presidencia de la Nación el 8 de marzo de 1998 como asesor de gabinete del Subsecretario Técnico Administrativo y que, posteriormente, el 1 de julio de 1999 fue designado agente Nivel "A" -por concurso, en el marco del SINAPA- para desempeñar el cargo de asesor técnico en cuestiones de derecho inmobiliario registral, notarial y catastral en la estructura de la aludida Subsecretaría. Dicha designación -continuó diciendo- fue cancelada mediante la resolución 1/00 del 3 de enero de 2000 del Secretario de Cultura y Comunicación, la cual impugna en la causa.

Consideró que, al momento del dictado de la aludida resolución, el actor carecía de estabilidad en el empleo, debido a que se encontraba en período de prueba y que, por tal

motivo, dicho acto había sido emitido dentro de los límites de la competencia asignada a la autoridad administrativa por el CCT y la ley 25.164.

En ese sentido, expuso que el art. 42 inc. a) de la ley 25.164 contempla, como una de las causales de extinción de la relación de empleo público, la posibilidad de cancelar el nombramiento del personal sin estabilidad en los términos del art. 17, por lo cual estimó que si se exigiera que el acto que dispusiese tal cancelación tuviera que reunir la totalidad de los recaudos previstos en el art. 7º de la ley 19.549 (incluido el de motivación), carecería de sentido la existencia del artículo citado en primer término (42 inc. a), pues es regla generalmente aceptada que las normas deben ser interpretadas de modo que armonicen con el régimen jurídico en el que se hallen insertas y no en contraposición con él.

Por otra parte, desestimó el planteo de inconstitucionalidad del art. 25 del CCT -en cuanto establece que durante el período de prueba la designación del agente podrá ser cancelada en cualquier momento- al considerar que no era exigible que en el acto se invocara causa o motivo, ni que se diera cumplimiento a los requisitos de la ley 19.549, porque bastaba la simple remisión a las normas que autorizan a cancelar el nombramiento.

Sostuvo así, que era razonable pensar que, durante el período de prueba, la designación del agente público pudiese válidamente cancelarse sin expresar motivo alguno, pues de otro modo no se advierte cuál sería la utilidad práctica del período de prueba. Un criterio similar -dijo- rige en la Ley de Contrato de Trabajo, en cuanto prescribe que durante dicho lapso, el empleador está facultado para extinguir la relación sin expresión de causa y sin obligación de pagar indemnizaciones por despido, aunque

Procuración General de la Nación

con el deber de preavisar.

De acuerdo con lo expuesto, aseveró que la resolución de cancelar el nombramiento de un empleado de la Administración Pública Nacional durante dicho período, implica una decisión política que -en principio- el Poder Judicial no está autorizado a revisar, salvo cuando implicase el ejercicio de una ilegítima discriminación, circunstancia que, en el caso, no había sido acreditada.

- II -

Contra dicho pronunciamiento, el actor interpuso el recurso extraordinario de fs. 242/283, que fue denegado por el a quo (fs. 294) y dio origen a esta presentación directa.

En resumen, se agravia porque: (i) el acto administrativo impugnado se dictó en transgresión a los límites impuestos por el ordenamiento jurídico vigente, tales como el art. 1º, inc. f, ap. 1, 2 y 3, art. 7º, incs. b, c, d, e y f de la ley 19.549, art. 6º del decreto 20/99, al igual que de los derechos y garantías reconocidos por los arts. 14, 14 bis, 16, 17, 18, 19, 28, 31 y 33 de la Constitución Nacional; (ii) dicho acto carece de razonabilidad y es arbitrario, toda vez que el Estado Nacional reconoció expresamente su capacidad e idoneidad para desempeñar el cargo que obtuvo por concurso (fs. 117 y fs. 89 del expdte. adm. 54/2000/S.C. y C.) y (iii) los arts. 25 del CCT y 17 y 42 inc. a) de la ley 25.164 son inválidos por inconstitucionales, en virtud de oponerse y ser incompatibles a las exigencias de validez impuestas por normas jerárquicamente superiores, como son el art. 7º, incs. b, c, d, e, y f de la ley 19.549 y los arts. 14, 14 bis, 16, 17, 18, 19, 28, 31 y 33 de la Constitución Nacional.

En ese mismo sentido, afirma que la sentencia es arbitraria porque convalida la resolución cuestionada, la

cual, reitera, guarda una incompatibilidad manifiesta con las exigencias de validez que, para todo acto administrativo, imponen la ley 19.549 y la Ley Fundamental.

- III -

Considero que el recurso extraordinario interpuesto es formalmente admisible, toda vez que se controvierte la validez de un acto de autoridad nacional y la interpretación de normas federales (leyes 19.549 y 25.164) y la sentencia definitiva del superior tribunal de la causa es contraria a los derechos invocados por el apelante (art. 14, incs. 1º y 3º, de la ley 48) (Fallos: 320:147 y 1003; 321:174 y 322:2220).

En cuanto al fondo del asunto, cabe señalar que, en la tarea de establecer la inteligencia de las normas federales, la Corte no se encuentra limitada por las posiciones de los jueces de la causa y del recurrente, sino que le incumbe realizar una declaración sobre el punto disputado, según la interpretación que rectamente le otorgue (Fallos: 311:2553; 314:529; 316:27; 321:861, entre muchos otros).

Además, corresponde efectuar el examen conjunto de las impugnaciones planteadas, pues los agravios relativos a la alegada arbitrariedad y los atinentes a la interpretación del derecho federal en juego son dos aspectos que, en el caso, aparecen inescindiblemente ligados entre sí (Fallos: 313:664).

- IV -

Ante todo, cabe aclarar que no es objeto de discusión que el actor había sido designado, por concurso, para ocupar un cargo de "Nivel A, Grado 0" en la Administración Pública Nacional y que, al momento del dictado del acto que declaró cancelada su designación, se encontraba en período de prueba, por lo cual el thema decidendum queda circunscrito a

Procuración General de la Nación

establecer si este último acto debía cumplir con los requisitos de la ley 19.549.

A tal fin es necesario recordar que la resolución 1/00 de la ex Secretaría de Cultura y Comunicación, que resolvió cancelar la designación de Ernesto Horacio Schnaiderman para desempeñarse en aquel cargo, se limitó a dar cuenta en sus considerandos de que el actor no se encontraba alcanzado por el derecho a la estabilidad y que dicha medida se dictaba en uso de las facultades conferidas por el art. 25 del CCT.

Por las consideraciones que efectuaré a continuación adelanto que, a mi juicio, no puede sostenerse válidamente que el ejercicio de las facultades discrecionales, por parte del órgano administrativo, para cancelar la designación de un agente durante el período de prueba (según le autoriza el art. 25 del CCT) lo eximan de verificar los recaudos que para todo acto administrativo exige la ley 19.549, como así también respetar el sello de razonabilidad que debe acompañar a toda decisión de las autoridades públicas.

Asimismo, entiendo que los argumentos del tribunal a quo al sostener que si se exigiera que el acto que dispusiera cancelar el nombramiento tuviera que reunir la totalidad de los recaudos previstos en el art. 7º de la ley 19.549, carecería de sentido la existencia del art. 42 inc. a) que faculta a la Administración a dar por concluida la relación de empleo público mediante la cancelación de la designación en los términos del art. 17, contraría el texto mismo de este último, que limita la discrecionalidad de la autoridad para disponer el cese en el empleo.

El Tribunal ha reconocido que el control judicial de los actos denominados tradicionalmente discrecionales o de pura administración encuentra su ámbito de actuación, por un lado, en los elementos reglados de la decisión -entre los que

cabe encuadrar, esencialmente, a la competencia, a la forma, a la causa y a la finalidad del acto (Fallos: 315:1361)- y por otro, en el examen de su razonabilidad, tal como se ha señalado supra.

Admitido pues, el control de los elementos reglados en actos donde se ejercitan potestades discrecionales, tal como ocurre con aquel frente al cual se persigue la protección judicial en el caso, cabe examinar si se ha acreditado debidamente la existencia de los vicios denunciados por el actor.

En ese sentido, cabe considerar que el art. 17 inc. a) de la ley 25.164 supedita la adquisición de la estabilidad en el empleo a que se "acredite (n) condiciones de idoneidad a través de las evaluaciones periódicas de desempeño, capacitación y del cumplimiento de las metas y objetivos establecidos para la gestión durante el transcurso de un período de prueba de doce (12) meses de prestación de servicios efectivos, así como de la aprobación de las actividades de formación profesional que se establezcan" (el resaltado no es del original). La correlación de tal norma con la facultad que el art. 25 del CCT confiere a la autoridad administrativa para cancelar la designación durante el período de prueba, conducen a pensar que el objeto de tal potestad es la de brindar la posibilidad a la Administración para que evalúe la idoneidad del agente.

Desde esta perspectiva, considero que asiste razón al apelante cuando afirma que, en el caso, la eventual inexistencia de esta cualidad funcional estaría descartada, toda vez que el Estado Nacional afirmó que "la decisión no cuestiona la idoneidad y capacidad del agente ni se advierte como resultado de una medida disciplinaria o descalificativa en su contra" (v. fs. 117).

Procuración General de la Nación

Por otra parte, el demandado afirma que el acto de cese pudo estar relacionado con el proceso de reorganización de las estructuras de todos los organismos de la Administración Pública en virtud de lo dispuesto por el decreto 20/99, sin embargo esta justificación, en mi parecer, es no sólo tardía, sino que, también, denota un frustrado intento de encontrar un motivo para revocar la designación.

Así lo pienso, porque el citado decreto, además de haberse limitado a establecer la conformación organizativa y los objetivos de las secretarías y subsecretarías que dependerían de la Presidencia de la Nación, de la Jefatura de Gabinete de Ministros y de los Ministerios, por su art. 6º, ordenó que hasta tanto se concluyera con la reestructuración, se debían mantener las aperturas de nivel inferior a subsecretaría con la dotación de personal vigente a la fecha de su dictado, sin que, por lo demás, se haya invocado y menos aún demostrado la supresión del cargo que desempeñaba el actor.

En ese orden, estimo -como lo sostiene el recurrente- si se descarta que lo que motivó el dictado del acto fue la ausencia de idoneidad para desempeñar el cargo o la eventual reestructuración organizativa de la dependencia -o cualquier otro motivo- aquél aparece desprovisto de un elemento esencial para su validez, cual es su causa.

Desde otro punto de vista, es dable reparar que la resolución impugnada omite invocar fundamento alguno que, además, torne razonable la revocación del nombramiento efectuado. Por ello, el acto atacado carece de otro de sus requisitos esenciales, en este caso, el de motivación.

En efecto, si se toma en cuenta que las normas, como se dijo, supeditan la adquisición de la estabilidad en el empleo a que se acrediten condiciones de idoneidad durante el período de prueba, ello constituye un aspecto que limita la

decisión discrecional de la Administración. Desde esa perspectiva no se podía revocar el nombramiento de un agente, menos aún de un empleado designado por concurso, sin expresar las razones que lo justifican. Tal omisión torna ilegítimo el acto, sin que quepa dispensar dicha ausencia por haberse ejercido potestades discrecionales, las que -por el contrario- imponen una observancia más estricta de la debida motivación (confr. doctrina de Fallos: 324:1860).

Con arreglo a lo expuesto, los vicios apuntados constituyen "causa de nulidad del acto emitido con tales defectos (argumento de los arts. 7 y 14 de la Ley 19.549)" (Fallos: 306:1138), pues la resolución que canceló la designación del actor -aun cuando este último se encontraba en período de prueba- no puede quedar exenta de cumplir con los recaudos de legitimidad que, como se ha expresado, han sido vulnerados.

En suma, la circunstancia de que la entidad administrativa obrare en ejercicio de facultades discrecionales, en manera alguna puede constituir un justificativo de su conducta arbitraria, como tampoco de la omisión de los recaudos que, para el dictado de todo acto administrativo, exige la ley 19.549. Es precisamente la legitimidad -constituida por la legalidad y 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 parte interesada, verificar el cumplimiento de dichas exigencias (doctrina de Fallos: 307:639 y 320:2509).

Las consideraciones expuestas me eximen de tratar la pretendida declaración de inconstitucionalidad del art. 25 del CCT.

Procuración General de la Nación

Opino, por tanto, que corresponde declarar mal denegado el recurso extraordinario, hacer lugar a la queja y revocar la sentencia apelada en cuanto fue materia de aquél.

Buenos Aires, 13 de marzo de 2007.

LAURA M. MONTI

Es Copia

Buenos Aires, 8 de abril de 2008

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Schnaiderman, Ernesto Horacio c/ Estado Nacional - Secretaría de Cultura y Comunicación de la Presidencia de la Nación", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

Que esta Corte comparte y hace suyos los fundamentos expresados por la señora Procuradora Fiscal en el dictamen de fs. 135/138, a los que corresponde remitir por razones de brevedad.

Por ello, se hace lugar a la queja y al recurso extraordinario y se revoca el pronunciamiento apelado. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo fallo con arreglo al presente. Notifíquese, agréguese la queja al principal y, oportunamente, archívese. RICARDO LUIS LORENZETTI - ELENA I. HIGHTON de NOLASCO - CARLOS S. FAYT - ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI - JUAN CARLOS MAQUEDA - E. RAUL ZAFFARONI - CARMEN M. ARGIBAY.

ES COPIA

Recurso de hecho interpuesto por **la actora, Ernesto H. Schnaiderman**, patrocinado por el **Dr. Guillermo Hugo Sansone**.

Tribunal de origen: **Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, (Sala III)**.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Nacional del Trabajo N° 28**.

CAUSA LIV

Los saladeristas Podestá, Bertram, Anderson, Ferrer y otros contra la provincia de Buenos Aires; sobre indemnización de daños y perjuicios.

Sumario. — 1º. Nadie puede tener un derecho adquirido de comprometer la salud pública con el uso que haga de su propiedad, y especialmente con el ejercicio de una profesión ó industria.

2º La autorización de un establecimiento industrial está siempre fundada en la presunción de su inocuidad, y no obliga al gobierno que la concedió, cuando esa presunción ha sido destruida por los hechos.

3º El decreto de 14 de Febrero de 1871 del Gobierno de Buenos Aires, y la ley de esa Provincia de 6 de Setiembre del mismo año, retirando á los saladeros establecidos en Barracas la autorización para continuar en ese punto, por exigirlo así la salud pública, no son contrarios á la Constitución, ni atacan el derecho de propiedad.

Caso. — El caso se halla explicado por el

Fallo de la Suprema Corte

Buenos Aires, Mayo 14 de 1887.

Vistos : los saladeristas, Don Santiago, Don José y Don Gerónimo Podestá, Don Guillermo Bertram, Don Guillermo Anderson, Don Casimiro Ferrer, Don Gerónimo Rocca, Don Constant Santa María, Don Juan Smith y Don Gerónimo Soler y C^a, demandan á la provincia de Buenos Aires por la indemnizacion de los daños y perjuicios que les ha causado la suspension de las faenas de los saladeros situados en el Riachuelo de Barracas, ordenada por su Lejislatura Provincial por ley de seis de Setiembre de mil ochocientos setenta y uno.

Losdemandantes, despues de hacer mérito de la ley de treinta y uno de Mayo de mil ochocientos veinte y dos, ordenando que los saladeros se establecieran á una legua distante de la ciudad, tomada por la parte del Oeste y del Norte, desde la barranca, y por la parte del Sur al otro lado del Riachuelo, y de recordar las diversas disposiciones administrativas de los años subsiguientes reglamentando dichos establecimientos, dicen : que dados estos antecedentes, no es posible desconocer que al establecerse los saladeristas en el Riachuelo, lo hacían por declaraciones oficiales que obligaban la fé pública, y que importaban el reconocimiento de que podían trabajar libremente en sus establecimientos, sin que la accion de la autoridad pudiera ir más allá que á prescribir la observancia de medidas y reglamentos que consultasen las prescripciones de la hijiene : que esas declaraciones, conformes por otra parte, con el respeto debido á la propiedad y á la industria, segun la Constitucion y las leyes civiles, debían inspirar una léjítima confianza á los que entregaban sus capitales al negocio de saladeros ; pero que

desgraciadamente no fué así, pues contra los derechos adquiridos y reconocidos por reiteradas resoluciones, contra las garantías constitucionales y las leyes que aseguran la propiedad, se sancionó por la Legislatura de Buenos Aires, en Setiembre seis de mil ochocientos setenta y uno, una ley que ordenó la clausura de los saladeros del Riachuelo, no como un acto de expropiación, previa indemnización, que habría sido legítimo, sinó como un acto de autoridad irreflexivo y arbitrario que trajo la ruina injustificable de numerosos y honrados industriales. En consecuencia de lo cual, piden se condene á dicha Provincia á la indemnización de daños y perjuicios, cuyo monto será determinado oportunamente por peritos nombrados al efecto.

El representante de la Provincia se opone á la demanda alegando por su parte: que es deber de todo gobierno, velar por la salud pública; que esta se hallaba seriamente comprometida por los saladeros, clasificados entre los establecimientos insalubres de primera clase; y que el haber mandado suspender las faenas de los situados en Barracas, no puede sujetar á la Provincia ni á su Gobierno á la pena de daños y perjuicios, pues no han hecho sinó cumplir con aquel sagrado deber despues de haber agotado todos los medios á su alcance para que dichos establecimientos se pusieran en condiciones hijiénicas tales que los hicieran completamente inocuos; y concluye pidiendo el rechazo de la demanda con costas.

De los antecedentes administrativos de que se hace mérito en la demanda, resulta lo siguiente:

Con fecha trece de Marzo de mil ochocientos sesenta y siete, el Presidente del Consejo de Higiene dirijió al Gobierno de la Provincia una nota acompañando la parte del informe de dicho Consejo relativa á los saladeros, y en ella recomienda, ya que no es posible, dice, tomar por el momento medidas eficaces: « no echar al Riachuelo ningun desperdicio de los sala-

deros, incluso el agua de cola, que por una concesion del Gobierno, cuya razon el Consejo no alcanza á ver, se permitió á los saladeristas exceptuar de la disposicion dada sobre todas las materias líquidas que de aquellos resultaren, y que en caso de acrecentamiento notable de la epidemia, se mande suspender las faenas de dichos establecimientos, considerados en la primera clase de los insalubres ».

En nota del trece de Abril del mismo año, el juez de paz de Barracas al Norte, encargado de inspeccionar los saladeros, informaba tambien : que las aguas inmundas que caen al rio en gran cantidad, son de los saladeros; que la sangre que se arroja en los depósitos que se han hecho en ellas, se hallaba corrompida, y de una fetidez insoportable, y calcula en mil pipas la cantidad de agua inmunda que se arroja diariamente en el Riachuelo.

El Gobierno, con este motivo, y fundado en las reiteradas indicaciones que dice le fueron dirigidas, tanto á él cómo á la Municipalidad, por el Consejo de Higiene y la Facultad de Medicina, espidió el decreto de veintiseis de Abril de mil ochocientos sesenta y siete, suspendiendo por primera vez la faenas de los saladeros de Barracas, y nombrando una comision científica para que propusiera las medidas que mejor conciliasen las faenas de dichos establecimientos con las condiciones requeridas por la higiene pública.

Esta comision, despues de indicar las medidas que pudieran adoptarse, las cuales, segun dice, « deben considerarse simplemente como provisorias, por distar mucho de satisfacer las condiciones de salubridad que pueden y deben exigirse de los saladeros », concluye su informe de seis de Mayo de mil ochocientos sesenta y siete, aconsejando :

Primero: Que se permitirá continuar en sus faenas ordinarias á los establecimientos de los saladeros situados en Barracas, á condicion de sujetarse á las medidas indicadas;

Segundo : Que esta concesion con el mero carácter de provisoria, tenga un plazo de tres meses, durante el cual puedan los saladeristas estudiar detalladamente las medidas efectivas y permanentes que les convenga adoptar en lo sucesivo;

Tercero : Que terminado este plazo, sea sometida á la consideracion del gobierno la resolucion adoptada por los saladeristas, y en caso de considerarse eficaz y conveniente, acordarles el tiempo necesario para llevarla á efecto, y si fuera posible, antes de la estacion en que la temperatura favorece la descomposicion pútrida de los residuos de dichos establecimientos.

De conformidad con este informe, el Gobierno espidió el decreto de dieciocho de Mayo del mismo año de mil ochocientos sesenta y siete, permitiendo continuar las faenas de los saladeros, con sujecion á los procedimientos aconsejados por la Comision, y bajo la prohibicion espresa de arrojar al Riachuelo, pasados seis meses desde la fecha del decreto, las aguas procedentes del beneficio de aquellos.

Esta prohibicion se reiteró por decreto de veinte de Diciembre acordando á los saladeristas un nuevo término, que vencía el primero de Enero del año mil ochocientos sesenta y ocho, pues hasta entónces no la habían cumplido, no obstante haber vencido con exceso el término que se les fijó por el decreto de dieciocho de Mayo.

Por decreto de cuatro de Enero del mismo año mil ochocientos sesenta y ocho, fundado en que la supresion total de las faenas de los saladeros, era una medida hijiénica recomendada por los facultativos, se las mandó cesar desde el quince del mismo mes, debiendo entre tanto sujetarse á las condiciones fijadas en los decretos de dieciocho de Mayo, y veinte de Diciembre del año anterior.

A solicitud de uno de los saladeristas, que prometió someterse á las condiciones que el Gobierno quisiera imponerle, se

reabrieron dichas faenas por decreto de veinte de Febrero de mil ochocientos sesenta y ocho, bajo las prescripciones siguientes:

Primera : No arrojar al Riachuelo los residuos orgánicos, sólidos ó líquidos de las faenas, pudiendo llevarlos al canal exterior;

Segunda : No derramarlos en pozos ó sobre la tierra, ni enterarlos, esparcirlos ó acumularlos, á no ser que se les aplique en proporciones convenientes al abono é irrigacion de las tierras cultivadas;

Tercera : Hacer desaparecer los residuos destinados á la alimentacion de los animales, en el término de veinticuatro horas.

Mas los saladeristas declararon al Gobierno, en nota fecha veintidos de Febrero, que les era materialmente imposible emprender de nuevo sus faenas bajo las restricciones que se les imponía, y que solo podrían continuarlas como lo habían hecho siempre, prometiendo solamente quemar los residuos sólidos que resultasen de sus establecimientos.

En vista de esto, y del informe de una otra comision científica nombrada en Noviembre del año anterior, el Gobierno, fundado en que era una necesidad verdaderamente sentida la de que los saladeros volviesen á sus trabajos ordinarios para evitar que se interrumpiera el envío regular de nuestros productos rurales á los mercados de su consumo, lo que no podría verificarse sin traer un desequilibrio en los cambios, y graves trastornos en la primera de nuestras industrias; pero teniendo por otra parte en consideracion, que al reabrirse las faenas de dichos establecimientos, la prudencia y cuidado de la salud pública aconsejaban sujetarlas á aquellas condiciones, que siendo de fácil é inmediata ejecucion, las hagan, sin embargo menos insalubres, como son las que indica la Comision con el nombre de *medidas provisionarias*; que siendo, segun el dictámen de las corporaciones científicas consultadas por el Gobierno, los pro-

cedimientos que emplean actualmente los saladeros, incompatibles con el régimen sanitario de la ciudad, puesto que corrompen el suelo, el aire, y las aguas, que son los tres agentes de las infecciones más perniciosas, no pueden aquellos ser tolerados, sinó mientras dure el imperio de las necesidades expuestas, y por el tiempo que los dueños de estos establecimientos necesiten racionalmente para sujetarse á las prescripciones hijiénicas: declara, por decreto de veintisiete de Febrero de mil ochocientos sesenta y ocho reabiertas las faenas de los saladeros, bajo las siguientes condiciones provisorias:

Primera: Que los saladeristas quemén diariamente los residuos sólidos que resulten de las matanzas y de las tinas;

Segunda: Que los residuos que se conserven para combustible del establecimiento, sean frecuentemente regados con alquitran; y

Tercera: Que solo puedan arrojar al Riachuelo el suero de la sangre, el agua de cola, y la salmuera, empapando las canaletas con alquitran de hulla ó coaltar en la proporción de media pipa por cada cien de cada uno de los tres líquidos.

Dispónese también por los artículos sexto y sétimo, que la autorización para faenar bajo las condiciones expuestas, terminará el quince de Noviembre del mismo año mil ochocientos sesenta y ocho, y que los saladeristas establecidos en Barracas, que después de esta fecha quieran continuar allí sus faenas, solo podrán hacerlo sujetándose á las condiciones prescritas por el decreto de veinte de Febrero. Sin embargo, por el artículo octavo, se les faculta para adoptar libremente cualquier procedimiento, siempre que dé por resultado el fiel cumplimiento de las condiciones anteriores.

Este decreto fué convertido en ley por sanción legislativa de dos de Noviembre de mil ochocientos sesenta y ocho.

En mil ochocientos setenta y uno, y no obstante la ley de siete de Junio de mil ochocientos sesenta y nueve, exonerando

del impuesto de saladeros á todos los establecimientos de este género establecidos ó que se establecieran fuera de la línea determinada por dicha ley, los situados en Barracas permanecían en la misma localidad, sin haber mejorado de condiciones hijiénicas, segun se vé por los considerandos del decreto de catorce de Febrero de mil ochocientos setenta y uno.

En efecto, en el primer considerando de este decreto, dice el Gobierno: « que habiendo manifestado el Consejo de Higiene Pública, en sus comunicaciones de dieciocho de Enero último, y diez del corriente mes : que debe prestarse una atencion constante á las causas que puedan infeccionar el aire que respiramos, debiendo colocarse *en primer término los saladeros y el Riachuelo de Barracas*, mientras no se coloquen en condiciones de salubridad enteramente satisfactorias, y que el Gobierno debe impedir bajo penas severas, que continúe la infeccion del Riachuelo de la Boca, que se produce principalmente porque se arrojan en él los residuos de los saladeros y los desperdicios de los alimentos y otras sustancias putrescibles, procedentes de los buques estacionados en ese punto, etcetera, etcetera... »; que el único remedio para evitar este mal, durante las presentes circunstancias, es la suspension de las faenas de dichos establecimientos, por cuanto ningun otro hay que pueda evitar que trabajando, dejen de echar al Riachuelo los residuos con que lo infeccionan. Por estas consideraciones, y teniendo en vista que la ley de dos de Noviembre de mil ochocientos sesenta y ocho, permitiendo continuar las faenas bajo las condiciones del decreto de veintisiete de Febrero del mismo año, era de un carácter enteramente provisorio, y que los saladeristas, consultados sobre los perjuicios que podría irrogarles la suspension de sus faenas, manifestaron que estos no serían de consideracion, siempre que se les acordase un término para que lleguen hasta la ciudad las haciendas en camino, y pueda ser conocida la medida en la

campaña, cuyo término juzgaban suficiente de quince días. El Gobierno los manda suspender por dicho decreto, desde el primero de Marzo próximo, hasta que se dicte una nueva resolución en contrario, prohibiendo desde ese día arrojar al Riachuelo los residuos sólidos ó líquidos procedentes de los saladeros.

En vista de este decreto y de las razones en que se funda, la Legislatura de la Provincia sancionó la ley de seis de Setiembre de mil ochocientos setenta y uno que ha dado origen á esta demanda.

Por esta ley se prohíbe absolutamente las faenas de los saladeros y graserías situados en el municipio de la ciudad, y sobre el río de Barracas y sus inmediaciones. Se prohíbe también situarlos dentro de la línea determinada por la ley de siete de Junio de mil ochocientos sesenta y nueve, y se previene que ninguna persona podrá plantear tales establecimientos sin requerir previamente el permiso del Poder Ejecutivo, el cual, oído el dictámen del Consejo de Higiene Pública, y de la Municipalidad respectiva, tomando en consideración el lugar elegido para la plantación, fijará en el decreto de concesión, las condiciones hijiénicas á que deberá estar sometido el establecimiento.

Tales son las disposiciones administrativas sobre saladeros hasta la fecha de la ley que motiva el presente juicio.

Y considerando: *Primero*: Que por ellas no se acuerda á los demandantes ningún derecho irrevocable para establecer sus saladeros en el Riachuelo de Barracas, pues se limitan á reglamentar esta industria, prescribiendo las condiciones hijiénicas á que debe sujetarse, y aún suspendiendo el ejercicio de ella en aquel punto, cuando la salud pública ha hecho necesaria esta medida.

Segundo: Que ese derecho tampoco puede deducirse de la ley de treinta y uno de Mayo de mil ochocientos veinte y dos: porque esta ley solo tiene por objeto alejar de la ciudad á los

saladeros como establecimientos insalubres, y en tanto permitió que se establecieran al otro lado del Riachuelo, en cuanto se suponía que en esa localidad no serían perjudiciales á la salubridad pública.

Tercero: Que los saladeristas de Barracas [no pueden por consiguiente invocar ese permiso para alegar derechos adquiridos, no solo porque él se les concedió bajo la condicion implícita de no ser nocivos á los intereses generales de la comunidad, sinó porque ninguno puede tener un derecho adquirido de comprometer la salud pública, y esparcir en la vecindad la muerte y el duelo con el uso que haga de su propiedad, y especialmente con el ejercicio de una profesion ó de una industria.

Cuarto: Que la autorizacion de un establecimiento industrial, está siempre fundada en la presuncion de su inocuidad, y no obliga al Gobierno que la concedió, cuando esta presuncion ha sido destruida por los hechos, pues en tal caso, el deber que sobre él pesa de proteger la salud pública contra la cual no hay derechos adquiridos, recobra toda su fuerza, y no solamente puede imponer al establecimiento nuevas condiciones, sinó retirar la autorizacion concedida, si estas no se cumplieran ó fuesen ineficaces para hacerlos completamente inócuos.

Quinto: Que en este caso se encontraban los saladeros establecidos en el Riachuelo de Barracas cuando se decretó la suspension absoluta de sus faenas, pues tanto el Consejo de Higiene, que los consideraba entre los establecimientos insalubres de primera clase, como la Facultad de Medicina y sus comisiones nombradas para inspeccionarlos y aconsejar las medidas que pudieran tomarse respecto de ellos, los señalaban como una amenaza constante á la salud pública en las condiciones en que se les explotaba, y el Gobierno de la Provincia, despues de haber agotado, sin resultado alguno, todas las medidas á su alcance para ponerlos en las condiciones hijiénicas requeridas

por la conservacion de aquella, espidió, como único medio de prevenir el mal, el decreto de catorce de Febrero de mil ochocientos setenta y uno, confirmado despues por la ley de seis de Setiembre del mismo año, prohibiendo la explotacion de dichos establecimientos en el lugar indicado. Siendo de notarse que, consultados los mismos saladeristas, al expedirse dicho decreto, sobre los perjuicios que se les irrogaría, manifestaron no ser estos de consideracion, si se les acordaba el término de quince dias para darle el debido cumplimiento, reconociendo así la justicia de aquella medida, y la facultad del Gobierno para tomarla.

Sexto: Que la objecion que hoy se opone á la ley y decreto citados, de ser contrarios á la Constitucion y á las leyes civiles, por cuanto atacan la propiedad y el ejercicio de una industria lícita, no tiene fundamento alguno legal, porque segun la Constitucion, esos derechos están sujetos á las leyes que reglamenten su ejercicio, y segun nuestro Código Civil, la propiedad está sujeta á las restricciones y limitaciones exigidas por el interés público ó por el interés privado, correspondiendo establecer las primeras al derecho administrativo solamente (artículos dos mil seiscientos once del Código Civil). Por consiguiente, la ley provincial de seis de Setiembre de mil ochocientos setenta y uno determinando las condiciones bajo las cuales pueden establecerse saladeros en la provincia, y retirando á los establecidos en Barracas la autorizacion para continuar en ese punto, por exigirlo así la salud pública, no es contraria á la ley constitucional, ni ataca el derecho de propiedad, pues ninguno lo tiene para usar de esta en daño de otro, ó como dice la ley trece, título treinta y dos, partida tercera, concordante con los principios de nuestra lejislacion sobre la materia: « maguer el ome haya poder de fazer en lo suyo lo que quisiese; pero debelo fazer de manera que non faga daño nin tuerto a otro ».

Sétimo : Que siendo esto así, y deduciéndose de los principios espuestos en el tercero y cuarto considerando, que las autorizaciones en virtud de las cuales se forman los establecimientos de industria, no tienen ni el carácter de una ley que ligue al poder administrativo, ni el carácter de un contrato civil que obligue al Estado para con los industriales, se sigue que estos no pueden oponer al Estado estas autorizaciones como un título que les dá el derecho de mantener sus establecimientos á despecho de los peligros y de los inconvenientes que puedan presentar, ó el derecho de ser indemnizados cuando la autoridad administrativa, para poner fin á estos peligros, los manda cesar, ó modificar las condiciones de su explotación.

Por estos fundamentos, se absuelve á la Provincia de Buenos Aires de la demanda interpuesta por los saladeristas de Barracas, sin especial condenacion en costas, por no resultar de autos mérito bastante para imponerlas. Notifíquese con el original, repónganse los sellos y archívense, devolviéndose al Gobierno de Buenos Aires con el correspondiente oficio, los autos traídos para mejor proveer.

J. B. GOROSTIAGA. — J. DOMINGUEZ. —
ULADISLAO FRIAS. — FEDERICO IBAR-
GUREN.

CAUSA XL

La Municipalidad de la Capital contra doña Isabel A. de Elortondo, sobre espropiacion; por inconstitucionalidad de la ley de 31 de Octubre de 1884.

Sumario.—La ley del Congreso, de 31 de Octubre de 1884, autorizando, desde la plaza de Mayo hasta la calle de Entre Rios, la apertura de una avenida de treinta metros de ancho, en las manzanas comprendidas entre las calles Rivadavia y Victoria, es inconstitucional en la parte en que autoriza la espropiacion de las fincas y terrenos afectados por la apertura de dicha avenida, escediendo del ancho destinado á la misma.

Caso.—En cumplimiento de la ley de 31 de Octubre de 1884, sobre apertura de la avenida de Mayo entre las calles Rivadavia y Victoria, el Procurador Municipal pidió la espropiacion de la casa calle del Perú N^{os} 14, 16 y 18 perteneciente á la Sra. D^a Isabel A. de Elortondo.

La propietaria opuso que solamente estaba obligada á vender la parte de su finca necesaria para la apertura de la avenida, y no toda la finca, ó la parte de ella que escedía de la línea de los 30 metros destinados á la avenida.

Fallo del Juez Federal

Buenos Aires, Noviembre 12 de 1886.

Y vistos: estos autos iniciados por el Procurador Municipal contra la Sra. D^a Isabel A. de Elortondo, en cumplimiento de la Ley de Noviembre 4 de 1884, oidas las partes en juicio verbal.

Y considerando: 1^o Que las objeciones opuestas á la espropiacion, solicitada por la Intendencia Municipal, de toda la propiedad de la Sra. de Elortondo, se reducen á que la Ley de Noviembre 4 de 1884 no autoriza la espropiacion de las propiedades sinó en la parte que tenga que ocupar la Avenida de Mayo, cuya construccion ha sido declarada de utilidad pública; que la Ley de Setiembre 13 de 1866, á que se refiere la anteriormente citada de 1884, solo permite la ocupacion de los bienes provinciales y de propiedad particular indispensables para la construccion de las obras, cuya utilidad pública ha sido previamente declarada por una ley; y finalmente, que si las citadas leyes comprendiesen en sus términos la facultad de espropiar bienes que no han de ser ocupados por la obra en cuestion y cuya apropiacion se hace con el confesado propósito de obtener por su enagenacion un provecho en favor de la Municipalidad, serían inconstitucionales como contrarias al principio de la inviolabilidad de la propiedad, consagrado por el artículo 17 de la Carta Fundamental.

2^o Que es inútil entrar á un exámen detenido de los términos de las disposiciones legales ya citadas, desde que una y otra lo son tan esplicitas que no dejan duda sobre su inteligencia: « las fincas y terrenos que resulten afectados por la apertura de la espresada Avenida », dice la ley de 1884; y la de 1866: « aquellos bienes del dominio provincial ó de particulares, cuya ocupacion se requiera para ejecutar obras de utilidad nacional ». En el pri-

mer caso no se comprendería por qué la ley habría hecho uso de la frase genérica *resulten afectados*, cuando su alcance solo era del terreno ocupado por la Avenida, y en el segundo, por qué al fijar la regla se refiere al terreno que se requiera si las necesidades de cada caso no habían de ser la medida de la espropiación.

3° Que establecido que las leyes que determinan la espropiación en este caso autorizan á la Intendencia Municipal á espropiar, no solo el terreno que debe ocupar la Avenida proyectada, sinó el todo de los terrenos y fincas afectados por ella, resta solamente traer á consideración si sus disposiciones están en contradicción con la Constitución, que es la ley suprema de la Nación.

4° Que el artículo 17 contiene á la vez el principio de la inviolabilidad de la propiedad y la espropiación por causa de utilidad pública, quedando de esta manera consignados en el mismo artículo el principio general y su limitación consiguiente, y perfectamente definido lo que constituye la garantía con que la Constitución ha querido asegurar el goce tranquilo de la propiedad: «la espropiación debe ser calificada por ley y previamente indemnizada». La discreción de los poderes colegisladores y la indemnización del propietario, son elementos más que suficientes para asegurar con fundamento que la propiedad es inviolable en todo el territorio de la Nación, ó por lo menos, no sería posible encontrar parte alguna en que estuviese rodeada de mayores garantías.

5° Que no siendo posible definir de antemano ni aún reducir á principios generales en qué ha de consistir la utilidad pública, ni cuál deba ser la extensión de los sacrificios á imponer á los particulares, es evidente que corresponde á la ley á dictarse en cada caso fijar la espropiación en la extensión que sea necesaria para servir la utilidad pública, único límite fijado por la Constitución misma.

6° Que las leyes que dicte el Congreso, haciendo uso de la

discrecion que le confiere la Constitucion en estos casos, no pueden ser atacadas por inconstitucionales, pues los argumentos en este sentido tenderían á demostrar que no habría utilidad pública en los otros que las motivan, siendo, por otra parte, un punto decidido por la Suprema Corte en sus fallos registrados en la página 311, tomo 4º, Série 1ª, y página 67, tomo 6º, Série 1ª de la coleccion; y

7º Que tampoco sería obstáculo á la constitucionalidad de las leyes citadas, el que por ellas se autoriza la espropiacion de terrenos que no van á ser ocupados por la Avenida, y que, vendidos en seguida de realizada esta, van á dejar un provecho en favor de la Municipalidad, siendo por consiguiente en perspectiva de un negocio y no por la utilidad pública que se hace la espropiacion, pues tales provechos una vez indemnizados ámpliamente los propietarios, representan únicamente el mejoramiento producido por la Avenida proyectada, y la legitimidad de este provecho se demuestra por la disposicion del artículo 15 de la ley de espropiacion de 1866 y decisiones de la Corte Suprema, página 168, tomo 11, Série 2ª.

Por estos fundamentos: fallo no haciendo lugar á las excepciones deducidas en este juicio por la parte de la Sra. Isabel A. de Elortondo, declarando que la Intendencia Municipal está debidamente autorizada por ley de Noviembre 4 de 1884, á espropiar toda la finca de la calle Perú números 14, 16 y 18, perteneciente á la demandada, por encontrarse afectada por la traza de la Avenida proyectada. En su consecuencia, comparezcan las partes á efecto de nombrar los peritos que deberán avaluar el monto de la indemnizacion á pagarse por la espropiacion en el caso de no arribar á fijarlo de mútuo acuerdo, designándose el dia del primer juéves hábil siguiente á la ejecucion de esta sentencia, á la una de la tarde. Hágase saber notificándose con el original.

Andrés Ugarriza.

VISTA DEL SEÑOR PROCURADOR GENERAL

Suprema Corte:

Los términos del artículo 5° de la ley sobre la Avenida de Mayo, origen de esta cuestión, son, á mi juicio, tan claros y explícitos, que no admiten ser diversamente interpretados.

« Se declara de utilidad pública, dice aquel artículo, y se autoriza la espropiación de las fincas y terrenos que resulten afectados por la apertura de la espresada Avenida. »

Si la ley hubiera querido limitar la espropiación á la parte indispensable para la vía, lo hubiera establecido claramente y en términos precisos. Mucho más, cuando la duda surgió en la discusión. Por « fincas afectadas » no puede, así, entenderse otra cosa, en el sentido de la ley, que aquellas que ocupare la Avenida en una porción cualquiera.

Afectar, no es tomar ú ocupar en su totalidad una cosa, según se pretende. Si la Avenida toma una finca entera, á nadie se le ocurrirá decir que tal finca ha sido *afectada*; si solo toma una parte, á cualquiera se le ocurre que esa finca está afectada, tocada, comprometida por la Avenida, y la primera de las reglas de interpretación es que las palabras de la ley deben ser tomadas en el sentido en que son generalmente usadas.

Si tal es la inteligencia de la ley, se dice, y es esta la cuestión principal, sinó única en este caso; si el hecho de tomar la Avenida una porción de una finca, autoriza la ocupación del todo, la ley, en esta parte, es contraria á la prescripción constitucional que declara inviolable la propiedad.

El señor Juez de Sección, muy oportunamente observa que es esta ya cuestión resuelta entre nosotros por la autoridad reconocida como único y último intérprete de la Constitución.

Es bien sabido, en efecto, que las leyes que autorizaron el camino de fierro á Córdoba, autorizaron tambien la espropiacion de una legua á cada lado de la vía ; y no es menos sabido cual fué la resolucion en las diversas cuestiones que surgieron, con respecto á su constitucionalidad.

«Estas leyes, dijo V. E., no pueden ser objetadas, ni discutida su constitucionalidad ante los Tribunales, por razon de error en la clasificacion de la utilidad pública en que se funda el derecho de espropiacion, porque el artículo 17 de la Constitucion, disponiendo en su inciso 2º, que la espropiacion sea autorizada por ley, libra á la discrecion exclusiva del Congreso, el juicio sobre la utilidad pública en los casos ocurrentes ; y es notorio además, que sin la concesion de tierras no hubiera sido realizable la construccion del Ferro-Carril, obra de una conveniencia evidente para el progreso y aún para afianzar la paz y la tranquilidad de la República ». (Série 1ª, t. 4º, pág. 311; t. 6º, pág. 67).

Si la ley ha declarado que es de utilidad pública la apertura de la Avenida de Mayo y ha juzgado que ella no podría llevarse á efecto sin la espropiacion de las fincas afectadas, cómo no habría podido realizarse el Ferro-Carril de Córdoba sin las dos leguas laterales, la ley de la Avenida no puede, pues, ser objetada, ni discutida su constitucionalidad en uno ni otro caso ; y si bien la utilidad no es perceptible en igual grado en ambos, la medida bastante á autorizar su declaracion, es del resorte exclusivo del poder á cuya discrecion ha confiado la Constitucion la facultad de hacerla.

Objétase á este razonamiento, á mi entender, tan sencillo como concluyente, que no es compatible con la índole de nuestras instituciones que un derecho consagrado por la Constitucion pueda considerarse sin garantía en los Tribunales de Justicia ; obsérvese, además, que no se concilia con los principios de justicia que la espropiacion de una parte autorice á tomar el

resto, que no es necesario para la obra, sin más objeto que lucrarse con ello; y se pretende, por último, apoyar estas conclusiones en la autoridad de autores respetables.

No obstante que, como se ha visto, es esta cuestión resuelta por V. E., considero de interés no dejar sin respuesta aquellas objeciones, y ha de permitirme V. E. me detenga con este motivo en algunas consideraciones generales en materia tan nueva como de palpitante actualidad.

La supremacía del Estado sobre la propiedad privada, á que Grocio dió el nombre de *dominio eminente*, esto es, la facultad de apoderarse el soberano de la propiedad particular, cuando la necesidad ó el bien público lo requiere, es inherente á la soberanía y no nace de la ley, que solo la limita y reglamenta.

« Al mismo tiempo que los romanos proclamaron la inviolabilidad de la propiedad, observa el eminente jurisconsulto Romagnosi, sancionaron también la espropiación por causa de necesidad pública. »

Si de la legislación romana, fuente del derecho, descendemos á nuestros días, fácil será darnos cuenta del camino recorrido.

La famosa declaración de los derechos del hombre, de la revolución francesa, reconocía todavía la *necesidad* como causa eficiente de la espropiación. « La propiedad es inviolable y sagrada, decía en su artículo 17, y nadie podrá ser privado de ella, salvo cuando la *necesidad* pública, legalmente reconocida, lo exija evidentemente, y á condición de una justa y previa indemnización ».

El Código de Napoleon, pocos años después, sustituyó la calificación de *necesidad* por la de *utilidad*, y esta modificación al principio romano ha sido incorporada á la legislación de todas las naciones. « La propiedad es inviolable, dice nuestra Constitución, y la espropiación por causa de utilidad pública debe ser calificada por ley y previamente indemnizada ».

Como se vé, la ley, al requerir solo la utilidad y no la necesidad, ha dado el primer paso en el sentido de facilitar la espropiacion de la propiedad particular á las conveniencias públicas.

Pero ¿qué debe entenderse por *utilidad pública*? He ahí la primera dificultad.

Las exigencias, los gustos, las tendencias de la sociedad, en nuestros dias, son tan múltiples y varias, que es imposible definirlos.

En una poblacion que carece de escuelas, por ejemplo, la construccion de un teatro sería fuera de propósito; pero dejaría de serlo en una ciudad rica y populosa, que necesita distracciones y atrae la concurrencia de estrangeros. Una plaza de toros sería una abominacion en Inglaterra, y un motivo de felicitaciones en España,

Por esto, ni los profesores del derecho ni las cortes de justicia han acertado á encerrar en una fórmula concreta qué es lo que deba entenderse por utilidad pública. Bien se alcanza que todo aquello que satisface una necesidad generalmente sentida, ó las conveniencias del mayor número, es de utilidad pública. ¿Dónde principia, empero, la necesidad y concluyen las conveniencias?

En la imposibilidad de definirlo la ley, por prolija que fuera, y puesto que en alguno había de ser depositada esta mision, ha debido serlo en el poder que, por la naturaleza de sus funciones y la renovacion periódica de su mandato, está en más inmediato contacto con el pueblo, y puedé apreciar mejor sus conveniencias y sus necesidades.

Esta conclusion es de por sí tan evidente, que no necesita ser demostrada, de manera que si la materia de espropiacion puede dar lugar á cuestiones delicadas y de difícil solucion, nadie pone por un momento en duda que la facultad de espropiar es esencialmente política y esclusiva del Poder Legislativo. La ley háse

limitado á fijar dos extremos: la utilidad pública; la indemnización prévia. Dentro de ellos, la discrecion legislativa no reconoce límites, ni puede ser objetada ante los Tribunales de Justicia, los que solo serían llamados á intervenir toda vez que la Legislatura, salvando aquellos extremos, decretase la espropiacion de la propiedad de Juan, para darla á Pedro, palpablemente sin relacion á uso público alguno; ó no acordase indemnizacion de ningun género.

En esa inteligencia, observaré que no es exacto que la facultad esclusiva y en la estension que universalmente se atribuye á la Legislatura, deje á la propiedad sin la garantía que la Constitucion acuerda á todos los derechos.

Si la Legislatura, empero, ha declarado que el uso á que la cosa espropiada se destina, es de utilidad pública; ó si este uso fuera de tal manera dudoso que los Tribunales no puedan decidir que no lo sea en la medida ó capacidad bastante á justificar la espropiacion, el juicio de la Legislatura debe prevalecer entónces como final y concluyente. (*Dillon, Mun. Corp.*, pág. 594 y 595).

Las aspiraciones y tendencias de la sociedad moderna que, como se ha visto, han sustituido á la necesidad, la utilidad, vienen ejerciendo tambien su influencia en la manera cómo ha de ser calificada esta utilidad pública, y fácil es observar que cada dia recibe una interpretacion más ámplia.

Fuerza es reconocer con este motivo que las relaciones de comercio y la rapidez y frecuencia de las comunicaciones, siempre crecientes, han establecido una solidaridad entre todas las naciones y creado obligaciones recíprocas, desconocidas antes.

La falta absoluta de higiene en las naciones del oriente ha causado á la Europa, en este solo siglo, perjuicios incalculables, con las invasiones periódicas del cólera, sin recordar otras pestes más mortíferas, en los anteriores. Y si la intensidad del mal no hubiese declinado, es muy posible que la ac-

cion colectiva de las primeras potencias hubiera obligado á los pueblos de donde venía, á mejorar sus condiciones higiénicas, para cortarlo de raíz, como alguna vez se pensó.

Está reciente el recuerdo de la perturbacion que causó entre nosotros la invasion del cólera, debido á las pésimas condiciones higiénicas de algunas ciudades de Italia, especialmente de Nápoles.

La necesidad de mejorar estas condiciones, para no ser un peligro para los demás, ha adquirido por esto entre los pueblos civilizados el carácter de una obligacion internacional.

En el seno de las mismas ciudades, construidas al acaso, y sin la más remota nocion de las exigencias de la vida actual, el mejoramiento de la higiene se impone por el instinto de la propia conservacion.

Los progresos de la ciencia permiten hoy aceptar como un axioma, que de los lugares infectos en que viven apiñados seres humanos, en el desaseo y la miseria, surgen los gérmenes perniciosos que llevan la muerte á las moradas en las mejores condiciones de higiene.

Despues de pintar el Dr. Rawson, con la viveza característica de su palabra, el cuadro de desolacion que presentan los palacios de los ricos, invadidos por las emanaciones mortíferas de los hormigueros humanos que viven y mueren á su lado, resume su pensamiento en esta forma: « Este cuadro, dice en su estudio sobre los conventillos, parece una fantasía; es, sin embargo, la fiel traduccion de los hechos, como los estudia la ciencia y los confirma la esperiencia. Y si esto es así, la sociedad entera, los ricos y los poderosos, lo mismo que los pobres y desgraciados, están solidariamente interesados en suprimir con todas sus fuerzas esos focos de infeccion, que desde las profundidades de la miseria envían la muerte para castigar la indiferencia de los que viven en la opulencia de las capas sociales superiores ».

No es, pues, de estrañar que una de las primeras preocupaciones

ciones de la actualidad sea el mejoramiento de las condiciones higiénicas, especialmente de las grandes ciudades, ni menos, que estas exigencias, desconocidas antes, hayan hecho sentir su influencia en la legislación, dando un alcance más lato á lo que deba entenderse por utilidad pública.

Desde luego, ocupa el primer lugar todo cuanto se relaciona con la viabilidad, y fácilmente abraza otros objetos á cuyo respecto la utilidad pública es menos perceptible. Las Cortes de Justicia de los Estados Unidos, por ejemplo, han reconocido en repetidas ocasiones, como casos de utilidad pública, una escuela, una plaza, un parque, un molino, un cementerio y aún un teatro.

Era asimismo de esperarse que al ampliar la ley los casos de espropiación, ampliara á la vez los medios para la ejecución de las grandes obras, que debían ser la consecuencia obligada de aquella mayor facilidad, y así ha sucedido.

Ya el artículo 51 de la ley francesa de 3 de Mayo de 1841, que es fundamental en la materia, estatuyó: que si la ejecución de los trabajos debía procurar un aumento de valor inmediato y especial al resto de la propiedad, este aumento sería tomado en consideración al estimar el importe de la indemnización.

La ley de 26 de Marzo de 1852, dictada bajo el segundo Imperio Francés, autorizó la espropiación de la totalidad de las fincas afectadas, cuando las partes restantes no fuesen de una extensión ó de una forma bastante á la construcción de edificios en condiciones de salubridad.

Bajo el régimen de esta ley, ha podido la Municipalidad de París realizar la espropiación llamada por zonas, hoy la más preconizada, abrir las grandes avenidas de que se ufana, y costearlas en parte con la venta de los sobrantes á uno y á otro lado.

Este procedimiento fué seguido por Bélgica y por Italia, yendo esta última aún más allá en la amplitud que acuerda al espropiante.

La ley de 25 de Julio de 1865, dictada bajo el reinado de Victor Manuel II, autoriza, no ya la espropiacion por zonas, sinó la cotizacion, es decir, la imposicion de las cuotas con que cada propiedad colindante debe concurrir.

« Cuando de la ejecucion de la obra, dice el artículo 41 de aquella ley, se derive una ventaja especial é inmediata á la parte de la finca no espropiada, esta ventaja será estimada y deducida de la estimacion de la espropiada.

« Cuando en la ley que declara de utilidad pública una obra, agrega el artículo 77, se imponga á los propietarios de los bienes colindantes ó contiguos, la obligacion de contribuir á la ejecucion, en razon del mayor valor que vienen á adquirir sus propiedades, y no se determina en la misma ley la medida de la contribucion, se observarán las disposiciones siguientes :

« La cuota para cada propietario debe ser igual á la mitad del mayor valor resultante de la ejecucion de la obra, y se pagarán por décimas partes al abonarse cada año la contribucion directa. »

Con arreglo á estas sábias disposiciones, se procede en la actualidad á las grandes mejoras de la ciudad de Roma, y al saneamiento de la de Nápoles, abriéndose anchas avenidas por todos lados.

El espíritu eminentemente práctico de los Americanos del Norte, había anticipado de medio siglo esta solucion á los grandes problemas de la edilidad moderna, sin la que todo progreso fuera imposible, salvo el recurso más espeditivo, que se atribuye á Neron, para proveer á una nueva edificacion de la antigua Roma.

Los estrechos límites del distrito de Columbia y la creacion tan reciente de la ciudad de Washington, no han requerido la ejecucion de grandes obras en Territorio Federal, ni ha sido la política del Gobierno de la Nacion ejecutarlas en los Estados. Son muy escasos los antecedentes que sobre esta materia nos suministran la legislacion y la jurisprudencia federal.

Abundan y sobran, empero, en los Estados cuya fiebre de progreso es proverbial.

Terminada apenas la guerra de la independencia, la ciudad de Nueva-York inició la serie de inmensas mejoras que la han elevado al rango de *Empire City*, según la expresión americana, abriendo calles, avenidas, plazas, parques sin fin y sin rivales: todo, todo bajo el principio de que, aquellos que reciben el beneficio directo é inmediato deben concurrir á la ejecución con cotizaciones ó cuotas (*assessments*) proporcionales y equitativas. Este ejemplo, como era de esperarse, fué seguido por todas las grandes ciudades de la Union.

Ocuparía sin objeto la atención de V. E. recordando las numerosísimas leyes dictadas solo por el Estado de Nueva-York, desde la de 24 de Marzo de 1809 hasta la fecha; invariablemente bajo la base de la proporcionalidad. Me limitaré á hacer mención de la última de que tengo conocimiento, y que, á la verdad, no puede ser más reciente, ni dar una idea más acabada del sistema.

Leo en un diario de Nueva-York, de Junio último, lo que sigue:

« La Legislatura del Estado ha espedido, en su última reunion, una providencia para la locacion, adquisicion, construcción y mejora de nuevos parques en Nueva-York. El objeto de esa providencia, es satisfacer una necesidad que cada dia sienten con más fuerza los distritos densamente poblados de la parte baja de la ciudad.

« La tramitación que para el cumplimiento de la ley aludida, se debe seguir, dá una idea clara de los principios observados por este país en materia de expropiaciones para usos públicos.

« La ley autoriza á la junta respectiva, que es la de apertura y composición de calles, para que vaya estableciendo al sur de la calle 155, tantos parques nuevos cuantos juzgue necesarios

Una vez que haya escogido sitio para cada uno de esos parques, la junta debe ocurrir á la Corte Suprema para que designe tres evaluadores, que han de ser gentes discretas y desinteresadas. A estos evaluadores les toca fijar la indemnizacion que corresponde á los dueños y á los arrendatarios de la propiedad tomada para el parque.

«La junta queda autorizada para determinar dentro de qué área, las propiedades colindantes con la tomada para parque van á ser beneficiadas por él, y para señalar la porcion del costo de dicho parque que, en compensacion del beneficio, les toque dar por junto á los respectivos dueños. Los evaluadores deben distribuir esa porcion entre esos dueños.

«La autorizacion más grave, entre las de la ley, es la de hacer demoler los *tenements houses* situadas en cualquier sitio, y de la estension que fueran, en cualquier parte de la ciudad, abajo de la calle 155, para el objeto de construir en su lugar, un parque.

«Las *tenements houses*, que no son simplemente casas de alquiler, sinó como hormigueros humanos en que dentro de espacios reducidísimos se amontonan sobre todo para dormir, muchedumbres en que la miseria borra toda distincion de sexos, edades, etc., son ciertamente un peligro para la higiene y la moral de la poblacion.

«Por esto, la autorizacion para ir las demoliendo á medida que vaya siendo necesario, no alarma, y antes sería de desear que su demolicion se pudiera llevar á cabo simultánea y totalmente.»

Hasta aquí *La América*, revista mensual que se publica en español en la ciudad de Nueva-York.

Como se vé, la autorizacion no puede ser más ámplia ni más lata la facilidad para espropiar.

Tan natural y tan justo encuentra el pueblo de la Union este sistema, que algunos estados, entre otros Massachusetts, Kan-

sas, Indiana, Illinois, lo han incorporado á sus constituciones, para colocarlo fuera del alcance de los movimientos transitorios de la opinion.

No han faltado, sin embargo, opositores, como sucede siempre que un interés particular se siente herido.

En aquellos Estados en que la facultad en cuestion no estaba apoyada por una prescripcion constitucional, se ha sostenido con frecuencia que era ella contraria al principio universal, de que los impuestos deben ser uniformes é iguales para todos. Las decisiones de las Cortes de Justicia han sido invariablemente en favor de la constitucionalidad.

«Esta cuestion, dice la Corte Suprema de Missouri en el caso de *Palmira v. Morton*, ha sido discutida con toda proligidad, y los principios que con ella se relacionan, severamente analizados en casi todos los Estados en que aquella facultad ha sido ejercitada, y está ahora tan firmemente establecido el principio, como cualquiera otro de la jurisprudencia americana». (Por Richardson in *Palmira v. Morton*, 25, n° 593, 1857).

En caso igual decía el *Chief Justice* de la Suprema Corte de Luisiana, Ilidell: «Debo repetir mi conviccion de que el sistema de hacer pagar los gastos de mejoras locales en su totalidad, por el tesoro general, es injusto, y conducente á grandes abusos é injusticias. Pienso que el sistema de hacer que las localidades, especialmente beneficiadas, carguen con una parte especial del peso, es más seguro y mucho más justo para la generalidad de los ciudadanos, con cuyas contribuciones se forma el tesoro de la ciudad.» (*Municipality-Duum*, 10, Lean An. 57, 1855).

«Que la legislatura, dijo la Corte Suprema de Pensilvania, en el caso de *Junctium Railroad C° v. Philadelphia*, 88, página 424, puede conferir á las corporaciones municipales el poder de distribuir el costo de las mejoras locales entre las propiedades beneficiadas, ha sido frecuentemente decidido; y si

la cotizacion, *assessment*, ha de ser sobre todas las propiedades beneficiadas, ó solamente sobre las colindantes, es materia de la esclusiva discrecion legislativa, salvo que exista alguna restriccion constitucional sobre la materia.»

El presidente de la Corte Suprema de Iowa, J. F. Dillon, comentando las varias y múltiples disposiciones de los Estados de la Union sobre la materia, dice lo siguiente: «Las Cortes han decidido muy generalmente que la facultad de exigir que las propiedades especialmente beneficiadas, sufragen los gastos de las mejoras locales, es una rama del poder de imponer, ó incluida en él, y los numerosos casos que han sido decididos establecen sin reserva la proposicion de que una ordenanza ó una ley para *abrir* ó habilitar calles, ó ejecutar mejoras locales de este carácter, y distribuir el gasto sobre aquellas propiedades que, en la opinion del tribunal ó comisarios nombrados, resulten especialmente beneficiadas por la mejora, en proporcion á la importancia de la misma, ó sobre los colindantes ó vecinos en relacion al beneficio, segun el frente ó superficie, es, á falta de una restriccion constitucional especial, un ejercicio válido del poder de imponer. Si el gasto de tales mejoras ha de ser costeado por el tesoro general, ó distribuido entre las propiedades linderas, ú otras especialmente beneficiadas; ó si, en este último caso, la cotizacion deba ser sobre todas las propiedades que reciban el beneficio, ó solamente sobre las colindantes, en relacion á sus frentes ó sus áreas, es cuestion que queda librada á la discrecion del Poder Legislativo.»

Terminaré esta reseña de la jurisprudencia Americana, con la decision más importante de todas, puesto que parte de su más alta autoridad judicial.

«La constitucion, dice la suprema corte federal, en el caso de *Williand v. Presburg*, 14 Wall. 676, 1871, confiere al Congreso la facultad de ejercer legislacion esclusiva en el distrito de Columbia, y el Congreso es por consiguiente comptente para

autorizar á la ciudad de Washington, para cotizar el gasto de ejecutar mejoras locales en las calles sobre los colindantes, y el impuesto para tales mejoras, no necesita ser general para toda la ciudad .»

Ahora bien : siendo de todo punto iguales en nuestra Constitucion y en la de los Estados Unidos las cláusulas referentes á la facultad de espropiar y á la de imponer, bajo la seguridad de sentirnos apoyados, así por la legislacion y la práctica de las naciones de Europa, como por la jurisprudencia uniformemente establecida por las Cortes de Justicia de los Estados Unidos, podemos sentar con plena confianza, como exactos y conformes á nuestra Constitucion, los principios siguientes, que dominan toda la materia:

1º En ejercicio del dominio eminente, el Poder Legislativo está investido del poder de hacer la *declaracion de utilidad pública*, así sobre la totalidad, como sobre parte de la propiedad, cuya apropiacion las conveniencias de la comunidad requieren; y esta atribucion es política y exclusiva; y el uso que de ella haga el poder al que ha sido conferida, no puede ser objetado ante los Tribunales de Justicia.

2º En ejercicio del poder de establecer impuestos y contribuciones, el Poder Lejislativo tiene la facultad de distribuir ó cotizar, *assess*, el costo de una mejora local entre aquellos propietarios que reciban el beneficio inmediato y especial, determinando el radio dentro del que debe considerarse comprendido el beneficio y la cuota con que cada uno debe contribuir; el ejercicio de esta atribucion es tambien exclusivo, y no puede ser discutido ante los Tribunales de Justicia.

Despues de esta larga esposicion, en que me he estendido más de lo que hubiera deseado, llega la oportunidad de hacer la aplicacion de los principios que ella deja, á mi juicio, fuera de toda discusion, á la Avenida de Mayo y al caso de la señora de Elortondo.

1° El Congreso ha declarado de utilidad pública la apertura de la Avenida; ha declarado igualmente de utilidad pública la espropiación de la totalidad de las fincas que ella afectare, en cuyo caso se encuentra la propiedad de la señora de Elortondo; bajo el punto de vista del dominio eminente, la constitucionalidad de esta declaración no puede ser objetada, ni admite discusión.

2° El Congreso ha declarado igualmente que las fincas afectadas deben concurrir al costo de la Avenida con el mayor valor que ella misma les dá, que esto, y no otra cosa importa en definitiva la espropiación de la totalidad; bajo el punto de vista de la facultad de imponer, esta declaración no se discute tampoco.

Pero el poder de hacer declaraciones tales, se arguye, es tremendo, y ante él desaparece la propiedad. Es, por otra parte, atentatorio, se agrega, que se pretenda despojar á los propietarios de sus fincas para lucrar con la propiedad particular, al objeto de costear obras de interés comun que la Municipalidad debe ejecutar con sus recursos propios, ó no ejecutarlas si no los tiene.

No es difícil dar contestación satisfactoria á estas objeciones.

No puede desconocerse, es cierto, en primer lugar, que el poder de apoderarse de la propiedad ajena para uso público, es un poder tremendo, sin límites teóricos ni restricciones legales, fuera de aquellas que la ley orgánica impusiera á la acción legislativa. Tiene, empero, en la práctica limitaciones positivas este poder, en el sentimiento de justicia que nunca falta en una comunidad ilustrada, y del que no pueden prescindir por mucho tiempo los legisladores. La experiencia no señala, por otra parte, grandes abusos; y nunca el temor del abuso ha obstado á que se deposite un poder necesario á la marcha de la sociedad, en aquel departamento de gobierno al que, por la naturaleza de sus funciones, corresponde.

No puede desconocerse, asimismo, que el valor jurídico de la propiedad se amengua con las doctrinas que dejo espuestas. Nadie negará tampoco que la concepción de la propiedad ante las exigencias de la sociedad moderna, no tiene en la actualidad el mismo significado y alcance que en tiempos no muy remotos, cuando un propietario caprichoso detenía la edificación de las Tullerías ó afeaba un hermoso parque en Nueva-York, con su resistencia invencible á la demolición de un ruin casucho.

El derecho de la colectividad ha ganado en nuestros días lo que ha perdido el privado; es un hecho que no escapa á la penetración del observador menos avisado.

En la nación que más respeto profesa al derecho individual, muchos propietarios fueron privados de sus tierras en Irlanda, por la sola circunstancia de tenerlas gravadas con exceso, *Incumbered States*; y todo induce á creer que la agitación porque en estos momentos pasa aquella fracción desgraciada del Reino Unido, no cesará sino mediante una expropiación en grande escala, para llegar á una repartición más equitativa de la tierra.

Cada uno reclama hoy con imperio, fuerza es reconocerlo, una parte más amplia en el goce de los bienes que el Creador ha esparcido para todos con mano pródiga sobre la faz de la tierra, y es bien sabido que no es el medio más seguro, cerrar, sino por el contrario, abrir oportunamente las válvulas, para conjurar el peligro.

Mejorar las condiciones de la vida, en los grandes centros de población sobre todo, facilitando las comunicaciones, mejorando las habitaciones de los pobres y trabajadores, abaratando las subsistencias, es hoy el primer deber del gobierno de un pueblo civilizado, y este deber no podría ser cumplido bajo el respeto sin límites que se tributaba en otros tiempos al derecho de propiedad.

La argumentación en que más se insiste, el despojo, el negocio, el lucro, es, á mi juicio, la más débil.

La ejecucion de obras de este género no es, ni ha sido nunca, materia de especulacion para los poderes públicos, y lejos de esto, ha dejado casi siempre no pocos millones á cargo de los que las han emprendido, siendo muy posible así suceda con respecto á nuestra Avenida.

En cuanto al despojo, debe no olvidarse que se reduce al cambio de un valor, por otro equivalente; y si bien es cierto que la propiedad importa el derecho de aprovecharla de la manera más absoluta, no lo es menos que el valor de estimacion que no se satisface con el precio, es igualmente aplicable á la parte que se espropia como á la que se deja al propietario; y si aquel valor moral obsta á la espropiacion de esta última, obsta de igual modo á la espropiacion de la primera, y á toda espropiacion en general, porque se levantaría en todas de por medio esa entidad imposible de apreciar. Mejor sería eliminar de una vez la prescripcion constitucional.

Con más razon se diría que pretenden lucrar con los intereses de la comunidad aquellos que, ya que no piden se les pague la parte necesaria para la vía, entienden que nada más se les puede exigir que su abandono gratuito.

Como miembros de la comunidad, reciben el beneficio comun á todos.

Como propietarios, son beneficiados de una manera imponderable con el aumento del valor de sus fincas. Este beneficio es real, positivo, inmediato; no aleatorio ni fortuito. ¿Es justo que el que lo recibe solo contribuya como los demás? ¿Es justo se recargue á la generalidad con impuestos en provecho de unos pocos? ¿Puede sostenerse que exista la proporcion y equidad que la Constitucion exige en el impuesto, que paguen lo mismo los vecinos de la Boca y de Almagro, y los propietarios de la Avenida?

Si la Municipalidad, se dice todavía, no tiene recursos propios para costear estas grandes obras, no las emprenda. Impor-

ta esto condenar todo progreso. Ni son los propietarios los que han de decidir si una obra ha de realizarse, ó no. Si la autoridad competente lo decide, la obra se llevará á ejecucion, contribuyendo todos equitativamente, en proporcion al beneficio que reciben.

Es esta, á mi juicio, la verdadera doctrina; la proporcionalidad; la cotizacion.

Esto es lo que se practica ya entre nosotros con respecto á los empedrados, y no hay razon por qué no rija la misma regla en la apertura de una calle ó de una avenida. El principio es el mismo; son todas mejoras locales.

Si la espropiacion se hubiera hecho por zonas, abrazando la série de manzanas hasta Entre Rios, para dejar dos Avenidas con el ensanche de las calles Victoria y Rivadavia, la Municipalidad, á más de la venta de los terrenos restantes en medio, hubiera estado en su derecho, competentemente habilitada, para exigir que los propietarios de Victoria mirando al Norte y los de Rivadavia al Sud, concurrieran á la grande obra por medio de cuotas radiales. Y si estas, con arreglo á la ley italiana, se limitaban á la mitad del mayor valor que adquirieran sus fincas, nadie podrá decir que no fueran notablemente beneficiados.

Quédales, en todo caso, optar por la espropiacion.

Tan natural y tan justo es lo que dejo espuesto, Exmo. señor, que se impone de por sí; y esto tiene de hermoso la justicia.

La ley de la Avenida, es, sin disputa, deficiente; no prevé todos los casos que fácilmente habían de ocurrir, y puede autorizar grandes injusticias. Es en efecto, notoriamente injusto que un propietario cuya finca no es afectada, [por quedar en la línea precisa, reciba todo el beneficio, y en nada contribuya.

No obstante esto, es bien sabido que los propietarios, anticipándose á la ley, han entrado en arreglos y combinaciones entre sí para concurrir á la ejecucion; y es tambien de notoriedad que la Intendencia, interpretando el espíritu de la ley, acepta este

concurso que reemplaza á la espropiacion. Esta no pudo tener otro objeto que la realizacion de la Avenida, y puesto que esto se consigue, sin el recurso á un medio extremo, debe ser ello un motivo de satisfaccion para todos.

Debía aquí terminar esta ya demasiado estensa esposicion; la materia es, sin embargo, tan nueva y de tan grande importancia, que merece no dejar nada sin contestar.

Los que sostienen que la ley es contraria á la Constitucion, han traído en su apoyo el peso de autoridades respetables.

En una cuestion de esta naturaleza no es de estrañar se haya dividido la opinion, y ya se ha visto que ha sido llevada con repeticion á los Tribunales de los Estados Unidos,

A la autoridad de Sedguick, Field, Fremy, Ligneville y otros que se citan en contra, podría oponer la de Dennay, Proudhon, Delallaw, aparte de las decisiones de las Cortes Americanas que antes he recordado.

En obsequio á la brevedad me limitaré á trascribir las palabras de Dennay:

«La apertura de una calle, dice este distinguido tratadista (tomo 2º, página 679), consiste no solamente en el objeto material indispensable para la ejecucion, esto es, en el terreno sobre el que debe ser abierta, sinó en el conjunto de los medios pecuniarios, sea para adquirir este terreno, sea para los otros gastos que la obra exige; queriendo el fin, es necesario autorizar los medios para llegar á él. Proponer á una comunidad sin recursos, que haga gastos que no puede soportar, es exigir lo imposible, es impedir de una manera absoluta una operacion que se reputa, sin embargo, de utilidad general y urgente. La espropiacion para un objeto determinado, debe recaer no solamente sobre el terreno necesario para lo principal, sinó tambien sobre aquel afectado á los accesorios, sin los que la obra no podría realizarse. En este caso, el accesorio obligado de la calle, cuya falta haría la ejecucion imposible, es el terreno colindante.»

Esperando que, en consideracion á la importancia de la materia, excusará V. E. haber ocupado por tanto tiempo su atencion, terminaré pidiendo la confirmacion de la sentencia recurrida.

Eduardo Costa.

Fallo de la Suprema Corte

Buenos Aires, Abril 14 de 1888.

Vistos los presentes autos traídos á la decision de esta Suprema Corte de Justicia por apelacion de la sentencia del Juez Federal de la capital, corriente á foja ochenta y una vuelta, en que se declara por aplicacion de la ley del Congreso de treinta y uno de Octubre de mil ochocientos ochenta y cuatro, su eta á espropiacion la totalidad de la finca calle Perú números catorce, dieciseis y dieciocho, de propiedad de doña Isabel A. de Elortondo, á los efectos de la Avenida que se autoriza abrir por los artículos cuarto y quinto de dicha ley, cuyo tenor literal es como sigue :

« *Artículo cuarto.* — Autorízase igualmente la apertura de una avenida de treinta metros de ancho por lo menos, que partiendo de la plaza de Mayo, divida por mitad las manzanas comprendidas entre las calles Rivadavia y Victoria y termine en la de Entre-Rios. »

« *Artículo quinto.* — A los efectos del artículo anterior, se declara de utilidad pública y se autoriza la espropiacion de las fincas y terrenos que resulten afectados por la apertura de la espropiada Avenida. »

Y considerando : *Primero* : Que como lo establece la sentencia apelada y el señor Procurador General en su dictámen de foja ciento dos, y resulta además de la discusion y testo de la

ley citada, ella evidentemente comprende en la autorizacion que contienen los artículos transcritos, el derecho á espropiar no solo el trayecto necesario á la Avenida á que dichos artículos aluden, sinó tambien la totalidad de los inmuebles situados á uno y otro lado de dicha vía, que en cualquiera estension resulten afectados por la misma.

Segundo : Que sentado este antecedente, y no habiendo los interesados puesto en duda la utilidad pública de la obra en sí, en lo que á la Avenida proyectada respecta, ni denegado la constitucionalidad de la ley sobre tal punto, la sola cuestion que surge á la consideracion de esta Corte, es la de la regularidad y validez de dicha ley, en lo que atañe á la espropiacion de las fracciones situadas fuera de aquella vía y á uno y otro costado de ella.

Tercero : Que á este respecto es desde luego de observar que la Constitucion sienta como un principio absoluto, la inviolabilidad de la propiedad privada, declarando precisamente con referencia á los poderes públicos, y para mejor ampararla contra toda posible agresion ú ocupacion ilegítima de parte de estos, que nadie podrá ser privado de ella, sinó en virtud de sentencia fundada en ley.

Cuarto : Que no es sinó escepcionalmente, y sin entender derogar aquel gran principio, que la Constitucion acuerda al Estado ó á sus representantes legítimos el derecho de ocupar los bienes privados por vía de espropiacion para objetos ó propósitos públicos ó por causa de utilidad pública.

Quinto : Que siendo tal la regla y no pudiendo el Congreso derogarla, restringirla ni alterarla en la esencia, con arreglo al artículo veintiocho de la Constitucion, que así lo estatuye explícitamente, prescribiendo que : « Los principios, garantías y derechos reconocidos en sus anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio », la atribucion deferida á aquel cuerpo por el artículo diez y siete para

calificar la utilidad pública y definir los casos de expropiación por razón de ella, no puede entenderse ilimitada ni con un alcance tal que lo autorice á disponer arbitrariamente de la propiedad de una persona para darla á otra, ni á incorporarla tampoco, aún abonando el justo valor que pueda tener ella, al dominio público, fuera de los casos y de las formas estrictamente fijadas por la letra de la Constitución ó por los principios fundamentales sobre que ella reposa.

Sesto: Que la teoría fundamental del derecho de expropiación por utilidad pública, tal como ha sido incorporado en la Constitución y tal como lo admite la legislación en general de los países libres, es otra además, y no se extiende á nada más que á autorizar la ocupación de aquella parte de la propiedad privada que sea indispensable á la ejecución de la obra ó propósito público de que se trate, no pudiendo ir nunca más allá, ni cumplirse en consecuencia, respecto de bienes que no sean necesarios á aquellos fines.

Sétimo: Que es de la misma noción, que tampoco puede verificarse con propósitos meramente de especulación ó á objeto solo de aumentar las rentas públicas, ó sea en razón, no de una utilidad pública general ó comunal en el sentido legal y propio de la palabra, sino de una utilidad pecuniaria y puramente privada del Estado ó de sus corporaciones, ni llevarse á cabo aún cuando la obra sea útil y conveniente á los intereses sociales, si puede ejecutarse aquella, ó es dado atender á estos, sin recurrir á la expropiación ó por otros medios que esta."

Octavo: Que estas limitaciones, sino explícitas en la Constitución, surgen á la par que de los principios fundamentales que ella consagra, de la naturaleza misma del derecho de expropiación, el cual no tiene otra base ni otro fundamento, que las necesidades ó conveniencias sociales, y no puede por lo tanto, estenderse más allá que lo que estos fines supremos puedan reclamar, ni aplicarse de consiguiente, á bienes que el uso, el

propósito ó la obra pública tenida en vista, no requieran como indispensable, ni á título simplemente del mayor valor resultante de una mejora pública cualquiera, en favor de las propiedades adyacentes, cuya compensacion tiene su forma especial y distinta por la Constitucion y por la práctica de todos los países libres, á saber: la cotizacion ó contribucion en dinero, proporcional y equitativa al beneficio recibido.

Noveno: Que tal es tambien la nocion aceptada por el Congreso en la ley general de espropiacion de trece de Setiembre de mil ochocientos sesenta y seis, al prescribir que si los bienes expropiados para ejecutar obras de utilidad nacional, no reciben este destino, puedan ser retraidos por su anterior propietario en el estado en que los enagenó y por el precio ó indemnizacion que recibió, haciendo así de la afectacion ó aplicacion á un uso público de los bienes espropiados, la condicion absoluta del derecho de espropiacion.

Décimo: Que si así no fuese, y debiese entenderse permitido y lícito á los poderes públicos, so color de utilidad comun, invadir la propiedad privada más allá de lo estrictamente necesario al interés general y despojar al ciudadano de lo suyo, sustituyéndose á él en el uso y goce de sus bienes ya para someterlos á una explotacion más provechosa á los intereses fiscales, ya simplemente para lucrar, vendiéndolos á terceros, con la diferencia entre el precio de compra y el de venta de los mismos, desaparecería á la vez que todo límite al derecho, aunque legítimo, exorbitante de espropiacion, la garantía única contra el abuso posible de tal derecho.

Undécimo: Que con tal sistema, en efecto, para ejecutar obras de utilidad pública en un extremo de la República, por ejemplo, sería permitido espropiar bienes en el otro, y atacar arbitraria é indistintamente en todos los puntos del país el sagrado de la propiedad, pues que haciendo basar el derecho de espropiacion no en la afectacion ó aplicacion material de los bienes

privados á servicios ú obras dadas de utilidad nacional, sinó en la mayor ó menor conveniencia pecuniaria de ello ó en la designacion discrecional y arbitraria del Poder Legislativo al respecto, no habría razon para distinguir entre las propiedades adyacentes ó más ó menos próximas á las obras y las situadas en los puntos más remotos de las mismas, pudiendo todas ser agredidas por igual, siempre que así se entendiese convenir á los intereses fiscales ó fuese ello de la voluntad de aquel cuerpo.

Duodécimo: Que tal doctrina importaría además, no solo desnaturalizar el derecho de espropiacion, haciendo de él, en oposicion á los fines con que la Constitucion lo consagra, una fuente ordinaria de recursos y un medio financiero inusitado y anormal, sinó tambien cambiar las reglas asignadas por la Constitucion y las leyes para la formacion del tesoro público, confundiendo todas las nociones legales y sustituyendo el ejercicio de tal derecho al poder ordinario de impuesto y de contribucion.

Décimo tercero: Que no es tal sin embargo, la nocion de la Constitucion, ni puede admitirse en el terreno de la razón y de la equidad que lo sea, porque ello constituiría en realidad, un verdadero socialismo de Estado en que este último sería todo y el ciudadano nada.

Décimo cuarto: Que haciendo aplicacion práctica de estos principios á la ley de mil ochocientos ochenta y cuatro, debe reputarse por tanto, que ella, en cuanto autoriza no solo la espropiacion de los terrenos necesarios á la apertura de la vía pública á que alude su testo, sinó tambien la de las fracciones situadas á uno y otro lado de la misma, que ni son necesarias ni reclama absolutamente la ejecucion de la obra, no es conforme á las limitaciones impuestas por la Constitucion al ejercicio del derecho de espropiacion, las cuales forman ó constituyen la manera de ser y la naturaleza propia de aquel derecho.

Décimo quinto: Que debe decidirse otro tanto, del punto de vista de los propósitos de dicha ley, que, evidentemente, no

tiene en cuanto á la espropiacion de las fracciones enunciadas, otro fin que el usufructo de las ganancias resultantes de su enagenacion, obligando al propietario á desprenderse de ellas, simplemente para que la Municipalidad las negocie.

Décimo sexto : Que así resulta con toda evidencia, de los antecedentes con que el proyecto de esa ley fué originariamente elevado por la Intendencia Municipal al Poder Ejecutivo de la Nacion; de la esposicion de los motivos con que el mismo fué apoyado y prestigiado por la Comision respectiva, al tiempo de su discusion en la Honorable Cámara de Diputados; de las opiniones de los miembros de dicha Cámara que lo impugnaron en su seno; y finalmente, de la resolucion municipal de siete de Octubre de mil ochocientos ochenta y cinco é informe que la precede, en que se alude á la conveniencia de fijar y se fija en treinta y dos metros, el ancho de la Avenida en cuestion, entre otras razones, porque así podría espropiarse mayor número de fincas y el resultado de la operacion ser más ventajoso á los intereses pecuniarios comprometidos en el caso.

Décimo sétimo : Que para la mayor autoridad de las anteriores correlaciones, conviene recordar que ellas tienen en su apoyo tanto la doctrina de los espositores, como la sancion de la jurisprudencia de las Cortes Americanas de Justicia, que basadas en el derecho federal Americano, que es nuestro propio derecho constitucional, tiene importancia decisiva entre nosotros.

Décimo octavo : Que importa mencionar desde luego, por su analogía con el caso actual, entre otras, la decision de la Corte Suprema del Estado de Nueva York en el caso de una ley de dicho Estado, autorizando la apertura de una calle en la ciudad de Albany y facultando á tal fin, la espropiacion no solo de lo estrictamente necesario á dicha calle, sinó de las porciones restantes de las propiedades que resultasen afectadas por ella, para ser vendidas ó incorporadas en especie, al dominio municipal,

segun posteriormente se resolviese, caso en el cual, aquel Supremo Tribunal, decidiendo *in terminis* la cuestion pendiente ante esta Corte se expresó así :

« Si esta sancion pudiese ser entendida en el sentido solo de habilitar á la Corporacion á apoderarse de las propiedades privadas con el consentimiento de sus dueños, no sería ella sin duda objetable, pero si se ha de estar á sus términos literales, los agentes locales pueden, aún rehusándolo aquellos, espropiar el todo de los lotes, no obstante que solo una parte de estos sea requerida para la obra decretada, y de este punto de vista, necesario es reconocer, la legislatura asume un poder, que con todo respeto por aquel cuerpo, no posee ella.

« Declarando la Constitucion que la propiedad privada podrá ser tomada para usos públicos, implícitamente declara que no podrá serlo para usos privados : lo contrario sería violatorio del derecho natural, y aún cuando no lo fuese de la letra de la Constitucion, lo sería evidentemente de su espíritu, y no podría ser sostenido como válido.

« Supóngase el caso en que solo unos pocos piés, algunas pulgadas aún, fuesen únicamente necesarias del extremo de una propiedad para abrir una calle, y que una valiosa construccion existiese en el otro extremo. ¿ Podría pretenderse que existe derecho para espropiar el todo de esa propiedad, consienta ó no en ello su dueño? La poca ó mucha estension del sobrante no puede modificar los principios ni influir en la solucion legal, y la Legislatura debe ser reputada tan incompetente para disponer de unos pocos piés, como para hacerlo de muchos acres de la propiedad privada en un tal caso. » (Matter of Albany Street, 11 Wend 151).

Décimo noveno: Que en el mismo sentido y no menos importantes que el anterior, son los casos de Duun v. City Council, Harper 129; Cooper v. Williams, 5 Ohio 392, y Buckingham v. Smith, 10 Ohio 288, en el último, de los cuales especial-

mente, se declaró que la propiedad individual no podía ser tomada por los poderes públicos bajo el poder de dominio eminente con el único propósito de aumentar las rentas del Estado, y que en consecuencia, en la espropiación de una corriente de agua para facilitar la apertura de un canal de navegación, no podía tomarse nada que no fuera estrictamente necesario á dicho canal, con mira de crear una renta por medio de la venta ó el arriendo del uso del agua, terminando el Tribunal con estos conceptos que por su pertinencia importa transcribir:

«No conocemos ejemplo de que la propiedad particular haya sido tomada por la autoridad del Estado, simplemente con el propósito de fomentar la renta, vendiendo ó disponiendo de otra manera análoga de aquella, y si tal poder existiese, sería á la verdad destructivo del derecho individual, teniendo por efecto inmediato, aniquilar todas sus garantías y suprimir las naturales distinciones entre *lo mio y lo tuyo*, á voluntad del Estado.»

Vigésimo: Que acorde con estos principios de sancion general, entre otros espositores, Cooley, en su tratado *Limitaciones Constitucionales*, que tiene por objeto determinar las restricciones impuestas por la Constitución á la acción de los poderes públicos, condensando las opiniones de los autores y los principios reconocidos y aceptados en la jurisprudencia á este respecto, agrega en términos no menos claros y concluyentes:

«La espropiación debe ser siempre limitada á la necesidad del caso, y por consiguiente, nada más puede ser espropiado que lo que se juzgue necesario al uso especial para el que la espropiación ha sido autorizada. Cuando solo una parte de los terrenos de un particular, es requerida por las necesidades públicas; la espropiación de esta parte no justificará la del todo, aún cuando se acuerde debida compensación por ella, y desde el momento en que se estiende más allá de la porción requerida por la necesidad del caso, cesará de ser justificada ante los princi-

pios que rigen el ejercicio del derecho de dominio eminente.» (5ª edición, páginas 670 á 691).

Vigésimo primero: Que á esta opinion que es tambien la de Story, *On the Constitution*, 2, n° 1956 y de Redfield, *On the Law of Railways*, 1, p. 218, nota 4ª, puede especialmente añadirse la de Sedgwick *Statutory and Constitutional Law*, p. 451, el cual dice :

«La expropiacion de la propiedad privada para objetos privados, es un mero abuso de los poderes de legislacion. Una resolucion dictada con tales propósitos, no tiene el carácter de una ley y está prohibida por las ideas generales que definen y limitan las funciones de la legislatura. Un estatuto que autoriza el traspaso de la propiedad de uno á otro, sin el consentimiento del propietario, es inconstitucional y prohibido, aunque se dé una compensacion. Así, una Municipalidad no puede, con el objeto de hacer una calle, tomar el todo de un lote, si solamente es indispensable una parte, y la ley debe ser interpretada como si requiriese el consentimiento del propietario respecto á la parte actualmente no necesitada, pues de otro modo, es inconstitucional y prohibida.»

Vigésimo segundo: Que por consiguiente, solo por error ha podido invocarse en estos autos los precedentes americanos como favorables á la idea de un poder absoluto en el Congreso para disponer de la propiedad privada por vía de espropiacion, estendiendo equivocadamente la doctrina que ellos consagran respecto de la facultad de aquel cuerpo para hacer pesar en virtud de atribuciones de otro órden el costo de las mejoras públicas sobre las propiedades con ellas beneficiadas á la espropiacion misma de estas, que es denegada explícitamente y sin escepcion en aquella jurisprudencia.

Vigésimo tercero: Que si no son favorables á tal idea los precedentes Americanos, no lo son tampoco los de otros países, siendo importante recordar á su respecto que si en Francia, al-

guna vez por una grave y fundamental derogacion de las reglas comunes sobre espropiacion, se ha autorizado esta en mayor estension de la que aquellas permiten, no ha sido ello sinó excepcionalmente, y toda la legislacion vigente hoy, es encaminada en un sentido opuesto, no imponiendo á los propietarios el sacrificio del abandono de su propiedad en mayor estension que la indispensable á la obra pública que la motiva, sinó cuando esta no es de posible ejecucion de otro modo que por trabajos de conjunto que hagan indispensable la espropiacion total (Ley de trece de Setiembre de mil ochocientos cincuenta, artículo trece) ó cuando por consecuencia de espropiaciones llevadas á cabo para ensanche, rectificacion ó apertura de nuevas calles, los sobrantes de las propiedades que hayan de ocupar estas, no ofrezcan por su estension ó forma, la posibilidad de levantar en ellas construcciones higiénicas y salubres (Decretos de veinte y seis de Marzo de mil ochocientos cincuenta y dos; veinte y siete de Diciembre de mil ochocientos cincuenta y ocho y catorce de Junio de mil ochocientos setenta y seis) casos todos en los cuales, sin duda alguna, media una razon de necesidad y de conveniencia social que autoriza el procedimiento de la espropiacion á su respecto. (Dufour, *De l'expropriation*, n^{os} seis y siete; *Block Administration de la ciudad de Paris*, página doscientos cincuenta y siete).

Vigésimo cuarto: Que en todo caso, no son los antecedentes y prácticas de gobiernos regidos por instituciones monárquicas, que no son las nuestras, y en las cuales no existe el poder político que en nuestro sistema constitucional se acuerda á los Tribunales de Justicia para juzgar de la validez de los actos legislativos, los que conviene invocar en oposicion á los de la Nacion que nos ha dado el modelo de sus instituciones, esencialmente contrarias por su índole á toda idea de absolutismo en el Gobierno y más encaminadas por tanto, á la proteccion y conservacion de los derechos individuales.

Vigésimo quinto: Que aunque se objeta que por la disposicion

constitucional corresponde entre nosotros al Poder Legislativo y solo á él, la calificación de la utilidad pública, y que su juicio por tanto, debe ser concluyente y decisivo al respecto, fácil es sin embargo, observar desde luego:

Que tal atribucion, segun se ha sentado ya en el considerando quinto, no puede entenderse derogatoria de los principios fundamentales sobre que reposa la Constitucion y que constituyen la esencia de todo gobierno libre.

Que al Congreso, por consiguiente, no le es dado en el ejercicio de tal facultad, ni separarse de aquellos principios, ni prescindir de las reglas que constituyen la noción fundamental del derecho de espropiacion.

Que es elemental en nuestra organizacion constitucional, la atribucion que tienen y el deber en que se hallan los Tribunales de Justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen á su decision, comparándolas con el texto de la Constitucion para averiguar si guardan ó no conformidad con esta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposicion con ella, constituyendo esta atribucion moderadora, uno de los fines supremos y fundamentales del poder judicial nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la Constitucion, contra los abusos posibles é involuntarios de los poderes públicos.

Que tal atribucion, que es por otra parte un derivado forzoso de la separacion de los poderes constituyente y legislativo ordinario, que hace la Constitucion, y de la naturaleza esencialmente subordinada y limitada de este último, se halla especialmente consagrada por las leyes de dieciseis de Octubre de mil ochocientos sesenta y dos y catorce de Setiembre de mil ochocientos sesenta y tres, la primera de las cuales declara, que: « Uno de sus objetos (de la Justicia Federal) es sostener la observancia de la Constitucion Nacional, prescindiendo, al decidir las causas, de toda disposicion de cualquiera de los otros pode-

res nacionales que esté en oposicion con ella », y la segunda, que: « Los Tribunales y Jueces Nacionales en el ejercicio de sus funciones procederán aplicando la Constitucion, como ley suprema de la Nacion, las leyes que haya sancionado ó sancionare el Congreso, los tratados con Naciones extranjeras, las leyes particulares de las Provincias, las leyes generales que han regido anteriormente á la Nacion y los principios del derecho de gentes... en el órden que va establecido ».

Que por consiguiente, aunque no haya una línea precisa que deslinda y distinga lo que es utilidad pública de lo que no lo es, á los efectos del ejercicio del derecho de espropiacion, lo cual exige, sin duda, que se acuerde en todos los casos, la mayor deferencia al juicio y declaraciones del Congreso á tal respecto, toda vez, sin embargo, que aquel cuerpo claramente exceda los límites de su atribucion constitucional, los Tribunales están en el deber de ejercitar su accion en proteccion y garantía del derecho individual agredido y de la propiedad tomada fuera de las formas autorizadas por la Constitucion.

Que tal es la doctrina consagrada por la más alta Corte Judicial de Estados Unidos, aún en relacion al poder de impuesto, que es en sí y por su naturaleza, ilimitado y mucho más ámplio y discrecional que el de espropiacion, habiendo dicho Tribunal declarado reiteradamente, que el ejercicio de tal poder por la Legislatura en los casos de naturaleza judicial, está sujeto, como el de todos los otros poderes legislativos, al control y revision de las Cortes de Justicia, y anulado en consecuencia, como repugnantes á la Constitucion repetidos impuestos creados á objetos reputados no ser estrictamente de interés general, aunque por ellos resultase colateralmente beneficiado el público (20, Wallace's Reporte, 655; 106, United States, 485; 113, United States, 1); y finalmente:

Que en el presente caso, segun antes se ha establecido, no se ha puesto en cuestion ni denegado la utilidad pública de la obra

á que la precitada ley de mil ochocientos ochenta y cuatro se refiere, y no se trata por consiguiente, en rigor, de una revision de la declaracion del Congreso á tal respecto, sinó propiamente de la estension que debe ser expropiada para tal obra, ó sea si debe tomarse á los particulares el trayecto solo ocupado por aquella vía pública, ó tambien las fracciones situadas á derecha é izquierda de la misma, cualquiera que sea su estension y aunque la línea de la calle no toque las propiedades á que pertenecan, sinó en su línea exterior ó en sus reboques.

Vigésimo sexto: Que no puede deducirse un argumento sério contra estas conclusiones de la decision anterior de este Tribunal en los casos del Procurador Fiscal de la seccion de Santa Fé contra los señores Señorans y Rosas y contra don Francisco Ferré, invocados por el procurador Municipal en estos autos. Primero: porque en el caso de esos fallos, dictados con motivo de las espropiaciones que fué necesario realizar para hacer efectiva la entrega de una legua de tierras al costado de la vía del ferro-carril Central Argentino, estipulada en el contrato de construccion de dicha vía, mediaba una circunstancia que no media en el presente y que hace desaparecer toda paridad entre ellos, á saber: que la concesion de aquellas tierras fué hecha teniéndose en mira y fijándose como condicion de ello, su poblacion y colonizacion para proporcionar tráfico y vida á la vía proyectada, objetos en sí de verdadero é indisputable interés público, que justificaban legalmente la autorizacion conferida al Gobierno para espropiarlas; y segundo: porque cualquiera que sea la generalidad de los conceptos empleados por el Tribunal en esos fallos, ellos no pueden entenderse sinó con relacion á las circunstancias del caso que los motivó, siendo, como es, una máxima de derecho, que las espresiones generales empleadas en las decisiones judiciales deben tomarse siempre en conexion con el caso en el cual se usan, y que en cuanto vayan más allá, pueden ser respetadas pero de ninguna manera

obligan el juicio del Tribunal para los casos subsiguientes.

Vigésimo sétimo: Finalmente, que de todas y cada una de las precedentes consideraciones, resulta que la ley de treinta y uno de Octubre de mil ochocientos ochenta y cuatro, en cuanto declara sujetos á enagenacion forzosa otros terrenos, en su totalidad ó en parte, que los que haya de ocupar la vía pública á que se refieren los artículos cuarto y quinto de dicha ley, es contraria á la Constitucion, y no puede por lo tanto, ser aca-tada ni aplicada en el presente caso.

Por estos fundamentos, la Suprema Corte considera que debe revocar y revoca la sentencia apelada á foja ochenta y una vuel-ta, y declara que no es procedente la espropiacion de la finca de la demandada doña Isabel A. de Elortondo, sinó en la parte necesaria y que haya materialmente de ocupar la avenida á que estos autos se refieren. Repóngase el papel, notifíquese con el original y devuélvanse en oportunidad los autos.

**BENJAMIN VICTORICA.—ULADISLAO FRIAS.
—FEDERICO IBARGÚREN. — C. S. DE LA
TORRE.—SALUSTIANO J. ZAVALIA (en
disidencia).**

DISIDENCIA

Vistos: La ley del Congreso, de treinta y uno de Octubre de mil ochocientos ochenta y cuatro, que autorizó la apertura de una gran Avenida en el centro de Buenos Aires, para facilitar la circulacion de su inmensa poblacion y el tráfico de su activísi-

mo comercio, que se hacen cada vez más difíciles por sus calles estrechas, ha sido objetada de inconstitucional por doña Isabel A. de Elortondo, cuando ha llegado el caso de proceder á la espropiacion de su casa calle de Perú números catorce, diez y seis y diez y ocho, necesaria para la construccion de aquella obra.

Estando declarada por dicha ley la utilidad pública de la espropiacion de todas las fincas y terrenos que resulten afectados por la apertura de la Avenida, la objecion de inconstitucionalidad se refiere á la parte de esas fincas ó terrenos que no quede comprendida en el ancho de la Avenida, y que el propietario pretende conservar, alegando que esa parte no es necesaria para la obra pública decretada, y que su espropiacion teniendo por objeto revenderla para lucrar con el mayor valor que la realizacion de la obra ha de darle, no es un objeto de utilidad pública en el sentido de la Constitucion, sinó una violacion del derecho de propiedad.

Esta cuestion ha sido estensa y luminosamente estudiada por el Procurador General y poco hay que agregar á los fundamentos de su vista de foja ciento dos, para dejar establecida la perfecta constitucionalidad de la ley y la inconsistencia de los argumentos aducidos contra ella.

Las leyes que dicta el Congreso tienen en general la presuncion en su favor de ser conformes á la Constitucion, que es la ley suprema del país, por el juramento de cumplirla que han prestado sus miembros, por la competencia que estos deben tener para el ejercicio de la mision soberana del lejislador, por la larga tramitacion, detenido estudio y discusion que precede á su sancion, y por la ilustracion de los miembros del Poder Ejecutivo que concurre á ella y que han prestado el mismo juramento.

Pero si hay un caso especial en que esa presuncion adquiere doble fuerza y excluye hasta lo posibilidad del error, ese caso es el presente, en que se trata de una ley de progreso y de utilidad comun, estraña á la política, en que las pasiones y los intereses

de partido no han entrado para nada, que ha sido detenidamente estudiada, ámpliamente debatida, y dos veces sancionada, pues es sabido que pedida recientemente su derogacion, no por razon de inconstitucionalidad sinó en vista de otros proyectos más vastos, el Congreso la negó con el aplauso unánime de la opinion.

¿Por ventura la Municipalidad, el Congreso, el Gobierno Nacional, todos han estado ciegos ó tan ofuscados por el error que no se han apercibido de que sancionaban una ley monstruosa que envuelve una violacion del derecho de propiedad.

No; han procedido conscientemente con la conviccion de no contrariar ningun precepto constitucional, ni violar derecho alguno, siguiendo la huella de otros Congresos y otros Gobiernos de la República Argentina y ajustándose á la jurisprudencia establecida sobre la materia por repetidos fallos de su Corte Suprema.

En efecto, el caso del Ferro-Carril Central Argentino es tan concluyente, que no se concibe cómo la cuestion de constitucionalidad de esta ley haya podido traerse ante esta Corte, si algun respeto han de merecer los precedentes establecidos: la espropiacion de una legua de tierra á cada lado de la vía en toda su longitud, es seguramente algo más que la espropiacion de las fincas ó terrenos afectados por la Avenida; los mismos argumentos que se hacen contra esta, son aplicables y se hicieron contra aquella; esa tierra no era necesaria para la vía, no iba á ser ocupada por ella ni por sus estaciones, su espropiacion solo respondía á un propósito de especulacion por el mayor valor que debían adquirir con el ferro-carril que iba á cruzarla y con la facilidad que este ofrecía para su colonizacion, y el provecho directo de esa especulacion no era siquiera el Estado quien iba á recogerlo, sinó una empresa particular.

Sin embargo, la concesion se hizo y la Corte Suprema la declaró constitucional; de manera que si en el presente caso la ley

fuese declarada inconstitucional, habría que agregar á la lista de los Poderes Públicos de mil ochocientos ochenta y cuatro y mil ochocientos ochenta y siete que violaron la Constitucion, el Congreso del Gobierno de mil ochocientos cincuenta y cinco y de mil ochocientos sesenta y tres, y la Corte Suprema de mil ochocientos sesenta y siete y mil ochocientos sesenta y ocho, donde figuraban los hombres más eminentes del país y los autores mismos de la Constitucion.

Pero admitamos como posible tan extraño fenómeno y examinemos la ley de que se trata, á la luz de los principios constitucionales que rigen en la materia.

El artículo diez y siete de la Constitucion consagra en estos términos la inviolabilidad de la propiedad, estableciendo formas protectoras para garantirla y reglas seguras para fijar sus límites, en relacion con el dominio eminente del Estado: « la propiedad es inviolable, nadie puede ser privado de ella sinó en virtud de sentencia fundada en ley; la espropiacion por causa de utilidad pública debe ser calificada por ley y préviamente indemnizada ».

Es con esta prescripcion fundamental que hay que confrontar la ley de que se trata, para saber si es ó no constitucional.

Desde luego, hay que observar que no se trata de privacion de la propiedad y que por consiguiente no es necesaria la sentencia fundada en ley; se trata de espropiacion por causa de utilidad pública y entónces basta que esta sea calificada por ley y préviamente indemnizada.

Ambas condiciones concurren en el presente caso; la espropiacion de las fincas ó terrenos que resulten afectados por la apertura de la Avenida, ha sido calificada como de utilidad pública por la ley y vá á ser préviamente indemnizada. Y es oportuno observar, á fin de evitar erróneas interpretaciones, que no es la apertura de la Avenida lo que la ley declara de utilidad pública; en su artículo cuarto autoriza la apertura de la Aveni-

da y en el quinto declara de utilidad pública la espropiación de los terrenos que resulten afectados por ella.

Pero se objeta que esa calificación es errónea por ser excesiva, que solo el terreno comprendido en la extensión de la Avenida es necesario, y que no hay necesidad ni utilidad pública que justifique la espropiación de los sobrantes de las propiedades que resulten afectadas por su apertura.

Esto es exigir un nuevo requisito para la espropiación, que no ha establecido la Constitución.

¿Quién ha de juzgar si la calificación de utilidad pública hecha por la ley es errónea ó excesiva?

Son los Tribunales, según se pretende; luego á más de la calificación y la indemnización previa, se requiere sentencia de juez que declare acertada y justa la disposición de la ley.

Pero esto es alterar el texto constitucional y olvidar los principios más elementales de la administración de justicia.

No es dado á los jueces juzgar de la justicia de las leyes; pueden bajo nuestro régimen constitucional juzgar de su constitucionalidad; pero no habiendo en la Constitución cláusula alguna que defina lo que debe entenderse por utilidad pública y hasta dónde se extiende, el juicio de los jueces declarando que no hay utilidad pública allí donde la ley ha declarado que la hay, no es un juicio sobre la constitucionalidad de la ley, sino sobre su acierto, sobre su justicia: la ley declara «esto es necesario para el bien común», y el juez dirá: «el Congreso se equivoca, esto no es necesario y es injusto espropiar más de lo necesario.»

Pero no es al criterio de los jueces á quien la Constitución ha librado el discernimiento de las necesidades públicas y el cuidado de proveer á ellas, sino al criterio del Congreso y del Poder Ejecutivo: *calificada por ley*, dice la Constitución, no «calificada por sentencia», como habría sido necesario que se dijese para que los jueces estuviesen llamados á juzgar si hay

ó no utilidad pública allí donde la ley la ha declarado; y es muy significativo el uso de los términos empleados en el artículo diez y siete de la Constitución para escluir la intervencion de los jueces en el ejercicio de esa facultad: para la privacion de la propiedad, requiere *sentencia* fundada en ley, y para la espropiacion, á renglon seguido, requiere solo utilidad pública *calificada por ley*, es decir, juzgada en cada caso por el Congreso y el Poder Ejecutivo.

La ley de espropiacion, de Setiembre de mil ochocientos sesenta y seis, así lo ha establecido, reglamentando el ejercicio de esa facultad constitucional y así lo ha resuelto esta Suprema Corte en fallos memorables, que han hecho jurisprudencia y tienen una autoridad decisiva en la materia: «esas leyes, ha dicho esta Corte, no pueden ser objetadas, ni discutida su constitucionalidad ante los Tribunales, por razon de error en la calificacion, porque el artículo diez y siete de la Constitución, disponiendo en su inciso segundo, que la espropiacion sea autorizada por ley, libra á la discrecion esclusiva del Congreso el juicio sobre la utilidad pública en los casos ocurrentes.

Un escritor y jurisconsulto notable, argentino, es verdad, ha sostenido lo contrario, pretendiendo primero, que esa resolucion se limita « á separar de su conocimiento la apreciacion de la utilidad pública, pero de ninguna manera la aplicacion que de ella deba hacerse sobre la propiedad particular »; y segundo, que si la Suprema Corte hubiera sancionado lo que se pretende, habría incurrido en error, porque es un error suponer que la Constitución ha establecido la omnipotencia del Congreso, y la impotencia de la Corte para defenderla ante la opinion de uno de los poderes del Gobierno Federal, (Amancio Alcorta, *Avenidas y espropiaciones*).

Lo primero, es insostenible en presencia del texto tan explícito y terminante de la sentencia referida; no es la apreciacion en abstracto de la utilidad pública, sinó la apreciacion en

concreto, aplicada á la propiedad particular en los casos ocur-
rentes, lo que segun ella ha librado la Constitucion á la dis-
crecion esclusiva del Congreso.

Lo segundo, es una aventurada afirmacion, fundada en un
argumento que no prueba nada á fuerza de probar demasiado.

Hay muchos poderes conferidos por la Constitucion al Con-
greso en cuyo ejercicio no intervienen para nada los Tribuna-
les; los que sería necesario subordinar al juicio de la Corte,
segun esa manera de argumentar, para no caer en la omni-
potencia del Congreso, que se presenta como un fantasma á la
imaginacion asustadiza de los propietarios.

Dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal y de Minería,
fijar anualmente el presupuesto de gastos de la Nacion, legis-
lar sobre aduanas, imponer contribuciones directas, declarar
la guerra ó hacer la paz, son poderes del Congreso cuyo ejer-
cicio está librado á su prudencia y sabiduría, mucho más im-
portantes que el de autorizar la espropiacion por causa de utili-
dad pública; y sin embargo, á nadie se le ha ocurrido ni aún
so pretesto de defender la propiedad, la libertad y aún la vida
del ciudadano contra la omnipotencia del Congreso, que los
Tribunales pudieran rever sus actos para averiguar si la justi-
cia ha sido bien consultada en los códigos que dictó, si las
penas establecidas para los delitos son escesivas, ó si las con-
tribuciones impuestas son necesarias para la defensa y segu-
ridad del Estado.

No; la Suprema Corte no ha estado en error al hacer tal de-
claracion sinó en la verdadera doctrina constitucional, y en
esto ha estado de acuerdo con la jurisprudencia establecida
por las Cortes Federales de Estados Unidos, no obstante ser
la Constitucion Americana al respecto menos explícita que la
nuestra, pues es menos *el uso público* que la utilidad pública.

« El poder del Gobierno respecto á mejoras públicas, han di-
cho aquellos Tribunales, es un poder soberano. Corresponde á

la sabiduría del Congreso determinar cuándo y de qué manera requieren su ejercicio las necesidades públicas, y con el razonable ejercicio de aquella facultad, los Tribunales no intervienen.» (Suvar v. Williams, 2 Mich. 427; Avery v. Fox, 1 Abbott C. C., 246).

«La constitucionalidad del derecho, no está medida por el importe ó grado preciso del beneficio público á conferirse.

«Siempre que haya interés público; *aunque sea aparente*, para sostener una ley, el Poder Legislativo ó la persona ó cuerpo subordinado que él puede designar, es el único juez competente de su necesidad. La cuestión en todos estos casos no es de si la ley es indispensable, sinó si puede ser útil y conveniente (Newoemb v. Smith; Chand, 71). Véase Decisiones Constitucionales de los Tribunales Federales, por Nicolás A. Calvo, tomo segundo, página trescientos cuatro).

Y si los Tribunales de Estado se han creído autorizados para intervenir en cuestiones de esta naturaleza, es por escepcion «*en casos de palpable é injustificable abuso de poder ó cuando la evidencia de una separacion de la regla para el uso público está manifiesta sobre la faz del acto*», como se resuelve en el caso últimamente citado y porque ni en la Constitucion de Estados Unidos ni en la de los Estados, se ha establecido como en la nuestra, que la espropiacion por causa de utilidad pública sea *calificada por ley*.

Se ha invocado tambien en contra la autoridad de Cooley y una sentencia de la Corte de Estado de Nueva York que declaró inconstitucional una ley que disponía «que siempre que una parte solamente de un lote ó fraccion de tierra fuese requerida para los propósitos de una calle de ciudad, si los comisionados para asignar compensaciones estimasen conveniente incluir la totalidad del lote en la asignacion, tendrían poder para hacerlo».

Pero es una pretension cuando menos extravagante la de atribuir mayor autoridad á una sentencia de una Corte de Estado,

que á dos sentencias de la Corte Suprema de la República Argentina y otras dos de las Cortes de Circuito de los Estados Unidos; siendo además de notar la diferencia considerable que hay entre librar al juicio de comisionados, si se ha de espropiar una parte ó la totalidad del lote, ó que este punto sea resuelto directamente por el Congreso, al declarar la utilidad pública de la espropiacion.

Y en cuanto á la opinion de Cooley, es verdad que este autor sostiene « que cuando una parte solamente de la propiedad es necesitada por el público, la necesidad de la apropiacion de esa parte no justificará la toma del todo, aunque se dé una compensacion por ello; y que desde el momento en que la apropiacion vá más allá de la necesidad del caso, cesa de estar justificada por los principios que sirven de fundamento al derecho de dominio eminente ».

Pero esta no es una opinion, sinó un principio sobre el cual todos están de acuerdo y que el legislador debe tener presente cuando vá á ejercer el poder de espropiacion.

En cuanto á la autoridad competente para juzgar de la necesidad, la opinion de Cooley está de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema.

« La autoridad para determinar en cada caso, dice, si es necesario permitir el ejercicio de este poder, debe quedar con el Estado mismo; y la cuestion es siempre una, de carácter estrictamente político, no requiriendo audiencia alguna sobre los hechos, ni determinacion alguna judicial.

« Sin embargo, cuando un trabajo de adelanto, de importancia local solamente, se tiene en vista, cuya necesidad debe ser determinada en vista de los hechos que los habitantes de la vecindad deben suponerse en aptitud de entender mejor, la cuestion de necesidad es generalmente referida á algun Tribunal local, y puede aún ser sometida á un jury para que la resuelva sobre evidencia.

« Pero las partes interesadas no tienen derecho alguno constitucional para ser oídas sobre esta cuestión, á menos que la Constitución del Estado clara y espresamente se lo reconozca y lo provea.

« En principios generales, la decisión final queda en el departamento legislativo del Estado; y si la cuestión es referida á algun Tribunal para ser juzgada, la referencia y la oportunidad para ser oído, son materia de favor y no de derecho.

« El Estado no está sujeto á obligación alguna de hacer provisión para una contestación judicial sobre esa cuestión». (*Constitutional limitations*, página seiscientos sesenta y ocho). Cita en apoyo de esta doctrina numerosas resoluciones de los Tribunales de Estado y trascribe *in extenso* la del caso de *People v. Smith*, 21, Nueva York, 595, de la cual conviene copiar aquí los siguientes párrafos:

« ~~La necesidad de apropiarse la propiedad privada para el uso~~ del público ó del Gobierno, no es una cuestión judicial. El poder reside en la legislatura. Puede ser ejercido por medio de un estatuto que de una vez designe las propiedades á ser apropiadas y el objeto de la apropiación, ó puede ser delegado á oficiales públicos, ó como se ha hecho repetidas veces, á corporaciones privadas, establecidas para llevar á cabo empresas en que el público está interesado. No hay restricción á este poder, excepto aquella que requiere la compensación que debe darse.

« Y allí donde el poder es cometido á oficiales públicos, es objeto de discreción legislativa determinar qué reglas prudenciales deben ser establecidas para asegurar un discreto y juicioso ejercicio de la autoridad. La provisión constitucional asegurando el juicio por jurado en ciertos casos, y aquella que declara que ningun ciudadano será privado de su propiedad sin el debido proceso de ley, no tienen aplicación al caso. El juicio por jurado solo puede ser reclamado como un derecho constitucional, allí donde la cuestión es de carácter judicial ».

« El ejercicio del derecho de dominio eminente descansa en el mismo terreno que el poder de imponer. Ambos son emanaciones del poder de hacer la ley. Son los atributos de la soberanía política, para cuyo ejercicio la legislatura no está en la necesidad de dirigirse á las Cortes. Al establecer un impuesto, ó al apropiarse la propiedad de un ciudadano ó de una clase de ciudadanos para objetos públicos, con una provision adecuada para compensacion, el acto legislativo es el debido proceso de ley, etc. La apropiacion de la propiedad es un acto de administracion pública, y la forma y manera de ejecutarse es tal cual la legislatura en su discrecion lo prescribe. »

La ley ha juzgado en el caso presente necesaria la apropiacion de la totalidad de las fincas afectadas por la Avenida; ese juicio no puede ser revisado por los Tribunales, ni el criterio de estos puede sobreponerse al criterio del Congreso, ~~y este basta para dar por resuelta la cuestion de constitucionalidad.~~

Pero quiero suponer que esté en las facultades de la Corte revisar la calificacion de la ley, y veamos á la luz de la razon y del buen sentido, puesto que no hay leyes que definan lo que debe entenderse por utilidad pública, si esta ha sido ó no consultada en esa calificacion.

Desde luego no puede desconocerse que hay utilidad y provecho evidente en apropiarse las fincas que van á quedar con frente á la Avenida, por el mayor valor que van á adquirir los fondos de las casas actuales transformados en frentes sobre la más central y la más hermosa de las calles.

Tampoco puede negarse que esa utilidad es de carácter público, porque es la Municipalidad y no un simple particular quien vá á aprovechar de ella.

Pero esto es una especulacion, se dice, en que se buscan ganancias con la propiedad privada, y la utilidad pública á que se refiere la Constitucion, no puede convertirse en un negocio ni en propósito de renta, sin desnaturalizarla.

La objecion tendría fuerza y sería muy atendible, si la disposicion de la ley tuviera efectivamente por objeto especular con el mayor valor que la tierra vá á adquirir con la obra pública á ejecutarse, en beneficio del tesoro municipal.

Pero no es así, y es fácil demostrar que la ley ha sido inspirada por elevados propósitos de equidad, de justicia y de conveniencia pública.

No son conocidos los presupuestos de la obra, pero no es aventurado afirmar, dado el valor actual de la propiedad en Buenos Aires, que la apertura de la Avenida no costará menos de doce millones de pesos al municipio, calculando, á razon de un millon, término medio, por cuadra.

El resultado inmediato de esa obra, tal vez será duplicar y triplicar el valor de los fondos de las casas actuales, convertidos en frentes á la Avenida; ese mayor valor creado por la Municipalidad á costa de tan enorme gasto, no pertenece al propietario sinó al municipio; justo es entónces que el municipio lo tome, y este es uno de los objetos de la espropiacion total de las fincas afectadas por la Avenida, para revender los sobrantes.

¿ O se pretende por ventura que ese mayor valor pertenece de derecho al propietario? La ley general de espropiaciones lo niega espresamente, y en esto está de acuerdo con todas las leyes de la materia, al disponer « que el valor de los bienes debe regularse por el que hubieren tenido si la obra no hubiese sido ejecutada ni aún autorizada ».

Renunciar á ese mayor valor en favor del propietario, es imponer al municipio un enorme sacrificio, que nada justificaría y que sus recursos no se lo permiten.

Si es posible llevar á ejecucion una obra de tal magnitud, es porque la hace posible el mayor valor que han de tomar los sobrantes de las fincas espropiadas, los que vendidos en remate han de reembolsar á la Municipalidad gran parte de su costo.

Sin ese recurso la obra sería irrealizable y seguramente nadie habría pensado en ella.

Pero suponiendo que lo fuera, su realización escollaría en un inconveniente de otro género no menos insuperable: no habría equidad en hacer pesar sobre la comunidad el costo de la obra, para enriquecer á los afortunados propietarios de un barrio, pagándoles generosamente el valor del terreno que se les espropiase y triplicando el valor de sus propiedades por el frente que se les daría de balde sobre la Avenida.

¿ Podría la Municipalidad tomar en otra forma el valor creado por ella y evitar estos inconvenientes?

El sistema de las cotizaciones responde á ese propósito, imponiendo á cada propietario la cuota con que ha de contribuir al costo de la obra; este camino está abierto por la ley y por la ordenanza reglamentaria, en la única forma en que es realizable en la práctica, esto es, por el acuerdo de los propietarios de cada manzana, y ya se ha hecho en alguna; pero impuesto por la ~~autoridad como solución única del problema; ofrece tantas y tan grandes dificultades que parece impracticable por falta de una base cierta y segura para determinar con equidad el monto de cada cuota en relacion de la obra, al valor actual de cada terreno y al mayor valor que han de adquirir.~~

En presencia de esas dificultades, el Congreso ha optado por la espropiacion como el medio que mejor consulta la equidad y la conveniencia pública.

Habría podido espropiar todas las manzanas por cuyo centro ha de cruzar la Avenida, como se há hecho en Francia donde la espropiacion por zonas y por barrios enteros se ha practicado sin resistencia y con escelente resultado; pero ha procedido con prudencia y moderacion limitando el ejercicio del derecho de espropiacion á lo estrictamente necesario.

Se dice que la espropiacion por zonas solo se ha admitido como legítima para trabajos de conjunto, sin definir con preci-

sion lo que por tales trabajos debe entenderse; pero si disecar un pantano y sanear un barrio insalubre, son trabajos de conjunto, no lo es menos la Avenida decretada, que abriendo una ancha vía en la parte más antigua y densamente poblada de la ciudad, responde á propósitos de higiene, de viabilidad y de embellecimiento y requiere trabajos múltiples y complicados.

Otra consideracion de conveniencia y utilidad pública concurrirá á justificar la espropiacion total de las fincas afectadas por la Avenida, y es la de poder entregar nuevamente al dominio privado los sobrantes sujetos á restricciones y condiciones á que no se hallan actualmente sometidos.

Cuando se emprenden obras de esta clase, destinadas entre otros objetos al embellecimiento de una gran ciudad y á la comodidad de sus habitantes, no se puede librar á la voluntad de los dueños de las propiedades adyacentes que edifiquen como quieran, y á este propósito responde el artículo sexto de la ordenanza reglamentaria, imponiendo la obligacion de presentar á la aprobacion de la oficina de Obras Públicas, los planos respectivos, á fin de que las fachadas se ajusten en lo posible á un mismo plano arquitectónico.

« Si el interés público, dice Kent, puede en alguna manera ser promovido por la toma de la propiedad privada, debe quedar á la sabiduría de la Legislatura determinar si el beneficio para el público ha de ser de suficiente importancia para autorizar el ejercicio del derecho de dominio eminente ». Y el mismo Cooley, que solo admite con reserva esta regla, no puede menos de reconocer « que el término *uso público* como es empleado en la ley de dominio eminente, tiene un significado muy controlado por la necesidad, y en alguna manera diferente del que lleva generalmente »; y cita en su apoyo una decision de la Corte de Michigan en que se establece esta doctrina: « Si se examina á fondo la materia, se encontrará que la consideracion más importante en el caso del dominio eminente, es la necesi-

dad de realizar algun bien público que de otra manera es impracticable; y se encontrará tambien que la ley, no tanto mira á los medios, como á la necesidad.» (*Constitutional limitations*, página seiscientos sesenta y cinco).

En el caso presente, la sabiduría del Congreso Argentino ha juzgado que el beneficio que la Avenida de Mayo ha de reportar al público, es de suficiente importancia para autorizar la espropiacion de las fincas afectadas por ella; y la necesidad de esa espropiacion se halla justificada como el único medio de hacerla practicable, no solo bajo el punto de vista de su costo y de los recursos municipales, sinó bajo el punto de vista de la justicia y de la equidad, que no permite que unos propietarios sean enriquecidos con el sacrificio de los demás.

¿ Juzgarán de distinta manera los jueces? Si así fuera, Buenos Aires, por el egoismo de unos pocos, quedaría condenada con su medio millon de habitantes á ahogarse entre las calles estrechas que delineó el fundador hace más de tres siglos.

Por estas consideraciones, se confirma la sentencia apelada de foja ochenta y una vuelta.

SALUSTIANO J. ZAVALIA.

CAUSA XLI

*Don Emilio Castellanos, contra don José Luis Amadeo,
Administrador de Aduana; sobre abuso de autoridad.*

Sumario.—La declaracion de un solo testigo, no hace fé en juicio.

Caso. — Se esplica en el

Fallo del Juez Federal

Buenos Aires, Agosto 17 de 1886.

Y vistos estos autos seguidos por D. Emilio Castellanos contra el Administrador de Rentas Nacionales D. José Luis Amadeo, por abuso de autoridad; y considerando: Que establecida como está la accion del actor, en el hecho de que habiendo tenido que ocurrir al despacho del demandado para obtener el despacho de unas mercaderías de la casa de Honoré, había sido espulsado violentamente de él con duras y amenazadoras



Escuela del Cuerpo de
Abogados del Estado



Procuración del Tesoro
Argentina