



BOLETÍN JURÍDICO N°7

SUMARIO

01 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

- **Principio de igualdad ante la ley y no discriminación** Trato discriminatorio. Interferencia arbitraria en la vida privada y familiar debido a la orientación sexual de la persona. El principio de igualdad se desprende de la unidad de naturaleza del género humano. Es inseparable de la dignidad esencial de la persona. Deber del Estado de respetar y garantizar “sin discriminación” los derechos contenidos en la Convención Americana (art. 1.1.) La CADH protege el derecho a “igual protección de la ley” (art. 24). Prohíbe la discriminación de derecho o de hecho. La CADH proscribe la discriminación, en general, incluyendo en ello categorías como las de la orientación sexual. El interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de la madre o el padre por la orientación sexual de cualquiera de ellos.
- **CorteIDH**, Caso “ATALA RIFFO Y NIÑAS VS. CHILE”, Sentencia de 24 de febrero de 2012.

02 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

- 2.1. **Comunidades indígenas.** Participación en la determinación de las políticas y decisiones municipales que los involucren. **Declaración de invalidez de normas. Efectos en el tiempo.** Deber de la provincia de adecuar las normas impugnadas a la Constitución y a los instrumentos internacionales que garantizan los derechos de participación de los pueblos indígenas
 - **CSJN**, “Comunidad Mapuche Catalán y Confederación Indígena Neuquina c/ Provincia del Neuquén s/ acción de inconstitucionalidad”, de 8 de abril de 2021
- 2.2. **Acto administrativo.** Permanencia en el territorio nacional. Causales que la impiden. Sustitución de causa y motivación del acto en sede judicial. Improcedencia. **Discrecionalidad administrativa.** Revisión judicial. Alcance. Control sobre los elementos reglados del acto. Razonabilidad. **La competencia judicial es revisora, no sustitutiva.** Competencia de la autoridad administrativa. Alcance. La competencia para discernir la causal impediende para la permanencia de una persona extranjera en el país corresponde la autoridad migratoria. No puede ser reemplazada en sede judicial. **Motivación.** Debe estar expuesta en el acto administrativo. Los jueces no pueden modificar la motivación. **Causa.** La apreciación de la causa del acto administrativo de expulsión del país no puede ser reemplazada o sustituida por los jueces. Sustitución de motivos del acto en sede judicial sin oportunidad de debate en sede administrativa y judicial. Improcedencia.

Procedimiento administrativo. Principio de legalidad. Debido proceso adjetivo y sustantivo. Razonabilidad. Cauce apto para procurar la satisfacción del interés público y la defensa de los derechos e intereses de los particulares. **Acto administrativo.** Recaudo de validez. Observancia de los requisitos esenciales previstos en los artículos 7° y 8° de la ley 19.549. Causa. Antecedentes de hecho y de derecho que sustentan la decisión. Motivación. Explicitación de las razones que justifican la emisión del acto. Interdicción de la arbitrariedad administrativa. Equilibrio entre la tutela de los derechos y la acción administrativa (del voto del Dr. Rosatti)

- CSJN, “Roa Restrepo, Henry c/ EN – M Interior OP y V - DNM s/ recurso directo DNM”, de 6 de mayo de 2021

2.3. Federalismo. Deslinde de competencias entre el Estado Nacional y la CABA. Acción declarativa de inconstitucionalidad. DNU 241/21. Extinción del objeto de la pretensión declarativa de inconstitucionalidad por vencimiento del plazo de vigencia del Decreto de Necesidad y Urgencia impugnado. Pronunciamiento judicial dictado aun cuando el objeto del proceso sobrevino inactual. Ausencia de caso contencioso. Pronunciamiento judicial llamado a orientar desde lo jurídico. Competencia. Atribuciones regulatorias sanitarias. Status jurídico de la CABA. Autonomía. Sujeto del federalismo argentino. “Ciudad constitucional federada”. Atribuciones. Educación primaria (artículos 5 y 125, de la Constitución Nacional). Presencialidad. Derecho a la vida y la salud. “Capitalidad”. Excepción. Debida justificación. Adecuada motivación del acto. Explicación de antecedentes. Explicitación de la adecuada proporcionalidad entre el objeto de la decisión y su finalidad. Correspondencia con normas competenciales invocadas por el órgano emisor.

- CSJN, “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional) s/ acción declarativa de inconstitucionalidad” de 4 de mayo de 2021.

2.4. Medida cautelar. Resolución que rechaza el pedido de **levantamiento de una medida cautelar**. Asimilación a sentencia definitiva. Requisitos. Decisión precautoria posee los mismos alcances y efectos que tendría una eventual sentencia definitiva favorable a la parte actora. Alteración en la asignación de los recursos afectados al presupuesto. Art. 6, Ley 26854 (Ley de medidas cautelares en los casos en que el Estado es parte). La medida cautelar no tiene fuerza material de cosa juzgada. Circunstancias sobrevenidas. Cesación de los motivos que dieron lugar a la medida.

- CSJN, “Dupuy, José Luis c/ E.N.A. -Ejército Argentino- s/ impugnación de acto Administrativo”, de 22 de abril de 2021 (con remisión al dictamen de la Procuradora Fiscal, Dra. Laura Monti).

2.5. Derecho de defensa. Retención por impuesto a las ganancias sobre retroactivo haber previsional. Edad avanzada. Personas que integran **grupo vulnerable**. **Naturaleza de los derechos involucrados.** Preferente tutela constitucional. Omisión de pronunciamiento judicial sobre agravios conducentes. Privación de justicia. La garantía constitucional consagrada en el art. 18 de la Constitución Nacional importa no sólo el derecho de acceder a un tribunal de justicia imparcial e independiente, sino el de ser oído. **Tutela judicial efectiva. Tutela oportuna.** Sentencia arbitraria. Omisión de brindar tratamiento a un agravio conducente.

- CSJN, “García Blanco Esteban c/ ANSeS s/ reajustes varios”, de 6 de mayo de 2021

2.6. Derecho de defensa. Alcance de la jurisdicción del tribunal de alzada. Pronunciamiento de segunda instancia sobre una cuestión que no le había sido planteada. La competencia decisoria de la segunda instancia está determinada y limitada por el alcance de los recursos concedidos. El pronunciamiento judicial que acuerda derechos no debatidos en la causa es incompatible con las garantías de los artículos 17 y 18 de la Constitución Nacional.

- CSJN, “Dirección Nacional de Vialidad c/ Silva, Juana Ruperta s/ demanda por expropiación”, de 6 de mayo de 2021.

03 CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL

3.1. Medida cautelar. Suspensión de los efectos de un acto administrativo. Combinación con **medida cautelar positiva** (art. 14, Ley 26854). Requisitos de procedencia. Inobservancia clara e incontestable de un deber jurídico concreto y específico. Fuerte probabilidad de que el derecho. Perjuicio irreparable (o equiparable a tal) tendente a la conservación del derecho material en juego. Inmediata satisfacción del derecho cuya demora causaría un daño irreversible. Efectos no irreversibles de la protección cautelar otorgada. La tutela cautelar concedida no se confunde con el objeto de la pretensión principal.

- **Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal**, Sala IV, “ERFOLG SRL c EN-M° DESARROLLO PRODUCTIVO-SECRETARIA DE INDUSTRIA ECONOMIA DEL CONOCIMIENTO Y GESTION COMERCIAL EXTERNA Y OTRO s/INC DE MEDIDA CAUTELAR” de 9 de marzo de 2021

3.2. Amparo. Requisitos de admisibilidad y procedencia. Derecho de trabajar. Inscripción de técnicos psicomotristas en el Registro Nacional de Prestadores. Exigencia sobrevenida de título universitario. Adecuación de titulaciones. Plazo razonable. Principio de confianza legítima. Legítima expectativa de ejercer la profesión en las condiciones preexistentes. Recurso de apelación. Art. 15, de la ley 16986. 48 hs. Inaplicación del plazo de gracia (art. 124 CPCCN).

- 3.2.1. Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal- Sala IV, Sala IV, de 20 de septiembre de 2020

- 3.2.2. Sentencia de primera instancia (Juzgado N° 11, Secretaria N° 21)

- 3.2.3. Dictamen del Fiscal Federal en lo Contencioso Administrativo Federal, Dr. Fabián O. Canda, de 26 de mayo de 2020.

Autos: ALDERETE, CAROLINA INES Y OTROS C/ EN-SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS DE SALUD Y OTROS S/AMPARO LEY 16.986”

04 4.- SUPREMA CORTE DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

Control de constitucionalidad de oficio. Alcance. Límites. Principio de congruencia. (Ver, en especial, los votos de los Dres. De Lázzari y D. Soria, a partir del Cons. III.2.a.).

- SCBA – sentencia definitiva en la causa A. 73.474, “Fisco de la Provincia de Buenos Aires c/ Necotrans S.A. y otros s/ Apremio. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley”, de 25-2-2021

05 CLÁSICOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO

Responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito del derecho público. Responsabilidad directa y objetiva. Factor de atribución. Idea objetiva de falta de servicio. Art. 1112 CC. Inaplicación art. 1113 CC.(Ver en especial, considerandos 5° y 6°)

- CSJN, “Vadell, Jorge Fernando c/ Buenos Aires, Provincia de s/ indemnización” (Fallos 306:2030, de 18 de diciembre de 1984).

06 CLÁSICOS DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Amparo. Amparo frente a particulares. Finalidad del amparo. Salvaguarda inmediata de los derechos fundamentales de la persona. Restricción ilegítima clara e indudable de derechos constitucionales. Previsible daño grave o irreparable si se remitiera a procedimientos ordinarios, administrativos o judiciales. Restablecimiento de los derechos esenciales. Libertad de trabajo. Derecho de propiedad. Art. 8° de la DUDH.

- CSJN, “Kot” (Fallos 241:291, de 1958)

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

CASO ATALA RIFFO Y NIÑAS VS. CHILE

SENTENCIA DE 24 DE FEBRERO DE 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas)

En el caso *Atala Riffo y niñas*,

la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "la Corte Interamericana", "la Corte", o "el Tribunal"), integrada por los siguientes jueces¹:

Diego García-Sayán, Presidente;
Manuel E. Ventura Robles, Vicepresidente;
Leonardo A. Franco, Juez;
Margarette May Macaulay, Jueza;
Rhadys Abreu Blondet, Jueza;
Alberto Pérez Pérez, Juez, y

presentes además,

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

de conformidad con los artículos 62.3 y 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante "la Convención" o "la Convención Americana") y con los artículos 31, 32, 56, 57, 65 y 67 del Reglamento de la Corte² (en adelante "el Reglamento"), dicta la presente Sentencia que se estructura en el siguiente orden:

¹ De conformidad con el artículo 19.1 del Reglamento de la Corte Interamericana aplicable al presente caso (*infra* nota 2), que establece que "[e]n los casos a que hace referencia el artículo 44 de la Convención, los Jueces no podrán participar en su conocimiento y deliberación, cuando sean nacionales del Estado demandado", el Juez Eduardo Vio Grossi, de nacionalidad chilena, no participó en la tramitación del presente caso ni en la deliberación y firma de esta Sentencia.

² Reglamento de la Corte aprobado por el Tribunal en su LXXXV Período Ordinario de Sesiones celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009; el cual aplica al presente caso, de conformidad con el artículo 79 del mismo. Según el artículo 79.2 de dicho Reglamento, "[c]uando la Comisión hubiese adoptado el informe al que se refiere el artículo 50 de la Convención con anterioridad a la entrada en vigor del presente Reglamento, la presentación del caso ante la Corte se regirá por los artículos 33 y 34 del Reglamento anteriormente vigente. En lo que respecta a la recepción de declaraciones se aplicarán las disposiciones del presente Reglamento". Por tanto, en lo que se refiere a la presentación del caso, son aplicables los artículos 33 y 34 del Reglamento aprobado por la Corte en su XLIX Período Ordinario de Sesiones.

I. INTRODUCCIÓN DE LA CAUSA Y OBJETO DE LA CONTROVERSI A	4
II. PROCEDIMIENTO ANTE LA CORTE	5
III. COMPETENCIA	8
IV. PRUEBA	8
A. Prueba documental, testimonial y pericial	9
B. Admisión de la prueba documental	11
C. Admisión de la prueba testimonial y pericial	12
V. DERECHO A LA IGUALDAD Y LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN, DERECHO A LA VIDA PRIVADA, DERECHO A LA VIDA FAMILIAR, DERECHOS DEL NIÑO, DERECHOS A LAS GARANTÍAS JUDICIALES Y A LA PROTECCIÓN JUDICIAL EN RELACIÓN CON LA OBLIGACIÓN DE RESPETAR Y GARANTIZAR LOS DERECHOS RESPECTO AL PROCESO DE TUICIÓN.....	13
A. Hechos probados en relación con el procedimiento de tuición	13
1. Proceso de tuición	14
2. Tuición provisional concedida al padre	17
3. Sentencia de primera instancia otorgando la tuición de las niñas a la señora Atala	18
4. Apelación ante la Corte de Apelaciones de Temuco y concesión de orden de no innovar en favor del padre	20
5. Interposición del recurso de queja ante la Corte Suprema de Justicia y concesión de la segunda orden de no innovar a favor del padre	21
6. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile	21
B. Consideraciones previas.....	23
1. Consideración previa sobre el objeto del caso ante la Corte Interamericana	23
2. Consideración previa sobre la participación de las niñas M., V. y R.	25
C. El derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación	26
1. Derecho a la igualdad y a la no discriminación	28
2. La orientación sexual como categoría protegida por el artículo 1.1 de la Convención Americana	29
3. Diferencia de trato basada en la orientación sexual	35
4. El principio del interés superior del niño y las presunciones de riesgo	37
4.1. Presunta discriminación social	40
4.2. Alegada confusión de roles.....	42
4.3. Alegado privilegio de intereses	46
4.4. Alegado derecho a una familia "normal y tradicional"	49
4.5. Conclusión	50
5. Trato discriminatorio en contra de las niñas M., V. y R.	50
D. Derecho a la vida privada y derecho a la vida familiar.....	52
E. Garantías judiciales y protección judicial	58
1. Garantías judiciales y protección judicial en relación con la señora Atala	58

2. Derecho de las niñas M., V. y R. a ser escuchadas y a que se tengan en cuenta sus opiniones 62

VI. DERECHO A LA IGUALDAD Y LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN, DERECHO A LA VIDA PRIVADA Y DERECHO A LAS GARANTÍAS JUDICIALES EN RELACIÓN CON LA OBLIGACIÓN DE RESPETAR Y GARANTIZAR RESPECTO A LA INVESTIGACIÓN DISCIPLINARIA.....66

- A. Hechos probados respecto a la investigación disciplinaria contra la señora Atala**67
- B. El derecho a la igualdad y la prohibición de la discriminación 68**
- C. Derecho a la vida privada..... 70**
- D. Garantías judiciales..... 71**

VII. REPARACIONES.....73

- A. Parte Lesionada 74**
- B. Obligación de investigar e imponer consecuencias legales a los funcionarios responsables 75**
- C. Otras medidas de reparación integral: satisfacción y garantías de no repetición 76**
1. Rehabilitación: asistencia médica y psicológica a las víctimas 76
2. Satisfacción..... 76
- a) Publicación de la Sentencia 76
- b) Acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional..... 77
3. Garantías de no repetición 78
- a) Capacitación a funcionarios públicos..... 79
- b) Adopción de medidas de derecho interno, reformas y adecuación de leyes contra la discriminación 79
- D. Indemnización Compensatoria por daño material e inmaterial 82**
1. Daño material..... 83
2. Daño inmaterial 85
- E. Costas y gastos 86**
- F. Modalidad de cumplimiento de los pagos ordenados..... 87**

VIII. PUNTOS RESOLUTIVOS.....88

Voto parcialmente disidente del juez Alberto Pérez Pérez.

I

INTRODUCCIÓN DE LA CAUSA Y OBJETO DE LA CONTROVERSIA

1. El 17 de septiembre de 2010 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "la Comisión" o "la Comisión Interamericana") presentó, de conformidad con los artículos 51 y 61 de la Convención, una demanda contra el Estado de Chile (en adelante "el Estado" o "Chile") en relación con el caso 12.502³. La petición inicial fue presentada ante la Comisión Interamericana el 24 de noviembre de 2004 por la señora Karen Atala Riffo (en adelante la "señora Atala") representada por abogados de la Asociación Libertades Públicas, la Clínica de Acciones de Interés Público de la Universidad Diego Portales y la Fundación Ideas⁴.

2. El 23 de julio de 2008 la Comisión aprobó el Informe de Admisibilidad No. 42/08 y el 18 de diciembre de 2009 emitió el Informe de Fondo No. 139/09, de conformidad con el artículo 50 de la Convención Americana⁵. El 17 de septiembre de 2010 la Comisión Interamericana consideró que el Estado no había dado cumplimiento a las recomendaciones del Informe de Fondo, por lo que decidió someter el presente caso a la jurisdicción de la Corte Interamericana. La Comisión Interamericana designó como delegados a Luz Patricia Mejía, Comisionada, y a su Secretario Ejecutivo Santiago A. Canton, y como asesoras legales a las señoras Elizabeth Abi-Mershed, Secretaria Ejecutiva Adjunta, Silvia Serrano Guzmán, Rosa Celorio y María Claudia Pulido, abogadas de la Secretaría Ejecutiva.

3. De acuerdo a la Comisión, el presente caso se relaciona con la alegada responsabilidad internacional del Estado por el trato discriminatorio y la interferencia arbitraria en la vida privada y familiar que habría sufrido la señora Atala debido a su orientación sexual en el proceso judicial que resultó en el retiro del cuidado y custodia de sus hijas M., V. y R. El caso también se relaciona con la alegada inobservancia del interés superior de las niñas cuya custodia y cuidado fueron determinados en incumplimiento de sus derechos y sobre la base de supuestos prejuicios discriminatorios. La Comisión solicitó a la Corte que declare la violación de los artículos 11 (Protección de la Honra y de la Dignidad), 17.1 y 17.4 (Protección a la Familia), 19 (Derechos del Niño), 24 (Igualdad ante la Ley), 8 (Garantías Judiciales) y 25.1 y 25.2 (Protección Judicial) de la Convención, en

³ A solicitud de la Comisión Interamericana se reserva la identidad de las tres hijas de la señora Karen Atala Riffo, a quienes se identificará con las letras "M., V. y R." (expediente de fondo, tomo I, folio 1). Asimismo, a solicitud de los representantes, y con el objeto de proteger el derecho a la intimidad y vida familiar de M. V. y R., procede mantener en reserva todas las declaraciones ante fedatario público remitidas por las partes y "relativas a la situación familiar" de la señora Atala y las niñas M., V. y R. (expediente de fondo, tomo III, folio 1162).

⁴ En la petición inicial la señora Atala indicó que la Fundación Ideas era representada por Francisco Estévez Valencia y nombró como sus representantes ante la Comisión Interamericana a Verónica Undurraga Valdés, Claudio Moraga Klenner, Felipe González Morales y Domingo Lovera Parmo (expediente de anexos a la demanda, tomo III, folios 1533 y 1572).

⁵ En el Informe de Fondo No. 139/09 la Comisión concluyó que el Estado de Chile "violó el derecho de Karen Atala a vivir libre de discriminación consagrado en el artículo 24 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento". Asimismo, "vulneró los derechos consagrados en los artículos 11(2), 17(1), 17(4), 19, y 8(1) y 25(1) de la Convención Americana en relación con el artículo 1(1) del mismo instrumento, en perjuicio de las personas mencionadas en las secciones respectivas". La Comisión recomendó al Estado: i) "[r]eparar integralmente a Karen Atala y a M., V. y R. por las violaciones de derechos humanos establecidas en el [...] informe, tomando en consideración su perspectiva y necesidades" y ii) "[a]doptar legislación, políticas públicas, programas y directivas para prohibir y erradicar la discriminación con base en la orientación sexual en todas las esferas del ejercicio del poder público, incluyendo la administración de justicia. Estas medidas deben ser acompañadas de recursos humanos y financieros adecuados para garantizar su implementación y programas de capacitación para funcionarios involucrados en garantizar estos derechos". Informe de Fondo No. 139/09, Caso 12.502, Karen Atala e hijas, 18 de diciembre de 2009 (expediente de anexos a la demanda, tomo I, apéndice 2, folios 22 a 67).

relación con el artículo 1.1 de la misma. Asimismo, la Comisión solicitó al Tribunal que ordenara al Estado la adopción de medidas de reparación.

4. La demanda fue notificada al Estado y a los representantes el 19 de octubre de 2010.

5. El 25 de diciembre de 2010 Macarena Sáez, Helena Olea y Jorge Contesse, indicando que actuaban como representantes de la señora Atala y las niñas M., V. y R.⁶ (en adelante "los representantes"), presentaron ante la Corte su escrito de solicitudes, argumentos y pruebas (en adelante "escrito de solicitudes y argumentos"), conforme al artículo 40 del Reglamento de la Corte⁷. Los representantes indicaron que coincidían totalmente con los hechos presentados en la demanda y solicitaron al Tribunal que declarara la responsabilidad internacional del Estado por la violación de los artículos 11 (Protección de la Honra y de la Dignidad), 17 (Protección a la Familia), 19 (Derechos del Niño), 24 (Igualdad ante la Ley), 8 (Garantías Judiciales) y 25 (Protección Judicial) de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma. En consecuencia, requirieron a la Corte que ordene diversas medidas de reparación.

6. El 11 de marzo de 2011 Chile presentó ante la Corte su escrito de contestación al escrito de demanda y de observaciones al escrito de solicitudes y argumentos (en adelante "escrito de contestación"). En dicho escrito, el Estado contravirtió la totalidad de las pretensiones presentadas por la Comisión y los representantes, y rechazó su responsabilidad internacional por las alegadas violaciones a la Convención Americana. En relación con las reparaciones solicitadas por la Comisión y los representantes, el Estado solicitó a la Corte que las desestimara en todos sus términos. El Estado designó al señor Miguel Ángel González y a la señora Paulina González Vergara como Agentes.

II PROCEDIMIENTO ANTE LA CORTE

7. Mediante Resolución de 7 de julio de 2011⁸, el Presidente de la Corte ordenó recibir diversas declaraciones en el presente caso. Asimismo, convocó a las partes a una audiencia pública que fue celebrada los días 23 y 24 de agosto de 2011 durante el 92 Período Ordinario de Sesiones de la Corte, llevado a cabo en la ciudad de Bogotá, Colombia⁹.

⁶ Tal como se precisa posteriormente (*infra* párrs. 12, 13 y 67 a 71), en relación con la representación de las niñas M., V. y R., en la Resolución de 29 de noviembre de 2011 la Corte señaló que en ninguna parte del expediente había una manifestación precisa por parte de las niñas M., V. y R. respecto a si estaban de acuerdo con la representación que ejerce cualquiera de sus padres y de si deseaban ser consideradas como presuntas víctimas en el presente caso. Teniendo en cuenta lo anterior, se realizó una diligencia judicial para escuchar directamente a las niñas M. y R (*infra* párr. 13).

⁷ La señora Karen Atala Riffo designó como sus representantes a Macarena Sáez de la organización "Libertades Públicas A.G.", a Helena Olea de la "Corporación Humanas, Centro Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género", y a Jorge Contesse del "Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales".

⁸ *Cfr. Caso Atala Riffo e hijas Vs. Chile*. Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 7 de julio de 2011. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/atala.pdf> Los representantes solicitaron una modificación en la modalidad de dos declaraciones, lo cual fue aceptado por el pleno de la Corte. *Cfr. Caso Atala Riffo e hijas Vs. Chile*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 21 de agosto de 2011. Disponible en: http://corteidh.or.cr/docs/asuntos/atala_21_08_11.pdf

⁹ A esta audiencia comparecieron: a) por la Comisión Interamericana: Rodrigo Escobar Gil, Comisionado, Silvia Serrano y Rosa Celorio, asesoras legales; b) por los representantes: Helena Olea Rodríguez, Macarena Sáez Torres, Jorge Contesse Singh, José Ignacio Escobar Opazo, Francisco Cox Vial y Catalina Lagos Tschorne, y c) por el Estado: Miguel Ángel González Morales y Paulina González Vergara, Agentes; Gustavo Ayares Ossandón, Embajador de Chile en Colombia; Ricardo Hernández Menéndez, Consejero de la Embajada de Chile en Colombia; Milenko Bertrand-Galindo Arriagada, Felipe Bravo Alliende y Alberto Vergara Arteaga.

8. El 18 de agosto, 6 de septiembre y 18 de octubre de 2011 el señor Reinaldo Bustamante Alarcón remitió diversas comunicaciones en representación de Jaime López Allendes, padre de las niñas M., V. y R. en relación con el presente caso. En dichos escritos, *inter alia*, se plantearon estas solicitudes: i) participación de las menores de edad y representación legal por parte del padre en el proceso ante la Corte Interamericana; ii) solicitud de incorporación al proceso como tercero interviniente; iii) solicitud de nulidad de todo lo actuado ante la Comisión y la Corte, y iv) coadyuvancia al escrito del Estado.

9. El 30 de noviembre de 2011 fue remitida al señor Bustamante una nota de Secretaría, siguiendo instrucciones del pleno de la Corte, en la que se señaló la respuesta a los escritos presentados (*supra* párr. 8). En dicha nota se informó que: i) mediante Resolución de 29 de noviembre de 2011, el Tribunal decidió disponer, como prueba para mejor resolver, que las tres niñas sean informadas sobre su derecho a ser oídas ante la Corte (*infra* párrs. 12 y 13); ii) el Tribunal no tiene competencia para atender las solicitudes formuladas por individuos u organizaciones distintos a las presuntas víctimas que participan en la tramitación de un caso ante la Corte; iii) la Corte no encuentra irregularidades en la forma en que se realizó la notificación en el presente caso, y iv) debido a que el señor López no es parte dentro del presente caso y no se ha aceptado su participación como tercero interviniente, éste no se encuentra legitimado para presentar argumentos de fondo o evidencia¹⁰.

10. Por otra parte, el Tribunal recibió escritos en calidad de *amici curiae* de: 1) la Asociación Nacional de Magistrados del Poder Judicial de Chile¹¹; 2) la organización Ombudsgay¹²; 3) José Pedro Silva Prado, Profesor de Derecho Procesal y Presidente del Instituto Chileno de Derecho Procesal; 4) José Ignacio Martínez Estay, Catedrático Jean Monnet de Derecho Público de la Unión Europea de la Universidad de los Andes, Chile; 5) el Núcleo de Derechos Humanos del Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Río de Janeiro¹³; 6) Diego Freedman, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires; 7) María Inés Franck, Presidenta de la Asociación Civil Nueva Política, y Jorge Nicolás Lafferriere, Director del Centro de Bioética, Persona y Familia; 8) del Seminario de Investigación en el Derecho de Familia y las Personas, Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Argentina¹⁴; 9) Luis Armando González Placencia, Presidente de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, y José Luis Caballero Ochoa, Coordinador de la Maestría en Derechos Humanos de la Universidad Iberoamericana; 10) Úrsula C. Basset, profesora e investigadora de la Universidad de Buenos Aires¹⁵; 11) Judith Butler, Catedrática Maxine Elliot de la Universidad de California,

¹⁰ Sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal constató que la documentación probatoria allegada por el señor Bustamante, concerniente a peritajes psicológicos de las tres niñas y declaraciones de varias personas, fue aportada por las partes como anexos a sus escritos principales, los cuales incluían una copia de los documentos principales del proceso de tuición.

¹¹ El escrito fue presentado por Leopoldo Llanos Sagristá, Ministro de la Corte de Apelaciones de Temuco, Chile, y Presidente de la Asociación Nacional de Magistrados del Poder Judicial de Chile.

¹² El escrito fue presentado por Geraldina González de la Vega, Consultora Jurídica, y Alejandro Juárez Zepeda, Coordinador General.

¹³ El escrito fue presentado por Márcia Nina Bernardes, Profesora del Departamento de Derecho y Coordinadora del Núcleo de Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica de Río de Janeiro; Andrea Schettini, Luiza Athayde, Maria Fernanda Marques, Isabella Benevides, Isabella Maioli, Julia Rosa, Juliana Streva, Karen Oliveira y María Eduarda Vianna, y Felipe Saldanha.

¹⁴ El escrito fue presentado por Jorge Nicolás Lafferriere y Úrsula C. Basset, Co-Directores del seminario.

¹⁵ Úrsula C. Basset es Miembro del Comité Ejecutivo de la Academia Internacional para la Jurisprudencia sobre la Familia y del Comité Ejecutivo de la Sociedad Internacional de Derecho de Familia.

Berkeley; 12) Alejandro Romero Seguel y Maite Aguirrezabal Grünstein, Profesores de Derecho Procesal en la Universidad de los Andes, Chile; 13) Carlos Álvarez Cozzi, Catedrático de Derecho Privado, Facultad de Ciencias Económicas y de Administración y Profesor Adjunto de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República de Uruguay; 14) James J. Silk, Director de la Clínica Jurídica de Derechos Humanos Allard K. Lowenstein de la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale; 15) María Sara Rodríguez Pinto, Profesora de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Chile; 16) Natalia Gherardi, Directora Ejecutiva del Equipo Latinoamericano de Justicia y Género, y Josefina Durán, Directora del Área de Justicia de dicha organización; 17) Laura Clérico, Liliana Ronconi, Gustavo Beade y Martín Aldao, docentes e investigadores de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires; 18) Carlo Casini, Antonio Gioacchino Spagnolo y Joseph Meaney¹⁶; 19) del rector y algunos miembros de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo¹⁷; 20) María del Pilar Vázquez Calva, Coordinadora de Enlace Gubernamental de Vida y Familia A.C.; 21) Suzanne B. Goldberg y Michael Kavey, Abogados de la "Sexuality & Gender Law Clinic" de la Universidad de Columbia y Adriana T. Luciano, Abogada de Paul, Weiss, Rifkind, Wharton & Garrison LLP; 22) Elba Nuñez Ibáñez, Gabriela Filoni, Jeannette Llaja y Gastón Chillier¹⁸; 23) Brent McBurney y Bruce Abramson, Abogados de "Advocates International"; 24) Gail English, Presidente de "Lawyers Christian Fellowship", y de Shirley Richards; 25) de Colombia Diversa y del Centro de Derechos Humanos y Litigio Internacional¹⁹; 26) Piero A. Tozzi y Brian W. Raum de "Alliance Defense Fund"; 27) Jorge Rafael Scala, Profesor en la Maestría en Desarrollo Humano de la Universidad Libre Internacional de las Américas y Profesor Honorario de la Universidad Ricardo Palma; 28) del Centro para la Justicia Global, los Derechos Humanos y el Estado de Derecho de la Facultad de Derecho de Regent University²⁰; 29) Álvaro Francisco Amaya Villareal, Bárbara Mora Martínez y Carolina Restrepo Herrera; 30) Lisa Davis, Jessica Stern, Dorothy L. Fernández, Megan C. Kieffer, Rachel M. Wertheimer, Erin I. Herlihy, y Justin D. Hoogs²¹; 31) Andrea Minichiello Williams y

¹⁶ Carlo Casini es Diputado del Parlamento Europeo, Presidente de la Comisión de Asuntos Constitucionales del Parlamento Europeo y Presidente del Movimiento por la Vida Italiano. Antonio Gioacchino Spagnolo es Profesor ordinario de Bioética y Director del Instituto de Bioética de la Universidad Católica del Sagrado Corazón con sede en Roma. Joseph Meaney es Director de Coordinación Internacional de Vida Humana Internacional.

¹⁷ El escrito fue firmado por Hugo Calienes Bedoya, Rector y Director del Instituto de Bioética de la USAT, y por Carlos Tejeda Lombardi, Director de la Escuela de Derecho de la USAT, Rafael Santa María D'Angelo, Coordinador del Área de Historia y Filosofía del Derecho, Javier Colina Seminario, Asesor Legal de la USAT, Rosa Sánchez Barragán, Coordinadora del Área de Derecho Civil, Erika Valdivieso López, Decana de la Facultad de Derecho de la USAT, Angélica Burga Coronel, Profesora de Protección Jurídica de los Derechos, Ana María Olguin Britto, Directora del Instituto de Ciencias para el Matrimonio y la Familia de la USAT, y Tania Diaz Delgado, todos ellos profesores de la Facultad de Derecho y del Instituto de Ciencias para el Matrimonio y Familia de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo.

¹⁸ Elba Nuñez Ibáñez es Coordinadora Regional del Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer. Gabriela Filoni es Responsable del Programa de Litigio del Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer. Jeannette Llaja pertenece al Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer de Perú. Gastón Chillier es Director Ejecutivo del Centro de Estudios Legales y Sociales.

¹⁹ El escrito fue presentado por Marcela Sánchez Buitrago, Directora Ejecutiva de Colombia Diversa y Mauricio Noguera Rojas y Santiago Medina Villareal, en representación de Colombia Diversa; y Viviana Bohórquez Monsalve, en representación del Centro de Derechos Humanos y Litigio Internacional.

²⁰ El escrito fue presentado por Lynne Marie Kohm, en representación del Centro para la Justicia Global, los Derechos Humanos y el Estado de Derecho perteneciente a la Facultad de Derecho de Regent University.

²¹ El escrito fue presentado por Lisa Davis, Clinical Professor of Law, de la International Women's Human Rights Clinic at the City University of New York School of Law; Jessica Stern, de la International Gay and Lesbian Human Rights Commission; y Dorothy L. Fernández, Justin D. Hoogs, Megan C. Kieffer, Rachel M. Wertheimer y Erin I. Herlihy, de Morrison & Foerster LLP. En este escrito participaron Amnistía Internacional; ARC Internacional; Centro de Derechos Constitucionales; Consejo para la Igualdad Mundial, Human Rights Watch; Lawyers for Children Inc; Sociedad de Ayuda Legal de Nueva York; Legal Momentum; MADRE; Centro Nacional de Derechos

Ruth Ross, y Mark Mudri²², y 32) del Área de Derechos Sexuales y Reproductivos del Programa de Derecho a la Salud de la División de Estudios Jurídicos del Centro de Investigación y Docencia Económicas²³.

11. El 24 de septiembre de 2011 los representantes y el Estado remitieron sus alegatos finales escritos y la Comisión Interamericana presentó sus observaciones finales escritas al presente caso. Asimismo, en dicha oportunidad las partes dieron respuesta a preguntas formuladas por los jueces, así como a solicitudes de prueba para mejor resolver realizadas por la Corte. Tales escritos fueron transmitidos a las partes, a quienes se dio oportunidad para que presentaran las observaciones que estimaran pertinentes.

12. El 29 de noviembre de 2011 la Corte emitió una Resolución en la que ordenó, como prueba para mejor resolver, que las tres niñas M., V. y R. fueran informadas sobre su derecho a ser oídas ante la Corte y las consecuencias que el ejercicio de dicho derecho implicaba, con el objetivo de que las tres niñas manifestaran lo que desearan al respecto²⁴.

13. El 8 de febrero de 2012 la Secretaría de la Corte Interamericana llevó a cabo en Santiago de Chile una diligencia en la que las niñas M. y R. participaron. Por motivos de fuerza mayor, la niña V. no estuvo presente en dicha diligencia. En dicha diligencia las niñas manifestaron diversas observaciones en relación con el caso, las cuales poseen un carácter reservado (*infra* párrs. 67 a 71).

14. El 16 de febrero de 2012 se transmitió a las partes el acta de la diligencia anteriormente descrita²⁵.

III COMPETENCIA

15. La Corte Interamericana es competente, en los términos del artículo 62.3 de la Convención para conocer el presente caso, en razón de que Chile es Estado Parte de la Convención Americana desde el 21 de agosto de 1990 y reconoció la competencia contenciosa de la Corte en esa misma fecha.

IV PRUEBA

16. Con base en lo establecido en los artículos 46, 49 y 50 del Reglamento, así como en su jurisprudencia relativa a la prueba y su apreciación²⁶, la Corte examinará y valorará los

Lésbicos; Iniciativa Nacional de Derechos Económicos y Sociales; la Asociación de Abogados de la Ciudad de Nueva York; Women's Link Worldwide y la Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento (CODHES).

²² Andrea Minichiello Williams es Directora General de "Christian Legal Center / Christian Legal Fellowship". Ruth Ross es Directora Ejecutiva de "Christian Legal Fellowship". Mark Mudri es Facilitador Regional de "Advocates Oceanía".

²³ El escrito fue presentado por Estefanía Vela Barba y Alejandro Madrazo Lajous, del Área de Derechos Sexuales y Reproductivos del Programa de Derecho a la Salud de la División de Estudios Jurídicos del Centro de Investigación y Docencia Económicas.

²⁴ *Caso Atala Riffo e hijas Vs. Chile*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 29 de noviembre de 2011. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/atala_29_11_111.pdf

²⁵ Mediante escrito de 23 de febrero de 2012, el Estado presentó observaciones en torno a la confidencialidad del acta mencionada.

elementos probatorios documentales remitidos por las partes en diversas oportunidades procesales, así como las declaraciones de la presunta víctima, los testimonios y los dictámenes periciales rendidos mediante declaración jurada ante fedatario público y en la audiencia pública ante la Corte, así como las pruebas para mejor resolver solicitadas por el Tribunal. Para ello, el Tribunal se atenderá a los principios de la sana crítica, dentro del marco normativo correspondiente²⁷.

A. Prueba documental, testimonial y pericial

17. El Tribunal recibió las declaraciones rendidas ante fedatario público (*affidávit*) por siete peritos y seis testigos:

a) *Stefano Fabeni*, perito propuesto por la Comisión, Director del programa acerca de la comunidad LGTBI (Lesbianas, gays, bisexuales, transexuales e intersexuales) de la Organización Global Rights, quien rindió dictamen sobre: i) las medidas legislativas y de otra índole que debe adoptar un Estado para prevenir las manifestaciones de la discriminación con base en la orientación sexual en el ejercicio del poder público, y particularmente, en el poder judicial, y ii) los distintos elementos que deben tomarse en cuenta al momento de diseñar y aplicar políticas efectivas para erradicar y prevenir el uso de prejuicios discriminatorios basados en la orientación sexual en dicho ámbito;

b) *Leonor Etcheberry*, perito propuesta por los representantes, Abogada y profesora de derecho de familia de la Universidad Diego Portales en Chile, quien rindió dictamen sobre: "la forma en que se revisan y fallan las causas de tuición en el derecho chileno y su relación con la forma en que se llevó a cabo el proceso [...] de la Jueza Atala Riffo";

c) *Fabiola Lathrop*, perito propuesta por los representantes, Abogada y profesora de derecho de familia de la Universidad de Chile, quien rindió dictamen sobre: los conceptos relativos a tuición en Chile y en el derecho comparado, con énfasis en la discriminación por orientación sexual;

d) *Miguel Cillero*, perito propuesto por los representantes, profesor de derecho de la Universidad Diego Portales en Chile, quien rindió dictamen sobre: el tratamiento del principio del interés superior del niño en el derecho internacional;

e) *Mónica Pinto*, perito propuesta por los representantes, profesora de derechos y decana de la facultad de derecho de la Universidad de Buenos Aires, quien rindió dictamen sobre: el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos en materia de no discriminación y del tratamiento de la orientación sexual como categoría sospechosa;

f) *María Alicia Espinoza Abarzúa*, perito propuesta por los representantes, psiquiatra infanto-juvenil, quien rindió dictamen sobre: el presunto daño psicológico causado y la alegada necesidad de terapia de las hijas de la señora Atala Riffo;

²⁶ Cfr. *Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros) Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de mayo de 2001. Serie C No. 76, párr. 50 y *Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C No. 227, párr. 26.

²⁷ Cfr. *Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo*. Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie C No. 37, párr. 76 y *Caso Chocrón Chocrón, supra* nota 26, párr. 26.

- g) *Claudia Figueroa Morales*, perito propuesta por los representantes, psiquiatra de adultos, quien rindió dictamen sobre: i) el estado de salud mental y el presunto impacto en el proyecto de vida de la señora Atala Riffo a raíz del proceso de custodia, y ii) las alegadas necesidades de apoyo psiquiátrico que requiere la señora Atala Riffo en el futuro;
- h) *Juan Pablo Olmedo*, testigo propuesto por los representantes, quien declaró sobre: la alegada intervención en la vida privada de la señora Atala durante el proceso de tuición en el que él fue abogado;
- i) *Sergio Vera Atala*, testigo propuesto por los representantes, quien declaró sobre: el alegado impacto en su vida familiar, la de su madre, la señora Atala Riffo y sus hermanas como resultado del proceso judicial en Chile;
- j) *María del Carmen Riffo Véjar*, testigo propuesta por los representantes, quien declaró sobre: el presunto impacto que tuvo el fallo de la Corte Suprema de Chile en su vida familiar, en el de su hija la señora Atala Riffo, y sus nietas;
- k) *Judith Riffo Véjar*, testigo propuesta por los representantes, quien declaró sobre: el impacto que tuvo el fallo de la Corte Suprema de Chile en su vida familiar, en el de su sobrina, la señora Atala Riffo y sus sobrinas nietas;
- l) *Elías Atala Riffo*, testigo propuesto por los representantes, quien declaró sobre: el presunto impacto que tuvo el fallo de la Corte Suprema de Chile en su vida familiar, en el de su hermana, la señora Atala Riffo y sus sobrinas, y
- m) *Emma De Ramón*, testigo propuesta por los representantes, quien declaró sobre: el proceso vivido por la familia de la señora Atala durante el juicio de tuición y luego de la sentencia de la Corte Suprema de Chile.

18. En cuanto a la prueba rendida en audiencia pública, la Corte escuchó las declaraciones de la presunta víctima y cinco peritos:

- a) *Karen Atala Riffo*, presunta víctima propuesta por los representantes, quien declaró sobre: i) la alegada violación a sus derechos desde el comienzo del juicio de tuición de sus hijas, y ii) el presunto impacto de la decisión de la Corte Suprema de Chile en su proyecto de vida personal y familiar;
- b) *Juan Carlos Marín*, perito propuesto por los representantes, Abogado chileno y profesor de derecho civil en el Instituto Tecnológico Autónomo de México, quien rindió dictamen sobre: el uso del recurso de queja en Chile y el uso excepcional del mismo;
- c) *Robert Warren Wintemute*, perito propuesto por los representantes, Profesor de Derechos Humanos del King's College London, quien rindió dictamen sobre: el estado del derecho internacional en cuanto a la discriminación por orientación sexual, con énfasis en el Sistema Europeo de Derechos Humanos;
- d) *Rodrigo Uprimny*, perito propuesto por la Comisión, experto en el derecho a la igualdad y no discriminación, quien rindió dictamen sobre: i) los estándares internacionales de derechos humanos en materia de orientación sexual y su relación con los derechos a la igualdad, no discriminación y vida privada, y ii) el tratamiento que el derecho internacional ha dado a la orientación sexual como un criterio

prohibido de distinción, así como un aspecto de la vida privada de las personas y la jurisprudencia relevante en el sistema universal, en otros sistemas regionales de derechos humanos y en el derecho comparado;

e) *Allison Jernow*, perito propuesta por la Comisión, Abogada de la Comisión Internacional de Juristas y encargada del proyecto sobre orientación sexual e identidad de género, quien rindió dictamen sobre: i) el uso de la orientación sexual como un factor en las decisiones judiciales de custodia, a la luz de los estándares internacionales de derechos humanos en materia de igualdad, no discriminación y vida privada y familiar, y ii) la relación entre los estándares del derecho internacional de los derechos humanos y los temas de custodia en el presente caso, y

f) *Emilio García Méndez*, perito propuesto por la Comisión, consultor internacional respecto a los derechos de los niños y las niñas, quien rindió dictamen sobre: i) los estándares internacionales sobre derechos humanos de los niños y niñas aplicables en casos relacionados con su custodia y cuidado; ii) la forma en que el interés superior de los niños y niñas y el derecho a participar y ser escuchados en los asuntos que les conciernen, deben verse reflejados en la actuación de las autoridades judiciales que deciden dichos casos, y iii) las consecuencias nocivas en el interés superior de los niños y niñas cuando se aplican prejuicios discriminatorios en tales decisiones.

B. Admisión de la prueba documental

19. En el presente caso, como en otros²⁸, el Tribunal admite el valor probatorio de aquellos documentos remitidos por las partes en la debida oportunidad procesal, que no fueron controvertidos ni objetados, ni cuya autenticidad fue puesta en duda, exclusivamente en la medida en que sean pertinentes y útiles para la determinación de los hechos y sus eventuales consecuencias jurídicas.

20. En cuanto a las notas de prensa, este Tribunal ha considerado que podrán ser apreciadas cuando recojan hechos públicos y notorios o declaraciones de funcionarios del Estado, o cuando corroboren aspectos relacionados con el caso²⁹. Por tanto, el Tribunal decide admitir las notas de prensa que se encuentren completas o que, por lo menos, permitan constatar su fuente y fecha de publicación, y los valorará tomando en cuenta el conjunto del acervo probatorio, las observaciones de las partes y las reglas de la sana crítica.

21. Con respecto a algunos documentos señalados por las partes por medio de enlace electrónicos, el Tribunal ha establecido que si una parte proporciona al menos el enlace electrónico directo del documento que cita como prueba y es posible acceder a éste, no se ve afectada la seguridad jurídica ni el equilibrio procesal, porque es inmediatamente localizable por el Tribunal y por las otras partes³⁰. En este caso, no hubo oposición u observaciones de las otras partes sobre el contenido y autenticidad de tales documentos.

²⁸ Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 140 y *Caso Fontevecchia y D`Amico Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238, párr. 13.

²⁹ Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez, supra* nota 28, párr. 146 y *Caso Fontevecchia y D`Amico, supra* nota 28, párr. 14.

³⁰ Cfr. *Caso Escué Zapata Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 165, párr. 26 y *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párr. 54.

22. De otra parte, junto con sus alegatos finales escritos los representantes y el Estado remitieron diversos documentos como prueba, los cuales fueron solicitados por el Tribunal con fundamento en lo dispuesto en el artículo 58.b del Reglamento de la Corte y se otorgó una oportunidad a las partes para presentar las observaciones que estimaran pertinentes. La Corte incorpora dichos documentos como prueba, los cuales serán valorados en lo pertinente teniendo en cuenta el conjunto del acervo probatorio, las observaciones de las partes y las reglas de la sana crítica.

23. Con posterioridad a la celebración de la audiencia pública, fueron remitidas las versiones escritas de los peritajes presentados en la audiencia pública del presente caso por Juan Carlos Marín, Robert Warren Wintemute y Allison Jernow. Dichas declaraciones fueron transmitidas a las demás partes. El Tribunal admite dichos documentos en lo que se refiera al objeto oportunamente definido por el Presidente del Tribunal para dichas declaraciones periciales (*supra* párr. 18), porque los estima útiles para la presente causa y no fueron objetados, ni su autenticidad o veracidad puesta en duda.

C. Admisión de la prueba testimonial y pericial

24. En cuanto a las declaraciones rendidas ante fedatario público y aquellas presentadas en audiencia pública, la Corte las admite y estima pertinentes en lo que se ajusten al objeto definido por el Presidente del Tribunal en la Resolución que ordenó recibirlas (*supra* párrs. 17 y 18). Estas declaraciones serán valoradas en el capítulo que corresponda, en conjunto con los demás elementos del acervo probatorio y tomando en cuenta las observaciones formuladas por las partes³¹.

25. Conforme a la jurisprudencia de esta Corte, las declaraciones de las presuntas víctimas no pueden ser valoradas aisladamente sino dentro del conjunto de las pruebas del proceso, ya que son útiles en la medida en que pueden proporcionar mayor información sobre las alegadas violaciones y sus consecuencias³². Con base en lo anterior, el Tribunal admite la declaración de la presunta víctima Karen Atala, cuya valoración se realizará con base en el criterio mencionado.

26. Por otra parte, respecto a los peritos, el Estado desarrolló diversas observaciones que se basan, en general, en: a) su discrepancia con el contenido de algunos de los dictámenes, contradiciendo o brindando su opinión sobre los mismos; b) el alcance de las manifestaciones de los peritos en relación con el objeto del dictamen, que en ocasiones el Estado asocia con observaciones sesgadas o meramente personales; c) algunos elementos que tuvieron para realizarlos, y d) la metodología utilizada para realizar algunos de los dictámenes.

27. El Tribunal considera pertinente señalar que, a diferencia de los testigos, quienes deben evitar dar opiniones personales, los peritos proporcionan opiniones técnicas o personales en cuanto se relacionen con su especial saber o experiencia. Además, los peritos se pueden referir tanto a puntos específicos de la *litis* como a cualquier otro punto relevante del litigio, siempre y cuando se circunscriban al objeto para el cual fueron convocados y sus

³¹ Cfr. *Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Fondo*. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C No. 33, párr. 43 y *Caso Familia Barrios Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2011. Serie C No. 238, párr. 25.

³² Cfr. *Caso Loayza Tamayo*, *supra* nota 31, párr. 43 y *Caso Chocrón Chocrón*, *supra* nota 26, párr. 34.

conclusiones estén suficientemente fundadas³³. En ese sentido, en cuanto a las observaciones sobre el contenido de los peritajes, el Tribunal entiende que las mismas no impugnan su admisibilidad, sino que apuntan a cuestionar el valor probatorio de los dictámenes, por lo que serán consideradas en lo pertinente en los capítulos correspondientes de la presente Sentencia.

28. En particular, respecto de las observaciones del Estado sobre la alegada “falta de objetividad y las consideraciones personales” efectuadas fuera del objeto para el cual fue convocada la perito Espinoza, el Tribunal considerará la observación del Estado y reitera que sólo admite aquellas manifestaciones que se ajustan al objeto oportunamente definido (*supra* párr. 17). Sobre la metodología del dictamen de la señora Espinoza, sin perjuicio de tomar en cuenta lo manifestado por el Estado, el Tribunal observa que en dicho dictamen consta una explicación sobre el procedimiento empleado. La perito Espinoza señaló que basó su informe en sus reuniones con las niñas López Atala y su madre, así como diversos antecedentes. La Corte considera que las objeciones al método utilizado por la perito, el cual se infiere de lo señalado en su informe, no afectan su admisibilidad.

V

DERECHO A LA IGUALDAD Y LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN, DERECHO A LA VIDA PRIVADA, DERECHO A LA VIDA FAMILIAR, DERECHOS DEL NIÑO, DERECHOS A LAS GARANTÍAS JUDICIALES Y A LA PROTECCIÓN JUDICIAL EN RELACIÓN CON LA OBLIGACIÓN DE RESPETAR Y GARANTIZAR LOS DERECHOS RESPECTO AL PROCESO DE TUICIÓN

29. De manera preliminar, la Corte considera necesario resaltar que el objeto del presente caso no es dirimir si la madre o el padre de las tres niñas ofrecían un mejor hogar para las mismas (*infra* párrs. 64 a 66). En el presente caso la controversia entre las partes se relaciona con dos aspectos: i) el juicio de tuición iniciado por el padre de las niñas, y ii) un proceso disciplinario llevado a cabo en contra de la señora Atala. El presente capítulo se concentra en los debates en torno al juicio de tuición. En un capítulo posterior se analizará el proceso disciplinario.

A. Hechos probados en relación con el procedimiento de tuición

30. La señora Atala contrajo matrimonio con Ricardo Jaime López Allendes el 29 de marzo de 1993³⁴. Las niñas M., V. y R., nacieron en los años 1994, 1998 y 1999, respectivamente³⁵. La señora Atala tiene un hijo mayor, Sergio Vera Atala, nacido en un matrimonio anterior. En marzo de 2002 la señora Atala y el señor López Allendes decidieron finalizar su matrimonio por medio de una separación de hecho. Como parte de dicha separación de hecho, establecieron por mutuo acuerdo que la señora Atala mantendría la tuición y cuidado de las tres niñas en la ciudad de Villarrica, con un régimen de visita semanal a la casa de su padre en Temuco³⁶. En noviembre de 2002 la señora Emma de

³³ Cfr. *Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C No. 197, párr. 42 y *Caso Familia Barrios*, supra nota 31, párr. 28.

³⁴ Cfr. Certificado de matrimonio de 22 de septiembre de 2011 (expediente de fondo, tomo XII, folio 5926).

³⁵ Cfr. Informes psicológicos de M., V. y R. de 15 de noviembre de 2002 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, anexo 23, folios 2680, 2683 y 2686).

³⁶ Cfr. Sentencia del Juzgado de Letras de Villarrica de 29 de octubre de 2003 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, anexo 12, folio 2581).

Ramón, compañera sentimental de la señora Atala, comenzó a convivir en la misma casa con ella, sus tres hijas y el hijo mayor³⁷.

1. Proceso de tuición³⁸

31. El 14 de enero de 2003 el padre de las tres niñas interpuso una demanda de tuición o custodia ante el Juzgado de Menores de Villarrica al considerar que el “desarrollo físico y emocional [de las niñas estaría] en serio peligro” de continuar bajo el cuidado de su madre. En dicha demanda el señor López alegó que la señora Atala “no se enc[ontraba] capacitada para velar y cuidar de [las tres niñas, dado que] su nueva opción de vida sexual sumada a una convivencia lésbica con otra mujer, est[aban] produciendo [...] consecuencias dañinas al desarrollo de estas menores [de edad], pues la madre no ha[bía] demostrado interés alguno por velar y proteger [...] el desarrollo integral de estas pequeñ[a]s”. Además, el señor López argumentó que “[l]a inducción a darle normalidad dentro del orden jurídico a parejas del mismo sexo [conllevaba a] desnaturalizar el sentido de pareja humana, hombre mujer, y por lo tanto altera[ba] el sentido natural de la familia, [...] pues afecta[ba] los valores fundamentales de la familia, como núcleo central de la sociedad”, por lo que “la opción sexual ejercida por la madre altera[ría] la convivencia sana, justa y normal a que t[endrían] derecho [las niñas M., V. y R.]”. Por último, el señor López arguyó que “habr[ía] que sumar todas las consecuencias que en el plano biológico implica[ría] para las menores [de edad] vivir junto a una pareja lésbica[, pues e]n efecto sólo en el plano de enfermedades, éstas por sus prácticas sexuales est[arían]n expuestas en forma permanente al surgimiento de herpes [y al] sida”³⁹.

32. El 28 de enero de 2003 la señora Atala presentó la contestación a la demanda de custodia interpuesta por el señor López. En dicha contestación la señora Atala manifestó “la tristeza que [causó] en [ella] la lectura de las imputaciones que se h[icieron] en el libelo y la forma en que se describ[ió] y juzg[ó] la que fuera [su] relación familiar y la que [era su] vida privada”. La señora Atala indicó que los alegatos presentados en la demanda de tuición la “conmovieron por su agresividad, el prejuicio, la discriminación, el desconocimiento del derecho a la identidad homosexual, por la distorsión en los hechos que expon[ía] y, por último, por su desprecio al superior interés de [sus] hijas”, y aseveró que “la[s] alegaciones que se h[icieron] de [su] identidad sexual nada tienen que ver con [su] función y rol como madre, y en consecuencia, debieran quedar fuera de la litis ya que situaciones de

³⁷ Al respecto, el Juzgado de Villarrica estableció que “en junio de 2002 [la señora Atala] inició una relación afectiva con [la señora] Emma de Ramón[,], quien desde noviembre de 2002 se desempeñ[ó] como coordinadora del archivo regional de la Araucanía en la ciudad de Temuco [y por tanto, se t]ras[ladó] al hogar común e incorpor[ó] a[l] núcleo familiar”. Sentencia del Juzgado de Letras de Villarrica de 29 de octubre de 2003 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, anexo 12, folio 2582).

³⁸ La tuición o custodia de los menores de edad en Chile se encuentra regulada por el artículo 225 del Código Civil, el cual dispone que: “Si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos. No obstante, mediante escritura pública, o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, subscrita al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento, ambos padres, actuando de común acuerdo, podrán determinar que el cuidado personal de uno o más hijos corresponda al padre. Este acuerdo podrá revocarse, cumpliendo las mismas solemnidades. En todo caso, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada, el juez podrá entregar su cuidado personal al otro de los padres. Pero no podrá confiar el cuidado personal al padre o madre que no hubiese contribuido a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado del otro padre, pudiendo hacerlo. Mientras una subinscripción relativa al cuidado personal no sea cancelada por otra posterior, todo acuerdo o resolución será inoponible a terceros”. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile de 31 de mayo de 2004 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folio 2671).

³⁹ Demanda de tuición interpuesta ante el Juzgado de Letras de Menores de Villarrica de 14 de enero de 2003 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, anexo 1, folios 2499, 2500, 2503 y 2504).

conyugalidad o de opción sexual no son extensivas a relaciones de parentalidad, materia del proceso de autos". La señora Atala finalmente alegó que ni el Código Civil chileno ni la ley de menores de edad contemplaban como causal de "inhabilitación parental" el tener una "opción sexual distinta"⁴⁰.

33. El 28 de enero de 2003 el Juzgado de Menores de Villarrica ordenó recibir "la causa a prueba para termino legal", por lo cual decidió fijar como "hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos": i) "habilidad e inhabilidad de las partes para tener la tuición de las menores" de edad, y ii) "medio ambiente que pueden ofrecer las partes a las menores" de edad. Además, el Juzgado decidió fijar audiencia y solicitar, *inter alia*, la siguiente prueba: i) "informe psicológico de ambas partes y de las menores" de edad; ii) "informe psiquiátrico de ambas partes"; iii) oír "a las menores de autos en audiencia privada"; iv) "informe socioeconómico integral de la demandada y menores" de edad, y v) solicitar a la "facultad de psicología de la Universidad de Chile [que informara] si ha[bían] estudios a nivel nacional e internacional en psicología que revel[ara]n si existen diferencias entre los hijos criados por parejas heterosexuales y/o homosexuales y las consecuencias que pudieren acarrear a los menores [de edad] dichas circunstancias"⁴¹.

34. Una serie de medios de comunicación ofrecieron cobertura al juicio de tuición incluyendo diarios de circulación nacional como "*Las Últimas Noticias*" y "*La Cuarta*"⁴². A partir de estas noticias, entre otras razones relacionadas con el presunto uso indebido de recursos del tribunal penal de Villarrica en el que la señora Atala tenía el cargo de jueza (*infra* párr. 211), el 19 de marzo de 2003 el Pleno de la Corte de Apelaciones de Temuco designó al Ministro Lenin Lillo⁴³, a fin de que efectuara una visita extraordinaria a dicho tribunal penal.

35. El 11 de marzo de 2003 el apoderado de la señora Atala presentó prueba documental, solicitó que se recibieran seis testimonios y se decretaran otras diligencias probatorias, lo cual fue aceptado por el Juzgado⁴⁴. Además, el apoderado solicitó que se

⁴⁰ Contestación a la demanda de tuición de 28 de enero de 2003 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, anexo 2, folios 2507, 2513, 2516, 2521 y 2522).

⁴¹ Auto del Juzgado de Menores de Villarrica de 28 de enero de 2003 (expediente de anexos a la demanda, tomo I, folios 113 y 114).

⁴² *Cfr.* Nota de prensa aparecida en el periódico "La Cuarta" el 28 de febrero de 2003 titulada "Abogado exige tuición de sus hijas porque esposa jueza sería lesbiana" y Nota de prensa aparecida en el Diario "Las últimas noticias" de 1 de marzo de 2003 titulada "Abogado exige tuición de hijas porque su ex mujer es lesbiana" (expediente de anexos a la demanda, tomo V, anexos 3 y 4, folios 2529 a 2532).

⁴³ *Cfr.* Informe preparado por el Ministro Lenin Lillo Hunzinker de la Corte de Apelaciones de Temuco de 2 de abril de 2003 (expediente de fondo, tomo XII, folio 5927).

⁴⁴ En particular, el representante allegó la siguiente prueba documental: i) informes psicológicos de V. y R. de diciembre de 2002; ii) informe psicológico de M. de diciembre de 2002; iii) informe psicológico de las menores de edad y su madre; iv) constancia emitida por la enfermera del centro clínico al que asistían las menores de edad, en la cual se deja constancia de que "no se han observado huellas o signos físicos de maltrato en" las tres niñas; v) copia de los informes de escolaridad de M. y V.; vi) tarjeta de navidad elaborada por M.; vii) copia de las resoluciones exentas "en las que se reconocen a las menores de [edad] como cargas familiares de la demandada"; viii) certificado de la "Isapre Más Vida"; ix) copia de las calificaciones obtenidas por la señora Atala en su desempeño profesional; x) copia de la escritura pública de transacción de alimentos entre la señora Atala y el padre de su hijo mayor; xi) copia del certificado de salud, "certificando la ausencia de herpes genitales"; xii) copia del certificado de salud de Emma De Ramón, "certificando la ausencia de herpes genitales" de Karen Atala; xiii) copia del examen negativo de VIH de la señora Atala; xiv) copia del examen negativo de VIH de la señora De Ramón, y xv) copia notarial del nombramiento como coordinadora del archivo regional de la Araucanía de la señora De Ramón. *Cfr.* Escrito del apoderado de la señora Atala de 11 de marzo de 2003 (expediente de anexos a la demanda, tomo I, folios 192 a 193).

practicaran diversas diligencias⁴⁵. Por su parte, la apoderada del señor López solicitó que se llamaran a rendir veintidós testimonios, lo cual también fue aprobado por el Juzgado⁴⁶. El 3 de abril de 2003 el Juzgado de Menores de Villarrica recibió los testimonios de seis familiares del demandante y tres familiares de la demandada⁴⁷.

36. El 8 de abril de 2003 el Juzgado de Menores de Villarrica escuchó en audiencia privada a las niñas M., V. y R., y “se guardó registro de la audiencia privada en sobre cerrado en la caja de fondos del Tribunal”. El Juzgado también escuchó en audiencia privada al hijo mayor de la señora Atala⁴⁸.

37. El 10 de abril de 2003 se llevó a cabo la audiencia para presentar prueba testimonial⁴⁹. El 14 de abril de 2003 el Juzgado de Menores de Villarrica recibió cuatro testimonios de personas propuestas por la parte demandante, especialmente de una psicóloga y una asistente social⁵⁰. En particular, la asistente social señaló, al preguntársele si “los menores que se crían bajo parejas homosexuales sufren consecuencias adversas”, que “s[í] hay consecuencias sociales, como modelos paternos y maternos confusos que afectan la conformación de la identidad sexual”. Además, agregó que “otra de las consecuencias que hace, es que en Chile según estudio [...] sobre la tolerancia y la discriminación [del] año 1997, se llegó a la conclusión que los chilenos poseen un alto rechazo hacia las minorías homosexuales[,] un 60.2% fue la carga valórica de este rechazo. [Con] base [en] lo anterior, y en conocimiento de esta alta discriminación[,] se estaría exponiendo a estas menores [de edad] a situaciones de discriminación social que ellas no se han buscado”⁵¹.

38. Además de los familiares y amigos cercanos que declararon en el proceso (*supra* párr. 35), también rindieron declaración tres trabajadoras del hogar, quienes se expresaron señalando, *inter alia*, que el padre se preocupaba mucho más por sus hijas que la señora Atala⁵². Una de ellas describió, además, algunos comportamientos de las niñas⁵³.

⁴⁵ El apoderado solicitó: i) informe del médico psiquiatra que realizó la terapia matrimonial entre la señora Atala y el demandante; ii) se oficiara al departamento de recursos humanos del sitio de trabajo del demandante; iii) se solicitara información a la Organización Panamericana de la Salud para que informara sobre “la fecha en que la homosexualidad fue eliminada del catálogo de conductas patológicas”; iv) se solicitara información al Servicio Nacional de la Mujer para que informara respecto al “concepto de familia incorporado en el Informe de la Comisión Nacional de Familia”; v) se solicitara al Ministerio General de Gobierno la remisión del plan para superar la discriminación en Chile, y vi) se solicitara al Director del Departamento de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores para que informara “respecto de las obligaciones internacionales asumidas por el [...] Estado de Chile en materia de no discriminación por orientación o identidad sexual”. Escrito del apoderado de la señora Atala de 11 de marzo de 2003 (expediente de anexos a la demanda, tomo I, folios 193 a 195).

⁴⁶ Cfr. Escrito de la apoderada del señor López Allendes de 11 de marzo de 2003 (expediente de anexos a la demanda, tomo I, folios 197 a 199).

⁴⁷ Cfr. Acta del Juzgado de Menores de Villarrica de 3 de abril de 2003 (expediente de anexos a la demanda, tomo I, folios 327 a 334).

⁴⁸ Cfr. Acta del Juzgado de Menores de Villarrica de 8 de abril de 2003 (expediente de anexos a la demanda, tomo I, folios 350 y 351).

⁴⁹ Cfr. Acta del Juzgado de Menores de Villarrica de 10 de abril de 2003 (expediente de anexos a la demanda, tomo I, folios 352 a 373).

⁵⁰ Cfr. Acta del Juzgado de Menores de Villarrica de 14 de abril de 2003 (expediente de anexos a la demanda, tomo I, folios 374 a 393).

⁵¹ Testimonio de Edith Paola Retamal Arevalo de 14 de abril de 2003 (expediente de anexos a la demanda, tomo I, folio 390).

⁵² Cfr. Pruebas testimoniales producidas mediante declaraciones orales rendidas el 14 de abril de 2003 ante el Juzgado de Menores de Villarrica por Erecilda Teresa Solís Ruíz (expediente de anexos a la demanda, tomo I, folio 370), Ana Delia Pacheco Guzmán (expediente de anexos a la demanda, tomo I, folio 375), y Graciela del Carmen Curín Jara (expediente de anexos a la demanda, tomo I, folio 377).

2. Tuición provisional concedida al padre

39. En el marco del proceso de tuición, la apoderada del padre de las niñas presentó una demanda de tuición provisoria el 10 de marzo de 2003, con el fin de obtener la custodia de sus hijas antes de la conclusión del proceso. Al respecto, la apoderada del señor López argumentó la presunta "incapacidad que la opción sexual asumida por la madre y demandada, [la señora] Atala Riffo, y que se tradujo en su reconocimiento expreso de ser lesbiana, provoca[ba] y provocar[ía] en el desarrollo integral tanto psíquico como socio-ambiental de estas tres pequeñas, sin perjuicio de las conductas poco maternas y violentas que ésta ha demostrado a través de los años no sólo con su familia, sino con su entorno social". Además, alegó que "la necesidad que tiene la demandada de ser feliz y de realizarse en todas las esferas de su vida [...] no es homo[lo]gable con el ser padres, que incluye una capacidad funcional de maternización [...], que al parecer la demandada ha obviado egoístamente". Por otra parte, la apoderada del padre de las niñas arguyó el derecho de las niñas de vivir en una familia conformada por un padre y una madre de sexo distinto⁵⁴.

40. El 13 de marzo de 2003 la señora Atala respondió a la solicitud de la demanda de tuición provisoria, en el cual solicitó que se rechazaran todas las pretensiones. En particular, el apoderado de la señora Atala argumentó que:

[L]a representante legal del demandante aspira[ba] a dejar sin efecto el *estatus quo* logrado a [esa] fecha, situación a la que ella misma ha[bía] contribuido con su asistencia, participación y contribución personal como profesional en los comparendos realizados, habiéndose logrado un régimen transitorio que refleja en mejor medida el interés superior de las menores de edad [...]. El hecho de que [la señora Atala] es lesbiana y asuma su condición de tal no afecta su aptitud maternal y su capacidad para generar un entorno de amor, afecto, respeto y tolerancia para los efectos de la educación y desarrollo de las niñas como seres humanos y futuras ciudadanas de nuestra nación⁵⁵.

41. El 2 de mayo de 2003 el Juzgado de Menores de Villarrica concedió la tuición provisional al padre y reguló las visitas de la madre, aunque reconoció que no existían elementos que permitieran presumir causales de inhabilidad legal de la madre. En particular, el Juzgado motivó la decisión, *inter alia*, con los siguientes argumentos: i) "que [...] la demandada haciendo explícita su opción sexual, convive en el mismo hogar que alberga a sus hijas, con su pareja, [...] alterando con ella la normalidad de la rutina familiar, privilegiando sus intereses y bienestar personal, por sobre el bienestar emocional y adecuado proceso de socialización de sus hijas", y ii) "que la demandada ha privilegiado su bienestar e interés personal por sobre el cumplimiento de su rol materno, en condiciones, que pueden afectar el desarrollo posterior de las menores de autos, y de lo cual no cabe sino concluir, que el actor presenta argumentos más favorables en pro del interés superior de las niñas, argumentos, que en el contexto de una sociedad heterosexuada, y tradicional, cobra[n] gran importancia"⁵⁶.

⁵³ Cfr. Prueba testimonial producida mediante declaración oral rendida el 14 de abril de 2003 ante el Juzgado de Menores de Villarrica por Ana Delia Pacheco Guzmán (expediente de anexos a la demanda, tomo I, folio 376).

⁵⁴ Cfr. Demanda de Tuición Provisoria del señor López Allendes de 10 de marzo de 2003 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folios 2546 a 2552).

⁵⁵ Respuesta al Incidente de Tuición Provisoria de 13 de marzo de 2003 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folios 2554 a 2557).

⁵⁶ Resolución de la demanda de tuición provisoria por el Juzgado de Menores de Villarrica de 2 de mayo de 2003 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, anexo 10, folios 2559 a 2567). En el marco del proceso de tuición provisional, el Juzgado de Menores recabó como pruebas testimoniales las declaraciones de: i) un padrino

42. El 8 de mayo de 2003, en cumplimiento de lo dispuesto por el Juzgado de Menores de Villarrica, la señora Atala entregó a sus tres hijas al padre de las mismas⁵⁷. En respuesta a dicha decisión, el 13 de mayo de 2003 la señora Atala solicitó la inhibición del Juez Titular de Letras de Menores de Villarrica de seguir conociendo el proceso de tuición, por haber incurrido en la causal de implicancia contenida en el Código Orgánico de Tribunales⁵⁸. La representación de la señora Atala sostuvo que en la resolución del 2 de mayo de 2003 el Juez dio "forma y contenido con fuerza de resolución judicial a un determinado modelo de sociedad, visión que a no dudarlo es materia de fondo de la cuestión planteada, y que resulta discriminatorio por fundarse en estereotipos y supuestos patriarcales que no acogen y valoran la diversidad y pluralismo en el seno social"⁵⁹.

43. El 14 de mayo de 2003 el Juez Titular de Letras de Menores de Villarrica declaró "bastante la causal" de implicancia, sin pronunciarse sobre su fondo, y se abstuvo de intervenir en el proceso de tuición. Además, ordenó cumplir con lo dispuesto en el artículo 120 del Código de Procesamiento Civil "mientras se res[olviera el] incidente"⁶⁰.

3. Sentencia de primera instancia otorgando la tuición de las niñas a la señora Atala

44. Dada la inhabilitación del Juez Titular, correspondió dictar sentencia sobre el fondo del asunto a la Jueza Subrogante del Juzgado de Menores de Villarrica el 29 de octubre de 2003⁶¹. En dicha Sentencia el Juzgado rechazó la demanda de tuición considerando que, con base en la prueba existente, había quedado establecido que la orientación sexual de la demandada no representaba un impedimento para desarrollar una maternidad responsable, que no presentaba ninguna patología psiquiátrica que le impidiera ejercer su "rol de madre" y que no existían indicadores que permitieran presumir la existencia de causales de inhabilitación materna para asumir el cuidado personal de las menores de edad. Igualmente,

de una de las niñas; ii) una psicóloga; iii) una amiga de la familia; iv) una empleada de casa, y v) una niñera (expediente de fondo, tomo XII, folios 5919 a 5921). Además, el Juzgado consideró como pruebas documentales varias publicaciones de periódicos, un informe socioeconómico, un set de fotografías, un informe emitido por la psiquiatra de la señora Atala, un informe de una psicóloga encargada de la terapia de las niñas y el informe de una enfermera universitaria (expediente de fondo, tomo XII, folios 5918 a 5921). Asimismo, el Juzgado consideró que "exist[ían] los antecedentes suficientes para alterar el deber del cuidado personal, establecido legalmente, [por lo que] se acced[ió] a la petición del demandante".

⁵⁷ Cfr. Constancia de 15 de mayo de 2003 (expediente de anexos a la demanda, tomo II, folio 572).

⁵⁸ Al respecto, el Código Orgánico de Tribunales dispone:

Art. 194. Los jueces pueden perder su competencia para conocer determinados negocios por implicancia o por recusación declaradas, en caso necesario, en virtud de causas legales.

Art. 195. Son causas de implicancia: [...] 8. Haber el juez manifestado su dictamen sobre la cuestión pendiente con conocimiento de los antecedentes necesarios para pronunciar sentencia.

Disponible en: http://www.oas.org/juridico/spanish/chi_res9.pdf (última visita el 22 de febrero de 2012).

⁵⁹ Solicitud de inhibición del Juez Luis Humberto Toledo Obando de 13 de mayo de 2003 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folio 2573).

⁶⁰ Decisión del Juzgado de Menores de Villarrica de 14 de mayo de 2003 (expediente de anexos a la demanda, tomo II, folio 569). El Artículo 120 del Código de Procedimiento Civil de Chile vigente para la fecha de los hechos establecía que: "Una vez aceptada como bastante la causal de inhabilitación, o declarada ésta con arreglo al inciso 2º del artículo anterior, se pondrá dicha declaración en conocimiento del funcionario cuya implicancia o recusación se haya pedido, para que se abstenga de intervenir en el asunto de que se trata mientras no se resuelva el incidente". Disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=172986> (último acceso 20 de febrero de 2012), dirección electrónica suministrada por el Estado en su escrito de alegatos finales (expediente de fondo, tomo XII, folio 5914).

⁶¹ Sentencia del Juzgado de Menores de Villarrica de 29 de octubre de 2003 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folio 2607).

se concluyó que “tampoco se ha[bía] acreditado la existencia de hechos concretos que perjudi[caran] el bienestar de las menores derivados de la presencia de la pareja de la madre en el hogar”. Asimismo, consideró que había quedado establecido que la homosexualidad no estaba considerada como una conducta patológica, y que la demandada no presentaba “ninguna contraindicación desde el punto de vista psicológico para el ejercicio del rol materno”.

45. En su evaluación sobre la presunta inhabilidad de la señora Atala para ser madre, por haberse declarado lesbiana y convivir con una pareja del mismo sexo, se tuvieron en cuenta una gama de informes de entidades como la Organización Panamericana de la Salud, el Departamento de Psicología de la Universidad de Chile y la Facultad de Educación de la Pontificia Universidad Católica de Chile, los cuales señalaron que: i) “la homosexualidad es un conducta normal y que no es una manifestación de ninguna patología”, y ii) “la capacidad de amar a los hijos, cuidarlos, protegerlos, respetar sus derechos y favorecer sus opciones de vida [...] no tiene relación con la identidad ni opciones sexuales de los padres”⁶². Por otra parte, se valoraron informes psicológicos de las menores de edad e informes psicológicos de la demandada y del demandante, los cuales concluyeron que “la presencia de la pareja de la madre en la casa en que vivieron las menores [de edad] con su madre no configura[ba] una causal de inhabilidad personal para ejercer el cuidado personal de sus hijas [y que] tampoco se ha[bía] acreditado la existencia de hechos concretos que perjudi[caran] el bienestar de las menores [de edad] derivados de la presencia de la pareja de la madre en el hogar”.

46. Sobre la calidad del cuidado de la señora Atala con sus hijas, se tuvo bajo consideración un informe emitido por una enfermera del Hospital de Villarrica e informes educacionales, sobre los cuales el Juzgado indicó que dicha prueba “constituye manifestaciones objetivas de una preocupación constante de la madre de las menores de autos por su salud y educación y en consecuencia se t[uvo] por establecido que la demandada ha[bía] velado por la crianza, cuidado personal y educación de sus hijas”. El Juzgado indicó que pese a que en la demanda se señaló que las niñas habían sido objeto de malos tratos por la señora Atala, “no se descr[ibieron] cuáles son los hechos concretos que lo constitu[ía]n y si se trata[ba] de maltrato físico o psicológico. [Además, declaró que] el tribunal ha[bía] adquirido la convicción que no exist[ió] ningún antecedente que permiti[era] acreditar algún tipo de maltrato por parte de la madre hacia las menores” de edad.

47. Sobre el argumento del demandante referente al riesgo de las niñas a contraer enfermedades de transmisión sexual, el Juzgado consideró certificados médicos de la señora Atala y su pareja, mediante los cuales confirmó que no había evidencia de la existencia de dichas enfermedades. Sobre el peligro moral que presuntamente enfrentaban las menores de edad, se citó un informe social de la demandada demostrando un ambiente familiar armónico, “con normas y límites claros y una rutina familiar que funciona[ba] apropiadamente con la supervisión de la madre, a quien el contexto de una relación de pareja satisfactoria, se le aprecia[ba] en armonía con su entorno y preocupada y cercana a sus hijas”. Además, se mencionó la conclusión del informe del Departamento de Psicología de la Universidad de Chile aduciendo que “la orientación sexual de la madre no constituye un peligro para la moralidad de las menores [de edad], porque, según ya se señaló, siendo una condición o forma normal de la sexualidad humana, no es susceptible de un juicio ético o moral, sino que sólo puede ser considerada como una condición física de una persona, no susceptible por si sola de un juicio de valor”.

⁶² Sentencia del Juzgado de Menores de Villarrica de 29 de octubre de 2003 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folios 2591, 2594 y 2595).

48. En relación con la potencial discriminación que podrían sufrir las niñas y que fue expresado por los parientes y testigos de la parte demandante, el Juzgado concluyó "que las menores [de edad] no ha[bían] sido objeto de ninguna discriminación a [esa] fecha y lo que los testigos y parientes de la parte demandante manifiesta[ron era] un temor a una posible discriminación futura". Por tanto, el Juzgado considero "que [dicho] tribunal deb[ía] fundar su resolución en hechos ciertos y probados en la causa y no en meras suposiciones o temores".

49. Finalmente, el Juzgado en la sentencia de primera instancia indicó "[q]ue consta en las actas guardadas en caja fuerte del tribunal que las menores [de edad] fueron oídas por este [Juzgado]. En estas audiencias se constató que la voluntad de las tres menores [de edad] es que sus padres vuelvan a vivir juntos, y en la última de las audiencias realizada con fecha 8 de octubre de 2003, [R.] y [V.] expresaron su deseo de volver a vivir con su madre y en el caso de [M.] sólo se detectó una leve preferencia por la figura materna". Al respecto, el Juzgado señaló que las declaraciones rendidas en audiencia por las menores de edad fue un antecedente considerado, pero no condicionaba su decisión en razón de su corta edad y la posibilidad de que estas opiniones se vieran afectadas "artificialmente por factores externos que las influncien, distorsionen o inhabiliten al fin propuesto"⁶³.

4. Apelación ante la Corte de Apelaciones de Temuco y concesión de orden de no innovar en favor del padre

50. De conformidad con la Sentencia dictada el 29 de octubre de 2003, el Tribunal de Menores de Villarrica ordenó la entrega de las niñas a la madre el 18 de diciembre de 2003⁶⁴. Sin embargo, el 11 de noviembre de 2003 el padre de las niñas interpuso un recurso de apelación de la Sentencia y posteriormente una solicitud provisional de no innovar, argumentando que el cumplimiento de la Sentencia implicaría un cambio radical y violento del *status quo* actual de las menores de edad⁶⁵.

51. El 24 de noviembre de 2003 la Corte de Apelaciones de Temuco concedió la orden de no innovar manteniendo el padre la custodia⁶⁶. Sobre esta orden de no innovar, la señora Atala presentó una queja disciplinaria contra dos integrantes de dicha Corte, alegando causales de recusación y de inhabilitación⁶⁷. La Corte Suprema de Justicia de Chile falló sobre este recurso de queja el 2 de julio de 2004, declarando por mayoría que no existió falta o abuso de los Ministros demandados. Sin perjuicio de lo anterior, algunos de los

⁶³ Sentencia del Juzgado de Menores de Villarrica de 29 de octubre de 2003 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folios 2596, 2597, 2599, 2600, 2601 y 2605).

⁶⁴ Cfr. Auto del Juzgado de Menores de Villarrica de 5 de noviembre de 2003 (expediente de anexos a la demanda, tomo II, folio 933).

⁶⁵ Cfr. Recurso de apelación interpuesto por el señor López Allendes de 11 de noviembre de 2003 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folios 2614 a 2632) y solicitud de orden de no innovar interpuesta por el señor López Allendes de 22 de noviembre de 2003 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folios 2634 a 2636).

⁶⁶ Cfr. Concesión de orden de no innovar emitida por la Corte de Apelaciones de Temuco de 24 de noviembre de 2003 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folio 2638).

⁶⁷ El 7 de enero de 2004 la relatora de la Corte de Apelaciones de Temuco certificó que "el Ministro señor Archibaldo Loyola, se manifestó inhabilitado para conocer de la presente causa y que el Ministro señor Lenin Lillo Hunzinker manifestó afectarle la causal de recusación del artículo 196 No. 10 del Código Orgánico de Tribunales, toda vez que tomó conocimiento de la presente causa, a propósito de la investigación que le correspondió dirigir en visita extraordinaria al Juzgado de Letras de Menores de Villarrica". Cfr. Certificado de 7 de enero de 2004 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folio 2640).

Ministros de la Corte "estuvieron por hacer un severo llamado de atención a los recurridos por la omisión que se les reprocha por la quejosa"⁶⁸.

52. El 30 de marzo de 2004 la Corte de Apelaciones de Temuco, sin los dos Ministros que se habían apartado del proceso (*supra* párr. 51), confirmó la Sentencia apelada por el padre de las niñas, por lo que ratificaron las consideraciones realizadas por la primera instancia y dejaron sin efecto la orden de no innovar concedida el 24 de noviembre de 2003⁶⁹. La Corte de Apelaciones no expuso fundamentos nuevos y acogió plenamente la sentencia de primera instancia.

5. *Interposición del recurso de queja ante la Corte Suprema de Justicia y concesión de la segunda orden de no innovar a favor del padre*

53. El 5 de abril de 2004 el padre de las niñas presentó ante la Corte Suprema de Chile un recurso de queja en contra de los jueces de la Corte de Apelaciones de Temuco y solicitó que se mantuviera provisionalmente a las niñas bajo su cuidado. El padre de las niñas argumentó que mediante la Sentencia de apelación los jueces recurridos habían cometido una "falta y un abuso grave y notorio", debido a: i) haber privilegiado los derechos de la madre sobre los de las niñas; ii) haber faltado en su deber legal de proteger su vulnerabilidad, y iii) haber trasgredido los principios que regulan la apreciación de la prueba en conciencia en los juicios sobre asuntos de familia⁷⁰. En particular, el señor López Allendes alegó que los jueces habían ignorado toda la evidencia probatoria en autos que demostraría que la "exteriorización del comportamiento lésbico, produjo en forma directa e inmediata en [M., V. y R.], una confusión en los roles sexuales que interfirió y va a interferir posteriormente en el desarrollo de una identidad sexual clara y definida"⁷¹. La Corte Suprema concedió la orden de no innovar solicitada el 7 de abril de 2004⁷².

6. *Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile*

54. El 31 de mayo de 2004 la Cuarta Sala de la Corte Suprema de Justicia de Chile, en un fallo dividido de tres votos contra dos, acogió el recurso de queja, concediendo la tuición definitiva al padre⁷³.

55. En primer lugar, la Corte Suprema destacó que "en todas las medidas que le conciernan [a los niños y niñas], es primordial atender al interés superior del niño sobre otras consideraciones y derechos relativos a sus progenitores y que puedan hacer necesario separarlo de sus padres". Además, la Corte Suprema expresó que el inciso primero del artículo 225 del Código Civil chileno, el cual provee que en el caso de que los padres vivan separados el cuidado personal de los hijos corresponde a la madre, no es una norma "absoluta y definitiva". Por lo tanto, la Corte declaró que "el tribunal puede confiar el

⁶⁸ Cfr. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile de 2 de julio de 2004 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folio 2645).

⁶⁹ Cfr. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco de 30 de marzo de 2004 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folio 2643).

⁷⁰ Recurso de queja y solicitud de orden de no innovar interpuestos por el señor López Allendes de 5 de abril de 2004 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folios 2652 a 2655).

⁷¹ Recurso de queja y solicitud de orden de no innovar interpuestos por el señor López Allendes de 5 de abril de 2004 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folio 2654).

⁷² Cfr. Concesión de orden de no innovar por la Corte Suprema de Chile de 7 de abril de 2004 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folio 2666).

⁷³ Cfr. Sentencia de la Cuarta Sala de la Corte Suprema de Justicia de Chile de 31 de mayo de 2004 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, anexo 22, folios 2669 a 2677).

cuidado personal de los hijos al otro padre, haciendo cesar la tuición de quien la ejerce, si existe una 'causa calificada' que haga indispensable adoptar la resolución, siempre teniendo en cuenta el interés del hijo".

56. En particular, la Corte Suprema concluyó que: i) "se ha[bía] prescindido de la prueba testimonial, producida tanto en el expediente de tuición definitiva como del cuaderno de tuición provisoria, [...] respecto al deterioro experimentado por el entorno social, familiar y educacional en que se desenvuelve la existencia de las menores [de edad], desde que la madre empezó a convivir en el hogar con su pareja homosexual y a que las niñas podrían ser objeto de discriminación social derivada de este hecho, pues las visitas de sus amigas al hogar común han disminuido y casi han cesado de un año a otro"; ii) "el testimonio de las personas cercanas a las menores, como son las empleadas de la casa, hacen referencia a juegos y actitudes de las niñas demostrativas de confusión ante la sexualidad materna que no han podido menos que percibir en la convivencia en el hogar con su nueva pareja"; iii) "no e[ra] posible desconocer que la madre de las menores de [edad], al tomar la decisión de explicitar su condición homosexual, como puede hacerlo libremente toda persona en el ámbito de sus derechos personalísimos en el género sexual, sin merecer por ello reprobación o reproche jurídico alguno [...] ha[bía] antepuesto sus propios intereses, postergando los de sus hijas, especialmente al iniciar una convivencia con su pareja homosexual en el mismo hogar en que lleva[ba] a efecto la crianza y cuidado de sus hijas separadamente del padre de éstas", y iv) "aparte de los efectos que esa convivencia puede causar en el bienestar y desarrollo psíquico y emocional de las hijas, atendida sus edades, la eventual confusión de roles sexuales que puede producirse por la carencia en el hogar de un padre de sexo masculino y su reemplazo por otra persona del género femenino, configura una situación de riesgo para el desarrollo integral de las menores respecto de la cual deben ser protegidas".

57. La Corte Suprema, además, estimó que las niñas se encontraban en una "situación de riesgo" que las ubicaba en un "estado de vulnerabilidad en su medio social, pues es evidente que su entorno familiar excepcional se diferencia[ba] significativamente del que tienen sus compañeros de colegios y relaciones de la vecindad en que habitan, exponiéndolas a ser objeto de aislamiento y discriminación que igualmente afectará a su desarrollo personal". Por tanto, la Corte consideró que las condiciones descritas constituyen "causa calificada" de conformidad con el artículo 225 del Código Civil, para justificar la entrega de la tuición al padre, dado que la situación actual configuraba "un cuadro que irroga el riesgo de daños, los que podrían tornarse irreversibles, para los intereses de las menores [de edad], cuya protección debe preferir a toda otra consideración". La Corte concluyó que los jueces recurridos fallaron en "no haber apreciado estrictamente en conciencia los antecedentes probatorios del proceso" y al "haber preterido el derecho preferente de las menores a vivir y desarrollarse en el seno de una familia estructurada normalmente y apreciada en el medio social, según el modelo tradicional que le es propio, ha[bían] incurrido en falta o abuso grave, que debe ser corregido por la vía de acoger el presente recurso de queja"⁷⁴.

58. Los dos jueces de la Sala de la Corte Suprema que votaron por rechazar el recurso de queja, presentaron argumentos sobre la naturaleza de dicho recurso⁷⁵. Además, los

⁷⁴ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile de 31 de mayo de 2004 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folios 2670, 2671, 2672, 2673).

⁷⁵ En particular, indicaron que "no es un recurso procesal que habilite a este Tribunal para resolver todas las cuestiones de hecho y de derecho planteadas por las partes en el pleito. Es plenamente sabido que de acuerdo al artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales el recurso de queja es un recurso disciplinario, cuya exclusiva finalidad es la corrección de las faltas o abusos graves cometidos en la dictación de una resolución jurisdiccional, a través, a) de la invalidación de ella y b) de la aplicación de medidas disciplinarias a los jueces que incurrieron en la

jueces disidentes estimaron que, de acuerdo con el artículo 225 y la preferencia que establece este artículo por la madre en el cuidado de los hijos en casos de separación, “el juez no puede variar la norma general de la radicación de cuidado de los hijos, por arbitrio o con fundamentos faltos de justificación, livianos o ambiguos, sino únicamente cuando un examen restrictivo de la normativa legal y de los antecedentes acompañados demuestre un ‘indispensable’ interés del niño”⁷⁶.

B. Consideraciones previas

1. Consideración previa sobre el objeto del caso ante la Corte Interamericana

Alegatos de las partes

59. La Comisión argumentó que el presente caso “se relaciona con la discriminación e injerencia arbitraria en la vida privada de [la señora] Atala, ocurridas en el contexto de un proceso judicial sobre la custodia y cuidado de sus tres hijas”. Lo anterior, debido a que presuntamente la “orientación sexual [de la señora] Atala y, principalmente la expresión de dicha orientación en su proyecto de vida, fueron la base principal de las decisiones mediante las cuales se resolvió retirarle la custodia de las niñas”.

60. Los representantes coincidieron con los alegatos generales de la Comisión y agregaron que “el proceso iniciado ante el [S]istema [I]nteramericano [...] no ha tenido ni tiene por objeto reabrir el proceso de tuición y usar al [S]istema [I]nteramericano como una cuarta instancia”. Además, argumentaron que “el Estado le present[ó] a esta [...] Corte razones que la Corte Suprema no expresó en la sentencia del recurso de queja, apoyándose en documentos que la Corte Suprema tuvo en su conocimiento y que desestimó al fallar”.

61. Por su parte, el Estado argumentó que “no es efectivo que la razón por la que los tribunales chilenos resolvieron remover la tuición de la madre para entregársela al padre en el caso de las niñas López Atala, fuera la orientación sexual” de la señora Atala. En particular, el Estado alegó que “el objeto del juicio de custodia [...] no fue la declaración de inhabilitación de la madre, sino la determinación del padre o madre que en ese momento ofrecía mejores condiciones para asegurar el bienestar de las tres niñas”. En este sentido, arguyó que “[n]o es efectivo que el fundamento de las referidas resoluciones fuera la orientación sexual de la madre ni su sola expresión. Por el contrario, del tenor de las mismas se desprende [...] que su fundamento fue el interés superior del niño, y que en

grave falta o abuso contenida en la resolución anulada. Que, entonces, y descartando por imperativo legal que el recurso de queja pueda significar en esta Corte Suprema la apertura de una tercera instancia – que nuestro sistema procesal no acepta- o que fuese un medio apto para imponer opiniones o interpretaciones discutibles, corresponde examinar si los jueces impugnados han incurrido en alguna falta o abuso grave al entregar a su madre, doña Jacqueline Karen Atala Riffo el cuidado de sus tres hijas menores, [M., V. y R.]”. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile de 31 de mayo de 2004, voto en contra de los Ministros José Benquis C. y Orlando Álvarez H. (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folios 2673 y 2674).

⁷⁶ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile de 31 de mayo de 2004, voto en contra de los Ministros José Benquis C. y Orlando Álvarez H. (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folio 2675). En dicho marco de análisis, los jueces consideraron que: i) “no aparecen de los autos tenidos a la vista que exist[ieran] antecedentes de los que pudiera especularse que la madre [...] hubiese maltratado o descuidado a sus hijas”, y ii) “los dictámenes que obran en los autos agregados, tanto los psicólogos como las asistentes sociales, infieren que la homosexualidad de la madre no vulnera los derechos de las niñas, ni priva a aquella de ejercer su derecho de madre, ya que desde una perspectiva psicológica o siquiátrica, a juicio de dichos expertos, se trata de una persona absolutamente normal”. Por lo tanto, los jueces concluyeron que el “restarle a la madre, sólo por su opción sexual, la tuición de sus hijas menores de edad – como lo ha requerido el padre sobre la base de apreciaciones netamente subjetivas – involucra imponer tanto a aquellas como a la madre una sanción innominada y al margen de la ley, amén de discriminatoria”.

dicho contexto, la orientación sexual de la demandada fue considerada, entre otras circunstancias, en la medida que su expresión tuvo efectos concretos adversos al bienestar de las niñas". De acuerdo con el Estado, "la sentencia de la Corte Suprema resolvió que los tribunales inferiores incurrieron en falta o abuso grave al infringir las reglas de apreciación de la prueba, [...] pues [...] dichos tribunales no ponderaron en su conjunto el mérito de la totalidad de la prueba".

62. De manera general, el Estado alegó que en el proceso de tuición "exist[ía] abundante prueba [...] que acredita[ba ...] las mejores condiciones que el padre ofrecía a[l] bienestar" de las niñas. Concretamente, el Estado argumentó que "existía evidencia contundente que daba cuenta que la demandada demostraba una intensa actitud centrada en sí misma y características personales que dificultaban el ejercicio adecuado de su rol maternal, circunstancias que llevaron a concluir que la madre no ofrecía un medio ambiente idóneo para el desarrollo de sus hijas".

63. Por otra parte, el Estado arguyó que "respecto del padre existía evidencia considerable [...] que avala[ría]: i) su dedicación y esmero en el cuidado de sus hijas; ii) sus aptitudes para el ejercicio de la crianza; iii) el ambiente favorable que ofrecía al bienestar de sus hijas, y iv) la positiva relación que existía entre las niñas y la pareja del demandante". Además, el Estado manifestó que al examinar la prueba obrante en el expediente, se evidenciaría que la decisión de custodia provisoria "incluía también materias ajenas a la referida orientación sexual, como la determinación del padre o madre que ofrecía un mayor grado de compromiso y de atención a las niñas".

Consideraciones de la Corte

64. De los alegatos presentados por el Estado, así como de la prueba que obra en el expediente, la Corte considera que en el juicio de tuición se debatieron, *inter alia*, los siguientes aspectos: i) la orientación sexual de la señora Atala; ii) la personalidad de la señora Atala; iii) los presuntos daños que se habrían ocasionado a las niñas, y iv) la alegada prevalencia que daría la señora Atala a sus intereses personales. Por su parte, respecto del padre de las niñas se expusieron, en el marco del proceso de tuición, argumentos a favor y en contra sobre si él podría brindar un mejor bienestar a éstas. El Estado consideró que la Corte Interamericana debe analizar la totalidad de prueba ventilada en el juicio de tuición y no solamente las sentencias emitidas por los tribunales internos.

65. Al respecto, el Tribunal reitera que la jurisdicción internacional tiene carácter subsidiario⁷⁷, coadyuvante y complementario⁷⁸, en razón de lo cual no desempeña funciones de tribunal de "cuarta instancia". La Corte no es un tribunal de alzada o de apelación para dirimir los desacuerdos entre las partes sobre algunos alcances de la valoración de prueba o de la aplicación del derecho interno en aspectos que no estén directamente relacionados con el cumplimiento de obligaciones internacionales de derechos humanos. Es por ello que ha

⁷⁷ Cfr. *Caso Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 157, párr. 66 y *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220, párr. 16.

⁷⁸ En el Preámbulo de la Convención Americana se sostiene que la protección internacional es "de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos". Ver también *La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6, párr. 26 y *Caso Velásquez Rodríguez, supra* nota 28, párr. 61.

sostenido que, en principio, "corresponde a los tribunales del Estado el examen de los hechos y las pruebas presentadas en las causas particulares"⁷⁹.

66. De acuerdo con lo anterior, no corresponde a este Tribunal determinar si la madre o el padre de las tres niñas ofrecían un mejor hogar para las mismas ni valorar prueba con ese fin específico, pues ello se encuentra fuera del objeto del presente caso, cuyo propósito es definir si las autoridades judiciales han afectado o no obligaciones estipuladas en la Convención. Asimismo, y en razón del carácter subsidiario del Sistema Interamericano, la Corte no es competente para resolver respecto a la custodia de las tres niñas M., V. y R., por cuanto esto es materia del derecho interno chileno. De manera que la tuición actual de las menores de edad no es materia del presente caso.

2. Consideración previa sobre la participación de las niñas M., V. y R.

67. En la Resolución de 29 de noviembre de 2011 (*supra* párr. 12), la Corte señaló que en ninguna parte del expediente había una manifestación precisa por parte de las niñas M., V. y R. respecto a si estaban de acuerdo con la representación que ejercía cualquiera de sus padres y de si deseaban ser consideradas como presuntas víctimas en el presente caso. La Corte indicó que, si bien existían dos escritos mediante los cuales tanto el padre como la madre manifestaban que actuaban en representación de las tres niñas ante este Tribunal, la posición de la madre y el padre no necesariamente representaban los intereses de las niñas.

68. Por otra parte, el Tribunal, en dicha Resolución, señaló que los niños y niñas ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal, por lo que en su primera infancia actúan en este sentido por conducto de sus familiares. Evidentemente, hay gran variedad en el grado de desarrollo físico e intelectual, en la experiencia y en la información que poseen cada niña o niño. Por tanto, al llevarse a cabo la diligencia realizada según lo dispuesto en la mencionada Resolución (*supra* párr. 13) se tuvo en cuenta que las tres niñas tienen en este momento 12, 13 y 17 años de edad y, por tanto, podrían existir diferencias en sus opiniones y en el nivel de autonomía personal para el ejercicio de los derechos de cada una. En el presente caso, el 8 de febrero de 2012 se escuchó a dos de las niñas (*supra* párr. 13).

69. Durante dicha diligencia, el personal de la Secretaría estuvo acompañado por la psiquiatra María Alicia Espinoza⁸⁰. Antes de realizar la diligencia, la delegación de la Secretaría de la Corte sostuvo una reunión previa con dicha psiquiatra, la cual consistió en un intercambio de ideas con el fin de garantizar que la información brindada fuera accesible y apropiada para las niñas. Teniendo en cuenta los estándares internacionales sobre el derecho de las niñas y los niños a ser oídos (*infra* párrs. 196 a 200), las niñas M. y R. fueron, en primer lugar, informadas de manera conjunta por el personal de la Secretaría sobre su derecho a ser oídas, los efectos o consecuencias que podían producir sus opiniones dentro del proceso contencioso en el presente caso, la posición y los alegatos de las partes en el presente caso, y se les consultó si querían continuar participando en la diligencia. Posteriormente, en lugar de desarrollar un examen unilateral, se sostuvo una conversación

⁷⁹ *Caso Nogueira de Carvalho y otro vs. Brasil. Excepciones Preliminares y Fondo*. Sentencia de 28 de noviembre de 2006. Serie C No. 161, párr. 80 y *Caso Cabrera García y Montiel Flores, supra* nota 77, párr. 16.

⁸⁰ Mediante escrito de 3 de febrero de 2012 el Estado presentó observaciones respecto a la participación de la psiquiatra Espinoza en la diligencia. Al respecto, el 6 de febrero de 2012, siguiendo instrucciones del Presidente de la Corte, se informó a las partes que la psiquiatra Espinoza fue designada para realizar un acompañamiento, en caso de ser necesario, a la delegación de la Secretaría. Asimismo, en el acta que fue transmitida a las partes se indicó que, si bien se había previsto el apoyo de la psiquiatra Espinoza como apoyo de contención, ello no fue necesario.

con cada niña por separado, con el objetivo de brindar un ambiente propicio y de confianza a las niñas. Durante la diligencia no estuvieron presentes ninguno de los padres y ninguna de las partes. Además, la diligencia realizada con las niñas fue privada en razón del pedido de confidencialidad de la identidad de las niñas que han realizado tanto la Comisión como los representantes en el presente caso (*supra* nota 3), como por la necesidad de proteger el interés superior de las niñas y su derecho a la intimidad. Además, las niñas solicitaron expresamente que se mantuviera absoluta reserva de todo lo que manifestaran en la reunión.

70. Durante la diligencia realizada el 8 de febrero de 2012, las niñas M. y R. manifestaron que conocían y entendían los temas relacionados con las tres alegadas violaciones por las cuales fueron presentadas como presuntas víctimas en el presente caso (*infra* párrs. 150, 176, 178 y 201). De las manifestaciones rendidas por las dos niñas y teniendo en cuenta el desarrollo progresivo de los derechos de los niños y las niñas, la Corte observa que las dos niñas expresaron de manera libre e independiente sus propias opiniones y juicios formados sobre los hechos del caso que atañen a ellas, así como algunas de sus expectativas e intereses en la resolución del presente caso. Por tanto, la Corte las considerará presuntas víctimas en el presente caso (*infra* párrs. 150, 176, 178 y 208).

71. Como se indicó anteriormente, la niña V. no participó en dicha diligencia por motivos de fuerza mayor (*supra* párr. 13). Con base en las consideraciones anteriores, el Tribunal no halla ningún elemento para considerar que la niña V. no se encuentra en la misma condición que sus hermanas (*infra* párrs. 150, 176, 178 y 208). Sin embargo, para efectos de las reparaciones la autoridad nacional competente para la infancia deberá constatar en forma privada la opinión libre de la niña V. sobre si desea ser considerada parte lesionada.

C. El derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación

Alegatos de las partes

72. Respecto a la presunta violación de los artículos 24⁸¹ y 1.1⁸² de la Convención Americana, la Comisión alegó que “existe un amplio reconocimiento en los Estados americanos en el sentido de que la discriminación con base en la orientación sexual se encuentra prohibida”. Argumentó que “la orientación sexual [...] fue el sustento de la decisión de la Corte Suprema de Justicia” debido a que presuntamente se determinó que la señora Atala “no debía conservar la custodia de sus hijas[, por cuanto] convivía con una persona de su mismo sexo”. Añadió que se “efectuó una distinción en perjuicio de [la señora] Atala en la aplicación de la ley relevante para la determinación de asuntos de familia, con base en una expresión de su orientación sexual, como lo es la decisión de conformar una pareja y establecer una vida con ella”. Agregó que la “decisión de tuición provisional [...] constituyó también una distinción efectuada con base en la orientación

⁸¹ El artículo 24 de la Convención (Igualdad ante la Ley) estipula que:

Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

⁸² El artículo 1.1 de la Convención Americana (Obligación de Respetar los Derechos) dispone que:

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

sexual de la señora Atala". Por otra parte, manifestó que "en el derecho constitucional comparado se ha acudido a la figura de "categoría sospechosa" y, consecuentemente, se ha aplicado un escrutinio estricto a casos relacionados con la orientación sexual".

73. Los representantes señalaron que los Estados "suscribieron la Convención Americana con una cláusula abierta de no discriminación, por tanto no pueden ahora alegar que su nivel de desarrollo político social no les permite entender que se incluye la orientación sexual dentro de las razones prohibidas para discriminar". Alegaron que "[l]a decisión del recurso de queja resulta [...] ser un juicio de escrutinio a la [señora] Atala y a su vida privada, sin considerar sus habilidades maternas, que eran el tema a considerar". Indicaron que dicho "juicio de escrutinio [no se realizó] a la vida del [señor] López, del que nada se sabe, cuestiona o investiga, o de sus habilidades parentales". Por tanto, consideraron que "[e]se sólo hecho constituye un tratamiento diferenciado no contemplado en el derecho chileno, y claramente prohibido por el derecho internacional". Además, alegaron que "[l]a Corte Suprema de Chile [...] cre[ó] una categoría de personas que por su sola naturaleza, sin importar su comportamiento, no serían hábiles para cuidar a sus propios hijos, equiparándolos con situaciones de maltrato y descuido".

74. El Estado argumentó que "el [S]istema [Interamericano de Derechos Humanos] requiere de la credibilidad y confianza de los Estados miembros. Una relación de confianza recíproca puede ser afectada si la Corte toma un rol demasiado regulador, sin otorgar consideración al sentir mayoritario de los Estados". El Estado alegó que "al suscribir la [Convención Americana], los Estados miembros consintieron en obligarse por sus disposiciones. Si bien la interpretación jurídica puede ser flexible y el lenguaje de los derechos humanos reconoce su desarrollo progresivo, los Estados prestaron su consentimiento a una idea de derechos humanos que tenía en mente ciertos tipos de violación, y no otras que en su momento no existían. De ser necesario ampliar el alcance del tratado, en materias en que no existe un consenso mínimo, la misma [Convención Americana] establece un procedimiento para la incorporación de protocolos que protejan otros derechos".

75. Asimismo, el Estado señaló "que la orientación sexual no era una categoría sospechosa de la cual hubiera un consenso durante el año 2004", en el que fue emitida la sentencia de la Corte Suprema en el presente caso. Alegó que "no resultaría procedente exigirle [a la Corte Suprema de Chile] pasar un test de escrutinio estricto para una categoría en la cual el consenso interamericano es reciente". Añadió que "el establecimiento de una 'supercategoría sospechosa', como sería en este caso la orientación sexual de uno de los padres u otras similares, puede terminar por girar el centro de un juicio de familia a la consideración prioritaria de los derechos de los padres en desmedro del bien superior del niño en el caso concreto".

76. Finalmente, el Estado alegó que "no es arbitraria la resolución que, declarando a la madre legalmente habilitada, resolvió [...] acoger la demanda de cuidado personal interpuesta por el padre con fundamento en el interés superior de las niñas y su mejor bienestar". Indicó que "[n]o es efectivo que el fundamento de las referidas resoluciones fuera la orientación sexual de la madre ni su sola expresión" y que "la orientación sexual de la demandada fue considerada, entre otras circunstancias, en la medida en que su expresión tuvo efectos concretos adversos al bienestar de las niñas".

Consideraciones de la Corte

77. Para resolver estas controversias la Corte analizará: 1) los alcances del derecho a la igualdad y a la no discriminación; 2) la orientación sexual como categoría protegida por el

artículo 1.1 de la Convención Americana; 3) si existió en el presente caso una diferencia de trato basada en la orientación sexual, y 4) si dicha diferencia de trato constituyó discriminación, para lo cual se evaluarán en forma estricta las razones que se alegaron para justificar dicha diferencia de trato en razón del interés superior del niño y las presunciones de riesgo y daño en perjuicio de las tres niñas.

1. Derecho a la igualdad y a la no discriminación

78. La Corte ha establecido que el artículo 1.1 de la Convención es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, y dispone la obligación de los Estados Parte de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos "sin discriminación alguna". Es decir, cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es *per se* incompatible con la misma⁸³.

79. Sobre el principio de igualdad ante la ley y la no discriminación, la Corte ha señalado⁸⁴ que la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación. La jurisprudencia de la Corte también ha indicado que en la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permean todo el ordenamiento jurídico⁸⁵.

80. Además, el Tribunal ha establecido que los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación *de jure* o *de facto*⁸⁶. Los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias⁸⁷.

81. La Convención Americana, al igual que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, no contiene una definición explícita del concepto de "discriminación". Tomando

⁸³ 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 53 y *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214, párr. 268.

⁸⁴ Cfr. Opinión Consultiva OC-4/84, *supra* nota 83, párr. 55.

⁸⁵ Cfr. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 101 y *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek*, *supra* nota 83, párr. 269.

⁸⁶ Cfr. Opinión Consultiva OC-18/03, *supra* nota 85, párr. 103 y *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek*, *supra* nota 83, párr. 271.

⁸⁷ Cfr. Opinión Consultiva OC-18/03, *supra* nota 85, párr. 104; *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek*, *supra* nota 83, párr. 271, y Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 18, No discriminación, 10 de noviembre de 1989, CCPR/C/37, párr. 6.

como base las definiciones de discriminación establecidas en el Artículo 1.1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial⁸⁸ y el Artículo 1.1 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer⁸⁹, el Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante "Comité de Derechos Humanos") ha definido la discriminación como:

toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la propiedad, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas⁹⁰.

82. La Corte reitera que, mientras la obligación general del artículo 1.1 se refiere al deber del Estado de respetar y garantizar "sin discriminación" los derechos contenidos en la Convención Americana, el artículo 24 protege el derecho a "igual protección de la ley"⁹¹. Es decir, el artículo 24 de la Convención Americana prohíbe la discriminación de derecho o de hecho, no sólo en cuanto a los derechos consagrados en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación. En otras palabras, si un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, incumpliría la obligación establecida en el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión. Si, por el contrario, la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna o su aplicación, el hecho debe analizarse a la luz del artículo 24 de la Convención Americana⁹².

2. La orientación sexual como categoría protegida por el artículo 1.1 de la Convención Americana

83. La Corte ha establecido, al igual que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales⁹³. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación

⁸⁸ El Artículo 1.1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial señala: "En la presente Convención la expresión "discriminación racial" denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública".

⁸⁹ El Artículo 1.1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer señala: "A los efectos de la presente Convención, la expresión 'discriminación contra la mujer' denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera".

⁹⁰ Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 18, No discriminación, *supra* nota 87, párr. 6.

⁹¹ *Cfr.* Opinión Consultiva OC-4/84, *supra* nota 83, párrs. 53 y 54 y *Caso Barbani Duarte y Otros Vs. Uruguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 13 de octubre de 2011. Serie C No. 234, párr. 174.

⁹² *Mutatis mutandi*, *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de los Contencioso Administrativo") Vs. Venezuela. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, párr. 209 y *Caso Barbani Duarte y otros, supra* nota 91, párr. 174.

⁹³ *Cfr.* *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 114 y *Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 106. En el Tribunal Europeo ver T.E.D.H., *Caso Tyrer v. Reino Unido*, (No. 5856/72), Sentencia de 25 de abril de 1978, párr. 31.

consagradas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁹⁴.

84. En este sentido, al interpretar la expresión "cualquier otra condición social" del artículo 1.1. de la Convención, debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio de la norma más favorable al ser humano⁹⁵.

85. Los criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar, según el artículo 1.1 de la Convención Americana, no son un listado taxativo o limitativo sino meramente enunciativo. Por el contrario, la redacción de dicho artículo deja abiertos los criterios con la inclusión del término "otra condición social" para incorporar así a otras categorías que no hubiesen sido explícitamente indicadas. La expresión "cualquier otra condición social" del artículo 1.1. de la Convención debe ser interpretada por la Corte, en consecuencia, en la perspectiva de la opción más favorable a la persona y de la evolución de los derechos fundamentales en el derecho internacional contemporáneo⁹⁶.

86. Al respecto, en el Sistema Interamericano, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (en adelante "OEA") ha aprobado desde 2008 en sus sesiones anuales cuatro resoluciones sucesivas respecto a la protección de las personas contra tratos discriminatorios basados en su orientación sexual e identidad de género, mediante las cuales se ha exigido la adopción de medidas concretas para una protección eficaz contra actos discriminatorios⁹⁷.

87. Respecto a la inclusión de la orientación sexual como categoría de discriminación prohibida, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que la orientación sexual

⁹⁴ Cfr. Opinión Consultiva OC-16/99, *supra* nota 93, párr. 114 y *Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia*, *supra* nota 93, párr. 106.

⁹⁵ Cfr. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 52, y *Caso de la Masacre de Mapiripán*, *supra* nota 93, párr. 106.

⁹⁶ Cfr. Opinión Consultiva OC-16/99, *supra* nota 93, párr. 115.

⁹⁷ Cfr. AG/RES. 2653 (XLI-O/11), Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 7 de junio de 2011 ("LA ASAMBLEA GENERAL [...] RESUELVE: 1. Condenar la discriminación contra personas por motivos de orientación sexual e identidad de género, e instar a los Estados dentro de los parámetros de las instituciones jurídicas de su ordenamiento interno, a adoptar las medidas necesarias para prevenir, sancionar y erradicar dicha discriminación"); AG/RES. 2600 (XL-O/10), Derechos humanos, orientación sexual e identidad de Género, aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 8 de junio de 2010 ("LA ASAMBLEA GENERAL [...] RESUELVE: 1. Condenar los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos contra personas a causa de su orientación sexual e identidad de género, e instar a los Estados a investigar los mismos y asegurar que los responsables enfrenten las consecuencias ante la justicia. 2. Alentar a los Estados a que tomen todas las medidas necesarias para asegurar que no se cometan actos de violencia u otras violaciones de derechos humanos contra personas a causa de su orientación sexual e identidad de género y asegurando el acceso a la justicia de las víctimas en condiciones de igualdad. 3. Alentar a los Estados Miembros a que consideren medios para combatir la discriminación contra personas a causa de su orientación sexual e identidad de género"); AG/RES. 2504 (XXXIX-O/09), Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 4 de junio de 2009 ("LA ASAMBLEA GENERAL [...] RESUELVE: 1. Condenar los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos relacionadas, perpetrados contra individuos a causa de su orientación sexual e identidad de género. 2. Instar a los Estados a asegurar que se investiguen los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos perpetrados contra individuos a causa de su orientación sexual e identidad de género, y que los responsables enfrenten las consecuencias ante la justicia"), y AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08), Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 3 de junio de 2008 ("LA ASAMBLEA GENERAL [...] RESUELVE: 1. Manifestar preocupación por los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos relacionadas, cometidos contra individuos a causa de su orientación sexual e identidad de género").

es "otra condición" mencionada en el artículo 14⁹⁸ del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante "Convenio Europeo"), el cual prohíbe tratos discriminatorios⁹⁹. En particular, en el *Caso Salgueiro da Silva Mouta Vs. Portugal*, el Tribunal Europeo concluyó que la orientación sexual es un concepto que se encuentra cubierto por el artículo 14 del Convenio Europeo. Además, reiteró que el listado de categorías que se realiza en dicho artículo es ilustrativo y no exhaustivo¹⁰⁰. Asimismo, en el *Caso Clift Vs. Reino Unido*, el Tribunal Europeo reiteró que la orientación sexual, como una de las categorías que puede ser incluida bajo "otra condición", es otro ejemplo específico de los que se encuentran en dicho listado, que son consideradas como características personales en el sentido que son innatas o inherentes a la persona¹⁰¹.

88. En el marco del Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales han calificado la orientación sexual como una de las categorías de discriminación prohibida consideradas en el artículo 2.1¹⁰² del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 2.2¹⁰³ del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Al respecto, el Comité de Derechos Humanos indicó en el caso *Toonen Vs. Australia* que la referencia a la categoría "sexo" incluiría la orientación sexual de las personas¹⁰⁴.

⁹⁸ Artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos: "El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación".

⁹⁹ Cfr. T.E.D.H., *Caso Salgueiro da Silva Mouta Vs. Portugal*, (No. 33290/96), Sentencia de 21 de diciembre de 1999. Final, 21 de marzo de 2000, párr. 28; *Caso L. y V. Vs. Austria* (No. 39392/98 y 39829/98), Sentencia de 9 de enero de 2003. Final, 9 de abril de 2003, párr. 45; *Caso S. L. Vs. Austria*, (No. 45330/99), Sentencia de 9 de enero de 2003. Final, 9 de abril de 2003, párr. 37, y *Caso E.B. Vs. Francia*, (No. 43546/02), Sentencia de 22 de enero de 2008, párr. 50.

¹⁰⁰ Cfr. T.E.D.H., *Caso Salgueiro da Silva Mouta*, *supra* nota 99, párr. 28 ("the applicant's sexual orientation [...] [is] a concept which is undoubtedly covered by Article 14 of the Convention. The Court reiterates in that connection that the list set out in that provision is illustrative and not exhaustive, as is shown by the words [...] any ground such as [...]"). Ver también T.E.D.H., *Caso Fretté Vs. Francia*, (No. 36515/97), Sentencia de 26 de febrero de 2002. Final, 26 de mayo de 2002, párr. 32; T.E.D.H., *Caso Kozak Vs. Polonia*, (No. 13102/02), Sentencia de 2 de marzo de 2010. Final, 2 de junio de 2010, párr. 92; *Caso J.M. Vs. Reino Unido*, (No. 37060/06), Sentencia de 28 de septiembre de 2010. Final, 28 de diciembre de 2010, párr. 55, y *Caso Alekseyev Vs. Rusia*, (No. 4916/07, 25924/08 y 14599/09), Sentencia de 21 de octubre de 2010. Final, 11 de abril de 2011, párr. 108 ("The Court reiterates that sexual orientation is a concept covered by Article 14").

¹⁰¹ Cfr. T.E.D.H., *Caso Clift Vs. Reino Unido*, (No. 7205/07), Sentencia de 13 de julio de 2010. Final, 22 de noviembre de 2010, párr. 57 ("the Court has considered to constitute [...] other status [...] characteristics which, like some of the specific examples listed in the Article, can be said to be personal in the sense that they are innate or inherent). Sin embargo, el Tribunal Europeo no decidió limitar con esto el concepto de "otra condición" a que las características sean inherentes o innatas de la persona. Cfr. T.E.D.H., *Caso Clift*, *supra* nota 101, párr. 58 ("However, in finding violations of Article 14 in a number of other cases, the Court has accepted that "status" existed where the distinction relied upon did not involve a characteristic which could be said to be innate or inherent, and thus [...] personal [...] in the sense discussed above").

¹⁰² Artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

¹⁰³ Artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

¹⁰⁴ Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, *Toonen Vs. Australia*, Comunicación No. 488/1992, CCPR/C/50/D/488/1992, 4 de abril de 1992, párr. 8.7 ("The State party has sought the Committee's guidance as to whether sexual orientation may be considered an "other status" for the purposes of article 26. The same issue could arise under article 2, paragraph 1, of the Covenant. The Committee confines itself to noting, however, that in

Igualmente, el Comité de Derechos Humanos ha expresado su preocupación frente a diversas situaciones discriminatorias relacionadas con la orientación sexual de las personas, lo cual ha sido expresado reiteradamente en sus observaciones finales a los informes presentados por los Estados¹⁰⁵.

89. Por su parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales determinó que la orientación sexual puede ser enmarcada bajo "otra condición social"¹⁰⁶. Asimismo, el Comité de los Derechos del Niño¹⁰⁷, el Comité contra la Tortura¹⁰⁸ y el Comité para la

its view, the reference to "sex" in articles 2, paragraph 1, and 26 is to be taken as including sexual orientation"). Asimismo, ver *X Vs. Colombia*, Comunicación No. 1361/2005, CCPR/C/89/D/1361/2005, 14 de mayo 2007, párr. 7.2. ("The Committee recalls its earlier jurisprudence that the prohibition against discrimination under article 26 comprises also discrimination based on sexual orientation"). En el mismo sentido, Comité de Derechos Humanos, *Edward Young v. Australia*, Comunicación No. 941/2000, CCPR/C/78/D/941/2000, 18 de septiembre de 2003, párr. 10.4. Véase también Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, *Observaciones finales, Polonia*, CCPR/C/79/Add.110, 25 de julio de 1999, párr. 23.

¹⁰⁵ Cfr., *inter alia*, Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, *Observaciones finales, Chile*, CCPR/C/CHL/CO/5, 17 abril 2007, párr. 16 ("Aunque observa con satisfacción la abrogación de las disposiciones que penalizaban las relaciones homosexuales entre adultos responsables, el Comité continúa preocupado ante la discriminación de la que son objeto ciertas personas debido a su orientación sexual, entre otros ámbitos, frente a los tribunales y en el acceso a la salud (artículos 2 y 26 del Pacto). El Estado parte debería garantizar a todas las personas la igualdad de los derechos establecidos en el Pacto, independientemente de su orientación sexual, incluyendo igualdad ante la ley y en el acceso a los servicios de salud. Debería también poner en práctica programas de sensibilización con el fin de combatir los prejuicios sociales"); *Observaciones finales, Barbados*, CCPR/C/BRB/CO/3, 14 de mayo de 2007, párr. 13 ("El Comité expresa su preocupación por la discriminación que sufren los homosexuales en el Estado Parte y, en particular, por la penalización de los actos sexuales consensuales entre adultos del mismo sexo (art. 26)"); *Observaciones finales, Estados Unidos de América*, CCPR/C/USA/CO/3/Rev.1, 18 de diciembre de 2006, párr. 25 ("También observa con preocupación que en muchos Estados no se ha prohibido la discriminación en el empleo por motivos de orientación sexual (arts. 2 y 26). El Estado Parte debería aceptar su obligación jurídica en virtud de los artículos 2 y 26 de garantizar a todas las personas los derechos amparados por el Pacto, así como la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley, sin discriminación por motivos de orientación sexual"); *Observaciones finales, El Salvador*, CCPR/CO/78/SLV, 22 de agosto de 2003, párr. 16 ("El Comité expresa su preocupación por los casos de personas atacadas, y aun muertas, con motivo de su orientación sexual (artículo 9), por el bajo número de investigaciones en relación con estos actos ilícitos, y por las disposiciones existentes (como las "Ordenanzas Contravencionales" de carácter local) utilizadas para discriminar contra las personas en razón de su orientación sexual (artículo 26)").

¹⁰⁶ Cfr. Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 20. La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), E/C.12/GC/20, 2 de julio de 2009, párr. 32 ("En 'cualquier otra condición social', tal y como se recoge en el artículo 2.2 del Pacto, se incluye la orientación sexual"). Cfr. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 18. El derecho al trabajo, E/C.12/GC/18, 6 de febrero de 2006, párr. 12 ("en virtud del párrafo 2 del artículo 2, así como del artículo 3, el Pacto proscribe toda discriminación en el acceso al empleo y en la conservación del mismo por motivos de [...] orientación sexual"); Observación No. 15. El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), E/C.12/2002/11, 20 de enero de 2003, párr. 13 ("el Pacto proscribe toda discriminación por motivos de [...] orientación sexual"); Observación General No. 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000, párr. 18 ("En virtud de lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 2 y en el artículo 3, el Pacto prohíbe toda discriminación en lo referente al acceso a la atención de la salud y los factores determinantes básicos de la salud, así como a los medios y derechos para conseguirlo, por motivos de [...] orientación sexual").

¹⁰⁷ Cfr. Naciones Unidas, Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 3. El VIH/SIDA y los derechos del niño, CRC/GC/2003/3, 17 de marzo de 2003, párr. 8 ("es preocupante la discriminación basada en las preferencias sexuales"); Observación General No. 4. La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño, CRC/GC/2003/4, 21 de julio de 2003, párr. 6 ("Los Estados Partes tienen la obligación de garantizar a todos los seres humanos de menos de 18 años el disfrute de todos los derechos enunciados en la Convención, sin distinción alguna (art. 2), independientemente de "la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión pública o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño". Deb[e] añadirse también la orientación sexual").

Eliminación de la Discriminación contra la Mujer¹⁰⁹ han realizado referencias en el marco de sus observaciones generales y recomendaciones, respecto a la inclusión de la orientación sexual como una de las categorías prohibidas de discriminación.

90. El 22 de diciembre de 2008 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la "Declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género", reafirmando el "principio de no discriminación, que exige que los derechos humanos se apliquen por igual a todos los seres humanos, independientemente de su orientación sexual o identidad de género"¹¹⁰. Asimismo, el 22 de marzo de 2011 fue presentada, ante el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, la "Declaración conjunta para poner alto a los actos de violencia, y a las violaciones de derechos humanos dirigidas contra las personas por su orientación sexual e identidad de género"¹¹¹. El 15 de junio de 2011 este mismo Consejo aprobó una resolución sobre "derechos humanos, orientación sexual e identidad de género" en la que se expresó la "grave preocupación por los actos de violencia y discriminación, en todas las regiones del mundo, [cometidos] contra personas por su orientación sexual e identidad de género"¹¹². La prohibición de discriminación por orientación sexual ha sido resaltada también en numerosos informes de los relatores especiales de Naciones Unidas¹¹³.

¹⁰⁸ Cfr. Naciones Unidas, Comité contra la Tortura, Observación General No. 2. Aplicación del artículo 2 por los Estados Partes, CAT/C/GC/2, 24 de enero de 2008, párrs. 20 y 21 ("El principio de no discriminación es básico y general en la protección de los derechos humanos y fundamental para la interpretación y aplicación de la Convención. [...] Los Estados Partes deben velar porque, en el marco de las obligaciones que han contraído en virtud de la Convención, sus leyes se apliquen en la práctica a todas las personas, cualesquiera que se[a] su [...] orientación sexual").

¹⁰⁹ Cfr. Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de la Discriminación de la Mujer, Recomendación General No. 27 sobre las mujeres de edad y la protección de sus derechos humanos, CEDAW/C/GC/27, 16 de diciembre de 2010, párr. 13 ("La discriminación que sufren las mujeres de edad con frecuencia es de carácter multidimensional, al sumarse la discriminación por [...] orientación sexual") y Proyecto de Recomendación General No. 28 relativa al artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, CEDAW/C/GC/28, 16 de diciembre de 2010, párr. 18 ("La discriminación de la mujer por motivos de sexo y género está unida de manera indivisible a otros factores que afectan a la mujer, como la raza, el origen étnico, la religión o las creencias, la salud, el estatus, la edad, la clase, la casta, la orientación sexual").

¹¹⁰ Naciones Unidas, Declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, Asamblea General de Naciones Unidas, A/63/635, 22 de diciembre de 2008, párr. 3.

¹¹¹ Naciones Unidas, Declaración conjunta para poner alto a los actos de violencia, y a las violaciones de derechos humanos relacionadas, dirigidos contra las personas por su orientación sexual e identidad de género, presentada por Colombia en el 16º período de sesiones del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 22 de marzo de 2011. Disponible en: <http://www.iglhr.org/binary-data/ATTACHMENT/file/000/000/494-1.pdf> (último acceso el 22 de febrero de 2012).

¹¹² Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, Resolución respecto a derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, A/HRC/17/L.9/Rev.1, 15 de junio de 2011.

¹¹³ Cfr., entre otros informes, Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, E/CN.4/2004/49, 16 de febrero de 2004, párrs. 32 y 38 ("Las normas internacionales de los derechos humanos prohíben toda discriminación en el acceso a la atención de la salud y a sus factores determinantes básicos, así como a los medios para conseguirlos, por motivos de orientación sexual [...]. Las normas jurídicas internacionales relativas a los derechos humanos excluyen por completo la discriminación por razones de orientación sexual"). Véase también el Informe de la Relatora Especial sobre la libertad de religión o de creencias, A/HRC/6/5, 20 de julio de 2007, párr. 28; Informe del Relator Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia, Misión en Brasil, E/CN.4/2006/16/Add.3, 28 de febrero de 2006, párr. 40; Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Integración de los derechos humanos de la mujer y la perspectiva de género: violencia contra la mujer, Interrelaciones entre la violencia contra la mujer y el VIH/SIDA, E/CN.4/2005/72, 17 de enero de 2005, párrs. 27 y 58; Informe de la Relatora Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con las desapariciones y las ejecuciones sumarias, E/CN.4/2003/3, 13 de enero de 2003, párrs. 66 y 67; Informe provisional de la Relatora Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, A/57/138, 2 de julio de 2002, párr. 37; Informe de la Representante Especial del Secretario

91. Teniendo en cuenta las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana, los criterios de interpretación fijados en el artículo 29 de dicha Convención, lo estipulado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA, los estándares establecidos por el Tribunal Europeo y los organismos de Naciones Unidas (*supra* párrs. 83 a 90), la Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual.

92. En lo que respecta al argumento del Estado de que para la fecha de emisión de la sentencia de la Corte Suprema no habría existido un consenso respecto a la orientación sexual como categoría prohibida de discriminación, la Corte resalta que la presunta falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido¹¹⁴. El hecho de que ésta pudiera ser materia

General sobre la cuestión de los defensores de los derechos humanos, E/CN.4/2001/94, 26 de enero de 2001, párr. 89. g); Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con: la independencia del poder judicial, la administración de justicia, la impunidad, Misión en Brasil, E/CN.4/2005/60/Add.3, 22 de febrero de 2005, párr. 28; Informe del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, A/56/156, 3 de julio de 2001, párrs. 17 a 25; Informe sobre los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con la tortura y la detención, E/CN.4/2002/76, 27 de diciembre de 2001, pág. 14; Informe del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, E/CN.4/2004/56, 23 de diciembre de 2003, párr. 64; Informe del Relator Especial sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, E/CN.4/2004/9, 5 de enero de 2004, párr. 118, y Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, Opinión No. 7/2002 (Egipto), E/CN.4/2003/8/Add.1, 24 de enero de 2003, pág. 72, párr. 28. En el marco del derecho comparado algunos Estados prohíben explícitamente la discriminación por orientación sexual en sus Constituciones (por ejemplo Bolivia, Ecuador, Kosovo, Portugal, Sudáfrica, Suecia y Suiza, entre otros Estados) o a través de leyes, como por ejemplo en materia de derecho familiar, dirigidas a otorgarles a las personas homosexuales los mismos derechos que a las personas heterosexuales. Por ejemplo, en Argentina, a través de los artículos 2 y 4 de la Ley No. 26.618 del 21 de julio de 2010, se estableció que: "El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo" y que "en casos de matrimonio constituidos por ambos cónyuges del mismo sexo, a falta de acuerdo, el juez resolverá [sobre la tuición] teniendo en cuenta el interés del menor". Uruguay aprobó la Ley No. 18.246 (Diario Oficial No. 27402, 10 enero de 2008), que reconoce las uniones civiles ("uniones concubinarias") de parejas del mismo sexo. En 2009, mediante la Ley No. 18.590, (Diario Oficial No. 27837, 26 octubre 2009), se autorizó la adopción conjunta por parte de parejas en unión civil.

¹¹⁴ De acuerdo a diversas fuentes del derecho internacional y comparado esta discriminación contra la comunidad de Lesbianas, Gays, Transexuales, Bisexuales e Intersexuales (en adelante "LGTBI") es inaceptable porque: i) la orientación sexual constituye un aspecto esencial en la identidad de una persona (*infra* párr. 139). Asimismo: ii) la comunidad LGTBI ha sido discriminada históricamente y es común el uso de estereotipos en el trato hacia dicha comunidad. *Cfr.* Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, E/CN.4/2004/49, 16 de febrero de 2004, párr. 33 ("la discriminación y la estigmatización siguen representando una grave amenaza contra la salud sexual y reproductiva de muchos grupos, como [...] las minorías sexuales"); Informe del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, E/CN.4/2004/56, 23 de diciembre de 2003, párr. 64 ("Las actitudes y creencias derivadas de mitos y miedos relacionados con el VIH/SIDA y la sexualidad contribuyen a la estigmatización y la discriminación contra las minorías sexuales. Además, la percepción de que los miembros de estas minorías no respetan las barreras sexuales o cuestionan los conceptos predominantes del papel atribuido a cada sexo parece contribuir a su vulnerabilidad a la tortura como manera de 'castigar' su comportamiento no aceptado"). Por otra parte: iii) constituyen una minoría a la que le resulta mucho más difícil remover las discriminaciones en ámbitos como el legislativo, así como evitar repercusiones negativas en la interpretación de normas por funcionarios de las ramas ejecutiva o legislativa, y en el acceso a la justicia. *Cfr.* Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones

controversial en algunos sectores y países, y que no sea necesariamente materia de consenso no puede conducir al Tribunal a abstenerse de decidir, pues al hacerlo debe remitirse única y exclusivamente a las estipulaciones de las obligaciones internacionales contraídas por decisión soberana de los Estados a través de la Convención Americana.

93. Un derecho que le está reconocido a las personas no puede ser negado o restringido a nadie y bajo ninguna circunstancia con base en su orientación sexual. Ello violaría el artículo 1.1. de la Convención Americana. El instrumento interamericano proscribire la discriminación, en general, incluyendo en ello categorías como las de la orientación sexual la que no puede servir de sustento para negar o restringir ninguno de los derechos establecidos en la Convención.

3. Diferencia de trato basada en la orientación sexual

94. El Tribunal resalta que para comprobar que una diferenciación de trato ha sido utilizada en una decisión particular, no es necesario que la totalidad de dicha decisión esté basada "fundamental y únicamente" en la orientación sexual de la persona, pues basta con constatar que de manera explícita o implícita se tuvo en cuenta hasta cierto grado la orientación sexual de la persona para adoptar una determinada decisión¹¹⁵.

95. En el presente caso se alega un presunto trato discriminatorio respecto a dos hechos distintos en el marco del proceso de tuición: i) la sentencia que resolvió el recurso de queja, y ii) la decisión de tuición provisional. Para determinar si existió un vínculo o nexo causal o decisivo entre la orientación sexual de la señora Atala y las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de Chile y del Juzgado de Menores de Villarrica, es necesario analizar los argumentos expuestos por las autoridades judiciales nacionales, sus conductas, el lenguaje utilizado y el contexto en que se han producido las decisiones judiciales, con el fin de establecer si la diferencia de trato se fundamentó en la orientación sexual¹¹⁶. Al respecto, en el *Caso Salgueiro da Silva Mouta Vs. Portugal*, el Tribunal Europeo concluyó que el tribunal interno, al considerar la convivencia del padre con otro hombre como tal, asignó a la orientación sexual del peticionario un factor decisivo para el fallo judicial final.

relacionadas con: la independencia del poder judicial, la administración de justicia, la impunidad, Misión en Brasil, E/CN.4/2005/60/Add.3, 22 de febrero de 2005, párr. 28 ("Travestis, transexuales y homosexuales son también con frecuencia víctimas de episodios de violencia y discriminación. Cuando recurren al sistema judicial, se encuentran, a menudo, con los mismos prejuicios y estereotipos de la sociedad reproducidos allí"), y Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-481 de 9 de septiembre de 1998. Finalmente: iv) la orientación sexual no constituye un criterio racional para la distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales. Cfr. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-481 de 9 de septiembre de 1998, párr. 25. En esta sentencia, respecto al derecho de los profesores de colegios públicos a no ser despedidos por su condición homosexual, la Corte Constitucional colombiana señaló que separar a un profesor de su trabajo por esa razón se funda "en un prejuicio sin asidero empírico alguno, que denota la injusta estigmatización que ha afectado a esta población y que se ha invocado para imponerle cargas o privarla de derechos, en detrimento de sus posibilidades de participación en ámbitos tan relevantes de la vida social y económica" (párr. 29). Por su parte, la sentencia C-507 de 1999 declaró inconstitucional una norma que establecía como falta disciplinaria el homosexualismo en las fuerzas militares. En la sentencia C-373 de 2002 la Corte Constitucional de Colombia declaró inconstitucional una norma que disponía como causal de inhabilidad para ejercer el cargo de notario el haber sido sancionado disciplinariamente por la falta de "homosexualismo".

¹¹⁵ Cfr. T.E.D.H., *Caso E.B.*, supra nota 99, párrs. 88 y 89 ("notwithstanding the precautions taken by the Nancy Administrative Court of Appeal, and subsequently by the *Conseil d'Etat*, to justify taking account of the applicant's [']lifestyle['], the inescapable conclusion is that her sexual orientation was consistently at the centre of deliberations in her regard and omnipresent at every stage of the administrative and judicial proceedings. The Court considers that the reference to the applicant's homosexuality was, if not explicit, at least implicit. The influence of the applicant's avowed homosexuality on the assessment of her application has been established and, having regard to the foregoing, was a decisive factor leading to the decision to refuse her authorisation to adopt").

¹¹⁶ Cfr. T.E.D.H., *Caso Salgueiro da Silva Mouta*, supra nota 99, párrs. 28 y 31 y *Caso E.B.*, supra nota 99, párr. 85.

96. Respecto al contexto del proceso judicial de tuición, la Corte nota que la demanda de tuición fue interpuesta bajo el supuesto de que la señora Atala “no se encontra[ba] capacitada para velar y cuidar de [las tres niñas, ya que] su nueva opción de vida sexual sumada a una convivencia lésbica con otra mujer, est[aban] produciendo [...] consecuencias dañinas al desarrollo de estas menores [de edad], pues la madre no ha[bía] demostrado interés alguno por velar y proteger [...] el desarrollo integral de estas pequeñ[a]s”¹¹⁷. Por tanto, el proceso de tuición giró, además de otras consideraciones, en torno a la orientación sexual de la señora Atala y las presuntas consecuencias que la convivencia con su pareja podría producir en las tres niñas, por lo que esta consideración fue central en la discusión entre las partes y en las principales decisiones judiciales dentro del proceso (*supra* párrs. 41 y 56).

97. En particular, el Tribunal constata que la Corte Suprema de Justicia de Chile invocó las siguientes razones para fundamentar su sentencia: i) el presunto “deterioro experimentado por el entorno social, familiar y educacional en que se desenv[olvía] la existencia de las menores [de edad], desde que la madre empezó a convivir en el hogar con su pareja homosexual” y los “efectos que esa convivencia p[odía] causar en el bienestar y desarrollo psíquico y emocional de las hijas”; ii) la alegada existencia de una “situación de riesgo para el desarrollo integral de las menores [de edad] respecto de la cual deb[ían] ser protegidas” por “la eventual confusión de roles sexuales que p[odía] producirse por la carencia en el hogar de un padre de sexo masculino y su reemplazo por otra persona del género femenino”; iii) la supuesta existencia de “un estado de vulnerabilidad en su medio social” por el presunto riesgo de una estigmatización social, y iv) la priorización de los intereses de la señora Atala a los de las menores de edad “al tomar la decisión de explicitar su condición homosexual”¹¹⁸. Estos argumentos y el lenguaje utilizado muestran un vínculo entre la sentencia y el hecho que la señora Atala vivía con una pareja del mismo sexo, lo cual indica que la Corte Suprema otorgó relevancia significativa a su orientación sexual.

98. Respecto a la decisión de tuición provisoria, el Tribunal observa que el Juzgado de Menores de Villarrica¹¹⁹ utilizó como fundamentos: i) que supuestamente la señora Atala había privilegiado sus intereses sobre el bienestar de sus hijas (*supra* párr. 41), y ii) que en “el contexto de una sociedad heterosexuada y tradicional” el padre ofrecía una mejor garantía del interés superior de las niñas (*supra* párr. 41). Al respecto, la Corte constata que, al igual que en la sentencia de la Corte Suprema (*supra* párr. 97), la decisión de tuición provisoria tuvo como fundamento principal la orientación sexual de la señora Atala, por lo que este Tribunal concluye que se realizó una diferencia de trato basada en esta categoría.

¹¹⁷ Demanda de tuición interpuesta ante el Juzgado de Letras de Menores de Villarrica de 14 de enero de 2003 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, anexo 1, folio 2500).

¹¹⁸ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile de 31 de mayo de 2004 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folios 2669 a 2677).

¹¹⁹ El Juzgado señaló que “según lo dispone el artículo 225 del Código Civil, si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos, y en todo caso, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada, el Juez podrá entregar el cuidado personal al otro de los padres”. Agregó que “se impone al Juez la ingrata labor judicial de dirimir cual de los padres resulta más apto para hacer efectivo el Derecho de Tuición, que tiene las menores [de edad], para lo cual debe recurrir a parámetros objetivos – como es el mérito del proceso – y a un juicio de probabilidad, resolviendo incidentalmente por la urgencia que el bienestar que las niñas amerita, con cuál de los dos padres es conveniente que permanezcan”. Resolución de la demanda de tuición provisoria por el Juzgado de Menores de Villarrica de 2 de mayo de 2003 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folios 2559 a 2567).

99. Para determinar si dichas diferencias de trato constituyeron discriminación, a continuación se analiza la justificación que hizo el Estado para efectuarlas, es decir, la alegada protección del interés superior del niño y los presuntos daños que las niñas habrían sufrido como consecuencia de la orientación sexual de la madre.

4. El principio del interés superior del niño y las presunciones de riesgo

Alegatos de las partes

100. La Comisión alegó que el interés superior del niño “constituye no sólo un fin legítimo sino una necesidad social imperiosa”, mas “la falta de adecuación o relación de causalidad entre ese fin nominal y la distinción, resulta evidente de la misma motivación especulativa y abstracta de las sentencias”.

101. La Comisión manifestó que “ambas autoridades judiciales [(la Corte Suprema y el Juzgado de Menores de Villarrica)] se basaron en presunciones de riesgo derivadas de prejuicios y estereotipos equivocados sobre las características y comportamientos de un grupo social determinado”. Al respecto, arguyó que “la decisión [de la Corte Suprema] tuvo como sustento las propias concepciones estereotipadas de los jueces sobre la naturaleza y efectos de las relaciones entre personas del mismo sexo”.

102. Los representantes argumentaron que el interés superior de las niñas “[e]fectivamente, en teoría [...] sería un fin legítimo”. Sin embargo, manifestaron que “[n]o basta [...] aducir un fin legítimo para que lo sea; el Estado tiene la obligación de demostrar que tal fin es real”. En este sentido, alegaron que “el Estado simplemente dice proteger a las niñas pero no fundamenta de manera objetiva el daño que se habría irrogado en las niñas y, por lo tanto, la decisión carece de un fin legítimo”.

103. Los representantes también señalaron que “corresponde observar si la separación completa de la madre cumple con el objetivo declarado de proteger los derechos de las niñas”. Al respecto, alegaron que podría “estimarse que sí lo hace aunque de un modo que no satisface el principio de interdicción de la arbitrariedad, pues el nivel de intensidad con que se afecta[ría]n los derechos [sería] ciertamente muy alto, y se genera[ría]n con ello vulneraciones de sus derechos”. En concreto, indicaron que las decisiones judiciales “separ[aron] a las niñas de su figura materna, su referente, su lugar de residencia, colegios, amigos y mascotas”. Por otra parte, los representantes manifestaron que el Estado “reescribe la sentencia que hubiera querido que la Corte Suprema escribiera, pero no es la que origina este proceso”.

104. Respecto a la decisión de tuición provisional, los representantes argumentaron que “constituía una discriminación” ya que “no era objetiva ni razonable”. Además, alegaron que el “juez asumió que vivir con una pareja en el caso de mujeres lesbianas es un interés egoísta que solo puede traer bienestar a la madre”.

105. Por su parte, el Estado manifestó que en el marco de un proceso de custodia se establece “una prioridad a favor del interés superior del niño por sobre cualquier otro interés protegido en conflicto, [por lo que] resulta evidente que en un juicio de custodia debe necesariamente entender el referido interés como causal calificada que autoriza la modificación del régimen de cuidado personal” del niño. Concretamente, el Estado alegó que “la sentencia de la Corte Suprema resolvió que los tribunales inferiores incurrieron en falta o abuso grave al infringir las reglas de apreciación de la prueba, afectando el interés superior de las niñas”. Por otra parte, el Estado indicó que en la decisión de tuición provisoria “el tribunal declaró [...] que es tarea del sentenciador asegurar el interés superior del niño y

procurar su máximo bienestar [...] y en consecuencia resolvió conceder la solicitud de custodia provisoria en favor del padre". Además, argumentó que "la decisión de custodia provisoria, tras apreciar la totalidad de la prueba que a la fecha obraba en el proceso [...] concluy[ó] que: i) las niñas presentaban perturbaciones de orden psicológico y carencias afectivas [...], y ii) que el padre daba certeza de ofrecer un entorno adecuado".

106. El Estado señaló que "en relación a la 'adecuación' que deben tener las medidas de los Estados para que no sean discriminatorias, basta para satisfacer el test de ponderación [...] el haberse acreditado en la causa la situación de daño sufrido por las niñas". En concreto, el Estado alegó que "existe abundante prueba en autos que acredita[rían]: i) los efectos concretos adversos que tuvo la expresión de la orientación sexual de la demandada en el bienestar de sus hijas, y ii) las mejores condiciones que el padre ofrecía [para] su bienestar, cuestión que en nada dice relación con la orientación sexual de la demandada". Además, arguyó que "exist[ía] evidencia contundente que daba cuenta que la demandada demostraba una intensa actitud centrada en sí misma y características personales que dificultaban el ejercicio adecuado de su rol maternal, circunstancias que llevaron a concluir que la madre no ofrecía un medio ambiente idóneo para el desarrollo de las hijas". Igualmente, manifestó que "existió abundante prueba en autos, no sólo sobre los efectos negativos adversos que tuvo la expresión de la orientación sexual de la demandada en el bienestar de sus hijas, sino también sobre circunstancias totalmente ajenas, tales como la determinación del padre o madre que ofrecía un mejor ambiente para el desarrollo de las niñas y un mayor grado de compromiso y atención hacia las mismas".

Consideraciones de la Corte

107. La Corte Interamericana constata que, entre sus consideraciones, la Corte Suprema de Justicia de Chile indicó que "en todas las medidas que le conciernan [a los niños y niñas], es primordial atender al interés superior del niño sobre otras consideraciones y derechos relativos a sus progenitores y que puedan hacer necesario separarlo[s] de sus padres"¹²⁰. Por su parte, el Juzgado de Menores de Villarrica, en la decisión de tuición provisoria, manifestó que "es tarea del sentenciador asegurar [...] el interés superior del niño, lo que importa realizar un análisis preventivo o anticipado conducente al fin último que ha de tenerse en cualquier resolución judicial que afecte a un menor [de edad] y que no es otro que procurar su máximo bienestar"¹²¹.

108. El objetivo general de proteger el principio del interés superior del niño es, en sí mismo, un fin legítimo y es, además, imperioso. En relación al interés superior del niño, la Corte reitera que este principio regulador de la normativa de los derechos de las niñas y los niños se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y las niñas, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades¹²². En el mismo sentido, conviene observar que para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que éste requiere "cuidados especiales", y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir "medidas especiales de protección"¹²³.

¹²⁰ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile de 31 de mayo de 2004 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folio 2670).

¹²¹ Resolución de la demanda de tuición provisoria por el Juzgado de Menores de Villarrica de 2 de mayo de 2003 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folio 2566).

¹²² Cfr. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 56. En igual sentido, ver: Preámbulo de la Convención Americana.

¹²³ Opinión Consultiva OC-17/02, *supra* nota 122, párr. 60.

109. Igualmente, la Corte constata que la determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia¹²⁴.

110. En conclusión, la Corte Interamericana observa que al ser, en abstracto, el “interés superior del niño” un fin legítimo, la sola referencia al mismo sin probar, en concreto, los riesgos o daños que podrían conllevar la orientación sexual de la madre para las niñas, no puede servir de medida idónea para la restricción de un derecho protegido como el de poder ejercer todos los derechos humanos sin discriminación alguna por la orientación sexual de la persona¹²⁵. El interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de la madre o el padre por la orientación sexual de cualquiera de ellos. De este modo, el juzgador no puede tomar en consideración esta condición social como elemento para decidir sobre una tuición o custodia.

111. Una determinación a partir de presunciones infundadas y estereotipadas sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para garantizar el fin legítimo de proteger el interés superior del niño¹²⁶. La Corte considera que no son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual, es decir, pre-concepciones de los atributos,

¹²⁴ Cfr., *inter alia*, en Australia: *In the Marriage of C. and J.A. Doyle*, (1992) 15 Fam. L.R. 274, 274, 277 (“el estilo de vida de los progenitores no es relevante sin considerar sus consecuencias en el bienestar del niño”); en las Filipinas: Corte Suprema de las Filipinas, *Joycelyn Pablo-Gualberto v. Crisanto Rafaelito Gualberto*, G.R. No. 156254 de 28 de junio de 2005, señalando que la preferencia sexual en sí misma no es muestra de la incompetencia parental de ejercer la custodia de menores (“sexual preference or moral laxity alone does not prove parental neglect or incompetence. [...] To deprive the wife of custody, the husband must clearly establish that her moral lapses have had an adverse effect on the welfare of the child or have distracted the offending spouse from exercising proper parental care”); en Sudáfrica: Corte Constitucional de Sudáfrica, *Du Toit and Another v Minister of Welfare and Population Development and Others* (CCT40/01) [2002] ZACC 20; 2002 (10) BCLR 1006; 2003 (2) SA 198 (CC) (10 September 2002), permitiendo la adopción de menores de edad por parejas del mismo sexo por considerar que no afectará el interés superior del niño, y Corte Constitucional de Sudáfrica, *J and Another v Director General, Department of Home Affairs and Others* (CCT46/02) [2003] ZACC 3; 2003 (5) BCLR 463; 2003 (5) SA 621 (CC) (28 March 2003).

¹²⁵ En similar perspectiva, en un caso sobre el retiro de la custodia de una menor de edad por las creencias religiosas de la madre, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos criticó la falta de prueba concreta y directa que demostrara el impacto que las creencias religiosas tenían en la crianza y en la vida diaria de los niños, por lo que consideró que el tribunal interno había fallado en abstracto y bajo el fundamento de consideraciones generales sin establecer una relación entre las condiciones de vida de los niños y de la madre. Cfr. T.E.D.H., *Caso Palau-Martínez Vs. Francia*, (No. 64927/01), Sentencia de 16 de diciembre de 2003. Final, 16 de marzo de 2004, párrs. 42 y 43.

¹²⁶ Al respecto, la perita Jernow manifestó que “el análisis del interés superior del niño [...] no puede basarse en presunciones o estereotipos infundados sobre la capacidad parental” (expediente de fondo, tomo XI, folios 5069). Asimismo, el perito Wintemute manifestó que “la discriminación basada en la raza, la religión, el sexo o la orientación sexual del padre o la madre de un niño nunca es en el interés superior del niño. Lo que respeta el interés superior del niño es una decisión de custodia que tenga en cuenta las cualidades de los dos padres, sin examinar consideraciones que son irrelevantes, y que muchas veces están ligadas a prejuicios sociales. [...] Una decisión de custodia no discriminatoria no debería referirse a la orientación sexual del padre o de la madre. Debería enfocarse solamente en las capacidades parentales del padre o de la madre, el tipo de hogar que pueden brindar, etc. No debería haber la necesidad de si quiera mencionar la orientación sexual” (expediente de fondo, tomo XI, folios 5355 y 5358). En similar sentido, el perito García Méndez en la audiencia pública resaltó que “la conducta sexual que los tribunales en general han tenido en cuenta en casos de esta naturaleza, son conductas sexuales que se refieren a la promiscuidad, [...] sin ningún otro tipo de consideración”.

conductas o características poseídas por las personas homosexuales o el impacto que estos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños¹²⁷.

112. Por otra parte, el Tribunal resalta que, si bien dentro del proceso de tuición se produjo prueba relacionada con algunos alegatos específicos del Estado sobre como el padre presuntamente ofrecería un mejor ambiente para las niñas, **la Corte sólo tomará en cuenta, para el análisis de la adecuación de la medida, aquellas pruebas y argumentación que hayan sido explícitamente utilizadas para la motivación de sus decisiones por la Corte Suprema o el Juzgado de Menores de Villarrica en la decisión de tuición provisoria** (*supra* párrs. 41 y 56).

113. El Tribunal constata que la Corte Suprema de Justicia mencionó cuatro fundamentos directamente relacionados con la orientación sexual de la señora Atala: i) la presunta discriminación social que habrían sufrido las tres niñas por el ejercicio de la orientación sexual de la señora Atala¹²⁸; ii) la alegada confusión de roles que habrían presentando las tres niñas como consecuencia de la convivencia de su madre con una pareja del mismo sexo¹²⁹; iii) la supuesta prevalencia que la señora Atala le habría dado a su vida personal sobre los intereses de sus tres hijas¹³⁰, y iv) el derecho de las niñas a vivir en el seno de una familia con un padre y una madre¹³¹. La Corte Suprema concluyó que los jueces recurridos fallaron en “no haber apreciado estrictamente en conciencia los antecedentes probatorios del proceso” y que al “haber preterido el derecho preferente de las menores [de edad] a vivir y desarrollarse en el seno de una familia estructurada normalmente y apreciada en el medio social, según el modelo tradicional que le es propio, ha[bían] incurrido en falta o abuso grave, que deb[ía] ser corregido por la vía de acoger el [...] recurso de queja”¹³². La decisión de tuición provisoria utilizó como fundamento principal la supuesta prevalencia de intereses y el alegado derecho de las niñas a vivir en una familia tradicional (*supra* párr. 41), por lo que en estos puntos el examen se realizará de manera conjunta.

114. Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte procede a analizar si dichos argumentos eran adecuados para cumplir con la finalidad declarada por la sentencia de la Corte Suprema y la decisión del Juzgado de Menores de Villarrica, es decir, la protección del interés superior de las tres niñas.

4.1. Presunta discriminación social

¹²⁷ Sobre el concepto de estereotipos, *mutatis mutandi*, cfr. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 401.

¹²⁸ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile de 31 de mayo de 2004 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folio 2672).

¹²⁹ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile de 31 de mayo de 2004 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folio 2672).

¹³⁰ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile de 31 de mayo de 2004 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folio 2672).

¹³¹ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile de 31 de mayo de 2004 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folio 2672).

¹³² La Corte Suprema consideró que las condiciones descritas constituyen “causa calificada” de conformidad con el artículo 225 del Código Civil, para justificar la entrega de la tuición al padre, dado que la situación actual configuraba “un cuadro que irroga el riesgo de daños, los que podrían tornarse irreversibles, para los intereses de las menores, cuya protección debe preferir a toda otra consideración”. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile de 31 de mayo de 2004 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folios 2672 y 2673).

115. La Corte observa que entre los testimonios recabados en el proceso, una de las testigos manifestó que "se ha producido una discriminación en contra de las niñas, pero no a nivel de [los] niños, sino de los padres, quienes reprimen a los niños, no me consta que hayan hechos concretos de discriminación pero pusieron como ejemplo, que si se hacía una pijamada en la casa de [K]aren no le darían permiso a sus hijas para ir"¹³³. Asimismo, algunos de los testigos indicaron que: i) "que las niñas van a ser discriminadas y afectadas en sus relaciones sociales"¹³⁴; ii) "en el ambiente del colegio y de sus pares [...] ellas están siendo señaladas, me preocupa que por vivir en [esta] ciudad tan pequeña, esta situación sea complicada"¹³⁵, y iii) "los padres de los compañeros de colegio y [los] amiguitos toman actitudes de 'protección' de sus hijos respecto de esta situación que la ven como contradictoria con la formación que ellos le proporcionan a sus hijos y eso necesariamente debe generar situaciones negativas y de aislamiento respecto a las niñas, cosa que de acuerdo a lo me han comentado lamentablemente está ocurriendo"¹³⁶.

116. Asimismo, la asistente social que declaró en el proceso indicó que "en Chile según un estudio [...] sobre la tolerancia y la discriminación [del] año 1997, se llegó a la conclusión que los chilenos poseen un alto rechazo hacia las minorías homosexuales[,] un 60.2% fue la carga valórica de este rechazo. [Con] base [en] lo anterior, y en conocimiento de esta alta discriminación[,] se estaría exponiendo a estas menores [de edad] a situaciones de discriminación social que ellas no se han buscado"¹³⁷.

117. Por otra parte, la Corte nota que en el expediente de tuición obran ocho declaraciones juradas de padres de compañeros y amigos de las tres niñas en las que se expresa, *inter alia*, que "jamás h[an] discriminado a [las] hijas [de la señora Atala] en ningún sentido, de manera que [sus] hijos se juntaban, jugaban y participaban de actividades con las niñas López Atala"¹³⁸.

118. Al respecto, el Tribunal constata que, si bien existía prueba dentro del expediente de personas que manifestaban que las niñas podrían estar siendo discriminadas en su entorno social por la convivencia de su madre con una pareja del mismo sexo, también se evidencia prueba en contrario respecto a este punto (*supra* párr. 115, 116 y 117). Sin embargo, la Corte nota que la manera en que planteó la Corte Suprema la posible discriminación social que podrían enfrentar las tres niñas era condicional y abstracta, por cuanto se manifestó que: i) "las niñas podrían ser objeto de discriminación social", y ii) "es evidente que su entorno familiar excepcional se diferencia significativamente del que tienen sus compañeros de colegios y relaciones de la vecindad en que habitan, exponiéndolas a ser objeto de aislamiento y discriminación que igualmente afectará a su desarrollo personal"¹³⁹.

119. La Corte considera que, para justificar una diferencia de trato y la restricción de un derecho, no puede servir de sustento jurídico la alegada posibilidad de discriminación social, probada o no, a la que se podrían enfrentar los menores de edad por condiciones de la

¹³³ Testimonio de 10 de abril de 2003 (expediente de anexos a la demanda, tomo I, folio 360).

¹³⁴ Testimonio de 3 de abril de 2003 (expediente de anexos a la demanda, tomo I, folio 327).

¹³⁵ Testimonio de 3 de abril de 2003 (expediente de anexos a la demanda, tomo I, folio 328).

¹³⁶ Testimonio de 3 de abril de 2003 (expediente de anexos a la demanda, tomo I, folio 329).

¹³⁷ Testimonio de la asistente social de 14 de abril de 2003 (expediente de anexos a la demanda, tomo I, folio 390).

¹³⁸ Declaraciones juradas de mayo de 2003 (expediente de anexos a la demanda, tomo I, folios 458 a 465).

¹³⁹ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile de 31 de mayo de 2004 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folio 2672).

madre o el padre. Si bien es cierto que ciertas sociedades pueden ser intolerantes a condiciones como la raza, el sexo, la nacionalidad o la orientación sexual de una persona, los Estados no pueden utilizar esto como justificación para perpetuar tratos discriminatorios. Los Estados están internacionalmente obligados a adoptar las medidas que fueren necesarias "para hacer efectivos" los derechos establecidos en la Convención, como se estipula en el artículo 2 de dicho instrumento interamericano por lo que deben propender, precisamente, por enfrentar las manifestaciones intolerantes y discriminatorias, con el fin de evitar la exclusión o negación de una determinada condición.

120. El Tribunal constata que, en el marco de las sociedades contemporáneas se dan cambios sociales, culturales e institucionales encaminados a desarrollos más incluyentes de todas las opciones de vida de sus ciudadanos, lo cual se evidencia en la aceptación social de parejas interracial¹⁴⁰, las madres o padres solteros o las parejas divorciadas, las cuales en otros momentos no habían sido aceptadas por la sociedad. En este sentido, el Derecho y los Estados deben ayudar al avance social, de lo contrario se corre el grave riesgo de legitimar y consolidar distintas formas de discriminación violatorias de los derechos humanos¹⁴¹.

121. Por otro lado, en cuanto al argumento de que el principio del interés superior del niño puede verse afectado por el riesgo de un rechazo por la sociedad, la Corte considera que un posible estigma social debido a la orientación sexual de la madre o el padre no puede considerarse un "daño" válido a los efectos de la determinación del interés superior del niño. Si los jueces que analizan casos como el presente constatan la existencia de discriminación social es totalmente inadmisibles legitimar esa discriminación con el argumento de proteger el interés superior del menor de edad. En el presente caso, el Tribunal resalta que, además, la señora Atala no tenía porque sufrir las consecuencias de que en su comunidad presuntamente las niñas podrían haber sido discriminadas debido a su orientación sexual.

122. Por tanto, la Corte concluye que el argumento de la posible discriminación social no era adecuado para cumplir con la finalidad declarada de proteger el interés superior de las niñas M., V. y R..

4.2. Alegada confusión de roles

123. Sobre la posible confusión de roles que podría producirse en las tres niñas por convivir con su madre y su pareja, la Corte Suprema motivó su decisión señalando que: i) "el testimonio de las personas cercanas a las menores [de edad], como son las empleadas de la casa, hacen referencia a juegos y actitudes de las niñas demostrativas de confusión ante la sexualidad materna que no han podido menos que percibir en la convivencia en el hogar con su nueva pareja", y ii) "aparte de los efectos que esa convivencia puede causar

¹⁴⁰ Cfr. Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos de América, *Palmore v. Sidoti*, 466 US 429, 433 (25 de abril de 1984), anulando la decisión de un tribunal de otorgarle la custodia de un menor de edad al padre por considerar que la nueva relación de la madre con su nueva pareja de otra raza implicaría un sufrimiento para el niño por la estigmatización social de la relación de la madre. ("La cuestión, sin embargo, es si la existencia de prejuicios privados y la posible vulneración que pueden causar, son consideraciones admisibles para el retiro de un niño de la custodia de la madre natural. Tenemos pocas dificultades para concluir que no los son. La Constitución no puede controlar esos prejuicios [,] pero tampoco los pueden tolerar. Las parcialidades particulares pueden estar fuera del alcance de la ley, pero la ley no puede, directa o indirectamente, permitir su aplicación").

¹⁴¹ En este sentido, en un caso sobre discriminación por orientación religiosa en el contexto de una decisión judicial sobre la custodia de menores de edad, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos rechazó el argumento de un tribunal nacional, según el cual el interés superior de dos menores de edad podría verse afectado por el riesgo de una estigmatización social por las creencias de la madre, perteneciente al grupo religioso de los Testigos de Jehova. Cfr. T.E.D.H., *Caso Hoffmann Vs. Austria*, (No. 12875/87), Sentencia de 23 de junio de 1993, párrs. 15 y 33 a 36.

en el bienestar y desarrollo psíquico y emocional de las hijas, atendida sus edades, la eventual confusión de roles sexuales que puede producirse por la carencia en el hogar de un padre de sexo masculino y su reemplazo por otra persona del género femenino, configura una situación de riesgo para el desarrollo integral de las menores [de edad] respecto de la cual deben ser protegidas”¹⁴².

124. Tratándose de la prohibición de discriminación por orientación sexual, la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa y de mucho peso¹⁴³, invirtiéndose, además, la carga de la prueba, lo que significa que corresponde a la autoridad demostrar que su decisión no tenía un propósito ni un efecto discriminatorio¹⁴⁴. Esto es especialmente relevante en un caso como el presente, teniendo en cuenta que la determinación de un daño debe sustentarse en evidencia técnica y en dictámenes de expertos e investigadores en aras de establecer conclusiones que no resulten en decisiones discriminatorias.

125. En efecto, es el Estado el que tiene la carga de la prueba para mostrar que la decisión judicial objeto del debate se ha basado en la existencia de un daño concreto, específico y real en el desarrollo de las niñas. Para ello es necesario que en las decisiones judiciales sobre estos temas se definan de manera específica y concreta los elementos de conexidad y causalidad entre la conducta de la madre o el padre y el supuesto impacto en el desarrollo del niño. De lo contrario, se corre el riesgo de fundamentar la decisión en un estereotipo (*supra* párrs. 109 y 111) vinculado exclusivamente a la pre-concepción, no sustentada, de que los niños criados por parejas homosexuales necesariamente tendrían dificultades para definir roles de género o sexuales.

126. La jurisprudencia de algunos países, así como numerosos informes científicos, se han referido a esta temática con claridad. Por ejemplo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, en su sentencia de 2010 sobre el derecho de las parejas homosexuales a adoptar menores de edad, consideró relevante que los demandantes no sustentaron empíricamente, con base en documentos o análisis científicos, una supuesta afectación del interés superior del niño en estos casos. Por el contrario, la Suprema Corte tomó en cuenta los estudios existentes sobre el impacto de la orientación sexual en el desarrollo del niño y

¹⁴² Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile de 31 de mayo de 2004 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folio 2672).

¹⁴³ Cfr. T.E.D.H., *Karner Vs. Austria*, (No. 40016/98), Sentencia de 24 de julio de 2003. Final, 24 de octubre de 2003, párr. 37 (“very weighty reasons would have to be put forward before the Court could regard a difference in treatment based exclusively on the ground of sex as compatible with the Convention”), y T.E.D.H., *Caso Kozak*, *supra* nota 100, párr. 92.

¹⁴⁴ Cfr. T.E.D.H., *Caso E.B*, *supra* nota 99, párr. 74 (The Court observes, moreover, that the Government, on whom the burden of proof lay [...], were unable to produce statistical information on the frequency of reliance on that ground according to the – declared or known – sexual orientation of the persons applying for adoption, which alone could provide an accurate picture of administrative practice and establish the absence of discrimination when relying on that ground); *Caso D.H. y otros Vs. República Checa*, (No. 57325/00), Sentencia de 13 de noviembre de 2007, párr. 177 (As to the burden of proof in this sphere, the Court has established that once the applicant has shown a difference in treatment, it is for the Government to show that it was justified); *Caso Orsus y otros Vs. Croacia*, (No. 15766/03), Sentencia de 16 de marzo de 2010, párr. 150 (discrimination potentially contrary to the Convention may result from a de facto situation. Where an applicant produces prima facie evidence that the effect of a measure or practice is discriminatory, the burden of proof will shift on to the respondent State, to whom it falls to show that the difference in treatment is not discriminatory); *Caso Andrejeva Vs. Letonia*, (No. 55707/00), Sentencia de 18 de febrero de 2009, párr. 84 (Lastly, as to the burden of proof in relation to Article 14 of the Convention, the Court has held that once the applicant has shown a difference in treatment, it is for the Government to show that it was justified); *Caso Serife Yigit Vs. Turquía*, (No. 3976/05), Sentencia de 2 de noviembre de 2010, párr. 71 (As to the burden of proof in this sphere, the Court has established that once the applicant has shown a difference in treatment, it is for the Government to show that it was justified), y *Caso Muñoz Díaz Vs. España*, (No. 49151/07), Sentencia de 8 de marzo de 2010, párr. 50.

consideró que en modo alguno puede sostenerse la hipótesis general de una afectación negativa del desarrollo de los menores de edad que conviven con padres homosexuales¹⁴⁵. Además, la Suprema Corte indicó, por ejemplo, que:

La heterosexualidad no garantiza que un menor adoptado viva en condiciones óptimas para su desarrollo: esto no tiene que ver con la heterosexualidad-homosexualidad. Todas las formas de familia tienen ventajas y desventajas y cada familia tiene que analizarse en lo particular, no desde el punto de vista estadístico¹⁴⁶.

127. Por otra parte, diversas sentencias de tribunales internacionales¹⁴⁷ permiten concluir que en decisiones judiciales respecto a la custodia de menores de edad, la consideración de la conducta parental, sólo es admisible cuando existen pruebas específicas que demuestren en concreto el impacto directo negativo de la conducta parental en el bienestar y desarrollo del niño o la niña. Esto en aras de la necesidad de aplicar un escrutinio mayor cuando la decisión judicial se relacione con el derecho a la igualdad de grupos poblacionales tradicionalmente discriminados como es el caso de los homosexuales (*supra* párr. 92 y 124).

128. Por su parte, los peritos Uprimny y Jernow citaron y aportaron una serie de informes científicos, considerados como representativos y autorizados en las ciencias sociales, para concluir que la convivencia de menores de edad con padres homosexuales no afecta *per se* su desarrollo emocional y psicológico. Dichos estudios concuerdan en que: i) las aptitudes de madres o padres homosexuales son equivalentes a las de madres o padres heterosexuales; ii) el desarrollo psicológico y el bienestar emocional de los niños o niñas criados por padres gays o madres lesbianas son comparables a los de las niñas o los niños criados por padres heterosexuales; iii) la orientación sexual es irrelevante para la formación de vínculos afectivos de los niños o las niñas con sus padres; iv) la orientación sexual de la madre o el padre no afecta el desarrollo de los niños en materia de género respecto a su sentido de sí mismos como hombres o mujeres, su comportamiento de rol de género y/o su orientación sexual, y v) los niños y las niñas de padres homosexuales no son más afectados por el estigma social que otros niños¹⁴⁸. Asimismo, la perita Jernow mencionó varios fallos

¹⁴⁵ Cfr. Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, Acción de inconstitucionalidad A.I. 2/2010, 16 de agosto de 2010, párr. 336.

¹⁴⁶ Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, Acción de inconstitucionalidad A.I. 2/2010, 16 de agosto de 2010, párr. 338.

¹⁴⁷ Cfr. T.E.D.H., *Caso M. y C. Vs. Rumania*, (No. 29032/04), Sentencia de 27 de septiembre de 2011. Final, 27 de diciembre de 2011, párr. 147, y *Caso Palau-Martinez*, *supra* nota 125, donde el Tribunal Europeo estableció que una decisión judicial sobre la entrega de la custodia de menores de edad a una institución estatal no debe tener en cuenta *en abstracto* los posibles efectos de una determinada condición de los padres en el bienestar del menor de edad, cuando dicha condición se encuentra protegida contra tratos discriminatorios.

¹⁴⁸ Cfr. declaración rendida por el perito Rodrigo Uprimny en la audiencia pública realizada el 23 de agosto de 2011, haciendo referencia a: American Psychology Association, *Policy Statement on Sexual Orientation, Parents, & Children*, Adopted by the APA Council of Representatives July 28 / 30, 2004. ("No existen pruebas científicas de que la efectividad parental esté relacionada con la orientación sexual de los progenitores: las madres y los padres homosexuales son tan propensos como las madres y los padres heterosexuales a proporcionar un entorno sano y propicio para sus hijos [y ...] la ciencia ha demostrado que la adaptación, el desarrollo y el bienestar psicológico de los niños no están relacionados con la orientación sexual de los progenitores, y que los hijos de padres homosexuales tienen las mismas probabilidades de desarrollarse que los de los padres heterosexuales"). Disponible en: <http://www.apa.org/about/governance/council/policy/parenting.aspx> (última visita el 19 de febrero de 2012). Asimismo, ver declaración escrita rendida por la perita Allison Jernow el 16 de septiembre de 2011, mencionando los siguientes estudios: R. McNair, D. Dempsey, S. Wise, A. Perlesz, *Lesbian Parenting: Issues Strengths and Challenges*, en: *Family Matters* Vol. 63, 2002, Pág. 40; A. Brewaeyts, I. Ponjaert, E.V. Van Hall, S. Golombok, *Donor insemination: child development and family functioning in lesbian mother families*, en: *Human Reproduction* Vol. 12, 1997, Pág. 1349 y 1350; Fiona Tasker, Susan Golombok, *Adults Raised as Children in Lesbian Families*, *American Journal Orthopsychiatry* Vol. 65, 1995, Pág. 203; K. Vanfraussen, I. Ponjaert-Kristofferson, A. Breways, *Family Functioning in Lesbian Families Created by Donor Insemination*, en: *American Journal of Orthopsychiatry*

de tribunales nacionales que se refirieron a investigaciones científicas como prueba documental para afirmar que el interés superior del niño no se vulnera con la homosexualidad de los padres¹⁴⁹.

129. La Corte resalta que la "American Psychological Association", mencionada por la perita Jernow, ha calificado los estudios existentes sobre la materia como "impresionantemente consistentes en su fracaso para identificar algún déficit en el desarrollo de los niños criados en un hogar gay o lésbico [...] las capacidades de personas gays o lesbianas como padres y el resultado positivo para sus hijos no son áreas donde los investigadores científicos más autorizados disienten"¹⁵⁰. En consecuencia, la perita concluyó que:

cuando la especulación sobre un futuro daño potencial para el desarrollo del niño es refutado de manera sólida por toda investigación científica existente, dicha especulación no puede establecer las bases probatorias para la determinación de la custodia¹⁵¹.

130. El Tribunal observa que, en el presente caso, la Corte Suprema de Justicia de Chile no falló con base en un análisis *in abstracto* del alegado impacto de la orientación sexual de la madre en el desarrollo de las niñas¹⁵², sino que invocó la supuesta existencia de pruebas

Vol. 73, 2003, Pág. 78; Marina Rupp, *The living conditions of children in same-sex civil partnerships*, Ministerio Federal de Justicia de Alemania, 2009, Pág. 27; Henry M.W. Bos, Frank van Balen, Dymphna C. van den Boom, *Experience of parenthood, couple relationship, social support, and child-rearing goals in planned lesbian mother families*, en: *Journal of Child Psychology and Psychiatry* Vol. 45, 2004, Pág. 755; Rafael Portugal Fernandez, Alberto Araujo Vilar, *Aportaciones desde la salud mental a la teoría de la adopción en parejas homosexuales*, en: *Avances en salud mental relacional* Vol. 3, 2004. En este estudio se indica que "tampoco se encuentran diferencias significativas entre homosexuales y heterosexuales en cuanto a la calidad con que ejercen su función como padres" y que "la investigación realizada hasta el momento señala de manera unánime que no hay diferencias significativas entre los hijos criados por homosexuales y los hijos criados por heterosexuales en identidad sexual, tipificación sexual, orientación sexual, relaciones sexuales con compañeros y adultos, relaciones de amistad, popularidad"; Stéphane Nadaud, «Quelques repères pour comprendre la question homoparentale», en: M. Gross, *Homoparentalités, état des lieux*, Ed. érès «La vie de l'enfant», Toulouse, 2005, y Fiona Tasker, Susan Golombok, *Adults Raised as Children in Lesbian Families*, en: *American Journal Orthopsychiatry* Vol. 65, 1995, Pág. 203. *Cfr.* declaración escrita rendida por la perita Allison Jernow de 16 de septiembre de 2011 (expediente de fondo, tomo XI, folio 5079 y 5080).

¹⁴⁹ *Cfr.* declaración escrita rendida por la perita Allison Jernow el 16 de septiembre de 2011, mencionando los casos *Re K and B and Six Other Applications*, Ontario Supreme Court, 24 de mayo de 1995, párr. 89; *Boots v. Sharrow*, Ontario Supreme Court of Justice, 2004 Can LII 5031, 7 de enero de 2004; *Bubis v. Jones*, Ontario Supreme Court, 2000 Can LII 22571, 10 de abril de 2000, Tribunal Superior de Justicia (Brasil), Ministerio Público del Estado de Rio Grande do Sul v. LMGB, 27 de abril de 2010, y Corte Distrital de Porto Alegre (Brasil), Adopción de VLN, No. 1605872, 3 de julio de 2006. *Cfr.* declaración escrita rendida por la perita Allison Jernow de 16 de septiembre de 2011 (expediente de fondo, tomo XI, folio 5082 y 5083).

¹⁵⁰ *Cfr.* declaración escrita rendida por la perita Allison Jernow el 16 de septiembre de 2011 en la cual se cita: Brief of Amici Curiae presentado por American Psychological Association, Arkansas Psychological Association, National Association of Social Workers and National Association of Social Workers, Arkansas Chapter, in *Department of Human Services v. Matthew Howard*, Supreme Court of Arkansas (December 2005) at 10-11 ("The APA has described the studies as 'impressively consistent in their failure to identify any deficits in the development of children raised in a lesbian or gay household [...] the abilities of gay and lesbian persons as parents and the positive outcome for their children are not areas where credible scientific researchers disagree"). *Cfr.* declaración escrita rendida por la perita Allison Jernow de 16 de septiembre de 2011 (expediente de fondo, tomo XI, folio 5081).

¹⁵¹ *Cfr.* declaración escrita rendida por la perita Allison Jernow el 16 de septiembre de 2011 ("Where speculation about potential future harm to a child's development is soundly refuted by all available social science research, such speculation cannot possibly establish the evidentiary basis for a custody determination"). *Cfr.* *Cfr.* declaración escrita rendida por la perita Allison Jernow de 16 de septiembre de 2011 (expediente de fondo, tomo XI, folio 5083).

¹⁵² La Corte Suprema hizo referencia a los testimonios de las empleadas domésticas sobre la supuesta confusión de roles experimentada por las niñas. *Cfr.* Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile de 31 de mayo de 2004, considerado décimo quinto (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folio 2672).

concretas. Sin embargo, se limitó en sus consideraciones a la aplicación de un test de daño especulativo limitándose a hacer referencia, respecto al supuesto daño, a la "eventual confusión de roles sexuales" y la "situación de riesgo para el desarrollo" de las niñas¹⁵³. La Corte Suprema de Justicia afirmó la existencia de un "deterioro experimentado por el entorno social, familiar y educacional en que se desenv[olvía] la existencia de las menores" de edad, como consecuencia de la convivencia de la madre con su pareja, sin especificar en qué consistía la relación de causalidad entre dicha convivencia y el supuesto deterioro. No expuso argumentos para desvirtuar la posibilidad que el supuesto deterioro no se hubiera producido con ocasión de la nueva convivencia, sino como consecuencia de la separación anterior de la madre y el padre y los posibles efectos negativos que se podrían generar para las menores de edad. La Corte Suprema de Justicia tampoco se ocupó de exponer argumentos específicos para sustentar la situación familiar del padre como más favorable. La motivación de la Corte Suprema de Justicia se centró en los posibles daños psicológicos que podrían producirse en las tres niñas por el hecho de vivir con una pareja homosexual, sin aludir a razones de suficiente peso que permitieran desvirtuar que la orientación sexual de la madre o el padre no tiene un efecto negativo para el bienestar psicológico y emocional, el desarrollo, la orientación sexual y las relaciones sociales del niño o la niña.

131. La Corte Interamericana concluye que la Corte Suprema de Justicia no cumplió con los requisitos de un test estricto de análisis y sustentación de un daño concreto y específico supuestamente sufrido por las tres niñas a causa de la convivencia de su madre con una pareja del mismo sexo. Además, el Tribunal considera que, en el caso concreto, el hecho de vivir con su madre y su pareja no privaba a las niñas del rol paterno, por cuanto el objeto del proceso de tuición no implicaba que el padre hubiera perdido el contacto con ellas.

4.3. Alegado privilegio de intereses

132. La Corte Suprema indicó en su sentencia que "no es posible desconocer que la madre de las menores de [edad], al tomar la decisión de explicitar su condición homosexual, como puede hacerlo libremente toda persona en el ámbito de sus derechos personalísimos en el género sexual, sin merecer por ello reprobación o reproche jurídico alguno, ha antepuesto sus propios intereses, postergando los de sus hijas, especialmente al iniciar una convivencia con su pareja homosexual en el mismo hogar en que lleva[ba] a efecto la crianza y cuidado de sus hijas separadamente del padre de éstas"¹⁵⁴. En igual sentido, el Juzgado de Menores de Villarrica, en la decisión de tuición provisional, declaró que "la demandada ha[bía] privilegiado su bienestar e interés personal por sobre el cumplimiento de su rol materno, en condiciones, que p[odían] afectar el desarrollo posterior de las menores de autos"¹⁵⁵.

133. La Corte Interamericana considera necesario recalcar que el alcance del derecho a la no discriminación por orientación sexual no se limita a la condición de ser homosexual, en sí misma, sino que incluye su expresión y las consecuencias necesarias en el proyecto de vida de las personas. Al respecto, en el *Caso Laskey, Jaggard y Brown Vs. Reino Unido*, el

¹⁵³ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile de 31 de mayo de 2004 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folio 2672).

¹⁵⁴ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile de 31 de mayo de 2004 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folio 2672).

¹⁵⁵ Resolución de la demanda de tuición provisoria por el Juzgado de Menores de Villarrica de 2 de mayo de 2003 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folio 2567).

Tribunal Europeo de Derechos Humanos estableció que tanto la orientación sexual como su ejercicio son un aspecto relevante de la vida privada¹⁵⁶.

134. Al respecto, el perito Wintemute manifestó que:

"la jurisprudencia del Tribunal Europeo deja claro que la orientación sexual también incluye la conducta. Esto significa que la protección contra la discriminación basada en la orientación sexual no se relaciona únicamente sobre un trato menos favorable por ser lesbiana o gay. También abarca la discriminación porque un individuo actúa según su orientación sexual, al optar por participar en actividades sexuales consentidas en privado o decidir iniciar una relación de pareja a largo plazo con una persona del mismo sexo"¹⁵⁷.

135. El ámbito de protección del derecho a la vida privada ha sido interpretado en términos amplios por los tribunales internacionales de derechos humanos, al señalar que éste va más allá del derecho a la privacidad. Según el Tribunal Europeo, el derecho a la vida privada abarca la identidad física y social, el desarrollo personal y la autonomía personal de una persona, así como su derecho de establecer y desarrollar relaciones con otras personas y su entorno social, incluyendo el derecho de establecer y mantener relaciones con personas del mismo sexo¹⁵⁸. Además, el derecho a mantener relaciones personales con otros individuos, en el marco del derecho a la vida privada, se extiende a la esfera pública y profesional¹⁵⁹.

¹⁵⁶ Cfr. T.E.D.H., *Caso Laskey, Jaggard y Brown Vs. Reino Unido*, (No. 21627/93; 21826/93; 21974/93), Sentencia de 19 de febrero de 1997, párr. 36 ("There can be no doubt that sexual orientation and activity concern an intimate aspect of private life"). Ver también *Caso Dudgeon Vs. Reino Unido*, (No. 7525/76), Sentencia de 22 de octubre de 1981, párr. 52, y *Caso A.D.T. Vs. Reino Unido*, (No. 35765/97), Sentencia de 31 de Julio de 2000. Final, 31 de octubre de 2000, párr. 23 ("the Court recalls that the mere existence of legislation prohibiting male homosexual conduct in private may continuously and directly affect a person's private life").

¹⁵⁷ Cfr. declaración escrita rendida por el perito Robert Wintemute el 16 de septiembre de 2011 (expediente de fondo, tomo XI, folios 5360). Asimismo, señaló que la Corte Suprema de Canadá en el *Caso Egan v. Canadá* estableció que "[la] orientación sexual es más que simplemente un 'estatus' que un individuo posee: es algo que es demostrado por medio de la conducta de un individuo por la elección de una pareja. Justamente como la Carta [Canadiense de Derechos y Libertades] protege las creencias religiosas y la práctica religiosa como aspectos de la libertad de religión, así también debería reconocerse que la orientación sexual abarca aspectos de 'estatus' y 'conducta' y que ambos deberían recibir protección". *Egan v. Canada*, [1995] 2 SCR, 513, 518 (expediente de fondo, tomo XI, folios 5360).

¹⁵⁸ Cfr. T.E.D.H., *Caso Pretty Vs. Reino Unido* (No. 2346/02), Sentencia de 29 de abril de 2002. Final, 29 de julio de 2002, párr. 61 ("the concept of [']private life['] is a broad term not susceptible to exhaustive definition. It covers the physical and psychological integrity of a person [...]. It can sometimes embrace aspects of an individual's physical and social identity [...]. Elements such as, for example, gender identification, name and sexual orientation and sexual life fall within the personal sphere protected by Article 8 [...]. Article 8 also protects a right to personal development, and the right to establish and develop relationships with other human beings and the outside world [...]. Although no previous case has established as such any right to self-determination as being contained in Article 8 of the Convention, the Court considers that the notion of personal autonomy is an important principle underlying the interpretation of its guarantees"); *Caso Schalk y Kopf Vs. Austria*, (No. 30141/04), Sentencia de 24 de junio de 2010, 22 de noviembre de 2010, párr. 90 ("It is undisputed [...] that the relationship of a same-sex couple like the applicants' falls within the notion of [']private life['] within the meaning of Article 8"); *Caso Dudgeon, supra* nota 156, párr. 41 ("the maintenance in force of the impugned legislation constitutes a continuing interference with the applicant's right to respect for his private life (which includes his sexual life) within the meaning of Article 8 par. 1"); *Caso Burghartz Vs. Suiza*, (No. 16213/90), Sentencia de 22 de febrero de 1994, párr. 24, y *Caso Laskey, Jaggard y Brown, supra* nota 156, párr. 36.

¹⁵⁹ Cfr. T.E.D.H., *Caso Peck Vs. Reino Unido*, (No. 44647/98), Sentencia de 28 de enero de 2003. Final, 28 de abril de 2003, párr. 57 ("Private life is a broad term not susceptible to exhaustive definition. The Court has already held that elements such as gender identification, name, sexual orientation and sexual life are important elements of the personal sphere protected by Article 8. That Article also protects a right to identity and personal development, and the right to establish and develop relationships with other human beings and the outside world and it may include activities of a professional or business nature. There is, therefore, a zone of interaction of a person with others, even in a public context, which may fall within the scope of [']private life[']"), citando T.E.D.H., *Caso P.G. y J.H. Vs. Reino Unido* (No. 44787/98), Sentencia de 25 de septiembre de 2001. Final 25 de diciembre de 2001, párr. 56. Cfr. T.E.D.H., *Caso Niemietz Vs. Alemania*, (No. 13710/88), Sentencia de 16 de diciembre de 1992, párr. 29 ("The Court does not consider it possible or necessary to attempt an exhaustive definition of the

136. En este sentido, la orientación sexual de una persona también se encuentra ligada al concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones¹⁶⁰. Por lo tanto, “[l]a vida afectiva con el cónyuge o compañera permanente, dentro de la que se encuentran, lógicamente, las relaciones sexuales, es uno de los aspectos principales de ese ámbito o círculo de la intimidad”¹⁶¹.

137. Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México ha señalado que:

de la dignidad humana [...] deriva, entre otros, el libre desarrollo de la personalidad, es decir, el derecho de todo individuo a elegir, en forma libre y autónoma, cómo vivir su vida, lo que comprende, entre otras expresiones, [...] su libre opción sexual. [L]a orientación sexual de una persona, como parte de su identidad personal, [es] un elemento relevante en el proyecto de vida que tenga y que, como cualquier persona, incluye el deseo de tener una vida en común con otra persona de igual o distinto sexo¹⁶².

138. En el presente caso, el Tribunal observa que tanto la Corte Suprema de Justicia como el Juzgado de Menores de Villarrica fundamentaron sus decisiones para entregar la tuición al padre bajo el supuesto de que la señora Atala podía declararse abiertamente como lesbiana. Sin embargo, indicaron que, al ejercer su homosexualidad cuando decidió convivir con una pareja del mismo sexo, privilegió sus intereses sobre los de sus hijas (*supra* párrs. 41 y 56).

139. Al respecto, el Tribunal considera que dentro de la prohibición de discriminación por orientación sexual se deben incluir, como derechos protegidos, las conductas en el ejercicio de la homosexualidad. Además, si la orientación sexual es un componente esencial de identidad de la persona¹⁶³, no era razonable exigir a la señora Atala que pospusiera su proyecto de vida y de familia. No se puede considerar como “reprochable o reprobable jurídicamente”, bajo ninguna circunstancia, que la señora Atala haya tomado la decisión de rehacer su vida. Además, no se encontró probado un daño que haya perjudicado a las tres niñas.

140. En consecuencia, la Corte considera que exigirle a la madre que condicionara sus opciones de vida implica utilizar una concepción “tradicional” sobre el rol social de las

notion of [‘]private life[‘]. However, it would be too restrictive to limit the notion to an [‘]inner circle[‘] in which the individual may live his own personal life as he chooses and to exclude therefrom entirely the outside world not encompassed within that circle. Respect for private life must also comprise to a certain degree the right to establish and develop relationships with other human beings. There appears, furthermore, to be no reason of principle why this understanding of the notion of [‘]private life[‘] should be taken to exclude activities of a professional or business nature since it is, after all, in the course of their working lives that the majority of people have a significant, if not the greatest, opportunity of developing relationships with the outside world”).

¹⁶⁰ *Mutatis mutandi, Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, párr. 52.

¹⁶¹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-499 de 2003. La Corte Constitucional ha definido el derecho al libre desarrollo de la personalidad, consagrado en el artículo 16 de la Constitución Política de Colombia, como el derecho de las personas a “optar por su plan de vida y desarrollar su personalidad conforme a sus intereses, deseos y convicciones, siempre y cuando no afecte derechos de terceros, ni vulnere el orden constitucional” (Corte Constitucional, Sentencia C-309 de 1997), y “la capacidad de las personas para definir, en forma autónoma, las opciones vitales que habrán de guiar el curso de su existencia” (Corte Constitucional, Sentencia SU-642 de 1998).

¹⁶² Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, Acción de inconstitucionalidad A.I. 2/2010, 16 de agosto de 2010, párrs. 263 y 264.

¹⁶³ *Cfr. T.E.D.H., Caso Clift, supra* nota 101, párr. 57 (“Court has considered to constitute ‘other status’ characteristics which, like some of the specific examples listed in the Article, can be said to be personal in the sense that they are innate or inherent. Thus in Salgueiro da Silva Mouta, [...] it found that sexual orientation was [‘]undoubtedly covered[‘] by Article 14”).

mujeres como madres, según la cual se espera socialmente que las mujeres lleven la responsabilidad principal en la crianza de sus hijos e hijas y que en pos de esto hubiera debido privilegiar la crianza de los niños y niñas renunciando a un aspecto esencial de su identidad. Por tanto, la Corte considera que bajo esta motivación del supuesto privilegio de los intereses personales de la señora Atala tampoco se cumplía con el objetivo de proteger el interés superior de las tres niñas.

4.4. Alegado derecho a una familia "normal y tradicional"

141. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia señaló que se desconoció "el derecho preferente de las menores [de edad] a vivir y desarrollarse en el seno de una familia estructurada normalmente y apreciada en el medio social, según el modelo tradicional que le es propio"¹⁶⁴. Por su parte, el Juzgado de Menores de Villarrica, en la decisión de tuición provisoria, indicó que "el actor presenta argumentos más favorables en pro del interés superior de las niñas, argumentos, que en el contexto de una sociedad heterosexuada, y tradicional, cobran gran importancia"¹⁶⁵.

142. La Corte constata que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo "tradicional" de la misma. Al respecto, el Tribunal reitera que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio¹⁶⁶.

143. En ello es coherente la jurisprudencia internacional. En el caso *Salgueiro da Silva Mouta Vs. Portugal*, el Tribunal Europeo consideró que la decisión de un tribunal nacional de retirar a un padre homosexual la custodia de su hija menor de edad, con el argumento que la niña debería vivir en una familia portuguesa tradicional, carecía de relación razonable de proporcionalidad entre la medida tomada (retiro de la custodia) y el fin perseguido (protección del interés superior de la menor de edad)¹⁶⁷.

144. Asimismo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos señaló en el *Caso Karner Vs. Austria*, que:

El objetivo de proteger la familia en el sentido tradicional es más bien abstracto y una amplia variedad de medidas concretas pueden utilizarse para implementarlo [...] como es el caso cuando hay una diferencia de trato basada en el sexo o en la orientación sexual, el principio de proporcionalidad no solamente requiere que la medida escogida sea, en principio, adecuada para el cumplimiento del objetivo buscado. También se debe demostrar que era necesario excluir a ciertas categorías de personas para lograr ese objetivo"¹⁶⁸.

¹⁶⁴ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile de 31 de mayo de 2004 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folio 2673).

¹⁶⁵ Resolución de la demanda de tuición provisoria por el Juzgado de Menores de Villarrica de 2 de mayo de 2003 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folio 2567).

¹⁶⁶ Opinión Consultiva OC-17/02, *supra* nota 122, párrs. 69 y 70. Ver asimismo: T.E.D.H., *Caso Keegan Vs. Irlanda*, (No. 16969/90), Sentencia de 26 de mayo de 1994, párr. 44, y *Caso Kroon y otros Vs. Países Bajos*, (No. 18535/91), Sentencia de 27 de octubre de 1994, párr. 30.

¹⁶⁷ *Cfr.* T.E.D.H., *Caso Salgueiro da Silva Mouta*, *supra* nota 99, párrs. 34 a 36.

¹⁶⁸ T.E.D.H., *Caso Karner*, *supra* nota 143, párr. 41 ("The aim of protecting the family in the traditional sense is rather abstract and a broad variety of concrete measures may be used to implement it. [...] as is the position where there is a difference in treatment based on sex or sexual orientation, the principle of proportionality does not merely require that the measure chosen is in principle suited for realizing the aim sought. It must also be shown that it was necessary in order to achieve that aim to exclude certain categories of people").

145. En el presente caso, este Tribunal constata que el lenguaje utilizado por la Corte Suprema de Chile relacionado con la supuesta necesidad de las niñas de crecer en una "familia estructurada normalmente y apreciada en su medio social", y no en una "familia excepcional", refleja una percepción limitada y estereotipada del concepto de familia que no tiene base en la Convención al no existir un modelo específico de familia (la "familia tradicional")¹⁶⁹.

4.5. Conclusión

146. Teniendo en cuenta todo lo anterior, este Tribunal concluye que si bien la sentencia de la Corte Suprema y la decisión de tuición provisoria pretendían la protección del interés superior de las niñas M., V. y R., no se probó que la motivación esgrimida en las decisiones fuera adecuada para alcanzar dicho fin, dado que la Corte Suprema de Justicia y el Juzgado de Menores de Villarrica no comprobaron en el caso concreto que la convivencia de la señora Atala con su pareja afectó de manera negativa el interés superior de las menores de edad (*supra* párr. 121, 131 y 139) y, por el contrario, utilizaron argumentos abstractos, estereotipados y/o discriminatorios para fundamentar la decisión (*supra* párr. 118, 119, 125, 130, 140 y 145), por lo que dichas decisiones constituyen un trato discriminatorio en contra de la señora Atala. Por tanto, la Corte declara que el Estado vulneró el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 24 en relación con el artículo 1.1. de la Convención Americana, en perjuicio de Karen Atala Riffo.

5. Trato discriminatorio en contra de las niñas M., V. y R.

Alegatos de las partes

147. La Comisión alegó, en relación con el artículo 19 de la Convención Americana¹⁷⁰, que "la Corte Suprema vulneró el interés superior de las niñas [...] por la falta de determinaciones basadas en evidencia y en hechos concretos".

148. Los representantes argumentaron que mediante la sentencia de la Corte Suprema de Justicia se habría vulnerado el interés superior del niño "al contravenir el derecho de las niñas M., V. y R. a no ser separadas de su familia". Además, agregaron que los niños no pueden ser discriminados por las condiciones de sus padres.

149. El Estado indicó que las presuntas violaciones en relación con las tres niñas "resultan refutadas desde el momento en que se ha demostrado que dicha sentencia no nace de una discriminación en razón de la orientación sexual, sino del análisis de los hechos concretos que se acreditaron en el juicio de custodia".

Consideraciones de la Corte

150. La Corte ya ha concluido que tanto la Sentencia de la Corte Suprema como la decisión del Juzgado de Menores de Villarrica, respecto a la tuición provisoria, constituyeron

¹⁶⁹ En similar sentido, la Suprema Corte de Justicia de México ha señalado que el reconocimiento jurídico de la existencia de familias homoparentales que existen, vía reproducción o adopción, no desatiende el interés superior del niño. Por el contrario, de dicho reconocimiento derivan una serie de derechos a favor del menor de edad y de obligaciones de quienes son sus padres, pues es una realidad que dichas familias existen y, como tales, deben ser protegidas por el legislador: son tan respetables unas como otras. *Cfr.* Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, Acción de inconstitucionalidad A.I. 2/2010, 16 de agosto de 2010, párr. 333.

¹⁷⁰ El artículo 19 de la Convención Americana establece 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".

un trato discriminatorio en contra de la señora Atala (*supra* párr. 146), por lo que procederá a analizar si dicho trato generó una discriminación, a su vez, a las niñas M., V. y R.. Al respecto, el Tribunal considera que la prohibición de discriminación, en casos en que se relacionen menores de edad, debe ser interpretada a la luz del artículo 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el cual establece que:

1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.

151. Al respecto, la Corte resalta que las niñas y los niños no pueden ser discriminados en razón de sus propias condiciones y dicha prohibición se extiende, además, a las condiciones de sus padres o familiares, como en el presente caso a la orientación sexual de la madre. En este sentido, el Comité de los Derechos del Niño ha aclarado en su Observación General No. 7 que los niños y las niñas pueden sufrir las consecuencias de la discriminación de la cual son objeto sus padres, por ejemplo si han nacido fuera del matrimonio o en otras circunstancias que no se ajustan a los valores tradicionales¹⁷¹.

152. Por otra parte, respecto a la relación del interés superior del niño y la prohibición de discriminación el perito Cillero Bruñol señaló que:

"una decisión justificada en el interés superior del niño, entendido como la protección de sus derechos, no puede al mismo tiempo pretender legitimar una decisión *prima facie*, o en abstracto, discriminatoria, que afecta el derecho del niño a ser cuidado por su madre"¹⁷².

153. Por su parte, el perito Wintemute resaltó que:

"la discriminación basada en [...] la orientación sexual de los padres del niño nunca protege el interés superior del niño"¹⁷³.

154. Al haber tomado como fundamento para su decisión la orientación sexual de la madre, la decisión de la Corte Suprema discriminó, a su vez, a las tres niñas, puesto que tomó en cuenta consideraciones que no habría utilizado si el proceso de tuición hubiera sido entre dos padres heterosexuales. En particular, la Corte reitera que el interés superior del niño es un criterio rector para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño¹⁷⁴.

155. Además, el trato discriminatorio en contra de la madre tuvo repercusión en las niñas, pues fue el fundamento para decidir no continuarían viviendo con ella. De manera que dicha decisión irradió sus efectos al ser ellas separadas de su madre como consecuencia de la

¹⁷¹ Cfr. Naciones Unidas, Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 7. Realización de los derechos del niño en la primera infancia, CRC/C/GC/7, 30 de septiembre de 2005, párr. 12.

¹⁷² Declaración escrita rendida por el perito Miguel Cillero Bruñol el 4 de agosto de 2011 (expediente de fondo, tomo II, folio 929).

¹⁷³ Declaración escrita rendida por el perito Robert Wintemute el 16 de septiembre de 2011 (expediente de fondo, tomo XI, folio 5355).

¹⁷⁴ Opinión Consultiva OC-17/02, *supra* nota 122, párr. 137, opinión 2.

orientación sexual de la misma. Por tanto, la Corte concluye que se vulneró el artículo 24, en relación con los artículos 19 y 1.1. de la Convención Americana, en perjuicio de las niñas M., V. y R..

D. Derecho a la vida privada y derecho a la vida familiar

Alegatos de las partes

156. La Comisión alegó, respecto a la presunta violación del artículo 11¹⁷⁵ de la Convención Americana, que el “derecho a la vida privada abarca todas las esferas de la intimidad y autonomía de un individuo, incluyendo su personalidad, su identidad, sus decisiones sobre su vida sexual, sus relaciones personales y familiares[, en este sentido] la orientación sexual constituye un componente fundamental de la vida privada de un individuo”. Sostuvo que “la interferencia del Estado en la vida privada de Karen Atala fue arbitraria, dado que la decisión de tuición fue fundada en prejuicios discriminatorios por su orientación sexual [y] también interfirió en su autonomía para tomar decisiones sobre su vida personal de acuerdo a dicha orientación. Esto último [...], sin que existieran razones objetivas para ello, la Corte Suprema de Justicia basándose en la expresión de su orientación sexual la privó de la custodia de sus hijas y la vida en común con ellas, aspecto fundamental de su plan de vida”.

157. Por su parte, los representantes argumentaron que “la interferencia es arbitraria porque la única justificación es la manifestación de la orientación sexual de la madre, que forma parte de su identidad personal, cualidad esencial de todo individuo y que no dice relación alguna con el bienestar de las hijas”. Para los representantes es “incuestionable que tanto [la señora] Atala como sus hijas sufrieron injerencias arbitrarias en su vida privada”.

158. Por otra parte, la Comisión y los representantes, en relación con los artículos 11.2 y 17¹⁷⁶, alegaron una “interferencia ilegítima y arbitraria en el derecho a la vida privada y familiar, el cual se extiende al desarrollo de las relaciones entre los miembros de una familia y al rol de las relaciones afectivas en el proyecto de vida de cada integrante”. Los representantes manifestaron que “[n]o hay un concepto único de familia” y que es “indudable que la [señora] Atala, sus hijas, y la [señora] De Ramón constituían un núcleo familiar que fue fraccionado por decisiones basadas en prejuicios en contra de la expresión de la orientación sexual de la Jueza Atala”.

159. El Estado argumentó que “en un juicio de tuición, que tiene por objeto estimar qué padre tendrá el cuidado personal de los hijos, el juez no sólo tiene la facultad sino la obligación de evaluar todas y cada una de las condiciones y circunstancias concretas que determinen el interés superior del niño. [...] Resulta por tanto inherente al juicio de tuición [...] que el juez pueda, de acuerdo a la ley, investigar aspectos íntimos de la vida de las personas”. Alegó “que la búsqueda del mejor interés para el menor [de edad] debe primar

¹⁷⁵ El artículo 11 de la Convención establece que:

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.
2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.
3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

¹⁷⁶ El artículo 17 de la Convención dispone en lo pertinente:

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

frente a una concepción pétrea del derecho a la intimidad, ya que el ámbito de la vida privada no puede quedar fuera del conocimiento y ponderación del juez”. Agregó que “ni [la] Corte Suprema ni los demás tribunales nacionales han afectado el derecho previsto en el artículo 11.2 de la Convención Americana al resolver sobre el juicio de tuición [...] sino que, por el contrario, no han hecho más que pronunciarse sobre las consideraciones propias de un juicio de esa naturaleza”.

160. Finalmente, el Estado alegó que no es “atribuí[ble] la separación de la familia a la actuación de los tribunales chilenos [pues] la labor de los tribunales chilenos fue justamente la contraria, esto es, respondiendo al requerimiento de las partes [...] resolver, según el interés superior de las niñas, qué nuevo núcleo familiar constituía un mejor sustento para su desarrollo”.

Consideraciones de la Corte

161. El artículo 11 de la Convención prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas, enunciando diversos ámbitos de la misma como la vida privada de sus familias. En ese sentido, la Corte ha sostenido que el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública¹⁷⁷.

162. Además, el Tribunal ha precisado, respecto al artículo 11 de la Convención Americana, que, si bien esa norma se titula “Protección de la Honra y de la Dignidad”, su contenido incluye, entre otros, la protección de la vida privada¹⁷⁸. La vida privada es un concepto amplio que no es susceptible de definiciones exhaustivas y comprende, entre otros ámbitos protegidos, la vida sexual y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos¹⁷⁹. Es decir, la vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo y cuándo decide proyectar a los demás¹⁸⁰.

163. La Corte observa que los alegatos de la Comisión respecto a la presunta violación del derecho a la vida privada de la señora Karen Atala se centraron en la sentencia de la Corte Suprema. Por su parte, los representantes añadieron la decisión sobre la tuición provisional como otro hecho presuntamente generador de la violación del derecho a la vida privada de la señora Atala. Por tanto, para resolver sobre la violación de este derecho, se analizarán estas dos decisiones.

164. El Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que el derecho a la vida privada no es un derecho absoluto y, por lo tanto, puede ser restringido por los Estados siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias. Por ello, las mismas deben estar previstas en ley,

¹⁷⁷ Cfr. *Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C No. 148, párr. 194 y *Caso Fontevecchia y D'Amico, supra* nota 28, párr. 48.

¹⁷⁸ Cfr. *Caso de las Masacres de Ituango, supra* nota 177, párr. 193 y *Caso Rosendo Cantú y otras Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216, párr. 119.

¹⁷⁹ Cfr. *Caso Rosendo Cantú y otra, supra* nota 178, párr. 119, y *Caso Fernández Ortega y otros. Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de agosto de 2010 Serie C No. 215, párr. 129, citando T.E.D.H., *Caso Dudgeon, supra* nota 156, párr. 41, *Caso X y Y Vs. Países Bajos*, (No. 8978/80), Sentencia de 26 de marzo de 1985, para. 22, *Caso Niemietz, supra* nota 159, párr. 29, y *Caso Peck, supra* nota 159, párr. 57.

¹⁸⁰ Cfr. *Caso Rosendo Cantú y otra, supra* nota 178, párr. 119, y *Caso Fernández Ortega y otros, supra* nota 179, párr. 129, citando T.E.D.H., *Caso Niemietz, supra* nota 159, párr. 29, y *Caso Peck, supra* nota 159, párr. 57.

perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, es decir, deben ser necesarias en una sociedad democrática¹⁸¹.

165. Al respecto, la Corte resalta que la orientación sexual de la señora Atala hace parte de su vida privada, de manera que no era posible realizar una injerencia en la misma sin que se cumplieran los requisitos de "idoneidad, necesidad y proporcionalidad". Distinto es que en el marco de un proceso de tuición se puedan analizar las conductas parentales concretas que, supuestamente, pudieran haber ocasionado un daño en el niño o la niña (*supra* párrs.109 y 111).

166. Dado que los tribunales internos tuvieron como referente de peso la orientación sexual de la señora Atala al momento de decidir sobre la tuición, expusieron diversos aspectos de su vida privada a lo largo del proceso. El Tribunal observa que la razón esgrimida por dichos tribunales para interferir en la esfera de la vida privada de la señora Atala era la misma que fue utilizada para el trato discriminatorio (*supra* párr. 107), es decir, la protección de un alegado interés superior de las tres niñas. La Corte considera que, si bien dicho principio se relaciona *in abstracto* con un fin legítimo (*supra* párr. 110), la medida era inadecuada y desproporcionada para cumplir este fin, por cuanto los tribunales chilenos tendrían que haberse limitado a estudiar conductas parentales -que podían ser parte de la vida privada- pero sin efectuar una exposición y escrutinio de la orientación sexual de la señora Atala.

167. El Tribunal constata que durante el proceso de tuición, a partir de una visión estereotipada sobre los alcances de la orientación sexual de la señora Atala (*supra* párr. 146), se generó una injerencia arbitraria en su vida privada, dado que la orientación sexual es parte de la intimidad de una persona y no tiene relevancia para analizar aspectos relacionados con la buena o mala paternidad o maternidad. Por tanto, la Corte concluye que el Estado vulneró el artículo 11.2, en relación con el artículo 1.1. de la Convención Americana, en perjuicio de Karen Atala Riffo.

168. Por otra parte, el Tribunal observa que uno de los argumentos centrales que se analizaron en las decisiones de la Corte Suprema de Justicia y del Juzgado de Menores de Villarrica sobre la tuición provisoria fue la convivencia de la señora Atala con su pareja del mismo sexo (*supra* párrs. 41 y 56), por lo que esta Corte considera indispensable entrar a analizar la presunta violación a la vida familiar argumentada por la Comisión y los representantes.

169. Al respecto, la Corte reitera que el artículo 11.2 de la Convención Americana está estrechamente relacionado con el derecho a que se proteja la familia y a vivir en ella, reconocido en el artículo 17 de la Convención, según el cual el Estado está obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar¹⁸². El Tribunal ha establecido que la separación de niños de su familia constituye, bajo ciertas

¹⁸¹ Cfr. *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de enero de 2009. Serie C No.193, párr. 56 y *Caso Escher y otros Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de julio 2009. Serie C No. 200, párr. 116.

¹⁸² Cfr. Opinión Consultiva OC-17/02, *supra* nota 122, párr. 66 y *Caso Chitay Nech y otros, supra* nota 30, párr. 157.

condiciones, una violación del citado derecho¹⁸³, pues inclusive las separaciones legales del niño de su familia solo pueden proceder si están debidamente justificadas¹⁸⁴.

170. En lo concerniente a los artículos 11.2 y 17.1. de la Convención Americana, el derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia, forma parte, implícitamente, del derecho a la protección de la familia, y además está expresamente reconocido por los artículos 12.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos¹⁸⁵, V de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre¹⁸⁶, 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁸⁷, y 8 del Convenio Europeo¹⁸⁸. Estas disposiciones poseen especial relevancia cuando se analiza la separación del niño de su familia¹⁸⁹.

171. Según la jurisprudencia del Tribunal Europeo, el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental de la vida de familia¹⁹⁰, y el artículo 8 del Convenio Europeo tiene como objetivo preservar al individuo contra las injerencias arbitrarias de las autoridades públicas y establecer obligaciones positivas a cargo del Estado a favor del respeto efectivo de la vida familiar¹⁹¹.

172. Respecto al concepto de familia, diversos órganos de derechos humanos creados por tratados, han indicado que no existe un modelo único de familia, por cuanto éste puede variar¹⁹². De igual forma, el Tribunal Europeo ha interpretado el concepto de "familia" en términos amplios. Respecto a parejas de diferente sexo, ha señalado reiteradamente que:

¹⁸³ Cfr. Opinión Consultiva OC-17/02, *supra* nota 122, párrs. 71 y 72 y *Caso Chitay Nech y otros*, *supra* nota 30, párr. 157.

¹⁸⁴ Cfr. Opinión Consultiva OC-17/02, *supra* nota 122, párr. 77.

¹⁸⁵ El artículo 12.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que "[n]adie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques".

¹⁸⁶ El artículo V de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre dispone que "[t]oda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar".

¹⁸⁷ El artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que "[n]adie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación".

¹⁸⁸ En este sentido, el artículo 8.1 del Convenio Europeo dispone que "[t]oda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia". Asimismo, el artículo 8.2 dispone que "[n]o puede haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta interferencia esté prevista por la Ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral o la protección de los derechos y las libertades de los demás".

¹⁸⁹ Cfr. Opinión Consultiva OC-17/02, *supra* nota 122, párr. 71.

¹⁹⁰ Cfr. Opinión Consultiva OC-17/02, *supra* nota 122, párr. 72, citando T.E.D.H., *Caso Buchberger Vs. Austria*, (No. 32899/96), Sentencia de 20 de diciembre de 2001. Final, 20 de marzo de 2003, párr. 35; *Caso K. y T. Vs. Finlandia*, (No. 25702/94), Sentencia de 12 de julio de 2001, párr. 151; *Caso Elsholz Vs. Alemania*, (No. 25735/94), G.C., Sentencia de 13 de julio de 2000, párr. 43; *Caso Bronda Vs. Italia*, (No. 22430/93), Sentencia de 9 junio de 1998, párr. 51, y *Caso Johansen Vs. Noruega*, (No. 17383/90), Sentencia de 7 de agosto de 1996, párr. 52.

¹⁹¹ Cfr. T.E.D.H., *Caso Olsson Vs. Suecia*, (No. 10465/83), Sentencia de 24 de marzo de 1988, párr. 81.

¹⁹² Cfr. Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General No. 21 (13º período de sesiones, 1994). La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares, párr. 13 ("La forma y el concepto de familia varían de un Estado a otro y hasta de una región a otra en un mismo Estado. Cualquiera que sea la forma que adopte y cualesquiera que sean el ordenamiento jurídico, la religión, las costumbres o la tradición en el país, el tratamiento de la mujer en la familia tanto ante la ley como en privado debe

La noción de familia bajo esta norma no está circunscrita a relaciones basadas en el matrimonio y puede abarcar otros vínculos de 'familia' *de facto* donde las partes están viviendo juntas fuera del matrimonio. Un niño nacido en tal relación es *ipso jure* parte de tal unidad familiar desde ese momento y por el mero hecho de su nacimiento. Por tanto, existe entre el niño y sus padres un vínculo que implica vida familiar. Además, el Tribunal recuerda que el goce mutuo de la compañía del otro entre los padres y el niño constituye un elemento fundamental de la vida familiar, aunque la relación de los padres esté rota, y[, en consecuencia,] medidas nacionales que limiten tal goce, conllevan una interferencia con el derecho protegido por el artículo 8 del Convenio¹⁹³.

173. En el *Caso X, Y y Z Vs. Reino Unido*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, siguiendo el concepto amplio de la familia, reconoció que un transexual, su pareja mujer y un niño pueden configurar una familia, al señalar que:

Al decidir si una relación puede considerarse como 'vida familiar', una serie de factores pueden ser relevantes, incluyendo si la pareja vive junta, la duración de su relación y si se ha demostrado el compromiso mutuo al tener hijos conjuntamente o por otros medios¹⁹⁴.

174. En primer lugar, y respecto a la protección convencional de parejas del mismo sexo, en el *Caso Schalk y Kopf Vs. Austria*, el Tribunal Europeo revisó su jurisprudencia vigente hasta ese momento, en la cual solamente había aceptado que la relación emocional y sexual de una pareja del mismo sexo constituye "vida privada", pero no había considerado que constituyera "vida familiar", aun al tratarse de una relación a largo plazo en situación de

conformarse con los principios de igualdad y justicia para todas las personas, como lo exige el artículo 2 de la Convención"); Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 7. Realización de los derechos del niño en la primera infancia, *supra* nota 171, párrs. 15 y 19 ("El Comité reconoce que 'familia' aquí se refiere a una variedad de estructuras que pueden ocuparse de la atención, el cuidado y el desarrollo de los niños pequeños y que incluyen a la familia nuclear, la familia ampliada y otras modalidades tradicionales y modernas de base comunitaria, siempre que sean acordes con los derechos y el interés superior del niño. [...] El Comité observa que en la práctica los modelos familiares son variables y cambiantes en muchas regiones, al igual que la disponibilidad de redes no estructuradas de apoyo a los padres, y existe una tendencia global hacia una mayor diversidad en el tamaño de la familia, las funciones parentales y las estructuras para la crianza de los niños"); Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 19 (39º período de sesiones, 1990). La familia (artículo 23), HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I), párr. 2 ("El Comité observa que el concepto de familia puede diferir en algunos aspectos de un Estado a otro, y aun entre regiones dentro de un mismo Estado, de manera que no es posible dar una definición uniforme del concepto"), y Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 16 (32º período de sesiones, 1988). Derecho a la intimidad (artículo 17), HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I), párr. 5 ("En cuanto al término 'familia', los objetivos del Pacto exigen que, a los efectos del artículo 17, se lo interprete como un criterio amplio que incluya a todas las personas que componen la familia, tal como se entienda ésta en la sociedad del Estado Parte de que se trate").

¹⁹³ T.E.D.H., *Caso Schalk y Kopf*, *supra* nota 158, párr. 91 ("the notion of family [...] is not confined to marriage-based relationships and may encompass other de facto "family" ties where the parties are living together out of wedlock. A child born out of such a relationship is ipso jure part of that "family" unit from the moment and by the very fact of his birth. Thus there exists between the child and his parents a bond amounting to family life. The Court further recalls that the mutual enjoyment by parent and child of each other's company constitutes a fundamental element of family life, even if the relationship between the parents has broken down, and domestic measures hindering such enjoyment amount to an interference with the right protected by Article 8 of the Convention"), citando T.E.D.H., *Caso Elsholz*, *supra* nota 190, párr. 43; *Caso Keegan*, *supra* nota 166, párr. 44, y *Caso Johnston y otros Vs. Irlanda*, (No. 9697/82), Sentencia de 18 de diciembre de 1986, párr. 56; *ver también* T.E.D.H., *Caso Alim Vs. Rusia* (No. 39417/07), Sentencia de 27 de septiembre de 2011, párr. 70; *Caso Berrehab Vs. Países Bajos*, (No. 10730/84), Sentencia de 21 de junio de 1988, párr. 21, y *Caso L. Vs. Países Bajos*, (No. 45582/99), Sentencia de 1 de junio de 2004. Final, 1 de septiembre de 2004, párr. 36.

¹⁹⁴ T.E.D.H., *Caso X, Y y Z Vs. Reino Unido*, (No. 21830/93), Sentencia de 22 de abril de 1997, párr. 36 ("When deciding whether a relationship can be said to amount to 'family life', a number of factors may be relevant, including whether the couple live together, the length of their relationship and whether they have demonstrated their commitment to each other by having children together or by any other means"). *Cfr.* T.E.D.H., *Caso Marckx Vs. Bélgica*, (No. 6833/74), Sentencia de 13 de junio de 1979, párr. 31; *Caso Keegan*, *supra* nota 166, párr. 44, y *Caso Kroon y otros*, *supra* nota 166, párr. 30.

convivencia¹⁹⁵. Al aplicar un criterio amplio de familia, el Tribunal Europeo estableció que “la noción de ‘vida familiar’ abarca a una pareja del mismo sexo que convive en una relación estable *de facto*, tal como abarcaría a una pareja de diferente sexo en la misma situación”¹⁹⁶, pues consideró “artificial mantener una posición que sostenga que, a diferencia de una pareja heterosexual, una pareja del mismo sexo no puede disfrutar de la ‘vida familiar’ en los términos del artículo 8” del Convenio Europeo¹⁹⁷.

175. El Tribunal resalta que, a diferencia de lo dispuesto en el Convenio Europeo, en el cual sólo se protege el derecho a la vida familiar bajo el artículo 8 de dicho Convenio, la Convención Americana cuenta con dos artículos que protegen la vida familiar de manera complementaria. En efecto, esta Corte considera que la imposición de un concepto único de familia debe analizarse no sólo como una posible injerencia arbitraria contra la vida privada, según el artículo 11.2 de la Convención Americana, sino también, por el impacto que ello pueda tener en un núcleo familiar, a la luz del artículo 17.1 de dicha Convención.

176. En el presente caso, el Tribunal observa que desde noviembre de 2002 hasta la decisión de tuición provisoria, en mayo de 2003 (*supra* párrs. 41 y 42), existía un vínculo cercano entre la señora Atala, la señora De Ramón, el hijo mayor de la señora Atala y las tres niñas. Al respecto, la señora Atala manifestó que “éramos una familia absolutamente normal. Un niño, tres niñas, un gato, un perro, una perra, una casa, teníamos proyecto como familia. Teníamos sueños como familia”¹⁹⁸. Además, la señora De Ramón declaró que “[l]a vida de los cinco miembros de la familia, seis [con ella] era muy cercana a lo idílico[, pues e]stablecieron una relación de mucha comunicación, al menos entre las mujeres de la familia”¹⁹⁹.

177. Por tanto, es visible que se había constituido un núcleo familiar que, al serlo, estaba protegido por los artículos 11.2 y 17.1 de la Convención Americana, pues existía una convivencia, un contacto frecuente, y una cercanía personal y afectiva entre la señora Atala, su pareja, su hijo mayor y las tres niñas. Lo anterior, sin perjuicio de que las niñas compartían otro entorno familiar con su padre.

178. Este Tribunal ya concluyó que los fundamentos presentados tanto por la Corte Suprema de Justicia como por el Juzgado de Menores de Villarrica en la decisión de tuición provisoria constituyeron una medida inidónea para proteger el interés superior del niño (*supra* párr. 146), lo cual tuvo además como resultado la separación de la familia constituida por la madre, su pareja y las niñas. Ello constituye una interferencia arbitraria en el derecho a la vida privada y familiar. Por tanto, la Corte declara que el Estado vulneró los artículos 11.2 y 17.1, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana en perjuicio de Karen Atala Riffo y de las niñas M., V. y R.. Respecto de éstas últimas, dichas

¹⁹⁵ T.E.D.H., *Caso Schalk y Kopf*, *supra* nota 158, párr. 92 (“the Court’s case-law has only accepted that the emotional and sexual relationship of a same-sex couple constitutes ‘private life’ but has not found that it constitutes ‘family life’, even where a long-term relationship of cohabiting partners was at stake”).

¹⁹⁶ T.E.D.H., *Caso Schalk y Kopf*, *supra* nota 158, párr. 94 (“a cohabiting same-sex couple living in a stable *de facto* partnership, falls within the notion of ‘family life’, just as the relationship of a different-sex couple in the same situation would”) y *Caso P.B. y J.S. Vs. Austria*, (No. 18984/02), Sentencia de 22 de julio de 2010. Final. 22 de octubre de 2010, párr. 30.

¹⁹⁷ T.E.D.H., *Caso Schalk y Kopf*, *supra* nota 158, párr. 94 (“the Court considers it artificial to maintain the view that, in contrast to a different-sex couple, a same-sex couple cannot enjoy “family life” for the purposes of Article 8”) y *Caso P.B. y J.S.*, *supra* nota 196, párr. 30.

¹⁹⁸ Declaración de la señora Karen Atala Riffo rendida ante la Corte Interamericana en la audiencia pública del presente caso.

¹⁹⁹ Declaración de Emma de Ramón de 4 de agosto de 2011 (expediente de fondo, tomo II, folio 762).

violaciones a la vida familiar ocurren también en relación con el artículo 19 de la Convención, dado que fueron separarlas de manera no justificada de uno de sus entornos familiares.

E. Garantías judiciales y protección judicial

1. Garantías judiciales y protección judicial en relación con la señora Atala

Alegatos de las partes

179. La Comisión y los representantes alegaron la presunta violación de la garantía judicial de imparcialidad por la aproximación estereotipada de los jueces al caso. La Comisión señaló que “al considerar [la] orientación sexual” de la señora Atala como “un elemento fundamental de su habilidad para ser madre, así como el uso evidente de prejuicios discriminatorios”, se podría concluir que la señora Atala “no contó con la garantía de imparcialidad”. Los representantes agregaron que la revocación de la sentencia de apelación de la Corte de Apelaciones por la Corte Suprema de Justicia constituía una violación a la garantía de independencia judicial. La Comisión y los representantes plantearon que todo lo anterior impactaba en el derecho de acceso a la justicia, razón por la cual alegaron la violación del artículo 8.1²⁰⁰ y el artículo 25²⁰¹ de la Convención Americana.

180. Además, los representantes argumentaron que la Corte Suprema “acog[ió] un recurso de queja [...], en un caso en que no procedía, vulnerando las reglas del debido proceso y la independencia [objetiva interna] de los jueces” y al sancionar disciplinariamente a los Ministros de la Corte de Apelaciones de Temuco “por tener una interpretación determinada” del Código Civil. Consideraron que “por medio de un recurso que por disposición legal no constituye instancia, como lo es el recurso de queja, la Corte Suprema entró a conocer y a fallar un caso que ya había sido resuelto y tramitado por las autoridades pertinentes ante los tribunales competentes respectivos”. Asimismo, los representantes arguyeron una violación a la garantía de imparcialidad judicial porque la decisión de la Corte Suprema “se sustenta[ba] sobre un prejuicio y carec[ía] de sustento racional y jurídico”. Por último, indicaron que la señora Atala no desea que “nuevamente se [...] someta [a las niñas] a la presión de un juicio de custodia [...] renunciando a que se restableciera [...] a] las niñas al núcleo familiar con su madre”.

181. El Estado alegó que “la Corte Suprema de Justicia no se extralimitó en el ejercicio de sus facultades, ni abusó de las mismas, cuando tras declarar la efectividad de la falta o abuso grave, acogiendo el recurso de queja, resolvió invalidar la resolución impugnada dictando en su lugar una sentencia de reemplazo”. De otra parte, el Estado negó una violación al artículo 25.1 de la Convención con el argumento que la señora Atala “hubiera podido y aún puede intentar revocar la decisión de la Corte Suprema interponiendo [...] una nueva petición de tuición sobre las niñas, con el único requisito de demostrar que alguna de

²⁰⁰ El artículo 8.1 de la Convención Americana (Garantías Judiciales) establece que:

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

²⁰¹ El artículo 25.1 de la Convención Americana (Protección Judicial) establece que:

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

las circunstancias que motivaron el fallo se ha modificado”, dado que la resolución que otorgó la tuición al padre de las niñas sólo posee cosa juzgada formal. Concluyó que “para que se afecte el derecho al recurso en contra de una resolución judicial, es fundamental que se acredite la existencia de una violación al debido proceso con motivo de su dictación, sin que exista un medio de impugnación a disposición de la parte agraviada, cualquiera sea [é]ste, por el cual sea posible revertir la supuesta vulneración de derechos fundamentales”.

Consideraciones de la Corte

182. En el presente caso, la Corte Suprema de Justicia consideró que los jueces de la Corte Apelaciones de Temuco “cometieron falta o abuso grave tanto al aplicar las normas legales que rigen la materia, como al apreciar los antecedentes de la causa en que pronunciaron la sentencia que ha originado el recurso [de queja]”²⁰².

183. Al respecto, la Corte observa que el alegato de los representantes sobre la aceptación indebida del recurso de queja por la Corte Suprema de Justicia está directamente relacionado con la presunta inexistencia de una falta grave por parte de la Corte de Apelaciones de Temuco. Al respecto, cabe señalar que el recurso de queja en Chile se encuentra previsto en el artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales²⁰³. Es un recurso disciplinario que tiene su fuente en el artículo 82 de la Constitución²⁰⁴ y, en general, encuentra su origen en la práctica jurisprudencial de los Tribunales Superiores de Justicia, las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema de Justicia²⁰⁵.

184. En opinión del perito Marín, la práctica de usar el recurso de queja como medio para revisar sentencias alteró el sistema procesal al desplazar el recurso de casación como recurso jurisdiccional natural previsto por el legislador nacional para corregir los errores de los jueces de instancia²⁰⁶. Según el perito, el recurso de queja provocó de facto la creación

²⁰² Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile de 31 de mayo de 2004 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folio 2673).

²⁰³ *Cfr.* El artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales señala: “El recurso de queja tiene por exclusiva finalidad corregir las faltas o abusos graves cometidos en la dictación de resoluciones de carácter jurisdiccional. Sólo procederá cuando la falta o abuso se cometa en sentencia interlocutoria que ponga fin al juicio o haga imposible su continuación o definitiva, y que no sean susceptibles de recurso alguno, ordinario o extraordinario, sin perjuicio de la atribución de la Corte Suprema para actuar de oficio en ejercicio de sus facultades disciplinarias. Se exceptúan las sentencias definitivas de primera o única instancia dictadas por árbitros arbitradores, en cuyo caso procederá el recurso de queja, además del recurso de casación en la forma. El fallo que acoge el recurso de queja contendrá las consideraciones precisas que demuestren la falta o abuso, así como los errores u omisiones manifiestos y graves que los constituyan y que existan en la resolución que motiva el recurso, y determinará las medidas conducentes a remediar tal falta o abuso. En ningún caso podrá modificar, enmendar o invalidar resoluciones judiciales respecto de las cuales la ley contempla recursos jurisdiccionales ordinarios o extraordinarios, salvo que se trate de un recurso de queja interpuesto contra sentencia definitiva de primera o única instancia dictada por árbitros arbitradores. En caso que un tribunal superior de justicia, haciendo uso de sus facultades disciplinarias, invalide una resolución jurisdiccional, deberá aplicar la o las medidas disciplinarias que estime pertinentes. En tal caso, la sala dispondrá que se dé cuenta al tribunal pleno de los antecedentes para los efectos de aplicar las medidas disciplinarias que procedan, atendida la naturaleza de las faltas o abusos, la que no podrá ser inferior a amonestación privada” (expediente de fondo, tomo XI, folio 5398).

²⁰⁴ *Cfr.* El artículo 82 de la Constitución Política establece que “la Corte Suprema tiene la superintendencia directiva, correccional, y económica de todos los tribunales de la nación. Se exceptúan de esta norma el Tribunal Constitucional, el Tribunal Calificador de Elecciones y los tribunales electorales regionales” (expediente de fondo, tomo XI, folio 5393).

²⁰⁵ *Cfr.* Informe escrito del perito Marín González sobre el recurso de queja en Chile presentado el 21 de septiembre de 2011 (expediente de fondo, tomo XI, folios 5393 y 5411).

²⁰⁶ *Cfr.* Informe escrito del perito Marín González sobre el recurso de queja en Chile, *supra* nota 205, folio 5411.

de una tercera instancia, donde la Corte Suprema alteraba los hechos probados en la respectiva instancia y la forma como los jueces habían valorado dicha prueba²⁰⁷.

185. De otra parte, la Corte observa que, según la doctrina jurídica chilena remitida por el Estado, el recurso de queja es definido como “el acto jurídico procesal de parte que se ejerce directamente ante el Tribunal superior jerárquico y en contra del juez o jueces inferiores que dictaron en un proceso del cual conocen una resolución con falta o abuso grave, solicitándole que ponga pronto remedio al mal que motiva su interposición mediante la enmienda, revocación o invalidación de aquélla, sin perjuicio de la aplicación de las sanciones disciplinarias que fueren procedentes por el pleno de ese Tribunal respecto del juez o jueces recurridos”²⁰⁸. Dicho recurso se interpone “directamente ante el Tribunal superior jerárquico de aquel que hubiere dictado la resolución con falta o abuso grave, para que sea conocido y resuelto por el mismo”. No se interpone en contra de una resolución, sino contra el juez o los jueces que dictaron la resolución con falta o abuso grave, para que ésta sea modificada, enmendada o dejado sin efecto. El recurso no ha sido “creado para corregir simples errores de interpretación, sino faltas o abusos ministeriales [...] que caigan dentro del ámbito de [I]a jurisdicción disciplinaria del superior jerárquico”. Por lo tanto, “no constituye instancia para la revisión de todas las cuestiones de hecho y de derecho, sino que únicamente faculta al superior de examinar si se cometió la falta o abuso grave”. El tribunal superior queda facultado para la revocación, enmienda o invalidación de la resolución²⁰⁹. La falta o abuso grave cometido por un juez puede derivar de la contravención formal de la ley, la interpretación errada de la ley o la falsa apreciación de los antecedentes del proceso²¹⁰.

186. Para analizar si en el presente caso se desconoció la garantía de independencia judicial al aceptar el recurso de queja, la Corte recuerda que uno de los objetivos principales que tiene la separación de los poderes públicos, es la garantía de la independencia de los jueces, cuyo objetivo radica en evitar que el sistema judicial y sus integrantes se vean sometidos a restricciones indebidas en el ejercicio de su función por parte de órganos ajenos al Poder Judicial o incluso por parte de aquellos magistrados que ejercen funciones de revisión o apelación²¹¹. Además, la garantía de la independencia judicial abarca la garantía contra presiones externas²¹², de tal forma que el Estado debe

²⁰⁷ Al respecto, el perito Marín citó los motivos legislativos para la aprobación de la ley 19.374 de 1995, mediante la cual se modificó el recurso de queja, y jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia para explicar que el legislador chileno modificó el recurso de queja, con el objetivo de limitar este recurso disciplinario e impedir la distorsión del sistema procesal y de la función jurisdiccional de los tribunales superiores de justicia, con la finalidad de evitar su práctica abusiva y, por ende, la revisión de juicios a través de una tercera instancia que vulneraba abiertamente el principio de la bilateralidad de la audiencia. *Cfr.* Informe escrito del perito Marín González sobre el recurso de queja en Chile, *supra* nota 205, folios 5397, 5398, 5400 y 5411.

²⁰⁸ Mario Mosquera Ruíz y Cristián Maturana Miquel, *Los Recursos Procesales*, 2010, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, pág. 383, prueba documental anexada por el Estado al escrito de alegatos finales (expediente de fondo, tomo XII, folio 5945).

²⁰⁹ *Cfr.* Mario Mosquera Ruíz y Cristián Maturana Miquel, *Los Recursos Procesales*, págs. 383 y 384, *supra* nota 208, folios 5945 y 5946.

²¹⁰ *Cfr.* Mario Mosquera Ruíz, Cristián Maturana Miquel, *Los Recursos Procesales*, pág. 387, *supra* nota 208, tomo XII, folio 5949.

²¹¹ *Cfr.* *Caso Apitz Barbera y otros*, *supra* nota 92, párr. 55 y *Caso Reverón Trujillo*, *supra* nota 33, párr. 67.

²¹² *Cfr.* *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párr. 75, y *Caso Reverón Trujillo*, *supra* nota 33, párr. 80. Ver también T.E.D.H., *Caso Campbell y Fell Vs. Reino Unido*, (No. 7819/77; 7878/77), Sentencia de 28 de junio de 1984, párr. 78, y *Caso Langborger Vs. Suecia*, (No. 11179/84), Sentencia de 22 de junio de 1989, párr. 32. Ver también Principios 2, 3 y 4 de los Principios Básicos de las Naciones Unidas relativos a la Independencia de la Judicatura, adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en

abstenerse de realizar injerencias indebidas en el Poder Judicial o en sus integrantes, es decir, con relación a la persona del juez específico, y debe prevenir dichas injerencias e investigar y sancionar a quienes las cometan²¹³.

187. La Corte considera que en este caso no existen suficientes elementos probatorios que permitan inferir la existencia de presiones externas contra los jueces que conocieron de la causa dirigidas a fallar en contra de la señora Atala. Por otra parte, dado que los jueces de la Corte de Apelaciones de Temuco que fueron sancionados por el recurso de queja no son presuntas víctimas en el presente caso, ello limita el pronunciamiento que puede hacer el Tribunal en relación con una posible violación del artículo 8.1 de la Convención por dicha decisión sancionatoria.

188. Finalmente, la Corte ha señalado anteriormente que no constituye una cuarta instancia que pueda realizar una valoración de la prueba referente a cuál de los padres de las tres niñas ofrecía un mejor hogar para las mismas (*supra* párr. 66). En similar sentido, el Tribunal tampoco es una cuarta instancia que pueda pronunciarse sobre la controversia entre diversos sectores de la doctrina local sobre los alcances del derecho interno respecto a los requisitos de procedencia del recurso de queja.

189. De otra parte, respecto a la presunta imparcialidad de la Corte Suprema al adoptar su decisión sobre el recurso de queja, esta Corte recuerda que la imparcialidad exige que el juez que interviene en una contienda particular se aproxime a los hechos de la causa careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio y, asimismo, ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad. Mientras que la imparcialidad personal o subjetiva se presume a menos que exista prueba en contrario, consistente por ejemplo en la demostración de que algún miembro de un tribunal o juez guarda prejuicios o parcialidades de índole personal contra los litigantes, la denominada prueba objetiva consiste en determinar si el juez cuestionado brindó elementos convincentes que permitan eliminar temores legítimos o fundadas sospechas de parcialidad sobre su persona. Ello puesto que el juez debe aparecer como actuando sin estar sujeto a influencia, aliciente, presión, amenaza o intromisión, directa o indirecta²¹⁴, sino única y exclusivamente conforme a -y movido por- el Derecho²¹⁵.

190. La Corte Interamericana resalta que, si bien es cierto que en el presente caso se han declarado algunas violaciones a la Convención (*supra* párrs. 146, 155 y 178), una violación del artículo 8.1. por la presunta falta de imparcialidad judicial de los jueces debe establecerse a partir de elementos probatorios específicos y concretos que indiquen que se está efectivamente ante un caso en el que los jueces claramente se han dejado influenciar por aspectos o criterios ajenos a las normas legales.

191. El Tribunal constata que ni la Comisión ni los representantes han aportado elementos probatorios específicos para desvirtuar la presunción de imparcialidad subjetiva de los jueces. Tampoco se han aportado elementos convincentes que permitan cuestionar la imparcialidad objetiva de los jueces en la sentencia de la Corte Suprema. Una interpretación

Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y 40/146 de 13 de diciembre de 1985.

²¹³ Cfr. *Caso Reverón Trujillo*, *supra* nota 33, párr. 146.

²¹⁴ Principio 2 de los Principios Básicos de las Naciones Unidas relativos a la Independencia de la Judicatura, *supra* nota 212.

²¹⁵ *Caso Aplitz Barbera y otros*, *supra* nota 92, párr. 56.

de las normas del Código Civil chileno en forma contraria a la Convención Americana en materia del ejercicio de la custodia de menores de edad por una persona homosexual no es suficiente, en sí misma, para declarar por este Tribunal una falta de la imparcialidad objetiva.

192. En consecuencia, la Corte considera que el Estado no violó las garantías judiciales reconocidas en el artículo 8.1 de la Convención en relación con la decisión de la Corte Suprema de Justicia en el presente caso.

2. Derecho de las niñas M., V. y R. a ser escuchadas y a que se tengan en cuenta sus opiniones

Alegatos de las partes

193. La Comisión alegó “como particularmente grave que en el proceso de tuición las preferencias y las necesidades de las niñas no fueron consideradas por la Corte Suprema de Justicia, lo que sí fue tomado en cuenta por tribunales inferiores”. Agregó que la Corte Suprema de Justicia de Chile no emprendió esfuerzos para escuchar a las niñas.

194. Los representantes argumentaron que aunque “existen mecanismos procesales cuidadosamente diseñados [en Chile] a fin que las opiniones de los niños tengan injerencia en las decisiones que les afectan y se adopten efectivamente decisiones en su interés, antes que en el de otras personas intervinientes[,]a Corte Suprema obvió completamente estos mecanismos y arbitrariamente eligió dar mayor peso a opiniones basadas en prejuicios y estereotipos, en detrimento de la opinión experta de profesionales y, más importante aún, de las propias niñas, como sí lo hicieron los tribunales de instancia”.

195. El Estado manifestó que “en el contexto del conocimiento de un medio de impugnación extraordinaria, como es el recurso de queja, no existe la oportunidad procesal para reiterar las declaraciones de las niñas, y ello es innecesario en vistas al debido proceso. Desde la perspectiva del interés y la protección de las niñas es contraproducente, además de innecesario, exigirles que vuelvan a declarar en el mismo procedimiento sobre la separación de sus padres y su deseo de vivir con uno de ellos, aumentando así su grado de victimización”. Agregó que “las niñas sí fueron oídas por los jueces de la instancia, y la Corte Suprema tuvo a la vista dichos antecedentes”. Además, indicó que, “[p]or otro lado, el principio de reconocimiento de la autonomía y la subjetividad de las niñas en ningún caso implica o puede ser asimilado a la posibilidad de imponerles la responsabilidad final de decidir sobre sus destinos. [...] Cuando entra en colisión la opinión del niño, niña o adolescente y sus deseos con su ‘interés superior’ [...], sin que sea posible su compatibilidad, deberá necesariamente privilegiarse su interés por sobre sus deseos, pues de lo contrario quedaría sin sustento el régimen especial de protección del que gozan”.

Consideraciones de la Corte

196. La Corte resalta que los niños y las niñas son titulares de los derechos establecidos en la Convención Americana, además de contar con las medidas especiales de protección contempladas en el artículo 19 de la Convención, las cuales deben ser definidas según las circunstancias particulares de cada caso concreto²¹⁶. En el presente caso, el Tribunal observa que el artículo 8.1 de la Convención Americana consagra el derecho a ser oído que ostentan todas las personas, incluidos los niños y niñas, en los procesos en que se

²¹⁶ *Mutatis mutandi, Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221, párr. 121.*

determinen sus derechos. Dicho derecho debe ser interpretado a la luz del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño²¹⁷, el cual contiene adecuadas previsiones sobre el derecho a ser escuchado de las niñas y los niños, con el objeto de que la intervención del niño se ajuste a las condiciones de éste y no redunde en perjuicio de su interés genuino²¹⁸.

197. De manera específica, la Observación General No. 12 de 2009 del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas resaltó la relación entre el "interés superior del niño" y el derecho a ser escuchado, al afirmar que "no es posible una aplicación correcta del artículo 3 [(interés superior del niño)] si no se respetan los componentes del artículo 12. Del mismo modo, el artículo 3 refuerza la funcionalidad del artículo 12 al facilitar el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afecten su vida"²¹⁹.

198. Con el fin de determinar los alcances de los términos descritos en el artículo 12 de dicha Convención, el Comité realizó una serie de especificaciones, a saber: i) "no puede partir[se] de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones"²²⁰; ii) "el niño no debe tener necesariamente un conocimiento exhaustivo de todos los aspectos del asunto que lo afecta, sino una comprensión suficiente para ser capaz de formarse adecuadamente un juicio propio sobre el asunto"²²¹; iii) el niño puede expresar sus opiniones sin presión y puede escoger si quiere o no ejercer su derecho a ser escuchado; iv) "la realización del derecho del niño a expresar sus opiniones exige que los responsables de escuchar al niño y los padres o tutores informen al niño de los asuntos, las opciones y las posibles decisiones que pueden adoptarse y sus consecuencias"²²²; v) "la capacidad del niño [...] debe ser evaluada para tener debidamente en cuenta sus opiniones o para comunicar al niño la influencia que han tenido esas opiniones en el resultado del proceso"²²³, y vi) "los niveles de comprensión de los niños no van ligados de manera uniforme a su edad biológica", por lo que la madurez de los niños o niñas debe medirse a partir de "la capacidad [...] para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente"²²⁴.

²¹⁷ El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño señala: 1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional. (Añadido fuera del texto)

²¹⁸ Cfr. Opinión Consultiva OC-17/02, *supra* nota 122, párr. 99. Por otra parte, el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas ha definido que el derecho a "ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño", implica que "esta disposición es aplicable a todos los procedimientos judiciales pertinentes que afecten al niño, sin limitaciones". Naciones Unidas, Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 12 (2009). El derecho del niño a ser escuchado, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009, párr. 32. En particular, UNICEF ha indicado que "todo procedimiento [...] judicial que afecte al niño cubre un espectro muy amplio de audiencias en cortes, incluyendo todos los procedimientos civiles, tales como los procedimientos de divorcio, custodia, cuidado y adopción, cambio del nombre, solicitudes judiciales respecto al lugar de residencia, religión, educación, disposición de dinero, etc., decisiones judiciales sobre nacionalidad, inmigración y estado de refugiado, y procedimientos penales; también incluye la participación de Estados ante tribunales internacionales". Traducción al castellano de la Secretaría de la Corte Interamericana. Unicef, Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (Tercera edición enteramente revisada) 2007, p. 156.

²¹⁹ Comité de Derechos del Niño, Observación General No. 12, *supra* nota 218, párr. 74.

²²⁰ Comité de Derechos del Niño, Observación General No. 12, *supra* nota 218, párr. 20

²²¹ Comité de Derechos del Niño, Observación General No. 12, *supra* nota 218, párr. 21

²²² Comité de Derechos del Niño, Observación General No. 12, *supra* nota 218, párr. 25

²²³ Comité de Derechos del Niño, Observación General No. 12, *supra* nota 218, párr. 28

²²⁴ Comité de Derechos del Niño, Observación General No. 12, *supra* nota 218, párr. 30

199. Por otra parte, la Corte reitera que los niños y las niñas ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal²²⁵ (*supra* párr. 108). En consecuencia, el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo o en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor de edad y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor de edad, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso²²⁶. Asimismo, la Corte considera que las niñas y los niños deben ser informados de su derecho a ser escuchados directamente o por medio de un representante, si así lo desean. Al respecto, en casos en que se presenten conflictos de intereses entre la madre y el padre, es necesario que el Estado garantice, en lo posible, que los intereses del menor de edad sean representados por alguien ajeno a dicho conflicto.

200. En este sentido, el Comité de los Derechos del Niño ha señalado que el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño no sólo establece el derecho de cada niño de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan, sino el artículo abarca también el subsiguiente derecho de que esas opiniones se tengan debidamente en cuenta, en función de la edad y madurez del niño²²⁷. No basta con escuchar al niño, las opiniones del niño tienen que tomarse en consideración seriamente a partir de que el niño sea capaz de formarse un juicio propio, lo que requiere que las opiniones del niño sean evaluadas mediante un examen caso por caso²²⁸. Si el niño está en condiciones de formarse un juicio propio de manera razonable e independiente, el encargado de adoptar decisiones debe tener en cuenta las opiniones del niño como factor destacado en la resolución de la cuestión²²⁹. Por tanto, en el contexto de decisiones judiciales sobre la custodia, toda la legislación sobre separación y divorcio debe incluir el derecho del niño a ser escuchado por los encargados de adoptar decisiones²³⁰.

201. En el presente caso, la Corte observa que el 8 de abril de 2003 el Juzgado de Menores de Villarrica escuchó en audiencia privada a M., V. y R. y “se guardó registro de la audiencia privada en sobre cerrado en la caja de fondos del Tribunal”²³¹. Además, en la resolución de la demanda de tuición provisional, adoptada por el Juzgado de Menores de Villarrica el 2 de mayo de 2003, se indicó “[q]ue, según consta del cuaderno principal de tuición, se escuchó en audiencia privada a las menores” de edad²³².

202. Por su parte, en la sentencia de primera instancia se manifestó “[q]ue consta en las actas guardadas en caja fuerte del tribunal que las menores [de edad] fueron oídas por este [Juzgado]. En estas audiencias se constató que la voluntad de las tres menores [de edad] es que sus padres vuelvan a vivir juntos, y en la última de las audiencias realizada con fecha 8 de octubre de 2003, [R.] y [V.] expresaron su deseo de volver a vivir con su madre

²²⁵ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 7, *supra* nota 171, párr. 17.

²²⁶ Opinión Consultiva OC-17/02, *supra* nota 122, párr. 102

²²⁷ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 12, *supra* nota 218, párr. 15.

²²⁸ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 12, *supra* nota 218, párrs. 28 y 29.

²²⁹ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 12, *supra* nota 218, párr. 44.

²³⁰ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 12, *supra* nota 218, párrs. 28 y 29.

²³¹ Acta del Juzgado Menores de Villarrica de 8 de abril de 2003 (expediente de anexos a la demanda, tomo I, folio 350).

²³² Resolución de la demanda de tuición provisoria por el Juzgado de Menores de Villarrica de 2 de mayo de 2003, considerado séptimo (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folio 2565).

y en el caso de [M.] sólo se detectó una leve preferencia por la figura materna²³³. Además, el Juzgado aclaró que “las audiencias decretadas para escuchar a las menores [de edad], tuvieron como único fin cumplir con el mandato del [...] artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño y sólo constituyen un antecedente a considerar, sin que condicione la decisión [...], ello en razón de que por su corta edad no están en condiciones de emitir un acertado juicio acerca de la situación que las rodea y teniendo presente además que la opinión de las menores [de edad] puede verse afectada artificialmente por factores externos que las influyen, distorsionen o inhabiliten al fin propuesto²³⁴. Finalmente, el Juzgado tuvo en cuenta una serie de informes psicológicos ordenados por el mismo para determinar el estado psicológico y emocional de las menores de edad²³⁵.”

203. Al respecto, el Tribunal constata que en la primera instancia en el proceso de tuición se cumplió con las obligaciones que se desprenden del derecho de las niñas y niños a ser oídos en un proceso judicial que los afecte, por cuanto no sólo las escuchó en audiencia, sino que además es explícito que se tuvo en cuenta las opiniones de las tres niñas teniendo en cuenta la madurez y capacidad de las mismas en ese momento.

204. Por otra parte, la Corte nota que en el expediente de tuición no obra prueba de que las niñas fueran escuchadas nuevamente por la Corte Suprema de Justicia de Chile en el marco del recurso de queja, ni tampoco hay mención alguna en la sentencia de la Corte Suprema respecto a la decisión de apartarse de la voluntad que las niñas habían manifestado dentro del proceso.

205. En el presente caso, el Tribunal toma en cuenta la naturaleza particular del recurso de queja, que constituye principalmente un recurso disciplinario en contra de los jueces de instancia y en la cual no se recauda más prueba de la que ya ha sido aportada durante todo el proceso de tuición (*supra* párr. 185). Asimismo, esta Corte advierte que un niño o niña no debe ser entrevistado con más frecuencia de la necesaria, en particular cuando se investiguen acontecimientos dañinos, dado que el proceso de “escuchar” a un niño o niña puede resultar difícil y puede causar efectos traumáticos²³⁶. Por esto, el Tribunal no considera que la Corte Suprema tuviera que realizar una nueva audiencia en el marco de la decisión sobre el recurso de queja para escuchar a las menores de edad sobre sus preferencias respecto a la convivencia con uno de los padres, si dentro del expediente de tuición existían varias pruebas en las que constaba la voluntad de las mismas.

206. Sin embargo, el hecho de que una autoridad judicial no tenga que recabar nuevamente el testimonio a un niño o niña en el marco de un proceso judicial, no la libera de la obligación de tener debidamente en cuenta y valorar, en un sentido u otro, las opiniones expresadas por la niña y el niño en las instancias inferiores, en función de la edad y capacidad del niño. De ser pertinente, la autoridad judicial respectiva debe argumentar específicamente por qué no va a tomar en cuenta la opción del niño o la niña. En este sentido, el perito García Méndez expresó que:

En cualquier tipo de controversia entre la opinión de los niños y la autoridad parental o las autoridades institucionales, [...] la opinión de los niños no puede ser descartada discrecionalmente.

²³³ Cfr. Sentencia del Juzgado de Menores de Villarrica de 29 de octubre de 2003, considerado trigésimo sexto (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folio 2605).

²³⁴ Cfr. Sentencia del Juzgado de Menores de Villarrica de 29 de octubre de 2003, considerado trigésimo sexto (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folio 2605).

²³⁵ Cfr. Sentencia del Juzgado de Menores de Villarrica de 29 de octubre de 2003, considerado trigésimo sexto (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folio 2589).

²³⁶ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 12, *supra* nota 218, párr. 24.

Es decir, lo que significa esto es que [...] hay que construir en forma muy sofisticada, argumentos para eventualmente oponerse a lo que sea esta opinión de los niños. [L]a opinión de los niños automáticamente no produce jurisprudencia [...]. Pero también la opinión de los niños no puede ser descartada automáticamente sin una argumentación seria y profunda²³⁷.

207. Igualmente, el perito Cillero Bruñol manifestó que:

[Existe la] obligación [de las autoridades estatales] de considerar su opinión dentro de la deliberación que conduce a una decisión que afecta a los niños. [...] Los adultos que son responsable de la decisión no deben decidir arbitrariamente cuando el niño dice algo relevante para la decisión. [...] Si los niños son lo suficientemente desarrollados en sus opiniones y visiones, ellas deberían prevalecer respecto a asuntos que los afectan, salvo razones muy calificadas en contra. Esto quiere decir que si las opiniones de los niños aparecen fundadas, precisas, con suficiente conocimiento de los hechos y consecuencias que implican, deben *prima facie* prevalecer sobre otras argumentaciones para determinar la decisión que afectará al niño en cuanto a los hechos y estados que se refieran a él mismo. Este primado viene exigido por el principio del interés superior del niño del artículo 3 de la [Convención sobre los Derechos del Niño]. Lo anterior no quiere decir que siempre van a coincidir la determinación del interés superior del niño en el caso concreto con las opiniones del niño, aun cuando el niño tenga la edad y madurez para formarse su juicio propio [...] El juez o el responsable del procedimiento deben evaluar razonablemente el peso de las opiniones del niño, en relación a sus consecuencias para el conjunto de sus derechos fundamentales, así como en relación al nivel de madurez del niño, pero esta valoración [...] exige una carga argumentativa superior a la decisión que se aleja de la opinión del niño²³⁸.

208. La Corte constata que la Corte Suprema de Justicia no explicó en su sentencia cómo evaluó o tomó en cuenta las declaraciones y preferencias hechas por las menores de edad que constaban en el expediente. En efecto, el Tribunal observa que la Corte Suprema no adoptó una decisión en la que se razonara sobre la relevancia atribuida por dicha Corte a las preferencias de convivencia expresadas por las menores de edad y las razones por las cuales se apartaba de la voluntad de las tres niñas. Por el contrario, la Corte Suprema se limitó a fundamentar su decisión en el supuesto interés superior de las tres menores de edad pero sin motivar o fundamentar la razón por la que consideraba legítimo contradecir la voluntad expresada por las niñas durante el proceso de tuición, más aún si se tiene en cuenta la interrelación entre el derecho a participar de los niños y niñas y el objetivo de cumplir con el principio del interés superior del niño (*supra* párr. 197). Por lo anteriormente indicado, la Corte concluye que la referida decisión de la Corte Suprema de Justicia violó el derecho a ser oídas de las niñas y ser debidamente tomadas en cuenta consagrado en el artículo 8.1, en relación con los artículos 19 y 1.1 de la Convención Americana en perjuicio de las niñas M., V. y R..

VI DERECHO A LA IGUALDAD Y LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN, DERECHO A LA VIDA PRIVADA Y DERECHO A LAS GARANTÍAS JUDICIALES EN RELACIÓN CON LA OBLIGACIÓN DE RESPETAR Y GARANTIZAR RESPECTO A LA INVESTIGACIÓN DISCIPLINARIA

209. Uno de los aspectos de la controversia es el proceso disciplinario llevado a cabo en contra de la señora Atala. En lo que atañe a ese tema, en el presente capítulo se establecerán los hechos probados relacionados con dicho proceso para luego analizar las controversias en torno a: i) derecho a la igualdad; ii) vida privada, y iii) garantías judiciales.

²³⁷ Declaración del perito García Méndez en la audiencia pública celebrada en el presente caso el 23 de agosto de 2011.

²³⁸ Declaración escrita rendida por el perito Cillero Bruñol el 4 de agosto de 2011 (expediente de fondo, tomo II, folios 935, 939, 940).

A. Hechos probados respecto a la investigación disciplinaria contra la señora Atala

210. El 17 de marzo de 2003 la Presidenta del Comité de Jueces del Tribunal de Juicio Oral en lo penal de Villarrica puso en conocimiento del Ministro Visitador de la Corte de Apelaciones de Temuco, el señor Lenin Lillo, "una situación puntual acaecida el 12" de marzo de 2003. En dicho escrito, la Presidenta del Comité de Jueces informó que la señora Atala había pedido a una de sus subalternas que "transcribi[era], redactar[a] e imprimier[a] oficios a nombre del Juzgado de Letras y de Menores de Villarrica, en los cuales se pedían diligencias en la causa por tuición [...] en que dicha magistrad[a era] parte litigante". Además, manifestó que "proced[ió] a efectuar una reunión de carácter privado con la magistrad[a] Atala Riffo [...] señalándole lo improcedente de su actuar y su in[j]erencia en un ámbito dado a otro Tribunal, donde ella no [era] juez, sino parte demandada"²³⁹.

211. Ese mismo día y el 19 de marzo de 2003 el Pleno de la Corte de Apelaciones de Temuco designó mediante acuerdos al señor Lillo²⁴⁰, a fin de que efectuara una visita extraordinaria en el Tribunal penal de Villarrica en el que la señora Atala tenía el cargo de jueza. Al respecto, se expresó que "dicha visita obedec[ía] a dos hechos fundamentales: uno, las publicaciones aparecidas en los diarios 'Las Últimas Noticias' [...] y 'La Cuarta' [...] en las que se ha[ría] referencia al carácter de lesbiana que se atribu[ía] en dichas publicaciones a la [señora] Atala"²⁴¹ y el otro, correspondía a los hechos reseñados en la denuncia de 17 de marzo de 2003.

212. Después de realizada la visita al Juzgado en el que la señora Atala era titular, el señor Lillo presentó un informe a la Corte de Apelaciones de Temuco²⁴², mediante el cual informó respecto a tres presuntos hechos irregulares, a saber: i) "utilización de elementos y personal para cumplir diligencias decretadas por el Juez [...] de menores"; ii) "utilización indebida del sello del Tribunal", y iii) "publicaciones aparecidas en la prensa". Respecto al primer hecho, se realizó un recuento respecto a los hechos informados por la Presidenta del Comité de Jueces y se concluyó que dichos hechos "rev[estían] a juicio de [ese] visitador especial gravedad dado que la señora [...] Atala [...] prevaleciéndose de medios y personal del Tribunal que forma [p]arte se ha involucrado directamente en el cumplimiento de actuaciones decretadas en el juicio que se s[eguía] ante el Juez de Menores". En relación con el segundo hecho, el señor Lillo manifestó que "rev[estían] una especial gravedad por cuanto la Juez Karen Atala ha[bía] excedido el límite de sus atribuciones con su proceder al utilizar elementos del Tribunal que est[aba]n a cargo de terceros para favorecer a personas relacionadas con su círculo de amistades".

213. Por último, el señor Lillo hizo referencia a las publicaciones aparecidas en los Diarios "Las Últimas Noticias" y "La Cuarta", en las cuales se daba a conocer a la opinión pública la demanda de tuición y se hacía referencia a "la relación lésbica que" de la señora Atala "sostendría con otra mujer".

²³⁹ Escrito de la Presidente del Comité de Jueces del Tribunal de Juicio Oral en lo penal de Villarrica de 17 de marzo de 2003 (expediente de fondo, tomo XIII, folio 7040).

²⁴⁰ Cfr. Informe preparado por el Ministro Lenin Lillo de la Corte de Apelaciones de Temuco de 2 de abril de 2003 (expediente de fondo, tomo XII, folio 5927).

²⁴¹ Informe preparado por el Ministro Lenin Lillo de la Corte de Apelaciones de Temuco de 2 de abril de 2003 (expediente de fondo, tomo XII, folio 5927).

²⁴² Cfr. Informe preparado por el Ministro Lenin Lillo de la Corte de Apelaciones de Temuco de 2 de abril de 2003 (expediente de fondo, tomo XII, folios 5927 a 5934).

214. Sobre estos hechos, el señor Lillo concluyó en su informe que:

no está en el ánimo de este visitador emitir juicios de valor respecto de la inclinación sexual de la Magistrad[a] Atala, sin embargo no se puede soslayar el hecho de que su peculiar relación afectiva ha trascendido el ámbito privado al aparecer las publicaciones señaladas precedentemente, lo que claramente daña la imagen tanto de la Sra. Atala como del Poder Judicial. Todo lo anterior reviste una gravedad que merece ser observada por el Ilmo. Tribunal²⁴³.

215. El 2 de abril de 2003 la Corte de Apelaciones de Temuco aprobó la visita realizada por el señor Lillo y formuló cargos en contra de la señora Atala respecto a los tres presuntos hechos irregulares señalados en el informe²⁴⁴. Posteriormente, el 9 de mayo de 2003 la Corte de Apelaciones profirió "un severo llamado de atención por la utilización de elementos y personal para cumplir diligencias decretadas por el Juez de Letras de Menores [...] en una causa en la cual ella e[ra] una de las partes de la controversia"²⁴⁵.

B. El derecho a la igualdad y la prohibición de la discriminación

Alegatos de las partes

216. Los representantes alegaron que la señora Atala "llevaba una relación estable de pareja que no se diferenciaba de otras relaciones de pareja, salvo por el hecho que su pareja era de su mismo sexo", por lo que "la orden de investigar y de constituirse una visita al tribunal en que servía la jueza Atala, se basaba exclusivamente en un rechazo discriminatorio a su orientación sexual".

217. El Estado argumentó que "el informe del ministro Lillo al pleno de la Corte de Apelaciones de Temuco, contiene una serie de antecedentes graves que ameritaron el 'severo llamado de atención'" y que dicho llamado de atención a la señora Atala "no dice relación con su homosexualidad, sino que corresponde a denuncias y hechos constatados por el Ministro Lillo, completamente ajenos a ésta".

Consideraciones de la Corte

218. El Tribunal nota que la Corte de Apelaciones de Temuco recibió el 17 de marzo de 2003 una denuncia contra la señora Atala por el uso de implementos y personal del Juzgado para asuntos de interés personal (*supra* párr. 210). Sin embargo, la Corte observa que, de acuerdo con lo plasmado en el informe del ministro visitador, se expresaron otras consideraciones para llevar a cabo la visita al sitio de trabajo de la señora Atala. Ellas estaban expresamente referidas a su orientación sexual, pues se relacionaban con "las publicaciones aparecidas en el diario 'La Cuarta' de fecha 28 de febrero de [2003] y en 'Las Últimas Noticias' de fecha 1 de marzo [de 2003], en las cuales se d[ió] a conocer a la opinión pública el contenido de una demanda de tuición entablada por el [señor López] en contra de su esposa [...] porque esta última sostendría una relación lésbica con otra

²⁴³ Informe preparado por el Ministro Lenin Lillo de la Corte de Apelaciones de Temuco de 2 de abril de 2003 (expediente de fondo, tomo XII, folio 5934).

²⁴⁴ La Corte de Apelaciones de Temuco señaló que "se aprueba la visita practicada por el Ministro Lenin Lillo [...] y se formulan como cargos en contra de la señora Karen Atala Riffo, los tres capítulos del informe evacuados por el visitador". Resolución de la Corte de Apelaciones de Temuco de 2 de abril de 2003 (expediente de fondo, tomo XII, folio 5935).

²⁴⁵ Resolución de la Corte de Apelaciones de Temuco de 9 de mayo de 2003 (expediente de fondo, tomo XII, folio 5937).

mujer”²⁴⁶. De manera que uno de los motivos de la visita al sitio de trabajo de la señora Atala era constatar lo manifestado por las publicaciones de prensa respecto a su orientación sexual.

219. La Corte observa que la investigación disciplinaria y la visita extraordinaria mencionadas tienen fundamento legal en los artículos 544 inciso 4²⁴⁷, 559²⁴⁸ y 560²⁴⁹ del Código Orgánico de Tribunales. Al ser uno de los propósitos de la visita el indagar sobre la orientación sexual de la señora Atala con base en las noticias de prensa, se constata un trato diferenciado en perjuicio de la señora Atala al incorporar como materia investigable en el proceso disciplinario su orientación sexual y su relación con una persona del mismo sexo.

220. El Estado alegó que, finalmente, el “llamado de atención” de la Corte de Temuco se basó “exclusivamente” en “la utilización de elementos y personal para cumplir diligencias decretadas” por el Juzgado a cargo del proceso de tuición, por lo cual la señora Atala no habría sido sancionada, según ese alegato, por un hecho relacionado con su orientación sexual. No obstante, el Tribunal constata que en el informe realizado por el ministro visitador, el cual fue posteriormente aprobado por la Corte Apelaciones de Temuco y con base en el cual se formularon cargos en contra de la señora Atala, se manifestó que “no se puede soslayar el hecho de que su peculiar relación afectiva ha trascendido el ámbito privado al aparecer las publicaciones señaladas precedentemente, lo que claramente daña la imagen tanto de la [señora] Atala como del Poder Judicial. Todo lo anterior reviste una gravedad que merece ser observada por el [...] Tribunal”²⁵⁰. Por tanto, si bien la señora Atala no fue sancionada expresamente por la Corte de Temuco por su orientación sexual, ese aspecto fue parte de las consideraciones incorporadas en el informe del ministro visitador, las que no fueron desautorizadas ni cuestionadas por la Corte de Temuco.

221. Ahora bien, respecto al fin legítimo que se perseguía con dicha investigación, en el informe presentado no fue precisado con claridad cuál era el fin de la visita respecto a la indagación de la orientación sexual, por cuanto sólo se hizo referencia a las noticias de prensa que se habían publicado. En este sentido, si bien el fin legítimo no fue explicitado en

²⁴⁶ Informe preparado por el Ministro Lenin Lillo de la Corte de Apelaciones de Temuco de 2 de abril de 2003 (expediente de fondo, tomo XII, folio 5934).

²⁴⁷ El artículo 544 inciso 4 del Código Orgánico de Tribunales dispone que: “[l]as facultades disciplinarias que corresponden a la Corte Suprema o a las Cortes de Apelaciones, deberán especialmente ejercitarse respecto de los funcionarios del orden judicial que se encuentren en los casos que siguen: [...] 4. Cuando por irregularidad de su conducta moral o por vicios que les hicieren desmerecer en el concepto público comprometieren el decoro de su ministerio”. Disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=25563> (último acceso 20 de febrero de 2012), dirección electrónica suministrada por el Estado (expediente de fondo, tomo XII, folio 5914).

²⁴⁸ El artículo 559 del Código Orgánico de Tribunales establece que: “[l]os Tribunales Superiores de Justicia decretarán visitas extraordinarias por medio de alguno de sus ministros en los juzgados de su respectivo territorio jurisdiccional, siempre que el mejor servicio judicial lo exigiere”. Disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=25563> (último acceso 20 de febrero de 2012) (expediente de fondo, tomo XII, folio 5914).

²⁴⁹ El artículo 560 del Código Orgánico de Tribunales señala que: “[e]l tribunal ordenará especialmente estas visitas en los casos siguientes: 1. Cuando se tratase de causas civiles que puedan afectar las relaciones internacionales y que sean de competencia de los tribunales de justicia; 2. Cuando se tratase de la investigación de hechos o de pesquisar delitos cuyo conocimiento corresponda a la justicia militar y que puedan afectar las relaciones internacionales, o que produzcan alarma pública y exijan pronta represión por su gravedad y perjudiciales consecuencias, y 3. Siempre que sea necesario investigar hechos que afecten a la conducta de los jueces en el ejercicio de sus funciones y cuando hubiere retardo notable en el despacho de los asuntos sometidos al conocimiento de dichos jueces”. Disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=25563> (último acceso 20 de febrero de 2012) (expediente de fondo, tomo XII, folio 5914).

²⁵⁰ Informe preparado por el Ministro Lenin Lillo de la Corte de Apelaciones de Temuco de 2 de abril de 2003 (expediente de fondo, tomo XII, folio 5934).

el reporte, de lo expresado en el informe se podría llegar a inferir que mediante la indagación respecto a la orientación sexual de la señora Atala se buscaba proteger la "imagen del poder judicial". Sin embargo, la alegada protección de la "imagen del poder judicial" no puede justificar una diferencia de trato basada en la orientación sexual. Además, el fin que se invoque al efectuar una diferencia de trato de este tipo debe ser concreto y no abstracto. En el caso concreto, el Tribunal no observa relación alguna entre un deseo de proteger la "imagen del poder judicial" y la orientación sexual de la señora Atala. La orientación sexual o su ejercicio no pueden constituir, bajo ninguna circunstancia, fundamento para llevar a cabo un proceso disciplinario, pues no existe relación alguna entre el correcto desempeño de la labor profesional de la persona y su orientación sexual.

222. Por tanto, al ser discriminatoria una diferenciación en una indagación disciplinaria relacionada con su orientación sexual, la Corte concluye que el Estado vulneró el artículo 24 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana en perjuicio de Karen Atala Riffo.

C. Derecho a la vida privada

Alegatos de las partes

223. Los representantes manifestaron que la investigación disciplinaria constituyó una injerencia en la vida privada de la señora Atala, por cuanto se "revisó [su] oficina [...], incluido su computador e impresora, [se] entrevistó al personal del tribunal [...] sobre posibles visitas de mujeres que la [señora] Atala hubiese recibido [y se] interrogó a la [señora] Atala sobre su vida privada y su relación de pareja". Agregaron que se "expuso de manera ilegítima a [la señora] Atala ante su comunidad social y profesional, violando su vida privada".

224. El Estado indicó que la visita "no generó ninguna sanción administrativa en contra de la [señora] Atala, ya que la Corte de Apelaciones de Temuco consideró que sus actividades privadas y vida familiar no entorpecían su labor judicial".

Consideraciones de la Corte

225. El artículo 11 de la Convención, como ya que quedado señalado (*supra* párr. 161), prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas, por lo que el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de la autoridad pública²⁵¹. Según la jurisprudencia de la Corte, para determinar si existió una injerencia arbitraria a la vida privada se deben analizar, entre otros requisitos, la legalidad y la finalidad de la medida.

226. En el presente caso, la señora Atala declaró respecto a la visita realizada a su sitio de trabajo que:

el ministro se instaló en mi escritorio, en mi Despacho, me revisó mi computador personal [y] revisó todas las páginas web que yo había visitado. Después interrogó a todos los funcionarios, uno por uno del Tribunal, uno por uno, y además interrogó al personal de aseo y después interrogó a mis colegas jueces porque yo me había colegiado con tres jueces y fue al Tribunal de garantía, porque yo era del Tribunal oral penal, interrogó a los dos jueces de ahí y además a la secretaria del juzgado de Villarrica. Es decir pasaron seis colegas interrogados sobre si yo era o no era lesbiana²⁵².

²⁵¹ Cfr. *Caso de las Masacres de Ituango*, *supra* nota 177, párr. 194 y *Caso Fontevecchia y D`Amico*, *supra* nota 28, párr. 48.

²⁵² Declaración de la señora Karen Atala Riffo rendida ante la Corte Interamericana en la audiencia pública del presente caso.

227. Ante este tratamiento, la señora Atala señaló que:

“me sentí profundamente humillada, expuesta, como que me hubieran desnudado y arrojado a la plaza pública”²⁵³.

228. Además, la señora Atala explicó que, antes de la visita extraordinaria, la Corte de Apelaciones de Temuco le había dirigido a los funcionarios del Juzgado de Villarrica un cuestionario con preguntas para indagar sobre la orientación sexual de la señora Atala²⁵⁴. Estos hechos no fueron controvertidos por el Estado.

229. En particular, la Corte nota que en el informe de la visita del señor Lillo se establecieron, como conclusión, entre otros, los siguientes hechos: i) que la señora Atala “comenzó a ser visitada en su oficina por una gran cantidad de mujeres a partir de mediados del 2002”²⁵⁵, incluyendo a su pareja “con quien pasaba horas en su oficina”; ii) que la señora Atala “fue visitada en el Tribunal por los padres” de su pareja y que informó que “se trataba[n] de sus suegros”, y iii) que la señora Atala “manifestó su homosexualidad abiertamente” al señor Lillo y “defendió su determinación de comunicárselo abiertamente a los funcionarios y Magistrados del Tribunal”²⁵⁶.

230. La Corte constata que, si bien la investigación disciplinaria se inició con un fundamento legal²⁵⁷ y no terminó con una sanción disciplinaria en contra de la señora Atala por su orientación sexual, sí se indagó en forma arbitraria sobre ello, lo cual constituye una interferencia al derecho a la vida privada de la señora Atala, el cual se extendía a su ámbito profesional. Por lo tanto, el Estado es responsable por la violación del derecho a la vida privada, reconocido en el artículo 11.2 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, en perjuicio de Karen Atala Riffo.

D. Garantías judiciales

231. La Comisión calificó “el contenido de la visita extraordinaria decretada por la Corte de Apelaciones de Temuco como un ejemplo de la falta de imparcialidad y los prejuicios discriminatorios presentes en el poder judicial chileno para la época del juicio de tuición”. Por otra parte, argumentó “el impacto de esta visita en el juicio de tuición en materia de prejuzgamiento, ya que el Ministro Lenin Lillo terminó participando en la concesión de la orden de no innovar el 24 de noviembre de 2003”.

232. Los representantes arguyeron que “[c]uando una Corte de Apelaciones del Estado de Chile decide iniciar un procedimiento disciplinario contra una jueza y nombra a un ministro en visita extraordinaria porque se ha filtrado [en la prensa] su orientación sexual, también hay una violación a la imparcialidad ya que la visita es un procedimiento y su origen se debe a un prejuicio”. Además, alegaron que la “violación del derecho a ser juzgado por un tribunal imparcial se produce en el momento en que el 24 de noviembre de 2003 dos

²⁵³ Declaración de la señora Karen Atala rendida ante la Corte Interamericana en la audiencia pública del presente caso.

²⁵⁴ Declaración de la señora Karen Atala rendida ante la Corte Interamericana en la audiencia pública del presente caso.

²⁵⁵ Informe preparado por el Ministro Lenin Lillo de la Corte de Apelaciones de Temuco de 2 de abril de 2003, *supra* nota 43, folio 5933.

²⁵⁶ Informe preparado por el Ministro Lenin Lillo de la Corte de Apelaciones de Temuco de 2 de abril de 2003, *supra* nota 43, folio 5934.

²⁵⁷ Ver las normas disciplinarias (*supra* párr. 219).

Ministros que habían emitido una opinión negativa respecto de la orientación sexual de la Jueza Atala participaron en el otorgamiento de la orden de no innovar". En particular, los representantes manifestaron que "los Ministros Lenin Lillo y Archivaldo Loyola estaban legalmente impedidos" para participar en la orden de no innovar, ya que "el primero [había] actua[do] como ministro visitador en el marco de la investigación" disciplinaria y el segundo por haber "exhort[ado] derechamente a la [señora] Atala a que renunciara a sus hijas".

233. El Estado no se pronunció sobre estos alegatos respecto a la visita extraordinaria. Por otra parte, alegó que "no es efectivo que la respectiva sala de la Corte de Apelaciones de Temuco [...] haya estado integrada por dos Ministros legalmente impedidos de actuar, pues no habiéndose invocado la causal de inhabilidad, se entiende que aquella parte que podía invocarla renunció al ejercicio de su derecho".

Consideraciones de la Corte

234. La Corte reitera que la imparcialidad personal de un juez debe ser presumida, salvo prueba en contrario (*supra* párr. 189)²⁵⁸. Para el análisis de la imparcialidad subjetiva, el Tribunal debe intentar averiguar los intereses o motivaciones personales del juez en un determinado caso²⁵⁹. En cuanto al tipo de evidencia que se necesita para probar la imparcialidad subjetiva, el Tribunal Europeo ha indicado que se debe tratar de determinar si el juez ha manifestado hostilidad o si ha hecho que el caso sea asignado a él por razones personales²⁶⁰.

235. La Corte ya ha establecido (*supra* párrs. 222 y 230) que la visita extraordinaria afectó el derecho a la igualdad y a la no discriminación y la vida privada de la señora Atala. Asimismo, se ha concluido que era discriminatorio incorporar en la investigación disciplinaria la orientación sexual o la relación de pareja de la señora Atala, por cuanto no existía relación alguna con su desempeño profesional (*supra* párr. 221) y por lo cual tampoco existía fundamento para concluir que la orientación sexual de la señora Atala podía derivar en una falta disciplinaria. Sin embargo, en el informe de la visita al sitio de trabajo se determinó, con relación a la orientación sexual de la señora Atala, que los hallazgos eran hechos que "rev[estían] una gravedad que merec[ía] ser observada por [la Corte de Apelaciones de Temuco]" (*supra* párr. 214).

236. Además, el Tribunal toma en cuenta las circunstancias de la realización de la visita extraordinaria, ya que antes y durante la visita se llevaron a cabo una serie de interrogatorios a funcionarios y empleados del Juzgado de Villarrica para indagar sobre la orientación sexual y los hábitos de la señora Atala (*supra* párrs. 228 y 229). También se

²⁵⁸ En similar sentido, en la jurisprudencia europea, ver T.E.D.H., *Caso Kyprianou Vs. Chipre*, (No. 73797/01), Sentencia de 27 de enero de 2004, párr. 119 ("In applying the subjective test, the Court has consistently held that the personal impartiality of a judge must be presumed until there is proof to the contrary"), citando T.E.D.H., *Caso Hauschildt Vs. Dinamarca*, (No. 10486/83), Sentencia de 24 de mayo de 1989, párr. 47.

²⁵⁹ Cfr. T.E.D.H., *Caso Kyprianou*, *supra* nota 258, párr. 118 ("a subjective approach, that is endeavouring to ascertain the personal conviction or interest of a given judge in a particular case").

²⁶⁰ Cfr. T.E.D.H., *Caso Kyprianou*, *supra* nota 258, párr. 119 ("As regards the type of proof required, the Court has, for example, sought to ascertain whether a judge has displayed hostility or ill will or has arranged to have a case assigned to himself for personal"). Ver asimismo, T.E.D.H., *Caso Bellizzi Vs. Malta*, (No. 46575/09), Sentencia de 21 de junio de 2011. Final, 28 de noviembre de 2011, párr. 52 y *Caso De Cubber Vs. Bélgica*, (No. 9186/80), Sentencia de 26 de octubre de 1996, párr. 25. Además, el Tribunal Europeo señaló que la imparcialidad subjetiva de un juez puede determinarse, según las circunstancias concretas del caso, con base en el comportamiento del juez durante el procedimiento, el contenido, los argumentos y el lenguaje utilizados en la decisión, o los motivos para llevar a cabo la investigación, que indiquen una falta de distancia profesional frente a la decisión. Cfr. T.E.D.H., *Caso Kyprianou Vs. Chipre*, (No. 73797/01), G.C., Sentencia de 15 de diciembre de 2005, párrs. 130 a 133.

observa que las conclusiones del informe de la visita presentadas a la Corte de Apelaciones, en su conjunto, fueron aprobadas por dicha Corte el mismo día que fue presentado dicho informe. La Corte de Apelaciones procedió entonces a imputarle cargos disciplinarios a la señora Atala, entre otras cosas, por su orientación sexual (*supra* párr. 215).

237. Teniendo en cuenta todos los hechos reseñados anteriormente, la Corte considera que existían prejuicios y estereotipos que fueron manifestados en el informe, que demostraban que quienes realizaron y aprobaron dicho informe no fueron objetivos respecto a este punto. Por el contrario, dejaron plasmada su posición personal respecto a la orientación sexual de la señora Atala en un ámbito disciplinario en el que no era aceptable ni legítimo un reproche jurídico por este hecho. En consecuencia, la Corte establece que la visita extraordinaria y la investigación disciplinaria se realizaron sin la imparcialidad subjetiva necesaria, por lo que el Estado vulneró el artículo 8.1 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana en perjuicio de Karen Atala Riffo.

238. En relación al Ministro Loyola, la Corte observa que en el expediente no consta prueba con la que se pudiera corroborar que el señor Loyola, en una reunión privada que se habría llevado a cabo en marzo de 2003, le hubiera sugerido a la señora Atala que entregara sus hijas al padre de las mismas. Por otra parte, el Tribunal reitera que la garantía a la imparcialidad judicial debe ser respetada por las autoridades judiciales de manera *ex officio*. Por lo tanto, cualquier juez, al respecto del cual exista una razón legítima y objetiva para poner en duda su imparcialidad, debe inhibirse de participar en la adopción de la decisión²⁶¹. Por lo anterior, el señor Lillo debió apartarse de la decisión de no innovar de 24 de noviembre de 2003, después de haber llevado a cabo la visita extraordinaria en el marco de la investigación disciplinaria. No obstante, la Corte constata que inmediatamente después de dicha decisión la Corte de Apelaciones de Temuco decidió confirmar las consideraciones de la primera instancia y dejar sin efecto dicha orden de no innovar²⁶².

VII REPARACIONES (APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 63.1 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA)

239. Sobre la base de lo dispuesto en el artículo 63.1 de la Convención Americana²⁶³, la Corte ha indicado que toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente²⁶⁴, y que esa disposición recoge una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre responsabilidad de un Estado²⁶⁵.

²⁶¹ Cfr. T.E.D.H., *Caso Micallef Vs. Malta*, (No. 17056/06), G.C., Sentencia del 15 de octubre de 2009, párr. 98 (“What is at stake is the confidence which the courts in a democratic society must inspire in the public. Thus, any judge in respect of whom there is a legitimate reason to fear a lack of impartiality must withdraw”); T.E.D.H., *Caso Castillo Algar Vs. España*, (No. 28194/95), Sentencia de 8 de octubre de 1998, párr. 45.

²⁶² Sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco de 30 de marzo de 2004 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folio 2643).

²⁶³ El artículo 63.1 de la Convención Americana dispone:

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

²⁶⁴ Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 7, párr. 25 y *Caso Fontevicchia y D`Amico, supra* nota 28, párr. 97.

²⁶⁵ Cfr. *Caso Castillo Páez Vs. Perú. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C No. 43, párr. 50 y *Caso Fontevicchia y D`Amico, supra* nota 28, párr. 97.

240. El Estado alegó que el presente caso “no ha supuesto una violación de los derechos humanos [...] de la señora Karen Atala ni de sus tres hijas”. Sin embargo, en consideración de las violaciones a la Convención Americana declaradas en los capítulos anteriores, el Tribunal analizará las pretensiones presentadas por la Comisión y los representantes, así como las posiciones presentadas por el Estado, a la luz de los criterios fijados en la jurisprudencia de la Corte en relación con la naturaleza y alcances de la obligación de reparar, con el objeto de disponer las medidas tendientes a reparar los daños ocasionados a las víctimas.

241. La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), que consiste en el restablecimiento de la situación anterior. De no ser esto factible, como ocurre en la mayoría de los casos de violaciones a derechos humanos, el Tribunal determinará medidas para garantizar los derechos conculcados, reparar las consecuencias que las infracciones produjeron y establecer una indemnización que compense los daños ocasionados²⁶⁶. Por tanto, la Corte ha considerado la necesidad de otorgar diversas medidas de reparación, a fin de resarcir los daños de manera integral, por lo que además de las compensaciones pecuniarias, las medidas de restitución, satisfacción y garantías de no repetición tienen especial relevancia por los daños ocasionados²⁶⁷.

242. Este Tribunal ha establecido que las reparaciones deben tener un nexo causal con los hechos del caso, las violaciones declaradas, los daños acreditados, así como con las medidas solicitadas para reparar los daños respectivos. Por tanto, de acuerdo con las consideraciones expuestas sobre el fondo y las violaciones a la Convención declaradas en los capítulos anteriores, la Corte deberá observar dicha concurrencia para pronunciarse debidamente y conforme a derecho²⁶⁸.

A. Parte Lesionada

243. El Tribunal considera parte lesionada, en los términos del artículo 63.1 de la Convención, a quien ha sido declarado víctima de la violación de algún derecho consagrado en la misma²⁶⁹. En el caso bajo examen la Corte declaró que el Estado violó los derechos humanos de Karen Atala Riffo y las niñas M., V. y R. (*supra* párrs. 146, 155, 178, 208, 222, 230 y 237). En lo que atañe a la niña V., a los efectos de las reparaciones, se debe estar a lo establecido en el párrafo 71.

244. La Corte nota que los representantes han solicitado que entre los beneficiarios de las reparaciones se incluyan a personas que no fueron presentadas por la Comisión Interamericana como presuntas víctimas en este caso. En específico, solicitaron “la reparación integral de los perjuicios materiales e inmateriales” presuntamente ocasionados a: i) María del Carmen Riffo Véjar, madre de Karen Atala y abuela de M., V. y R.; ii) Emma Zelmira María De Ramón Acevedo, pareja de Karen Atala hasta el año 2010; iii) Sergio

²⁶⁶ Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez*, *supra* nota 264, párr. 26 y *Caso Fontevecchia y D`Amico*, *supra* nota 28, párr. 98.

²⁶⁷ Cfr. *Caso de la Masacre de Mapiripán*, *supra* nota 93, párr. 294 y *Caso Barbani Duarte y otros*, *supra* nota 91, párr. 240.

²⁶⁸ Cfr. *Caso Baldeón García Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 183 y *Caso Fontevecchia y D`Amico*, *supra* nota 28, párr. 101.

²⁶⁹ Cfr. *Caso Bayarri Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C No. 187, párr. 126 y *Caso Fontevecchia y D`Amico*, *supra* nota 28, párr. 101.

Ignacio Javier Vera Atala, hijo mayor de Karen Atala; iv) Judith Riffo Vේjar, tía abuela de las niñas M., V. y R., y v) Elías Atala Riffo, hermano de Karen Atala.

245. Sin embargo, la Corte observa que la Comisión no alegó en el informe de fondo ni en la demanda que dichas personas sean víctimas de violaciones a derechos consagrados en la Convención Americana. En razón de lo anterior, y teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal²⁷⁰, la Corte no considera como "parte lesionada" a los familiares de las víctimas en el presente caso y precisa que éstos serán acreedores a reparaciones únicamente en calidad de derechohabientes, es decir, si las víctimas han fallecido, y de conformidad con lo establecido en la legislación interna²⁷¹.

246. La jurisprudencia internacional y, en particular, de la Corte Interamericana, ha establecido reiteradamente que la sentencia constituye *per se* una forma de reparación²⁷². No obstante, considerando las circunstancias del presente caso, y las afectaciones a las víctimas derivadas de las violaciones de los artículos 24, 11.2, 17.1, 19, 8.1 y 1.1 de la Convención Americana, declaradas en perjuicio de la señora Atala y las niñas M., V. y R., la Corte estima pertinente fijar algunas medidas de reparación según se explica en los siguientes apartados.

B. Obligación de investigar e imponer consecuencias legales a los funcionarios responsables

247. La Comisión solicitó a la Corte que ordene al Estado "investigar e imponer las consecuencias legales que correspondan por el actuar de funcionarios judiciales que discriminaron e interfirieron arbitrariamente en la vida privada y familiar de Karen Atala, y que incumplieron sus obligaciones internacionales de asegurar el interés superior de M., V. y R."

248. Los representantes no presentaron alegatos al respecto.

249. El Estado señaló que la pretensión de la Comisión "parece apartarse de la jurisprudencia" de la Corte Interamericana y manifestó su "profunda preocupación" por la solicitud de que se sancione a los miembros del Poder Judicial. El Estado alegó que la Corte no posee atribuciones "para investigar y sancionar la conducta individual de los agentes [estatales] que hubiesen [cometido] violaciones [a derechos humanos pues sólo es competente] para [declarar] la responsabilidad internacional de los Estados".

250. Al respecto, la Corte constata que la Comisión no hizo precisiones que le dieran al Tribunal elementos suficientes para analizar en profundidad esta solicitud. Por ejemplo, no fue señalado si existen normas del derecho interno que faculten a las autoridades disciplinarias para investigar la comisión de actos discriminatorios. Asimismo, no se analizaron las particularidades de este caso en relación con otros casos anteriores donde se

²⁷⁰ Cfr. *Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de julio de 2009 Serie C No. 198, párr. 112 y *Caso Mejía Idrovo Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de julio de 2011. Serie C No. 228, párr. 131.

²⁷¹ Cfr. *Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría")*, *supra* nota 270, párr. 114 y *Caso Abril Alosilla y otros Vs. Perú. Fondo Reparaciones y Costas*. Sentencia de 4 de Marzo de 2011. Serie C No. 223, párr.90.

²⁷² Cfr. *Caso Neira Alegría y otros Vs. Perú. Reparaciones y Costas*, Sentencia de 19 de septiembre de 1996. Serie C No. 29, párr. 56 y *Caso Fontevecchia y D`Amico*, *supra* nota 28, párr. 102.

han ordenado este tipo de medidas. Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte considera que en el presente caso no es procedente la solicitud presentada por la Comisión.

C. Otras medidas de reparación integral: satisfacción y garantías de no repetición

251. El Tribunal determinará otras medidas que buscan reparar el daño inmaterial y que no tienen naturaleza pecuniaria, y dispondrá medidas de alcance o repercusión pública²⁷³.

1. Rehabilitación: asistencia médica y psicológica a las víctimas

252. La Comisión solicitó que se dispongan medidas de rehabilitación a favor de las víctimas. El Estado no realizó ninguna observación a dicha solicitud mientras que los representantes hicieron mención a estas medidas en el marco de su solicitud de indemnización por daño material (*infra* párr. 287).

253. La Corte observa que los informes presentados por las psiquiatras aluden a diversas afectaciones que padecen la señora Atala y las niñas M., V. y R. como consecuencia de algunas de las violaciones de derechos ocurridas en el presente caso.

254. La Corte estima, como lo ha hecho en otros casos²⁷⁴, que es preciso disponer una medida de reparación que brinde una atención adecuada a los padecimientos psicológicos sufridos por las víctimas, atendiendo a sus especificidades. Por lo tanto, habiendo constatado las violaciones y los daños sufridos por las víctimas en el presente caso, el Tribunal dispone la obligación a cargo del Estado de brindarles gratuitamente y de forma inmediata, hasta por cuatro años, el tratamiento médico y psicológico que requieran. En particular, el tratamiento psicológico debe brindarse por personal e instituciones estatales especializadas en la atención de víctimas de hechos como los ocurridos en el presente caso. Al proveer dicho tratamiento se deben considerar, además, las circunstancias y necesidades particulares de cada víctima, de manera que se les brinden tratamientos familiares e individuales, según lo que se acuerde con cada una de ellas, después de una evaluación individual²⁷⁵. Los tratamientos deben incluir la provisión de medicamentos y, en su caso, transporte y otros gastos que estén directamente relacionados y sean estrictamente necesarios.

255. En particular, dicho tratamiento se deberá brindar, en la medida de las posibilidades, en los centros más cercanos a su lugar de residencia. Las víctimas que soliciten esta medida de reparación, o sus representantes legales, disponen de un plazo de seis meses, contados a partir de la notificación de la presente Sentencia, para dar a conocer al Estado su intención de recibir atención psicológica o psiquiátrica.

2. Satisfacción

a) *Publicación de la Sentencia*

²⁷³ Cfr. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C No. 77, párr. 84 y *Caso Familia Barrios, supra* nota 31, párr. 326.

²⁷⁴ Cfr. *Caso Barrios Altos Vs. Perú. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de noviembre de 2001. Serie C No. 87, párrs. 42 y 45 y *Caso Familia Barrios, supra* nota 31, párr. 329.

²⁷⁵ Cfr. *Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109, párr. 278 y *Caso Familia Barrios, supra* nota 31, párr. 329.

256. La Comisión solicitó a la Corte que ordene al Estado la publicación de las partes pertinentes de la Sentencia que emita el Tribunal.

257. En igual sentido, los representantes solicitaron que se publicara “un extracto de los hechos probados y la parte resolutive completa [...] por dos veces, en días domingos sucesivos, en los diarios ‘El Mercurio’, ‘La Tercera’, ‘Las Últimas Noticias’ y ‘La Cuarta’”. Además, solicitaron a la Corte que ordene al Estado la publicación del texto completo de la Sentencia en la página web inicial del Poder Judicial de Chile “por un término no inferior a 6 meses”.

258. El Estado no presentó ningún argumento destinado a controvertir la reparación solicitada por la Comisión y los representantes.

259. Al respecto, la Corte estima, como lo ha dispuesto en otros casos²⁷⁶, que el Estado deberá publicar, en el plazo de seis meses, contado a partir de la notificación de la presente Sentencia:

- el resumen oficial de la presente Sentencia elaborado por la Corte, por una sola vez, en el Diario Oficial;
- el resumen oficial de la presente Sentencia elaborado por la Corte, por una sola vez, en un diario de amplia circulación nacional, y
- la presente Sentencia en su integridad, disponible por un período de un año, en un sitio *web* oficial.

b) Acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional

260. La Comisión solicitó a la Corte que ordene al Estado efectuar un reconocimiento público de responsabilidad internacional.

261. En similar sentido, los representantes solicitaron la realización de un acto público de “desagravio” a las víctimas “en forma verbal y escrita” que debería contar con la presencia de las más altas autoridades del Estado, incluyendo “al Presidente de la República y al Presidente de la Corte Suprema”.

262. El Estado no se pronunció respecto a la solicitud de la Comisión y los representantes.

263. La Corte ha determinado que en ciertos casos se justifica que los Estados realicen un reconocimiento de responsabilidad que debe realizarse en un acto público para que surta sus efectos plenos²⁷⁷. En el presente caso procede adoptar una medida de dicha naturaleza y el Estado deberá hacer referencia a las violaciones de derechos humanos declaradas en la presente Sentencia. El Estado deberá asegurar la participación de las víctimas que así lo deseen, e invitar al evento a las organizaciones que representaron a las víctimas en las instancias nacionales e internacionales. La realización y demás particularidades de dicha ceremonia pública deben consultarse previa y debidamente con los representantes de las

²⁷⁶ Cfr. *Caso Barrios Altos*, *supra* nota 274, Punto Resolutivo 5.d) y *Caso Fontevecchia y D`Amico*, *supra* nota 28, párr. 108.

²⁷⁷ Cfr. *Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 3 de diciembre de 2001. Serie C No. 88, párr. 81 y *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 254.

víctimas. Para cumplir con esta obligación el Estado cuenta con un plazo de un año a partir de la notificación de la presente Sentencia.

264. En cuanto a las autoridades estatales que deberán estar presentes o participar en dicho acto, el Tribunal, como lo ha hecho en otros casos, señala que deberán ser de alto rango. Corresponderá al Estado definir a quienes se encomienda tal tarea. Sin embargo, deberá existir representación del Poder Judicial en el acto.

3. Garantías de no repetición

265. Los alegatos presentados por la Comisión y los representantes referidos a la implementación de garantías de no repetición guardan estrecha relación con: i) la capacitación a funcionarios públicos, y ii) la adopción de medidas de derecho interno, reformas y adecuación de leyes contra la discriminación.

266. El Estado alegó que “no resultan procedentes” dichas solicitudes “porque la legislación nacional no es discriminatoria”. Consideró que “la aplicación de medidas de no repetición de carácter legislativo [solamente se justifica,] cuando el tribunal internacional declara que existe una violación general por parte de un Estado a un derecho fundamental, vulneraciones que no han sido acreditadas en esta causa ni corresponde hacerlo, por escaparse del objeto del procedimiento”. Alegó que “no es correcta la afirmación” de la señora Atala al señalar en la audiencia pública que “la sentencia de la Corte Suprema ha generado una línea jurisprudencial discriminatoria contra las madres homosexuales en juicios de custodia de sus hijos”. Asimismo, el Estado mencionó y anexó una serie de decisiones judiciales de tribunales de primera instancia, la Corte Suprema de Justicia y el Tribunal Constitucional, para mostrar el apego de la jurisprudencia nacional al derecho internacional²⁷⁸.

267. La Corte resalta que algunos actos discriminatorios analizados en capítulos previos se relacionaron con la reproducción de estereotipos que están asociados a la discriminación estructural e histórica que han sufrido las minorías sexuales (*supra* párr. 92), particularmente en cuestiones relacionadas con el acceso a la justicia y la aplicación del derecho interno. Por ello, algunas de las reparaciones deben tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo restitutivo sino también correctivo²⁷⁹ hacia cambios estructurales que desarticulen aquellos

²⁷⁸ Cfr. Sentencias de primera instancia: *Sentencia RIT No. C-178-2005* emitida por el Juzgado de Familia de Santa Cruz; *Sentencia RIT No. C-917-2005* emitida por el Juzgado de Familia de Temuco; *Sentencia RIT No. C-1075-2008* emitida por el Segundo Juzgado de Familia de Santiago, y *Sentencia RIT No. C-1049-2010* emitida por el Juzgado de Familia de Villarrica. Sentencias emitidas por la Corte Suprema de Justicia de Chile: *Vásquez Martínez*, Rol No. 559-2004 de 13 de diciembre de 2006; *Albornoz Agüero*, Rol No. 4183-2006 de 18 de abril de 2007; *Massis con Sánchez*, Rol No. 608-2010 de 24 de junio de 2010; *Mesa con De la Rivera*, Rol No. 4307-2010 de 16 de agosto de 2010; *Poblete con Díaz*, Rol. 5770-2010 de 18 de noviembre de 2010; *Barrios Duque*, Rol. 1369-09 de 20 de enero de 2010; *Encina Pérez*, Rol No. 5279-2009 de 14 de abril de 2010; “*Episodio Chihuío*”, Rol No. 8314-09 de 27 de enero de 2011; *Farías Urzúa*, Rol No. 5219-2010 de julio de 2011; *Iribarren González*, Rol No. 9474-2009 de 21 de diciembre de 2011; *Silva Camus*, Rol No. 1198-2010 de 20 de diciembre de 2010; *Figuroa Mercado*, Rol No. 3302-2009 de 18 de mayo de 2010; *González Galeano*, Rol No. 682-2010 de 19 de agosto de 2011; *Ríos Soto*, Rol No. 6823-2009 de 25 de agosto de 2011; *Hermanos Vergara Toledo*, Rol No. 789-2009 de 4 de agosto de 2010; *Prats González*, Rol No. 2596-2009 de 8 de julio de 2010; *Aldoney Vargas*, Rol No. 4915-2009 de 5 de mayo de 2011; *Linares Solís*, Rol No. 2263-2010 de 27 de abril de 2011; *Ortega Fuentes*, Rol No. 2080-2008 de 8 de abril de 2010; *Robotham y Thauby*, Rol No. 5436-2010 de 22 de junio de 2011; *Juan Llaupé y otros*, Rol No. 5698-2009 de 25 de enero de 2011, y *Soto Cerna*, Rol No. 5285-2010 de 11 de junio de 2011. Sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional: *Rol No. 786-07* de 13 de junio de 2007, y *Rol No. 1309-09* de 20 de abril de 2010 (expediente de fondo, tomo XII, folios 5882, 5912, 5913, 5914, 5956 a 6325, y expediente de fondo, tomo XIII, folios 6325 a 7039).

²⁷⁹ En similar sentido, *cfr. Caso González y otras (“Campo Algodonero”)*, *supra* nota 127, párr. 450.

estereotipos y prácticas que perpetúan la discriminación contra la población LGTBI. En esta línea a continuación se analizarán las solicitudes de la Comisión y los representantes.

a) *Capacitación a funcionarios públicos*

268. La Comisión destacó la importancia de llevar a cabo “capacitaciones a autoridades judiciales” y “la realización de campañas a fin de contribuir a un ambiente de tolerancia frente a una problemática que ha sido invisibilizada”.

269. Los representantes instaron a la Corte a que dictamine que el Estado debe “[i]ncorporar cursos obligatorios sobre [D]erechos [H]umanos con especial énfasis en temas de [g]énero relacionados con la discriminación por orientación sexual, identidad y expresión de género”. A consideración de los representantes estos cursos “deberán ser impartidos por la Corporación Administrativa del Poder Judicial a todos los escalafones” de la administración de justicia. Además, solicitaron la asignación de una partida presupuestaria para el Instituto Nacional de Derechos Humanos con la finalidad de que dicha institución lleve a cabo programas de prevención de “discriminación, diseminación y educación en derechos humanos, e investigaciones”.

270. El Estado informó que se han llevado a cabo “[c]apacitaciones en materias de [d]iversidad y no [d]iscriminación, especialmente a funcionarios de diversas reparticiones públicas a lo largo del territorio nacional, buscando la difusión de los diferentes instrumentos nacionales e internacionales de protección de la diversidad”.

271. El Tribunal toma nota de los desarrollos llevados a cabo por el Estado en materia de programas y acciones de capacitación dirigidos a capacitar a funcionarios públicos. Sin perjuicio de lo anterior, la Corte ordena que el Estado continúe implementando programas y cursos permanentes de educación y capacitación en: i) derechos humanos, orientación sexual y no discriminación; ii) protección de los derechos de la comunidad LGTBI, y iii) discriminación, superación de estereotipos de género en contra de la población LGTBI. Los cursos deben estar dirigido a funcionarios públicos a nivel regional y nacional, y particularmente a funcionarios judiciales de todas las áreas y escalafones de la rama judicial.

272. Dentro de dichos programas y cursos de capacitación deberá hacerse una especial mención a la presente Sentencia y a los diversos precedentes del *corpus iuris* de los derechos humanos relativos a la proscripción de la discriminación por orientación sexual y a la obligación de todas las autoridades y funcionarios de garantizar que todas las personas, sin discriminación por su orientación sexual, puedan gozar de todos y cada uno de los derechos establecidos en la Convención. Debe ponerse especial atención para este efecto, en normas o prácticas en el derecho interno que, sea intencionalmente o por sus resultados, pueden tener efectos discriminatorios en el ejercicio de derechos por personas pertenecientes a las minorías sexuales.

b) *Adopción de medidas de derecho interno, reformas y adecuación de leyes contra la discriminación*

273. La Comisión solicitó a la Corte que ordene al Estado chileno “la adopción de medidas correctivas como legislación, políticas públicas, programas y directivas para prohibir y erradicar la discriminación con base en la orientación sexual en todas las esferas del ejercicio del poder público, incluyendo la administración de justicia”.

274. Los representantes solicitaron a la Corte que dicte medidas tendientes a reformar la legislación existente en Chile. En específico, solicitó que se enviara un "Mensaje de Suma Urgencia" al proyecto de ley que establece medidas contra la discriminación (Boletín 3815-07) con el fin de que en dicho proyecto de ley se proscriba expresamente la discriminación por orientación sexual y se "preve[an] recursos legales para reclamar por su vulneración". Por otro lado, los representantes exigieron la derogatoria y modificación de toda la normativa que "al tenor del artículo 2 de la Convención entrarí[a] en conflicto con el derecho a la igualdad entre las personas, perpetuando y validando la discriminación por orientación sexual".

275. El Estado indicó que la decisión de la Corte Suprema no supone "la presencia de una práctica constante y amparada en la ley (o en la insuficiente regulación de ésta) que permita [...] a los tribunales nacionales [...] interpret[ar] las normas de tuición de manera discriminatoria respecto de la orientación sexual de los progenitores". Agregó que "la legislación chilena en materia de determinación de la tuición no establece discriminación [...] directa ni indirecta por la opción sexual de los padres".

276. Por otro lado, el Estado expresó que el derecho a la igualdad se encuentra garantizado con amplitud en la Constitución de Chile, a saber, "los artículos 1º, 5º, 19 No. 2, 19 No. 3, 19 No. 17, 19 No. 20 y 19 No. 22 de la Carta Fundamental" y "una acción de protección para asegurar su protección eficaz en el artículo 20". Además, precisó que el Congreso Nacional discute actualmente un proyecto de ley sobre no discriminación (Boletín Nº 3815-07) que establece "de manera expresa" ciertas categorías prohibidas de discriminación y "otra acción judicial para garantizar su adecuada protección y respeto". En igual sentido, en relación con iniciativas legislativas, expresó que el Gobierno de Chile ha presentado "el proyecto de ley acuerdo de vida en pareja (Boletín Nº 7873-07)" que busca "mejorar a nivel legal las condiciones de igualdad entre personas con distintas orientaciones sexuales". El Estado allegó como prueba documental un informe elaborado por el señor Claudio Nash, en el cual se señala que la legislación chilena en materia de determinación de la tuición no establece discriminación directa o indirecta por la orientación sexual de los padres y que la ley procedimental no señala que la orientación sexual de los padres "los incapacite para desempeñar su rol".

277. Asimismo, el Estado indicó que actualmente existen "innumerables políticas públicas, programas y directivas estatales destinados a erradicar la discriminación en todas sus formas, incluyendo aquella con base en la orientación sexual". Refirió que la Dirección de Organizaciones Sociales del Ministerio Secretaría General de Gobierno preparó el Programa Diversidad Sexual 2011 que tiene como finalidad "[p]romover una política de respeto por todas las personas [...] velando porque no existan discriminaciones arbitrarias contra las minorías".

278. El Estado manifestó, respecto a sus políticas públicas de lucha contra la discriminación, que la División de Organizaciones Sociales ("DOS"), adscrita al Ministerio Secretaría General de Gobierno, ha venido implementando desde el año 2000 el programa denominado "Tolerancia y no discriminación". El Estado informó que en el año 2006 este programa se convirtió en el Departamento de Diversidad y no Discriminación, para promover la integración social de personas y grupos vulnerables a la discriminación, incluyendo la orientación sexual como uno de los criterios de discriminación contemplados. Dicho departamento, actuando a través de la Sección No Discriminación y la Sección

Diversidad, ha realizado una serie de programas, proyectos y actividades para promover la no discriminación de minorías sexuales²⁸⁰.

Consideraciones de la Corte

279. La Corte recuerda que el artículo 2 de la Convención obliga a los Estados Parte a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades protegidos por la Convención²⁸¹. Es decir, los Estados no sólo tienen la obligación positiva de adoptar las medidas legislativas necesarias para garantizar el ejercicio de los derechos en ella consagrados, sino que también deben evitar promulgar aquellas leyes que impidan el libre ejercicio de estos derechos, y evitar que se supriman o modifiquen las leyes que los protegen²⁸².

280. En el presente caso, la Corte se limitó a examinar la relación entre la aplicación judicial de ciertas normas con prácticas discriminatorias. El Tribunal no analizó la compatibilidad de una determinada norma con la Convención Americana ni fue ello materia de este caso. Asimismo, los representantes no aportaron elementos suficientes que permitan inferir que las violaciones se hayan derivado de un problema de las leyes en sí mismas. Por tanto, la Corte considera que no es pertinente, en las circunstancias del presente caso, ordenar la adopción, modificación o adecuación de normas específicas de derecho interno.

281. De otra parte, conforme lo ha establecido en su jurisprudencia previa, este Tribunal recuerda que es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico²⁸³. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin.

²⁸⁰ Entre dichos programas, el Estado mencionó: la edición del "Diagnóstico de la Oferta Pública en materia de Diversidad y no Discriminación", que corresponde a un levantamiento sobre la oferta pública en 12 regiones del país, realizado en el año 2007; la realización de un Encuentro entre Acción Social Gay, Alianza Trans, el Sindicato Afrodita de Valparaíso y la Secretaría Regional Ministerial de Gobierno, en el marco de la difusión del diagnóstico mencionado; capacitaciones en materias de diversidad y no discriminación a funcionarios a nivel nacional; apoyo a la realización de eventos públicos organizados por el movimiento LGBT, como por ejemplo la Gay Parade; el Segundo Encuentro Nacional de Organizaciones Trans Femininas "Dificultades, Avances y Desafíos en la Promoción y Defensa de los Derechos Humanos", organizado por el sindicato "Amanda Jofré" y la Agrupación de Travestis Travesnavia, en el año 2006; la Primera Jornada de Capacitación "Planificación estratégica a la red de la Diversidad de la Región del Biobío", organizada, entre otros, por la Red de Organizaciones de Diversidad Sexual en el año 2007; el Primer Encuentro Nacional "Género, familia y diversidad sexual", organizado por ACCION GAY el año 2009; diseño del Programa de Diversidad Sexual para el año 2011, del cual se han implementado las siguientes acciones: la realización del seminario "Diversidad Sexual y Discriminación en Chile", realizado el 27 de enero de 2011 y la realización de 12 encuentros de la "Mesa de Diálogo sobre Diversidad Sexual", creada por la División de Organizaciones Sociales con el fin de reunir representantes de la comunidad gay, lesbiana, bisexual, transgénero, transexual e intersexual (GLBTI), centros de estudios superiores, fundaciones, corporaciones e instituciones internacionales. Cfr. escrito de alegatos finales presentado por el Estado (expediente de fondo, tomo XII, folios 5833 a 5837).

²⁸¹ Cfr. *Caso Gangaram Panday Vs. Surinam. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 4 de diciembre de 1991. Serie C No. 12, párr. 50 y *Caso Chocrón Chocrón*, *supra* nota 26, párr. 140.

²⁸² Cfr. *Caso Gangaram Panday*, *supra* nota 281, párr. 50 y *Caso Chocrón Chocrón*, *supra* nota 26, párr. 140.

²⁸³ Cfr. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 124 y *Caso Fontevecchia y D'Amico*, *supra* nota 28, párr. 93.

282. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana²⁸⁴.

283. Así, por ejemplo, tribunales de la más alta jerarquía en la región, tales como la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica²⁸⁵, el Tribunal Constitucional de Bolivia²⁸⁶, la Suprema Corte de Justicia de República Dominicana²⁸⁷, el Tribunal Constitucional del Perú²⁸⁸, la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina²⁸⁹, la Corte Constitucional de Colombia²⁹⁰, la Suprema Corte de la Nación de México²⁹¹ y la Corte Suprema de Panamá²⁹² se han referido y han aplicado el control de convencionalidad teniendo en cuenta interpretaciones efectuadas por la Corte Interamericana.

284. En conclusión, con base en el control de convencionalidad, es necesario que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales se apliquen adecuándose a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal en el presente caso²⁹³. Ello es de particular relevancia en relación con lo señalado en el presente caso respecto a la proscripción de la discriminación por la orientación sexual de la persona de acuerdo a lo estipulado en el artículo 1.1. de la Convención Americana (*supra* apartado C.2).

D. Indemnización Compensatoria por daño material e inmaterial

²⁸⁴ Cfr. *Caso Almonacid Arellano y otros*, *supra* nota 283, párr. 124 y *Caso Fontevecchia y D`Amico*, *supra* nota 28, párr. 93.

²⁸⁵ Cfr. Sentencia de 9 de mayo de 1995 emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Acción Inconstitucional. Voto 2313-95 (Expediente 0421-S-90), considerando VII.

²⁸⁶ Cfr. Sentencia emitida el 10 de mayo de 2010 por el Tribunal Constitucional de Bolivia (Expediente No. 2006-13381-27-RAC), apartado III.3. sobre “El Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Fundamentos y efectos de las Sentencias emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.

²⁸⁷ Cfr. Resolución No. 1920-2003 emitida el 13 de noviembre de 2003 por la Suprema Corte de Justicia de República Dominicana.

²⁸⁸ Cfr. Sentencia emitida el 21 de julio de 2006 por el Tribunal Constitucional del Perú (Expediente No. 2730-2006-PA/TC), fundamento 12 y sentencia 00007-2007-PI/TC emitida el 19 de junio de 2007 por el Pleno del Tribunal Constitucional del Perú (Colegio de Abogados del Callao c. Congreso de la República), fundamento 26.

²⁸⁹ Cfr. Sentencia emitida el 23 de diciembre de 2004 por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, República Argentina (Expediente 224. XXXIX), “Espósito, Miguel Angel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa”, considerando 6 y Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, Mazzeo, Julio Lilo y otros, recurso de casación e inconstitucionalidad. M. 2333. XLII. y otros de 13 de Julio de 2007, párr. 20.

²⁹⁰ Cfr. Sentencia C-010/00 emitida el 19 de enero de 2000 por la Corte Constitucional de Colombia, párr. 6.

²⁹¹ Cfr. Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, Expediente Varios 912/2010, decisión de 14 de julio de 2011.

²⁹² Cfr. Corte Suprema de Justicia de Panamá, Acuerdo No. 240 de 12 de mayo de 2010, mediante el cual se da cumplimiento a la sentencia de 27 de enero de 2009, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Santander Tristan Donoso contra Panama.

²⁹³ Cfr. *Caso López Mendoza Vs. Venezuela. Fondo Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C No. 233, párr. 228.

285. La Corte ha desarrollado en su jurisprudencia los conceptos de daño material²⁹⁴ e inmaterial²⁹⁵ y los supuestos en que corresponde indemnizarlos.

1. *Daño material*

286. La Comisión solicitó a la Corte que “fije en equidad el monto de la indemnización correspondiente al daño material [...] causado”.

287. Los representantes solicitaron el pago de “daños emergentes, que [la señora Atala] ha tenido o tendrá que sufragar en el futuro, así como la pérdida de legítimas ganancias o utilidades que ha dejado y dejará de percibir”. Esta reparación supondría:

i) gastos relacionados con la “asistencia psiquiátrica y terapéutica [...] y la correlativa prescripción de numerosos medicamentos [...] en los que ha incurrido la peticionaria y los que se estima se generará[n] en el futuro”, gastos que ascenderían a US\$62.205 (sesenta y dos mil doscientos cinco dólares de los Estados Unidos de América);

ii) gastos de transporte, teniendo en cuenta que las hijas de la señora Atala viven en Temuco y que “la proyección que h[icieron] con relación a los gastos futuros, está calculada hasta el cumplimiento de la mayoría de edad de la menor” de las niñas, gastos que ascenderían a US\$38.752 (treinta y ocho mil setecientos cincuenta y dos dólares de los Estados Unidos de América), y

iii) respecto al lucro cesante, los representantes alegaron que la señora Atala no pudo disponer adecuadamente de un bien inmueble, ubicado en la ciudad de Villarrica, debido al tiempo que ha mantenido el régimen periódico de visitas. Argumentaron que la víctima no pudo arrendar dicho inmueble ni obtener una utilidad de ello. Los representantes consideraron que el cálculo debe ser hecho en equidad y hasta la fecha en que la menor de las niñas cumpla la mayoría de edad. Al respecto, solicitaron el pago de la suma de US\$96.600 (noventa y seis mil seiscientos dólares de los Estados Unidos de América), basando esta pretensión en un cálculo que toma en cuenta el pago del último dividendo de la señora Atala por la casa, considerando que el pago del dividendo equivale en la mayoría de los casos a la renta de arrendamiento. Alegaron que “esta ganancia legítima [...] se habría producido de no mediar la decisión arbitraria de la Corte Suprema que determinó la separación de sus hijas”.

288. Para el Estado, al no existir acto discriminatorio alguno, “no proceden las indemnizaciones solicitadas”. Asimismo, alegó, en referencia al caso *Salgueiro da Silva Mouta Vs. Portugal*, que el Tribunal Europeo “no otorgó ninguna compensación [pues] el haber[se] declarado que existió una violación [...] constituy[ó] en sí mism[a] una justa compensación con respecto a los daños que se alega[ron]”. Finalmente, el Estado expresó que buscó alcanzar un acuerdo amistoso “que no logró concretarse debido a lo[s] elevados

²⁹⁴ Cfr. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C No. 91, párr. 43 y *Caso Fontevecchia y D`Amico*, supra nota 28, párr. 114.

²⁹⁵ El Tribunal ha establecido que el daño inmaterial “puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a la víctima directa y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima o su familia”. *Caso de los “Niños de la Calle”*, supra nota 273, párr. 84 y *Caso Fontevecchia y D`Amico*, supra nota 28, párr. 120.

[...] montos solicitados por la presunta víctima, [que] no se concedían con la magnitud del alegado daño”.

289. La Corte ha desarrollado en su jurisprudencia el concepto de daño material y ha establecido que éste supone “la pérdida o detrimento de los ingresos de las víctimas, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso”²⁹⁶.

290. En relación con el presunto lucro cesante generado por las pérdidas económicas de la señora Atala por no haber podido arrendar su casa en Villarrica u obtener otra utilidad de dicha casa ante la necesidad de disponer de ella durante las visitas a sus hijas, los representantes basaron sus pretensiones en un cuadro que abarca el período de junio de 2004 a diciembre de 2010, y de enero de 2011 a octubre 2017, cuando la hija menor de la señora Atala cumpla la mayoría de edad. Los representantes cuantificaron el lucro cesante en US\$47.400 (equivalente a \$ 23.700.000 pesos chilenos) para el primer período, y US\$49.200 (equivalente a \$24.600.000 pesos chilenos), para un total de US\$96.600. Indicaron que la Corte debe utilizar el mencionado cuadro como orientación para fijar una estimación de las ganancias perdidas con base en el criterio de equidad.

291. El criterio de equidad ha sido utilizado en la jurisprudencia de esta Corte para la cuantificación de daños inmateriales²⁹⁷, de los daños materiales²⁹⁸ y para fijar el lucro cesante²⁹⁹. Sin embargo, al usar este criterio ello no significa que la Corte pueda actuar discrecionalmente al fijar los montos indemnizatorios³⁰⁰. Corresponde a las partes precisar claramente la prueba del daño sufrido así como la relación específica de la pretensión pecuniaria con los hechos del caso y las violaciones que se alegan. En el presente caso, los representantes se limitaron a anexar una copia del pago del último dividendo de la señora Atala por la mencionada casa y un listado de los valores diarios de la Unidad de Fomento del Banco Central³⁰¹. El Tribunal considera que ello no constituye una argumentación suficientemente detallada y clara para determinar la relación entre las mencionadas unidades de fomento, el pago del dividendo hipotecario, el cuadro demostrativo de las ganancias dejadas de percibir y la cantidad de lucro cesante que, por este concepto, se solicita sea fijada en equidad por la Corte.

292. Además, dado que debe existir un nexo causal entre los hechos analizados por el Tribunal, las violaciones declaradas anteriormente y el presunto lucro cesante (*supra* párrs. 287 y 291), la Corte reitera que no le corresponde realizar una ponderación de la prueba obrante en el expediente de tuición del presente caso referente a cuál de los padres de las tres niñas ofrecía un mejor hogar para las mismas. Por lo tanto, no es procedente que el Tribunal se pronuncie sobre la afirmación de los representantes en el sentido que la pérdida de ganancias respecto a la casa de Villarrica no se habría producido sin la sentencia de la Corte Suprema de Justicia.

²⁹⁶ Cfr. *Caso Bámaca Velásquez*, *supra* nota 294, párr. 43 y *Caso Fontevicchia y D`Amico*, *supra* nota 28, párr. 114.

²⁹⁷ Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez*, *supra* nota 264, párr. 27 y *Caso Familia Barrios*, *supra* nota 31, párr. 378.

²⁹⁸ Cfr. *Caso Neira Alegría y otros*, *supra* nota 272, párr. 50 y *Caso Familia Barrios*, *supra* nota 31, párr. 373.

²⁹⁹ Cfr. *Caso Neira Alegría y otros*, *supra* nota 272, párr. 50 y *Caso Familia Barrios*, *supra* nota 31, párr. 373.

³⁰⁰ Cfr. *Caso Aloeboetoe y otros Vs. Surinam. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C No. 15, párr. 87.

³⁰¹ Cfr. Copia valor unidad de fomento – base de datos estadísticos (expediente de anexos al escrito de solicitudes, argumentos y pruebas, tomo VI, folio 2925).

293. Similar conclusión se extiende al análisis de los gastos de transporte de la señora Atala destinados a la visita de sus hijas. En efecto, si la Corte no ha entrado a determinar a cuál de los padres le correspondía la tuición, tampoco puede valorar el impacto económico del régimen de visitas fijado en las decisiones judiciales internas sobre la tuición.

294. Finalmente, en relación a los gastos relacionados con el tratamiento médico y la compra de medicamentos, la Corte observa que obra prueba en el expediente respecto a dichos gastos y su relación con los efectos que tuvo en la señora Atala la pérdida de la tuición de sus niñas³⁰². El Tribunal considera que dicha prueba es razonable para concluir que las violaciones declaradas en la presente Sentencia pudieron tener efectos negativos respecto al bienestar emocional y psicológico de la señora Atala. Sin embargo, el monto solicitado por los gastos en medicamentos realizados hasta 2010 (US\$ 14.378) no se desprende de manera clara de los certificados anexados. De otra parte, la Corte observa que la señora Atala recibía atención médica por la afectación de su salud desde antes del proceso de tuición. Por lo tanto, la Corte no puede determinar con precisión qué componentes del tratamiento médico se relacionaron exclusivamente con las afectaciones sufridas por las violaciones declaradas en el presente caso. Respecto al pago de los gastos futuros del tratamiento médico por el periodo 2012-2017, la Corte considera que dicho gasto será cubierto por medio de la implementación de la medida de rehabilitación de asistencia médica y psicológica ya ordenada (*supra* párr. 254 y 255). Por lo tanto, la Corte fija, con base en un criterio de equidad, la suma de US\$ 10.000 por concepto de los gastos ya realizados por atención médica y psicológica.

2. Daño inmaterial

295. La Comisión solicitó que se fije en equidad el monto de la indemnización correspondiente al daño inmaterial causado.

296. Los representantes solicitaron a la Corte que ordene al Estado el pago de “una indemnización pecuniaria” que repare el “sufrimiento y las aflicciones que ha causado la vulneración de [los] derechos fundamentales”, el “detrimento ostensible en el proyecto de vida” y el “doloroso distanciamiento y la pérdida recíproca de madre e hijas”. La solicitud de indemnización por daño inmaterial asciende a US\$ 100.000 (cien mil dólares de los Estados Unidos de América) para cada una de las víctimas.

297. El Estado reiteró los argumentos esgrimidos sobre daño material (*supra* párr. 288).

³⁰² Al respecto, se anexaron certificados médicos sobre asistencia psiquiátrica y terapéutica y prescripción de medicamentos y una proyección de gastos médicos y farmacéuticos futuros efectuados por la psiquiatra Figueroa Morales. Según el certificado extendido por esta psiquiatra, la señora Atala fue atendida en 314 oportunidades, desde junio de 2003 hasta diciembre de 2010, por un valor total de \$12.560.000 pesos chilenos equivalentes a US\$ 25.120 (veinticinco mil ciento veinte dólares de los Estados Unidos de América). *Cfr.* Certificado emitido por la psiquiatra Figueroa Morales de 21 de diciembre de 2010 (expediente de anexos al escrito de solicitudes, argumentos y pruebas, tomo VI, folio 2762 y expediente de fondo, tomo I, folios 242 y 243). Según los certificados extendidos por la psiquiatra Figueroa Morales, la señora Atala realizó los siguientes gastos en medicamentos y consultas: i) desde junio de 2003 hasta junio de 2006: \$5.775.000 pesos chilenos. Certificado emitido por la psiquiatra Figueroa Morales de 27 de junio de 2006 (expediente de anexos al escrito de solicitudes, argumentos y pruebas, tomo VI, folio 2764), y ii) desde junio de 2006 hasta mayo de 2008: \$268.000 pesos chilenos. Certificado emitido por la psiquiatra Figueroa Morales de 19 de mayo de 2008 (expediente de anexos al escrito de solicitudes, argumentos y pruebas, tomo VI, folio 2763). Además, la psiquiatra Figueroa Morales indicó que la señora Atala “requerirá apoyo psiquiátrico permanente hasta que las hijas sean independientes, que significa al menos 7 años más considerando la edad de la hija menor”. Peritaje de Claudia Figueroa Morales de 4 de agosto de 2010 (expediente de fondo, tomo II, folio 797).

298. La Corte observa que en la audiencia pública la señora Atala señaló, respecto a la investigación disciplinaria efectuada en su contra (*supra* párr. 227), que se sintió “profundamente humillada, expuesta, como que [la] hubieran desnudado y arrojado a la plaza pública”. Por otro lado, expresó que la decisión de la Corte Suprema de Chile que resolvió el recurso de queja tuvo incidencia directa en su identidad de madre al privarle de sus hijas por ser lesbiana, provocándole “humillación [...] como mujer”, estigmatizándola como “incapaz” para ser madre y “criar a sus propios hijos”. Además, la víctima manifestó que a causa de las violaciones ocurridas en el presente caso su reputación, actividad profesional, relaciones sociales y familiares se vieron afectadas. Finalmente, las peritos que efectuaron una evaluación psicológica de la señora Atala y de las niñas M., V. y R. diagnosticaron diversos daños relacionados con los hechos de discriminación y afectación a la vida privada y familiar que han sido mencionados en esta Sentencia.

299. Al respecto, la Corte observa que las violaciones declaradas generaron en las víctimas diversos daños en su cotidianidad, diversos niveles de estigmatización y desasosiego. En atención a las indemnizaciones ordenadas por el Tribunal en otros casos, y en consideración de las circunstancias del presente caso, los sufrimientos ocasionados a las víctimas, así como el cambio en las condiciones de vida y las restantes consecuencias de orden inmaterial que sufrieron, la Corte estima pertinente fijar, en equidad, la cantidad de US\$ 20.000 (veinte mil dólares de los Estados Unidos de América) para la señora Atala y de US\$ 10.000 (diez mil dólares de los Estados Unidos de América) para cada una de las niñas M., V. y R. por concepto de indemnización por daño inmaterial.

E. Costas y gastos

300. Como ya lo ha señalado la Corte en oportunidades anteriores, las costas y gastos están comprendidos dentro del concepto de reparación establecido en el artículo 63.1 de la Convención Americana³⁰³.

301. La Comisión solicitó que la Corte “ordene al Estado de Chile el pago de las costas y gastos que se [...] origina[ron] de la tramitación del [...] caso tanto en el ámbito interno como ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”.

302. Los representantes solicitaron un pago por concepto de las costas y gastos del litigio a nivel nacional e internacional. El monto solicitado en el escrito de solicitudes argumentos y pruebas ascendía a US\$80.200 (ochenta mil doscientos dólares de los Estados Unidos de América). En los alegatos finales escritos se incluyeron un conjunto de conceptos por los que se solicitaba, en total, una suma mayor a dicho monto³⁰⁴.

³⁰³ Cfr. *Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C. No. 39, párr. 79 y *Caso Fontevecchia y D`Amico*, *supra* nota 28, párr. 124.

³⁰⁴ Los representantes tasaron en US\$ 200 (doscientos dólares de los Estados Unidos de América) cada hora de su trabajo. Asimismo, en su escrito de alegatos finales precisaron que solicitaban lo siguiente por gastos y costas contadas en horas de trabajo: i) “[c]ostas de tramitación del Recurso de Queja en Chile: US\$20.000” (veinte mil dólares de los Estados Unidos de América); ii) “[c]ostas de presentación de denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos” (“50 horas de preparación de denuncia”; “50 horas de preparación de audiencia ante la CIDH”, y “1 hora de audiencia ante la CIDH”: US\$20.200 (veinte mil doscientos dólares de los Estados Unidos de América); iii) “[c]ostas incurridas durante el proceso de solución amistosa” (“50 horas de preparación para 5 reuniones [...] con representantes del Estado”; “66 horas de traslados entre Santiago y Washington -3 viajes ida y vuelta de 11 horas c/tramo”, y “150 horas de preparación de 10 escritos (15 horas por cada escrito) presentados ante la CIDH”: US\$53.200 (cincuenta y tres mil doscientos dólares de los Estados Unidos de América); iv) “[c]ostas incurridas en la preparación de la demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos” (“80 horas de preparación de la demanda” y “457 horas de trabajo al momento de presentarse el escrito de alegatos finales): US\$91.400 (noventa y un mil cuatrocientos dólares de los Estados Unidos de América), y v) “[c]ostas incurridas en la preparación de la audiencia y alegatos finales ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos” (“120 horas de preparación de la audiencia”; “100 horas de preparación” del escrito de alegatos finales”,

303. Por su parte, el Estado no presentó observaciones a las pretensiones sobre costas y gastos de los representantes.

304. El Tribunal ha señalado que las pretensiones de las víctimas o sus representantes en materia de costas y gastos, y las pruebas que las sustentan, deben presentarse a la Corte en el primer momento procesal que se les concede, esto es, en el escrito de solicitudes y argumentos, sin perjuicio de que tales pretensiones se actualicen en un momento posterior, conforme a las nuevas costas y gastos en que se haya incurrido con ocasión del procedimiento³⁰⁵. En cuanto al reembolso de las costas y gastos, corresponde a la Corte apreciar prudentemente su alcance, el cual comprende los gastos generados ante las autoridades de la jurisdicción interna, así como los generados en el curso del proceso ante el Sistema Interamericano, teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto y la naturaleza de la jurisdicción internacional de protección de los derechos humanos. Esta apreciación puede ser realizada con base en el principio de equidad y tomando en cuenta los gastos señalados por las partes, siempre que su *quantum* sea razonable³⁰⁶.

305. En el presente caso, el Tribunal observa que no consta en el expediente respaldo probatorio respecto a las costas y gastos solicitados por los representantes. En efecto, el monto requerido por concepto de honorarios no fue acompañado por argumentación de prueba específica sobre su razonabilidad y alcance. Sin embargo, la Corte considera que es posible suponer que tanto durante el proceso interno como en el proceso ante el Sistema Interamericano la víctima realizó erogaciones económicas.

306. Teniendo en cuenta los alegatos presentados por las partes, así como la ausencia de material probatorio, la Corte determina en equidad que el Estado debe entregar la cantidad de US\$12.000 (doce mil dólares de los Estados Unidos de América) a la víctima, por concepto de costas y gastos. Dicha cantidad deberá ser cancelada dentro del plazo de un año a partir de la notificación de la presente Sentencia. La señora Atala entregará, a su vez, la cantidad que estime adecuada a quienes fueron sus representantes en el fuero interno y en el proceso ante el Sistema Interamericano. Igualmente, el Tribunal precisa que en el procedimiento de supervisión del cumplimiento de la presente Sentencia, podrá disponer el reembolso a la víctima o sus representantes, por parte del Estado, de los gastos razonables en que incurran en dicha etapa procesal.

F. Modalidad de cumplimiento de los pagos ordenados

307. El Estado deberá efectuar el pago de las indemnizaciones por concepto de daño material e inmaterial directamente a las víctimas, o en su defecto a sus representantes legales, así como el reintegro de costas y gastos, dentro del plazo de un año, contado a partir de la notificación de la presente Sentencia, en los términos de los párrafos siguientes.

y "viaje a Bogotá de 6 abogados para la audiencia, con un costo de US\$2000 por persona": US\$56.000 (cincuenta y seis mil dólares de los Estados Unidos de América). En relación con la diligencia ordenada por la Corte y que se realizó en Santiago de Chile (*supra* párr. 13), el 6 de febrero de 2012 los representantes informaron que la señora Atala "ha tenido que sufragar los costos para transportar a la señora Alicia Espinoza, y a sus hijas menores de edad, quienes no se encontraban en Santiago para efectos de garantizar su comparecencia a [dicha] diligencia", razón por la cual solicitaron "tomar en consideración los costos incurridos por la Señora Atala al momento de fijar las costas de este proceso" (expediente de fondo, tomo XII, folios 7513 y 7514). Sin embargo, a esta última solicitud no fue adjuntado ningún comprobante de gastos.

³⁰⁵ Cfr. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez*, *supra* nota 160, párr. 275 y *Caso Fontevecchia y D`Amico*, *supra* nota 28, párr. 127.

³⁰⁶ Cfr. *Caso Garrido y Baigorria*, *supra* nota 303, párr. 82 y *Caso Fontevecchia y D`Amico*, *supra* nota 28, párr. 127.

308. En caso de que la beneficiaria fallezca antes de que le sea entregada la indemnización respectiva, ésta se efectuará directamente a sus derechohabientes, conforme al derecho interno aplicable.

309. El Estado debe cumplir sus obligaciones mediante el pago en dólares de los Estados Unidos de América o en su equivalente en pesos chilenos, utilizando para el cálculo respectivo el tipo de cambio entre ambas monedas que esté vigente en la bolsa de Nueva York, Estados Unidos de América, el día anterior al pago.

310. Si por causas atribuibles a la beneficiaria de las indemnizaciones o a sus derechohabientes no fuese posible el pago de las cantidades determinadas dentro del plazo indicado, el Estado consignará dichos montos a su favor en una cuenta o certificado de depósito en una institución financiera chilena solvente, en dólares estadounidenses y en las condiciones financieras más favorables que permitan la legislación y la práctica bancaria. Si al cabo de 10 años la indemnización no ha sido reclamada, las cantidades serán devueltas al Estado con los intereses devengados.

311. Las cantidades asignadas en la presente Sentencia como indemnización y como reintegro de costas y gastos deberán ser entregadas a la persona indicada en forma íntegra, conforme a lo establecido en este Fallo, sin reducciones derivadas de eventuales cargas fiscales.

312. En caso de que el Estado incurriera en mora, deberá pagar un interés sobre la cantidad adeudada correspondiente al interés bancario moratorio en Chile.

313. En cuanto a las indemnizaciones ordenadas a favor de las niñas M., V. y R., el Estado deberá depositarlas en una institución financiera chilena solvente en dólares estadounidenses. Las inversiones se harán dentro del plazo de un año, en las condiciones financieras más favorables que permitan la legislación y la práctica bancaria, mientras las beneficiarias sean menores de edad. Dicha suma podrá ser retirada por aquellas cuando alcancen la mayoría de edad, en su caso, o antes si así conviene al interés superior de las niñas, establecido por determinación de una autoridad judicial competente. Si no se reclaman las indemnizaciones correspondientes una vez transcurridos diez años contados a partir de la mayoría de edad de cada niña, la suma será devuelta al Estado con los intereses devengados. En lo que atañe a la niña V., a los efectos de las reparaciones, se debe estar a lo establecido en el párrafo 71 de la presente Sentencia.

VIII PUNTOS RESOLUTIVOS

314. Por tanto,

LA CORTE

DECLARA,

por unanimidad, que:

1. El Estado es responsable por la violación del derecho a la igualdad y la no discriminación consagrado en el artículo 24, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de Karen Atala Riffo, de conformidad con lo establecido en los párrafos 94 a 99, 107 a 146 y 218 a 222 de esta Sentencia.

por unanimidad, que:

2. El Estado es responsable por la violación del derecho a la igualdad y la no discriminación consagrado en el artículo 24, en relación con los artículos 19 y 1.1. de la Convención Americana, en perjuicio de las niñas M., V. y R., de conformidad con lo establecido en los párrafos 150 a 155 de esta Sentencia.

por unanimidad, que:

3. El Estado es responsable por la violación del derecho a la vida privada consagrado en el artículo 11.2, en relación con el artículo 1.1. de la Convención Americana, en perjuicio de Karen Atala Riffo, de conformidad con lo establecido en los párrafos 161 a 167 y 225 a 230 de esta Sentencia.

El juez Diego García-Sayán y las juezas Margarete May Macaulay y Rhadys Abreu Blondet votaron a favor del siguiente punto resolutivo. Los jueces Manuel E. Ventura Robles, Leonardo A. Franco y Alberto Pérez Pérez votaron en contra. En consecuencia, en aplicación de los artículos 23.3 del Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y 16.4 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se declara que:

4. El Estado es responsable de la violación de los artículos 11.2 y 17.1, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana en perjuicio de Karen Atala Riffo y de las niñas M., V. y R., de conformidad con lo establecido en los párrafos 168 a 178 de esta Sentencia.

por unanimidad, que:

5. El Estado es responsable por la violación del derecho a ser oído consagrado en el artículo 8.1, en relación con los artículos 19 y 1.1 de la Convención Americana en perjuicio de las niñas M., V. y R., de conformidad con lo establecido en los párrafos 196 a 208 de esta Sentencia.

por unanimidad, que:

6. El Estado es responsable por la violación de la garantía de imparcialidad consagrada en el artículo 8.1, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, respecto a la investigación disciplinaria, en perjuicio de Karen Atala Riffo, de conformidad con lo establecido en los párrafos 234 a 237 de esta Sentencia.

por cinco votos a favor y uno en contra, que:

7. El Estado no violó la garantía judicial de imparcialidad consagrada en el artículo 8.1 de la Convención Americana, en relación con las decisiones de la Corte Suprema de Justicia y el Juzgado de Menores de Villarrica, en los términos de los párrafos 187 a 192 de la presente Sentencia.

Disiente la jueza Margarete May Macaulay.

Y DISPONE

por unanimidad, que:

1. Esta Sentencia constituye *per se* una forma de reparación.
2. El Estado debe brindar, la atención médica y psicológica o psiquiátrica gratuita y de forma inmediata, adecuada y efectiva, a través de sus instituciones públicas de salud especializadas a las víctimas que así lo soliciten, de conformidad con lo establecido en los párrafos 254 y 255 de la presente Sentencia.
3. El Estado debe realizar las publicaciones indicadas en el párrafo 259 de la presente Sentencia, en el plazo de seis meses contado a partir de la notificación de la misma.
4. El Estado debe realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional por los hechos del presente caso, de conformidad con lo establecido en los párrafos 263 y 264 de la presente Sentencia.
5. El Estado debe continuar implementando, en un plazo razonable, programas y cursos permanentes de educación y capacitación dirigidos a funcionarios públicos a nivel regional y nacional y particularmente a funcionarios judiciales de todas las áreas y escalafones de la rama judicial, de conformidad con lo establecido en los párrafos 271 y 272 de la presente Sentencia.
6. El Estado debe pagar las cantidades fijadas en los párrafos 294 y 299 de la presente Sentencia, por concepto de indemnización por daño material e inmaterial y por el reintegro de costas y gastos, según corresponda, en los términos del párrafo 306 de la misma.
7. El Estado debe, dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de esta Sentencia, rendir al Tribunal un informe sobre las medidas adoptadas para cumplir con la misma.
8. La Corte supervisará el cumplimiento íntegro de esta Sentencia, en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento de sus deberes conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma.

El Juez Alberto Pérez Pérez hizo conocer a la Corte su Voto Parcialmente Disidente, el cual acompaña esta Sentencia.

Redactada en español e inglés, haciendo fe el texto en español, en San José, Costa Rica, el 24 de febrero de 2012.

Diego García-Sayán
Presidente

Manuel E. Ventura Robles

Leonardo A. Franco

Margarette May Macaulay

Rhadys Abreu Blondet

Alberto Pérez Pérez

Pablo Saavedra Alessandri
Secretario

Comuníquese y ejecútese,

Diego García-Sayán
Presidente

Pablo Saavedra Alessandri
Secretario

**VOTO PARCIALMENTE DISIDENTE DEL JUEZ ALBERTO PEREZ PEREZ
SENTENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
CASO ATALA RIFFO Y NIÑAS VS. CHILE
DE 24 DE FEBRERO DE 2012**

1. He votado negativamente el punto resolutivo 4, según el cual “[e]l Estado es responsable de la violación de los artículos 11.2 y 17.1” de la Convención Americana, pues entiendo que solamente se debía haber mencionado como violado al artículo 11.2, porque ante los hechos del presente caso: I) es suficiente declarar una violación del artículo 11.2, y II) no es necesario ni prudente declarar una violación del artículo 17 que pudiera tomarse como un pronunciamiento implícito sobre la interpretación de las distintas disposiciones de dicho artículo.

I. ES SUFICIENTE INVOCAR EL ARTÍCULO 11.2

2. La Convención Americana sobre Derechos Humanos consagra derechos relacionados con la familia en el artículo 11.2 y el artículo 17, y asimismo contiene importantes referencias a la familia en los artículos 19, 27.2 y 32.1:

Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.
 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.
- Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

Artículo 17. Protección a la Familia

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.
2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.
3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.
4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.
5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

Artículo 19. Derechos del Niño

Todo 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.

Artículo 27. Suspensión de Garantías

1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.
2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.
3. (...).

Artículo 32. Correlación entre Deberes y Derechos

1. Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad.
2. Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.

3. El Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales contiene dos disposiciones atinentes a este ámbito, correlativas de los artículos 11 y 17.2 de la Convención Americana:

Artículo 8 — Derecho al respeto de la vida privada y familiar

1 Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2 No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

Artículo 12 — Derecho a contraer matrimonio

A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho.

4. Por lo tanto, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), que correctamente y con valor persuasivo se cita en la sentencia, se refiere a las disposiciones del Convenio Europeo correlativas al artículo 11.2 y al artículo 17.2 de la Convención Americana¹, pues no existen disposiciones referidas a los temas previstos en los párrafos 1, 3, 4 y 5 del artículo 17.

5. Importa sobre todo conocer las sentencias en las que el TEDH consideró las situaciones de convivencia entre personas del mismo sexo o género² a la luz del artículo 8 del Convenio Europeo, en su relación con el 14. Como dice bien la sentencia de esta Corte en su párrafo 174:

“en el *Caso Schalk y Kopf Vs. Austria*, el Tribunal Europeo revisó su jurisprudencia vigente hasta ese momento, en la cual solamente había aceptado que la relación emocional y sexual de una pareja del mismo sexo constituye “vida privada”, pero no había considerado que constituyera “vida familiar”, aun al

¹ En casos análogos al presente también se invoca la norma que prohíbe la discriminación, cuyo texto es el siguiente: *Artículo 14 — Prohibición de discriminación* - El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.

² Tal vez habría correspondido citar también la sentencia en el caso *P. VS. vs. España* (demanda Nº 35159/09), que se dictó el 30 de noviembre de 2010 y adquirió carácter definitivo el 11 de abril de 2011. En ese caso, la demandante es una transexual que pasó del sexo masculino al sexo femenino, y previamente había estado casada con P.Q.F., con quien había tenido un hijo en 1998. Cuando se dispuso judicialmente la separación de cuerpos, se homologó el convenio celebrado entre los cónyuges por el que se atribuía la guarda a la madre, se confiaba la patria potestad a ambos conjuntamente y se establecía un amplio régimen de visitas a favor del padre. Dos años después, la madre solicitó que se quitara el ejercicio de la patria potestad a su ex cónyuge y se suspendiera el régimen de visitas, así como toda comunicación entre el padre y el hijo. Alegó a tal efecto la falta de interés del padre con respecto al niño, así como el hecho de que el padre seguía un tratamiento hormonal para cambiar de sexo, se maquillaba y habitualmente se vestía de mujer. Las sentencias internas no hicieron lugar a la petición relativa a la patria potestad y, en cuanto al resto, establecieron un régimen de visitas limitado, que luego se fue ampliando. Para ello se fundaron, en cuanto a los hechos, en un dictamen psicológico, según el cual P. atravesaba “una situación de inestabilidad emocional” que “implicaba la existencia de un riesgo importante de perturbación efectiva de la salud emocional y del desarrollo de la personalidad del menor, habida cuenta de su edad (seis años en el momento del dictamen pericial) y de la etapa evolutiva en la que se encontr[aba]”, y, en cuanto al derecho, en el interés superior del niño. No se basaron en la transexualidad del padre. El TEDH estimó que los tribunales españoles, a diferencia de lo ocurrido en el caso *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, no se habían fundado en la orientación sexual de la demandante, sino que habían tenido en cuenta “la inestabilidad emocional coyuntural detectada” en ella y habían “privilegiado el interés del niño, adoptando un régimen de visitas más restrictivo, que le permitiera habituarse progresivamente al cambio de sexo de su progenitor”, y posteriormente habían ampliado dicho régimen a pesar de que “la condición sexual de la demandante seguía siendo la misma”.

tratarse de una relación a largo plazo en situación de convivencia. Al aplicar un criterio amplio de familia, el Tribunal Europeo estableció que "la noción de 'vida familiar' abarca a una pareja del mismo sexo que convive en una relación estable *de facto*, tal como abarcaría a una pareja de diferente sexo en la misma situación", pues consideró "artificial mantener una posición que sostenga que, a diferencia de una pareja heterosexual, una pareja del mismo sexo no puede disfrutar de la 'vida familiar' en los términos del artículo 8³". [Notas a pie de página omitidas.]

6. También se indica (párr. 173), correctamente, que, "[e] el *Caso X, Y y Z Vs. Reino Unido*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, siguiendo el concepto amplio de la familia, reconoció que un transexual, su pareja mujer y un niño pueden configurar una familia, al señalar que:

Al decidir si una relación puede considerarse como 'vida familiar', una serie de factores pueden ser relevantes, incluyendo si la pareja vive junta, la duración de su relación y si se ha demostrado el compromiso mutuo al tener hijos conjuntamente o por otros medios⁴".

7. Para mayor claridad, y teniendo asimismo en vista el recurso futuro a la jurisprudencia o las decisiones de otros órganos de protección de los derechos humanos, reseñaré brevemente los hechos de cada uno de los casos citados, así como las conclusiones de derecho del TEDH.

El caso Schalk y Kopf vs. Austria

8. *Los hechos del caso* pueden resumirse así: Los demandantes, nacidos en 1962 y 1960, respectivamente, son una pareja del mismo sexo que vive en Viena. En 2002 iniciaron trámites para contraer matrimonio, y las autoridades austríacas entendieron que carecían de capacidad para ello, porque ambos eran hombres, y según el artículo 44 del Código Civil sólo puede contraerse matrimonio entre dos personas de sexo opuesto (párrs. 7 a 9). En Austria existe una Ley sobre uniones registradas (*Eingetragene Partnerschaft-Gesetz*), que da a las parejas de un mismo sexo "un mecanismo formal para reconocer sus relaciones y darles efecto jurídico" con caracteres análogos a los del matrimonio en muchos aspectos (tales como "el derecho sucesorio, el derecho laboral, social y de seguros sociales, el derecho fiscal, el derecho relativo al procedimiento administrativo, el derecho relativo a la protección de datos y a la función pública, las cuestiones relativas a pasaportes y registro, y el derecho relativo a los extranjeros" (párrs. 16 a 22). No obstante, subsisten diferencias en varios otros aspectos, en particular en lo tocante a la posibilidad de adoptar o de recurrir a la inseminación artificial.

9. *Las consideraciones de derecho* comienzan (párrs. 24 a 26) con un análisis de la normativa de la Unión Europea (artículo 9 de la Carta de Derechos Fundamentales⁵ y varias directivas), y en particular del derecho de los 47 Estados miembros del Consejo de Europa (párrs. 27 a 34). Sólo seis de ellos prevén que las parejas de un mismo sexo tengan igualdad de acceso al matrimonio; otros 13 tienen "ciertas disposiciones legislativas que permiten que las parejas de un mismo sexo registren su relación". Un Estado "reconoce a

³ La sentencia en el caso *Schalk y Kopf vs. Austria* (No. 30141/04) fue dictada por una Sala del TDH el 24 de junio de 2010 y adquirió carácter definitivo el 22 de noviembre de 2010, con arreglo al art. 44.2 del Convenio (texto establecido por el Protocolo N° 11).

⁴ La sentencia en el caso *X, Y y Z vs. Reino Unido* (No. 21830/93) fue dictada por la Gran Sala el 22 de abril de 1997.

⁵ El texto de dicha disposición es el siguiente: "Artículo 9 -Derecho a contraer matrimonio y derecho a fundar una familia - Se garantizan el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio". Como se advierte, desaparece la referencia a "el hombre y la mujer", pero hay una remisión general a lo que dispongan las leyes nacionales.

las parejas de un mismo sexo que cohabitan a ciertos efectos limitados, pero no les de la posibilidad de registro". Con referencia a las consecuencias materiales, parentales y de otra índole, el TEDH dice que "las consecuencias jurídicas de las uniones registradas varían desde las que son casi equivalentes al matrimonio hasta las que dan derechos relativamente limitados". El TEDH pasa entonces a considerar los principios generales y su aplicación al caso concreto, y finalmente examina la aplicabilidad del artículo 14 considerado conjuntamente con el artículo 8 y la alegación de que había sido violado.

10. *Principios generales.* El TEDH recuerda que, según su jurisprudencia establecida, "el artículo 12 asegura el derecho fundamental de un hombre y una mujer a casarse y fundar una familia", un derecho cuyo ejercicio da lugar a "consecuencias personales, sociales y jurídicas". Si bien está sujeto a las leyes nacionales de los Estados Contratantes, "las limitaciones que por esa vía se introduzcan no deben restringir ni reducir el derecho de un modo o en una medida tales que se afecte la esencia misma del derecho" (párr. 49). Por otro lado, el TEDH "aún no había tenido la oportunidad de examinar si dos personas que son del mismo sexo pueden invocar un derecho a casarse", pero "podían derivarse ciertos principios" de su jurisprudencia relativa a transexuales, en la que inicialmente consideró que "el apego al concepto tradicional de matrimonio que subyace al artículo 12 constituía una razón suficiente para que el Estado demandado siguiera adoptando criterios biológicos para determinar el sexo de una persona a los efectos del matrimonio" (párrs. 50-51). Esa jurisprudencia cambió a partir del caso *Christine Goodwin*⁶, en el que, teniendo en cuenta los "importantes cambios sociales en la institución del matrimonio" ocurridos después de la adopción del Convenio, citando el artículo 9 de la Carta Europea y tomando nota de que había "una aceptación generalizada del matrimonio de transexuales en su género asignado", consideró que "los términos del artículo 12 no tenían que seguir entendiéndose en el sentido de determinar el género por criterios puramente biológicos". En consecuencia, "la imposibilidad de que una transexual postoperatoria se casara en su género asignado violaba el artículo 12" (párr. 52). En otros dos casos relativos a matrimonios integrados por una mujer y una transexual que había pasado del sexo masculino al sexo femenino⁷, el TEDH había determinado (párr. 53) que la queja relativa a la exigencia legal de que pusieran fin a su matrimonio para que la transexual pudiera "obtener el pleno reconocimiento jurídico de su cambio de género" era "manifiestamente infundada". El TEDH observó que "el derecho interno sólo permitía el matrimonio entre personas de género opuesto, ya fuese derivado de la atribución al nacer o de un procedimiento de reconocimiento de género, mientras que no se permitían los matrimonios de un mismo sexo", y que "el artículo 12 consagraba el concepto tradicional de que el matrimonio era entre un hombre y una mujer". Si bien "reconoció que varios Estados Contratantes habían extendido el ámbito del matrimonio para comprender a parejas de un mismo sexo", señaló que "ello reflejaba la visión propia [de dichos Estados] acerca del papel del matrimonio en sus sociedades" pero "no derivaba de una interpretación del derecho fundamental consagrado en el Convenio en 1950". Por lo tanto, "estaba dentro del margen de apreciación del Estado la forma de regular los efectos del cambio de género en los matrimonios preexistentes". Por otro lado, si los demandantes optaban por divorciarse, tenían la posibilidad de entrar en una unión civil, cosa que "contribuía a la proporcionalidad del régimen de reconocimiento de género que impugnaban".

11. *Aplicación al caso concreto.* El TEDH dijo que el derecho a casarse es otorgado por el artículo 12 a "el hombre y la mujer" ("*men and women*", "*l'homme et la femme*") y que, si

⁶ *Christine Goodwin vs. Reino Unido* (no. 28957/95), sentencia de la Gran Sala de 11 de julio de 2002.

⁷ *Parry vs. el Reino Unido* (dec.), no. 42971/05, ECHR 2006-XV, y *R. y F. vs. el Reino Unido* (dec.), no. 35748/05, 28 de noviembre de 2006.

bien dicho artículo considerado aisladamente podría interpretarse en el sentido de “excluir el matrimonio entre dos hombres o dos mujeres”, considerado en el contexto debía tenerse presente que, “en contraste, todos los demás artículos sustantivos del Convenio otorgan los derechos y libertades a “toda persona” o disponen que “nadie” podrá ser sometido a ciertos tipos de tratos prohibidos”. La elección de las palabras “el hombre y la mujer” debía considerarse “deliberada”, especialmente en “el contexto histórico” del decenio de 1950, cuando “el matrimonio se entendía en el sentido tradicional de unión entre contrayentes de sexo diferente”. En lo tocante a “la conexión entre el derecho a casarse y el derecho a fundar una familia”, la conclusión a que había llegado el TEDH en el caso *Christine Goodwin* de que “la imposibilidad de una pareja para concebir o actuar como padres de un niño” no excluía *per se* el derecho a casarse, “no permitía llegar a conclusión alguna acerca de la cuestión del matrimonio entre personas de un mismo sexo” (párr. 56). Si bien “el Convenio es un instrumento viviente que debe interpretarse en las condiciones actuales”, y “el matrimonio ha sufrido importantes cambios sociales”, el TEDH observó que “no hay un consenso europeo acerca del matrimonio entre personas de un mismo sexo”, que sólo está permitido en seis de los 47 Estados partes en el Convenio (párr. 58). El caso que se consideraba debía distinguirse del caso *Christine Goodwin*, en el que se había reconocido que había “una convergencia de estándares acerca del matrimonio de transexuales en su género asignado” y se trataba del “matrimonio entre personas de distinto género”, si éste no se toma sólo en sentido biológico (párr. 59). [Con ello, el TEDH estaba coincidiendo con la afirmación de las organizaciones no gubernamentales intervinientes en el caso, según las cuales “si bien el tribunal había subrayado frecuentemente que el Convenio era un instrumento viviente que debía interpretarse en las condiciones actuales, sólo había utilizado ese enfoque para desarrollar su jurisprudencia cuando había percibido una convergencia de estándares entre los Estados miembros”.]

12. *Influencia del artículo 9 de la Carta Europea.* En cuanto al artículo 9 de la Carta Europea (ilustrado por su comentario oficial), la eliminación deliberada de la referencia a “un hombre y una mujer” ampliaba su alcance en relación con los artículos concordantes de otros instrumentos de derechos humanos, pero “la referencia al derecho interno reflejaba la diversidad de las reglamentaciones nacionales, que van desde permitir el matrimonio entre personas del mismo género hasta la prohibición explícita” y dejaba librada a los Estados la decisión al respecto⁸ (párr. 60). Teniendo en cuenta el artículo 9 de la Carta, el TEDH concluyó que “ya no consideraría que el derecho a casarse consagrado en el artículo 12 debe limitarse en toda circunstancia al matrimonio entre dos personas de sexo opuesto”, por lo cual dicho artículo era aplicable al caso, pero subrayó que “la cuestión de si se ha de permitir o no el matrimonio entre personas de un mismo sexo está librado a la reglamentación por el derecho nacional” de cada Estado (párr. 61). Observó que “el matrimonio tiene connotaciones sociales y culturales profundamente arraigadas que pueden diferir ampliamente de una sociedad a otra”, y que el TEDH “no puede apresurarse a anteponer su propio criterio al de las autoridades nacionales, que están mejor ubicadas para responder a las necesidades de la sociedad” (párr. 62). En consecuencia, determinó que “el artículo 12 no impon[ía] al Gobierno demandado la obligación de otorgar el derecho a casarse a una pareja de personas de un mismo sexo, como los demandantes” (párr. 63), y que no se había violado dicho artículo (párr. 64).

13. *Aplicabilidad del artículo 14 considerado conjuntamente con el artículo 8.* Según el TEDH, “el artículo 14⁹ complementa las demás disposiciones sustantivas del Convenio y sus

⁸ Según el comentario, “puede argumentarse que no hay obstáculos para reconocer las relaciones entre personas del mismo sexo en el contexto del matrimonio”, pero “no hay una exigencia explícita de que las leyes internas faciliten tales matrimonios”

⁹ Para su texto, véase la nota 1.

Protocolos. No tiene existencia independiente, pues surte efecto únicamente en relación con “[e]l goce de los derechos y libertades” salvaguardados por dichas disposiciones” (párr. 89). En distintas sentencias (la última de los cuales¹⁰ era de 2001), el TEDH había determinado que “la noción de familia” en el artículo 12 comprendía también a las uniones de hecho, “cuando las partes viven juntas sin estar casadas”, pero en cuanto a las parejas de un mismo sexo sólo había reconocido que constituían “vida privada” pero no “vida familiar” (párrs. 91-92). En el caso *Schalk y Kopf vs. Austria*, el TEDH cambia esa jurisprudencia (como se indica acertadamente en el párr. 174 de la sentencia a que se refiere el presente voto), por considerar que después de 2001 se había producido “una rápida evolución de las actitudes sociales hacia las parejas de un mismo sexo en numerosos Estados miembros”, y “una considerable cantidad” de éstos había “otorgado reconocimiento jurídico a las parejas de un mismo sexo”. Asimismo en varias disposiciones de la Unión Europea se reflejaba “una creciente tendencia a incluir a las parejas de un mismo sexo en la noción de ‘familia’” (párr. 93). “Habida cuenta de esa evolución,” el TEDH consideró “artificial mantener la opinión de que, en contraste con una pareja de sexos opuestos, una pareja de un mismo sexo no puede gozar de ‘vida familiar’ a los efectos del artículo 8”, y que, “[c]onsiguientemente, la relación entre los demandantes, una pareja del mismo sexo que cohabita y vive en una unión de hecho estable, está comprendida en la noción de ‘vida familiar’, como lo estaría una relación de una pareja de sexos opuestos en la misma situación” (párr. 94).

14. *Alegación de violación del artículo 14 considerado conjuntamente con el artículo 8.* Habiendo determinado así que los hechos del caso estaban comprendidos “tanto en la noción de ‘vida privada’ como en la de ‘vida familiar’”, y que era aplicable el artículo 14 considerado conjuntamente con el artículo 8 (párr. 95), el TEDH pasó a considerar si había sido violado (párrs. 96-110). Para llegar a tal determinación tendría que encontrar “una diferencia en el trato de personas en situaciones relevantemente análogas”, que será “discriminatoria si no tiene una justificación objetiva y razonable; en otras palabras, si no persigue un fin legítimo o si no hay una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados el fin perseguido”. A ese respecto, los Estados “gozan de un margen de apreciación” (párr. 97). Por un lado, “igual que las diferencias basadas en el sexo, las diferencias basadas en la orientación sexual requieren como justificación razones particularmente serias”, pero habitualmente se reconoce a los Estados “un amplio margen” en lo tocante a “medidas generales de estrategia económica o social” (párr. 97), y uno de los factores pertinentes para determinar el alcance del margen de apreciación puede ser “la existencia o inexistencia de un espacio de coincidencia (*common ground*)”. El TEDH partió de “la premisa de que las parejas de un mismo sexo son tan capaces como las parejas de sexos diferentes de mantener relaciones estables de compromiso”, por lo cual están en “una situación relevantemente análoga a la de una pareja de sexos diferentes en lo tocante a su necesidad de reconocimiento jurídico y protección de su relación” (párr. 99). No obstante, determinó que, si bien no se había permitido que los demandantes se casaran, una ley posterior a la presentación de la demanda pero anterior a la sentencia (la Ley sobre uniones registradas¹¹, que entró en vigor el 1 de enero de 2010) había brindado un reconocimiento legal alternativo (párr. 102). Si bien “existe un incipiente consenso europeo hacia el reconocimiento de las parejas del mismo sexo”, que se desarrolló “rápidamente durante el último decenio”, todavía no son mayoría los Estados que dan otorgan ese reconocimiento jurídico. Se trata de una esfera en que “los derechos están en evolución y no hay un consenso establecido”, de modo que “los Estados deben gozar también de un margen de apreciación en cuanto a la fecha en que introducen los cambios legislativos” (párr. 105). En conclusión, luego de analizar la condición jurídica de las uniones registradas y las

¹⁰ *Mata Estevez vs. España* (dec.), no. 56501/00, ECHR 2001-VI, 10 de mayo de 2001.

¹¹ *Supra*, párr. 6.

diferencias que subsistían con respecto a los matrimonios, el TEDH dijo que no veía “ninguna indicación de que el Estado demandado hubiese excedido su margen de apreciación al seleccionar los derechos y obligaciones conferidos por las uniones registradas” (párr. 109) y determinó que no se había violado el artículo 14 considerado conjuntamente con el artículo 8 (párr. 110).

El caso X, Y y Z vs. Reino Unido

15. *Los hechos del caso* pueden resumirse así: El primer demandante, “X”, nació, con cuerpo femenino, en 1955, pero desde los cuatro años se sentía sexualmente inadecuada y le atraían roles de conducta “masculinos”. Esa discrepancia le hizo sufrir depresión suicida durante su adolescencia. En 1975, inició un tratamiento hormonal y comenzó a vivir y trabajar como hombre. Desde 1979 ha vivido en unión permanente y estable con la segunda demandante, “Y”, una mujer nacida en 1959, y poco después de iniciar dicha convivencia, se sometió a cirugía de reasignación de género. La tercera demandante, “Z”¹², fue dada a luz en 1992 por “Y” mediante inseminación artificial por un donante (IAD). Posteriormente, “Y” dio a luz otro hijo por el mismo método. El planteamiento ante el TEDH se debió a que las autoridades del Reino Unido habían denegado la petición de “X” de ser inscrito como padre de “Z” en el registro civil.

16. *Consideraciones de derecho.* El TEDH recordó, citando varias sentencias anteriores, que “la noción de ‘vida familiar’ en el artículo 8 no se limita únicamente a las familias basadas en el matrimonio y puede abarcar otras relaciones de hecho”, y añadió que “[a]l decidir si puede considerarse que una relación constituye ‘vida familiar’, pueden ser pertinentes varios factores, entre ellos, si la pareja vive junta, la duración de su relación y si han demostrado su compromiso mutuo teniendo hijos conjuntamente o por otros medios (párr. 36)”. Como punto de partida, consideró que “debe tenerse en consideración el justo equilibrio (*fair balance*) que debe lograrse entre los intereses en competencia del individuo y de la comunidad en conjunto” y que “el Estado goza de cierto margen de apreciación” (párr. 41). En lo tocante al punto concreto del reconocimiento como padre (párr. 44), el TEDH observó que “no hay un estándar común europeo con respecto al otorgamiento de derechos parentales a los transexuales” y que no se ha demostrado “que existe un enfoque generalmente compartido entre las Altas Partes Contratantes acerca de la manera en que debería reflejarse en el derecho la relación social entre un niño concebido mediante IAD y la persona que desempeña el papel de padre”. Añadió que, “si bien la tecnología de la procreación médicamente asistida ha estado disponible en Europa durante varios decenios, muchas de las cuestiones que plantea, en particular con respecto a la cuestión de la filiación, siguen siendo objeto de debate. Por ejemplo, no hay consenso entre los Estados miembros del Consejo de Europa sobre la cuestión de si los intereses de un niño concebido de tal manera son mejor contemplados preservando el anonimato del donante del esperma o si el niño debería tener derecho a conocer la identidad del donante”. De allí se deriva que las cuestiones planteadas en el caso “afectan esferas en las que hay muy poco espacio de coincidencia (*common ground*)” entre los Estados miembros del Consejo de Europa y, en general, el derecho parece estar en una etapa de transición, debe reconocerse al Estado demandado un amplio margen de apreciación”. Finalmente dijo que, “habida cuenta de que la transexualidad plantea complejas cuestiones científicas, jurídicas, morales y sociales, con respecto a las cuales no existe un enfoque generalmente compartido entre los Estados Contratantes, el Tribunal opina que no puede considerarse, en este contexto, que el artículo 8 implique una obligación del Estado demandado de reconocer como padre de un niño a una

¹² En su voto concurrente, el magistrado L-E. Pettiti dijo que “[s]i se planteara otro caso como éste, indudablemente sería deseable que la Comisión y la Corte sugiriesen a las partes que se instruyera específicamente a un abogado para representar exclusivamente los intereses del niño”.

persona que no sea el padre biológico". Por lo tanto (párr. 52), "el hecho de que la legislación del Reino Unido no otorgue un reconocimiento jurídico especial a la relación entre X y Z no configura un incumplimiento del deber de respetar la vida familiar en el sentido de dicha disposición".

17. Desde luego, las extensas citas de sentencias del TEDH no significan que la Corte Interamericana deba tomarlas como precedentes obligatorios. Como ya se dijo (*supra*, párr. 3), tienen "valor persuasivo" en la medida en que el razonamiento contenido en ellas sea intrínsecamente convincente, cosa que dependerá, en buena medida, "de la jerarquía de la corte de que emanen, y de la personalidad del juez que redactó el fallo"¹³. Habida cuenta de la jerarquía del TEDH y la similitud entre sus funciones y las de la Corte Interamericana, las sentencias que se citan en el presente voto razonado tienen una gran importancia, como se verá en el capítulo II.

II. NO ES NECESARIO NI PRUDENTE INVOCAR EL ARTÍCULO 17.1

18. Como ya he indicado, no considero necesario ni prudente declarar una violación del artículo 17 que pudiera tomarse como un pronunciamiento implícito sobre la interpretación de las distintas disposiciones de dicho artículo. En efecto, el artículo 17 contiene una serie de disposiciones conexas entre sí, que comienzan con la declaración de principio de que "[l]a familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad" a la que sigue, dentro del mismo párrafo 1, la disposición según la cual la familia "debe ser protegida por la sociedad y el Estado", y más adelante varias disposiciones que podrían interpretarse (punto sobre el cual en este voto no se hace ningún pronunciamiento) en el sentido de que presuponen que la familia se basa en el matrimonio o la unión de hecho heterosexual. El derecho a no "ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada" ni "en la de su familia", consagrado en el artículo 11.2, es un aspecto específico y autónomo del deber general de protección, de modo que no es necesario invocar al artículo 17.1 acumulativamente con el 11.2. La determinación de que unos mismos hechos violan un deber general y un deber específico (o los derechos correspondientes) no cambia la naturaleza ni la gravedad de la violación, y tampoco lleva a que se dispongan reparaciones distintas que si sólo se invocara la disposición que consagra el derecho o el deber específico. En cambio, la invocación del artículo 17.1 comprende a la declaración de principio mencionada y, por implicancia, podría abarcar al resto del artículo 17.

19. La declaración de principio relativa a la familia que figura en el artículo 17.1 coincide básicamente con las disposiciones de numerosas constituciones latinoamericanas:

Bolivia: Artículo 62. El Estado reconoce y protege a las familias como el núcleo fundamental de la sociedad, y garantizará las condiciones sociales y económicas necesarias para su desarrollo integral. Todos sus integrantes tienen igualdad de derechos, obligaciones y oportunidades.

Artículo 63. I. El matrimonio entre una mujer y un hombre se constituye por vínculos jurídicos y se basa en la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges.

II. Las uniones libres o de hecho que reúnan condiciones de estabilidad y singularidad, y sean mantenidas entre una mujer y un hombre sin impedimento legal, producirán los mismos efectos que el matrimonio civil, tanto en las relaciones personales y patrimoniales de los convivientes como en lo que respecta a las hijas e hijos adoptados o nacidos de aquéllas.

Brasil: Artículo 226. La familia, base de la sociedad, tiene protección especial del Estado.

El artículo continúa con disposiciones específicas relativas, entre otras cosas, al casamiento o matrimonio, y a la "unión estable entre el hombre y la mujer como entidad familiar".

¹³ Cfr. Alberto Pérez Pérez, "Reseña de la vida jurídica angloamericana", en *La Revista de Derecho Jurisprudencia y Administración*, t. 61, págs. 109-120 (la cita corresponde a la página 112).

Chile: Artículo 1 (contenido en el Capítulo I, Bases de la institucionalidad). Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos

La familia es el núcleo fundamental de la sociedad.

El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos.

El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.

Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional.

Colombia: Artículo 5. El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad.

Artículo 42. La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.

El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable. La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables.

Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y el respeto recíproco entre todos sus integrantes.

Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a ley.

Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progeneritura responsable.

La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá obtenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos.

Las formas del matrimonio, la edad y la capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo, se rigen por la ley civil.

Los matrimonios religiosos tendrán efectos civiles en los términos que establezca la ley.

Los efectos civiles de todo matrimonio cesarán por divorcio con arreglo a la ley civil.

También tendrán efectos civiles las sentencias de nulidad de los matrimonios religiosos dictadas por las autoridades de la respectiva religión, en los términos que establezca la ley.

La ley determinará lo relativo al estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes.

Costa Rica: Artículo 51. La familia, como elemento natural y fundamento de la sociedad, tiene derecho a la protección especial del Estado. Igualmente tendrán derecho a esa protección la madre, el niño, el anciano y el enfermo desvalido.

Artículo 52. El matrimonio es la base esencial de la familia y descansa en la igualdad de derechos de los cónyuges.

Artículo 53. Los padres tienen con sus hijos habidos fuera del matrimonio las mismas obligaciones que con los nacidos en él.

Toda persona tiene derecho a saber quiénes son sus padres, conforme a la ley.

Cuba: Artículo 35. El Estado protege a la familia, la maternidad y el matrimonio.

El Estado reconoce en la familia la célula fundamental de la sociedad y le atribuye responsabilidades y funciones esenciales en la educación y formación de las nuevas generaciones.

Artículo 36. El matrimonio es la unión voluntariamente concertada de un hombre y una mujer con aptitud legal para ello, a fin de hacer vida en común. Descansa en la igualdad absoluta de derechos y deberes de los cónyuges, los que deben atender al mantenimiento del hogar y a la formación integral de los hijos mediante el esfuerzo común, de modo que este resulte compatible con el desarrollo de las actividades sociales de ambos.

La ley regula la formalización, reconocimiento y disolución del matrimonio y los derechos y obligaciones que de dichos actos se derivan.

Ecuador: Artículo 67. Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes.

El matrimonio es la unión entre hombre y mujer, se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal.

Artículo 68. La unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio.

La adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo.

El Salvador: Artículo 32. La familia es la base fundamental de la sociedad y tendrá la protección del Estado, quien dictará la legislación necesaria y creará los organismos y servicios apropiados para su integración, bienestar y desarrollo social, cultural y económico. El fundamento legal de la familia es el matrimonio y descansa en la igualdad jurídica de los cónyuges. El Estado fomentará el matrimonio; pero la falta de éste no afectará el goce de los derechos que se establezcan en favor de la familia.

Artículo 33. La ley regulará las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges entre sí y entre ellos y sus hijos, estableciendo los derechos y deberes recíprocos sobre bases equitativas; y creará las instituciones necesarias para garantizar su aplicabilidad. Regulará asimismo las relaciones familiares resultantes de la unión estable de un varón y una mujer.

Nicaragua: Artículo 70. La familia es el núcleo fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de ésta y del Estado.

Artículo 71. Es derecho de los nicaragüenses constituir una familia. Se garantiza el patrimonio familiar, que es inembargable y exento de toda carga pública. La ley regulará y protegerá estos derechos. ...

Artículo 72. El matrimonio y la unión de hecho estable están protegidos por el Estado; descansan en el acuerdo voluntario del hombre y la mujer y podrán disolverse por mutuo consentimiento o por la voluntad de una de las partes. La ley regulará esta materia.

Artículo 73. Las relaciones familiares descansan en el respeto, solidaridad e igualdad absoluta de derechos y responsabilidades entre el hombre y la mujer.

Los padres deben atender el mantenimiento del hogar y la formación integral de los hijos mediante el esfuerzo común, con iguales derechos y responsabilidades. Los hijos a la vez, están obligados a respetar y ayudar a sus padres. Estos deberes y derechos se cumplirán de acuerdo con la legislación de la materia.

Paraguay: Artículo 49. De La Protección A La Familia

La familia es el fundamento de la sociedad. Se promoverá y se garantizará su protección integral. Esta incluye a la unión estable del hombre y de la mujer, a los hijos y a la comunidad que se constituya con cualquiera de sus progenitores y sus descendientes.

Artículo 50. Del Derecho A Constituir Familia

Toda persona tiene derecho a constituir familia, en cuya formación y desenvolvimiento la mujer y el hombre tendrán los mismos derechos y obligaciones.

Artículo 51. Del Matrimonio Y De Los Efectos De Las Uniones De Hecho

La ley establecerá las formalidades para la celebración del matrimonio entre el hombre y la mujer, los requisitos para contraerlo, las causas de separación, de disolución y sus efectos, así como el régimen de administración de bienes y otros derechos y obligaciones entre cónyuges.

Las uniones de hecho entre el hombre y la mujer, sin impedimentos legales para contraer matrimonio, que reúnan las condiciones de estabilidad y singularidad, producen efectos similares al matrimonio, dentro de las condiciones que establezca la ley.

Artículo 52. De La Unión En Matrimonio

La unión en matrimonio del hombre y la mujer es uno de los componentes fundamentales en la formación de la familia.

Perú: Artículo 4. La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. La forma de matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley.

Artículo 5.- La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable.

Uruguay: Artículo 40. La familia es la base de nuestra sociedad. El Estado velará por su estabilidad moral y material, para la mejor formación de los hijos dentro de la sociedad.

Artículo 41. El cuidado y educación de los hijos para que éstos alcancen su plena capacidad corporal, intelectual y social, es un deber y un derecho de los padres. Quienes tengan a su cargo numerosa prole tienen derecho a auxilios compensatorios, siempre que los necesiten.

La ley dispondrá las medidas necesarias para que la infancia y juventud sean protegidas contra el abandono corporal, intelectual o moral de sus padres o tutores, así como contra la explotación y el abuso.

Artículo 42. Los padres tienen para con los hijos habidos fuera del matrimonio los mismos deberes que respecto a los nacidos en él.

La maternidad, cualquiera sea la condición o estado de la mujer, tiene derecho a la protección de la sociedad y a su asistencia en caso de desamparo.

Venezuela: Artículo 75. El Estado protegerá a las familias como asociación natural de la sociedad y como el espacio fundamental para el desarrollo integral de las personas. Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes, la solidaridad, el esfuerzo común, la comprensión mutua y el respeto recíproco entre sus integrantes. El Estado garantizará protección a la madre, al padre o a quienes ejerzan la jefatura de la familia.

Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a vivir, ser criados o criadas y a desarrollarse en el seno de su familia de origen. Cuando ello sea imposible o contrario a su interés superior, tendrán derecho a una familia sustituta, de conformidad con la ley. La adopción tiene efectos similares a la filiación y se establece siempre en beneficio del adoptado o la adoptada, de conformidad con la ley. La adopción internacional es subsidiaria de la nacional.

Artículo 76. La maternidad y la paternidad son protegidas integralmente, sea cual fuere el estado civil de la madre o del padre. Las parejas tienen derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos e hijas que deseen concebir y a disponer de la información y de los medios que les aseguren el ejercicio de este derecho. El Estado garantizará asistencia y protección integral a la maternidad, en general a partir del momento de la concepción, durante el embarazo, el parto y el puerperio, y asegurará servicios de planificación familiar integral basados en valores éticos y científicos.

El padre y la madre tienen el deber compartido e irrenunciable de criar, formar, educar, mantener y asistir a sus hijos e hijas, y éstos tienen el deber de asistirlos cuando aquél o aquella no puedan hacerlo por sí mismos. La ley establecerá las medidas necesarias y adecuadas para garantizar la efectividad de la obligación alimentaria.

Artículo 77. Se protege el matrimonio entre un hombre y una mujer, el cual se funda en el libre consentimiento y en la igualdad absoluta de los derechos y deberes de los cónyuges. Las uniones estables de hecho entre un hombre y una mujer que cumplan los requisitos establecidos en la ley producirán los mismos efectos que el matrimonio.

20. Estoy de acuerdo con el criterio de interpretación evolutiva que considera a la Convención Americana como un instrumento viviente que ha de entenderse de acuerdo con las circunstancias actuales, pero en el entendido de que para avanzar en ese terreno es necesario que exista un consenso, un espacio de coincidencia o una convergencia de estándares entre los Estados partes (ver *supra*, párr. 9). Tal es lo que ocurre en el caso del reconocimiento de que la discriminación fundada en la orientación sexual debe entenderse prohibida (párrs. 83 a 93 de la Sentencia), pues existe no sólo entre los Estados partes de la Convención Americana, sino entre todos los Estados miembros de la OEA, un claro concepto al respecto, expresado en las resoluciones de la Asamblea General que se citan (nota 97).

21. No puede decirse que ocurra lo mismo en relación con la evolución de la noción de familia y su calidad de base o elemento esencial o natural de la sociedad, que sigue estando presente incluso en las Constituciones de numerosos Estados partes (*supra*, párr. 19). El hecho incontrovertible de que actualmente exista una pluralidad de conceptos de familia, como se recoge en la nota 191 de la sentencia¹⁴, no quiere decir que necesariamente todos

¹⁴ El texto de la nota 191 es el siguiente (cursivas añadidas): "Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General No. 21 (13º período de sesiones, 1994). La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares, párr. 13 (*"La forma y el concepto de familia varían de un Estado a otro y hasta de una región a otra en un mismo Estado. Cualquiera que sea la forma que adopte y cualesquiera que sean el ordenamiento jurídico, la religión, las costumbres o la tradición en el país, el tratamiento de la mujer en la familia tanto ante la ley como en privado debe conformarse con los principios de igualdad y justicia para todas las personas, como lo exige el artículo 2 de la Convención"*); Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 7. Realización de los derechos del niño en la primera infancia, CRC/C/GC/7, 30 de septiembre de 2005, párrs. 15 y 19 (*"El Comité reconoce que 'familia' aquí se refiere a una variedad de estructuras que pueden ocuparse de la atención, el cuidado y el desarrollo de los niños pequeños y que incluyen a la familia nuclear, la familia ampliada y otras modalidades tradicionales y modernas de base comunitaria, siempre que sean acordes con los derechos y el*

y cada uno de ellos hayan de corresponder a lo que la Convención Americana, incluso interpretada evolutivamente según los parámetros mencionados (*supra*, párrs. 9 y 18), entiende por familia como "elemento natural y fundamental de la sociedad", o a lo que los Estados partes que tienen disposiciones análogas entienden por tal. Tampoco quiere decir que todos los Estados partes deban reconocer a todos los conceptos o modelos de familia. Precisamente, en su Observación General N° 19, el Comité de Derechos Humanos, en el mismo párrafo en que observa que :

"el concepto de familia puede diferir en algunos aspectos de un Estado a otro, y aun entre regiones dentro de un mismo Estado, de manera que no es posible dar una definición uniforme del concepto".

22. Destaca que:

"cuando la legislación y la práctica de un Estado consideren a un grupo de personas como una familia, éste debe ser objeto de la protección prevista en el artículo 23. Por consiguiente, en sus informes, los Estados Partes deberían exponer la interpretación o la definición que se da del concepto de familia y de su alcance en sus sociedades y en sus ordenamientos jurídicos. Cuando existieran diversos conceptos de familia dentro de un Estado, "nuclear" y "extendida", debería precisarse la existencia de esos diversos conceptos de familia, con indicación del grado de protección de una y otra. En vista de la existencia de diversos tipos de familia, como las de parejas que no han contraído matrimonio y sus hijos y las familias monoparentales, los Estados Partes deberían también indicar en qué medida la legislación y las prácticas nacionales reconocen y protegen a esos tipos de familia y a sus miembros". (Cursivas añadidas)

23. En otras palabras, es una de las esferas en que resulta más necesario reconocer un *margen de apreciación nacional*, para lo cual habrá que hacer una indagación que no corresponde llevar a cabo en el presente caso, sino que deberá hacerse cuando el punto sea objeto de un caso planteado ante esta Corte y se escuchen los argumentos que al respecto formulen las partes y eventualmente los *amici curiae* que se presenten.

24. Todo ello me reafirma en la convicción de que no es necesario ni prudente que en este caso se declare una violación del párrafo 1 del artículo 17 que pudiera tomarse como un pronunciamiento implícito sobre la interpretación de las distintas disposiciones de dicho artículo.

Alberto Pérez Pérez
Juez

Pablo Saavedra Alessandri
Secretario

interés superior del niño. [...] El Comité observa que en la práctica *los modelos familiares son variables y cambiantes en muchas regiones*, al igual que la disponibilidad de redes no estructuradas de apoyo a los padres, y existe una tendencia global hacia una mayor diversidad en el tamaño de la familia, las funciones parentales y las estructuras para la crianza de los niños"); Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 19 (39º período de sesiones, 1990). La familia (artículo 23), HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I), párr. 2 (*"El Comité observa que el concepto de familia puede diferir en algunos aspectos de un Estado a otro, y aun entre regiones dentro de un mismo Estado, de manera que no es posible dar una definición uniforme del concepto"*). Cfr. Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 16 (32º período de sesiones, 1988). Derecho a la intimidad (artículo 17), HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I), párr. 5 (*"En cuanto al término "familia", los objetivos del Pacto exigen que, a los efectos del artículo 17, se lo interprete como un criterio amplio que incluya a todas las personas que componen la familia, tal como se entienda ésta en la sociedad del Estado Parte de que se trate"*)).

Procuración General de la Nación

Suprema Corte:

-I-

El Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Neuquén rechazó la acción de inconstitucionalidad interpuesta por la Comunidad Mapuche Catalán y la Confederación Indígena Neuquina con el objeto de que se declare la inconstitucionalidad de la ley provincial 2.439 que creó el municipio de Villa Pehuenia y del decreto PEP 2/04 que convocó a elecciones para conformar la Comisión Municipal respectiva (fs. 615/638).

El *a. quo* expuso que la pretensión de las comunidades indígenas consiste en que se declare que la creación de ese municipio sobre territorios de las comunidades mapuches no resguardó el derecho a la consulta de los pueblos indígenas, omitió reconocer su preexistencia étnica y cultural, y no aseguró su derecho a la participación, por lo que contradice el artículo 75, inciso 17, de la Constitución Nacional, los tratados internacionales con jerarquía constitucional y el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales (en adelante "Convenio 169 de la OIT").

Luego, señaló que esa discusión excede la vía procesal escogida, que sólo admite la impugnación de normas fundada en su contradicción con la Constitución provincial. Por ello, concluyó que el conocimiento del tribunal debe circunscribirse a determinar si la ley 2.439 y el decreto PEP 2/04 se adecúan a la Carta Magna local.

En este sentido, sostuvo que la ley 2.439 no vulnera el artículo 203 de la Constitución local —según la redacción vigente al momento de la sanción de la norma cuestionada— en tanto la organización de un municipio es una facultad del poder legislativo provincial. Agregó que esa atribución fue ejercida dentro del marco

discrecional fijado por esa Constitución, que no consagra ningún condicionamiento en relación con la delimitación territorial de los municipios, sino que únicamente requiere la existencia de un centro de población de quinientos habitantes.

Además, juzgó que la citada ley no atenta contra el artículo 204 de la Constitución provincial — actual artículo 273— ni contra el artículo 53, incorporado con posterioridad y similar al artículo 75, inciso 17, de la Constitución Nacional. Por un lado, adujo que la estructura municipal no es incompatible con el debido respeto de la vida de la comunidad mapuche y con el resguardo de sus derechos constitucionales específicos, sino que, por el contrario, es la más apta para lograr el encuentro y la coexistencia de la diversidad pluricultural. Aseveró que la libre determinación de los pueblos mapuches y sus derechos específicos deben operar en el ámbito de los Estados nacional y provincial, sin menoscabar su autonomía y soberanía. Por otro lado, manifestó que, en todo caso, el ejercicio concreto de las atribuciones municipales podría entrar en colisión con los derechos de las comunidades, asunto que remite a un examen particular y concreto que rebasa los límites de la demanda entablada.

Sin perjuicio de la postura esgrimida en relación con la competencia del tribunal en la acción autónoma de inconstitucionalidad, afirmó que la relevancia institucional del caso demanda dar una respuesta en relación al derecho de consulta y participación, consagrado en los artículos 6, 7 y 15 del Convenio 169 de la OIT. Luego de destacar la trascendencia de esos derechos, precisó que el derecho a la consulta previa surge sólo ante medidas legislativas que afecten en forma directa a las comunidades indígenas, esto es, disposiciones destinadas específicamente a los pueblos indígenas o que por su contenido material puedan afectar a las comunidades en asuntos que les son propios. Entendió que ninguna de esas circunstancias se

Procuración General de la Nación

presenta en el caso de la ley 2.439 dado que es una norma de carácter general dictada en el ámbito de las competencias propias del Estado provincial.

Además, afirmó que el Convenio 169 de la OIT contempla el compromiso de los Estados de promover oportunidades de participación para las comunidades indígenas que sean al menos equivalentes a las del resto de la población. Consideró que ello fue cumplimentado a través del llamado a elecciones ordinarias.

-II-

Contra esa decisión, la Comunidad Mapuche Catalán y la Confederación Indígena Neuquina interpusieron recurso extraordinario federal (fs. 653/671), que fue concedido por el *a quo* (fs. 699/700).

Las recurrentes alegan que la negativa del tribunal a interpretar y aplicar el derecho federal es violatoria del principio de supremacía constitucional previsto en el artículo 31 de la Constitución Nacional.

En lo sustancial, sostienen que la Provincia de Neuquén estaba obligada a realizar una consulta previa a la creación del Municipio de Villa Pehuenia para asegurar el derecho a la consulta y participación en los términos del artículo 75, inciso 17, de la Constitución Nacional, del artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y de los artículos 6 y 7 del Convenio 169 de la OIT. Señalan que la imposición de un órgano municipal sobre el territorio de tres comunidades indígenas, de manera inconsulta, desconoce la forma de vida cultural de estos grupos, sus instituciones y su autonomía y constituye un mecanismo de erosión cultural. Resaltan que la sentencia reconoce un único modelo de representación y participación política que implica una ciudadanía homogénea y excluye del concepto de gestión pública a la institucionalidad comunitaria indígena. Agregan que la articulación entre la institucionalidad indígena y la estatal no puede resolverse mediante la imposición

unilateral e inconsulta de una de ellas, tal como — a su juicio— lo hizo la provincia demandada. Agregan que ello contradice la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

Se agravan, asimismo, en relación con la interpretación del tribunal *a quo* respecto de los supuestos que, según el Convenio 169 de la OIT, constituirían una afectación directa a los pueblos indígenas y habilitarían un proceso de consulta porque, a su juicio, reducen ese derecho a la voluntad legislativa o administrativa. Expresan que lo determinante para que surja el deber de consulta y participación es que las medidas administrativas o legislativas puedan alterar la integridad, identidad social y cultural, costumbres, tradiciones o instituciones de los pueblos indígenas, lo que — entienden— acontece en el caso.

Finalmente, manifiestan que el propio tribunal reconoce que el ejercicio de las atribuciones del municipio podría afectar los derechos de las comunidades y que ese estándar de afectación es, precisamente, el exigido por el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT.

-III-

El recurso extraordinario es formalmente admisible pues los impugnantes cuestionan la constitucionalidad de normas locales — ley 2.439 y decreto PEP 2/04— bajo la pretensión de ser contrarias al derecho a la consulta y participación de las comunidades indígenas reconocidos en la Constitución Nacional (art. 75, incs. 17 y 22) y en instrumentos internacionales (arts. 6 y 7, Convenio 169 de la OIT; y art. 23, Convención Americana sobre Derechos Humanos), y la decisión fue a favor de la validez de las disposiciones normativas provinciales y, por ende, contraria al derecho federal invocado por el recurrente (art. 14, incs. 2 y 3, ley 48).

Procuración General de la Nación

El Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Neuquén expresó — en sentido contrario a lo dictaminado por esta Procuración General en el caso “Confederación Indígena de Neuquén c/ Provincia de Neuquén s/ acción de inconstitucionalidad”, S.C. C. 3262, L. XLII, dictamen del 29 de agosto de 2007, y a lo resuelto por la Corte Suprema en los autos citados— que en el marco de la acción autónoma de inconstitucionalidad local se hallaba impedido de analizar las violaciones fundadas en el derecho federal. Sin embargo, finalmente se expidió sobre el derecho de consulta y participación consagrado en la Constitución Nacional y en los instrumentos internacionales en razón de la trascendencia institucional del caso (fs. 631/37). Por ello, estimo que la Corte Suprema está en condiciones de pronunciarse sobre la cuestión federal planteada en tanto ha sido tratada por el superior tribunal de la causa.

-IV-

En el presente caso no se encuentra controvertido que las comunidades mapuches Catalán, Puel y Plácido Puel viven en el territorio que ha quedado comprendido dentro de los límites políticos del Municipio de Villa Pehuenia según los términos de la ley provincial 2.439. Tampoco está en tela de juicio que la Provincia de Neuquén tiene facultades constitucionales para crear municipios.

El aspecto central en debate consiste en determinar si el Estado provincial al declarar, mediante la ley 2.439, a la población de Villa Pehuenia como municipio de tercera categoría vulneró los derechos a la consulta y a la participación de los pueblos indígenas, tal como están consagrados en los artículos 75, incisos 17 y 22, de la Constitución Nacional, 6 y 7 del Convenio 169 de la OIT y 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

-V-

En oportunidad de dictaminar en la causa "Andrada de Quispe, Rosario Ladiez y otros c/ Estado provincial s/ acción de amparo" (S.C. A. 759, L. XLVII, dictamen del 27 de septiembre de 2013), me referí a la incorporación en el ordenamiento jurídico argentino del artículo 75, inciso 17, de la Constitución Nacional y de diversos instrumentos internacionales que tutelan los derechos humanos de los pueblos indígenas.

Esta reforma expresa un nuevo orden de consideraciones. Deja atrás aproximaciones asimilacionistas e integracionistas hacia los pueblos indígenas y tribales y asienta, en su lugar, un nuevo paradigma de protección de la diversidad cultural. Reconoce las secuelas de una historia de dominación cultural y plantea el reto de pasar de un modelo de Estado monocultural a otro de Estado intercultural y plural. Entiende, asimismo, a los pueblos y comunidades indígenas como sujetos colectivos titulares de una protección especial y ordena la adopción de medidas concretas para que estos grupos puedan vivir y legar a las generaciones futuras su propia identidad cultural. Estas nuevas concepciones fueron destacadas durante los debates de la Convención Nacional Constituyente de 1994 (Diario de sesiones de la Convención Nacional Constituyente, Reunión 29, Sesión 3º, 11 de agosto de 1994, págs. 4091, 4094 y 4096).

Con esos fines, la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales consagran los derechos colectivos de los pueblos indígenas a ser consultados y a participar en la toma de decisiones sobre cuestiones que afecten sus intereses. Estas prerrogativas han sido calificadas como la piedra angular del

Procuración General de la Nación

Convenio 169 de la OIT en tanto son instrumentos esenciales para asegurar que las comunidades indígenas gocen, en pie de igualdad con los restantes miembros de la población, la totalidad de sus derechos reconocidos en ese Convenio y en los restantes instrumentos internacionales, así como en las normas de derecho interno.

En particular, la Constitución Nacional prescribe que corresponde asegurar el respeto de la identidad cultural de los pueblos indígenas y su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten (art. 75, inc. 17).

Por su lado, el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT contempla dos dimensiones del derecho de participación de los pueblos indígenas. En primer lugar, los gobiernos deben “consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente” (inc. *a*) y, en segundo lugar, deben “establecer los medios adecuados a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles, en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsable de políticas y programas que le conciernan” (inc. *b*).

En igual sentido, el artículo 19 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas puntualiza que los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados “antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo o informado”. Además, ese instrumento dispone que los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la adopción de

decisiones en las cuestiones que afecten sus derechos (art. 18), así como a mantener y desarrollar sus sistemas o instituciones políticas (art. 20).

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el “Caso del Pueblo Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador” manifestó que “[l]a obligación de consultar a las Comunidades y Pueblos Indígenas y Tribales sobre toda medida administrativa o legislativa que afecte sus derechos reconocidos en la normatividad interna e internacional, así como la obligación de asegurar los derechos de los pueblos indígenas a la participación en las decisiones de los asuntos que conciernan a sus intereses, está en relación directa con la obligación general de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención (artículo 1.1). Esto implica el deber de organizar adecuadamente todo el aparato gubernamental y, en general, de todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos [...]” (sentencia del 27 de junio de 2012, párr. 166).

-VI-

En el presente caso, respecto del derecho a la consulta, la cuestión central radica en determinar si la sanción de la ley 2.439, mediante la cual se declaró a la población de Villa Pehuenia como municipio de tercera categoría, es susceptible de afectar directamente a las poblaciones indígenas, en tanto ése es el presupuesto que genera el deber de consultar previsto en el artículo 6, inciso a, del Convenio 169 de la OIT. De conformidad con la naturaleza preventiva del derecho, esta norma exige sólo la posibilidad — no la certeza— de que sean alterados los derechos, intereses o la forma de vida de las comunidades indígenas.

A mi entender, contrariamente a lo que sostuvo el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Neuquén, la creación de un municipio es susceptible de

Procuración General de la Nación

afectar, en forma concreta y directa, a las comunidades mapuches en relación con la adecuada protección de su tierra y territorio, y con sus derechos políticos a participar en el diseño de las instituciones políticas locales y a decidir en forma autónoma sobre aspectos indispensables que hacen a la preservación de la vida indígena.

Por un lado, la creación de un municipio requiere establecer los límites geográficos del ejido local y ello puede impactar en los intereses de los pueblos indígenas. En otras palabras, la demarcación es susceptible de afectar la integridad, valor, uso o goce de sus territorios, colocándolos, por ejemplo, bajo jurisdicciones municipales diversas. Es decir, el interés de las comunidades en este caso se funda en la adecuada conservación de la tierra y el territorio que tradicionalmente ocupan (art. 75, inc. 17, Constitución Nacional y arts. 14 y 15 del Convenio 169 de la OIT).

Por otro lado, la creación de un municipio supone adoptar un modelo de organización del poder constitucional y atribuir potestades a una autoridad local, lo que repercute en los derechos políticos de las comunidades, que son herramientas indispensables para la protección de sus intereses económicos, culturales y sociales.

La Constitución de la Provincia de Neuquén prevé que los municipios de tercera categoría son gobernados por comisiones municipales que se componen de cinco miembros, elegidos en elecciones directas, y son administradas por un presidente (art. 278). En la demanda y en el recurso bajo estudio, las actoras destacan que en el seno del pueblo mapuche las decisiones son tomadas a través de mecanismos e instituciones propias tales como los parlamentos comunitarios y los lonkos, que representan la autoridad moral e histórica de las comunidades. En estas condiciones, la creación de un municipio implica adoptar una estructura y un modelo de organización del poder que es ajeno a la cosmovisión y a las instituciones políticas de las comunidades indígenas. Así, la ley 2.439, que en principio es una norma de

carácter general, tiene un impacto diferencial para los pueblos indígenas en comparación con el resto de la población. Ello demanda abrir una instancia de diálogo sobre el modo de organización del poder constitucional a nivel local.

En rigor, el modelo de institucionalidad política del Estado ha sido históricamente construido y definido a través del sometimiento de diversas culturas a los valores y concepciones de una cultura hegemónica. El paradigma de protección de la diversidad cultural, al que hice referencia en el acápite anterior, cuestiona el ideal de una ciudadanía homogénea y, por lo tanto, asimilacionista con los pueblos indígenas. Advierte, por el contrario, que se debe lograr el efectivo reconocimiento de la diferencia y un diálogo abierto que permita discutir sobre los espacios y mecanismos de interacción entre la forma de vida indígena y la no indígena.

Así, el derecho a la consulta es, en este caso, una de las herramientas para que las comunidades indígenas gocen, de manera efectiva, del derecho de participar en la dirección de los asuntos públicos, que está previsto en la Constitución Nacional (arts. 1 y 37) y en los instrumentos internacionales (art. 25, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 21, Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 20, Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; art. 23, Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Asimismo, la sanción de la ley 2.439 implica asignar al gobierno municipal una suma de atribuciones, cuyo ejercicio, como lo entendió el tribunal *a quo*, podría dar lugar en el futuro al deber de consultar a las comunidades. Sin embargo, la mera atribución de funciones y facultades, sin consultar a las comunidades indígenas, es susceptible de afectar su espacio de autodeterminación que es necesario para la preservación de la forma de vida indígena.

Procuración General de la Nación

Más concretamente, la Constitución provincial asigna a los municipios todos los poderes para regular, fiscalizar y sancionar los asuntos de orden local (art. 270 y ss.). Además, el artículo 273 especifica que son atribuciones de la autoridad local: la organización de su funcionamiento económico, administrativo y electoral; la adopción de un plan edilicio y el dictado de normas tendientes a la seguridad y estética de las construcciones; la apertura, construcción y mantenimiento de calles, plazas, parques y paseos; la regulación en materia de servicios públicos locales, tránsito y vialidad, matanza de animales, mercados, ferias populares, higiene, cementerios, salud pública, moralidad y costumbres, recreos, espectáculos públicos, estética, y, en general, todas las cuestiones de fomento o interés local. Asimismo, están facultados para establecer impuestos y tasas, contratar servicios públicos y otorgar concesiones a particulares, crear tribunales de faltas y policía municipal, y fijar sanciones.

Algunas de estas atribuciones eran ejercidas por las comunidades mapuches de acuerdo con sus criterios e institucionalidad. En tal sentido, las actoras resaltan que las cuestiones relativas al hábitat, la construcción de las viviendas, los lugares de asentamiento familiar, los caminos, los cementerios sagrados y los sitios espirituales, entre otras (fs. 31, 32 y 655), eran decididas en el interior del pueblo mapuche. En particular, la matanza de animales, que constituye una práctica tradicional fundamental para la economía familiar (fs. 655), era regulada por la propia comunidad. Para más, la nueva autoridad está investida de un poder sancionador que puede poner en riesgo las prácticas tradicionales si no se adecuan a las reglas sociales y de moralidad que viene a imponer, ahora, el municipio.

De este modo, la sola concesión de esas facultades a una autoridad municipal, sin cumplir con el deber de consultar a las comunidades indígenas, puede

implicar un menoscabo de su derecho a la autodeterminación, así como a mantener y reforzar sus instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, y a decidir y controlar sus prioridades de desarrollo económico, social y cultural (arts. 7 y 8, Convenio 169 de la OIT, y arts. 3, 4 y 5, Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas). En este sentido, la ley 2.439 incide directamente en los derechos e intereses colectivos de los indígenas que son tutelados específicamente por el Convenio 169 de la OIT.

En conclusión, la creación del municipio de Villa Pehuenia demandaba oír a las comunidades a fin de tomar en cuenta sus intereses, opiniones y puntos de vista y, en definitiva, evitar que se menoscabe su identidad cultural.

-VII-

Por su parte, como se expresó, el derecho de participación de los pueblos indígenas se traduce en una obligación positiva para los Estados, que deben “establecer los medios” para que los pueblos y comunidades puedan participar, “por lo menos en la misma medida que los demás”, en instituciones electivas y organismos administrativos o de otra índole (art. 6, inc. *b*, Convenio 169 de la OIT). Conjuntamente, el artículo 18 de la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas estipula que “los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos, así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones”.

En el caso, el derecho a la participación se ve afectado no sólo por la falta de consulta previa a la sanción de la ley 2.439 sino también porque la regulación de la Municipalidad de Villa Pehuenia no prevé un mecanismo que asegure la

Procuración General de la Nación

participación permanente de las comunidades indígenas en el gobierno municipal, aun cuando se trata de una jurisdicción con gran presencia de comunidades mapuches.

El Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Neuquén sostuvo que ese derecho estaba resguardado por la posibilidad de los miembros de las comunidades mapuches de formar parte del proceso de elección de autoridades. Sin embargo, ello no satisface el derecho a la participación especial y diferenciada acogido por el artículo 6, inciso *b*, del Convenio 169 de la OIT, y por el artículo 75, incisos 17 y 22, de la Constitución Nacional. Ese derecho tiene como fin revertir la situación de desigualdad en la que se encuentran los pueblos indígenas e impedir que la identidad indígena se diluya en concepciones asimilacionistas e integracionistas, que han sido dejadas de lado por las normas federales. Dicho de otro modo, su intervención en las elecciones no garantiza la participación colectiva indígena en las estructuras de poder público. Por el contrario, las citadas normas demandan la presencia de las comunidades para que puedan hacer oír su voz e incidir, en forma efectiva, en la determinación de las políticas que los atañen. No puede obviarse que el logro de la igualdad social y económica de los grupos en situación de vulnerabilidad está estrechamente asociado con el incremento de la igualdad a nivel de la participación política.

Al respecto, en un caso referido a los derechos de la participación política de los pueblos indígenas, la Corte Interamericana, al interpretar el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, destacó que para que dichos derechos puedan ser ejercidos en condiciones de igualdad se debe tener en cuenta la situación de vulnerabilidad en que se hallan estos grupos y diseñar mecanismos específicos de participación. En tal sentido, expresó que las comunidades indígenas “se diferencian de la mayoría de la población [...] por sus lenguas, costumbres,

formas de organización y enfrentan serias dificultades que los mantienen en una situación de vulnerabilidad [...] [y que] según lo dispuesto por el artículo 6 de la Carta Democrática Interamericana 'promover y fomentar diversas formas de participación fortalece la democracia', para lo cual se pueden diseñar normas orientadas a facilitar la participación de sectores específicos de la sociedad, tales como los miembros de las comunidades indígenas y étnicas" (Corte IDH, Caso "Yatama c. Nicaragua", sentencia del 23 de junio de 2005, párrs. 202 y 207). Destacó que "la participación en los asuntos públicos de organizaciones diversas de los partidos políticos [...] es esencial para garantizar la expresión política legítima y necesaria cuando se trate de grupos de ciudadanos que de otra forma podrían quedar excluidos de esa participación, con lo que ello significa" (párr. 217).

En relación al Estado argentino, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ha señalado su preocupación porque los pueblos indígenas se encuentran entre los grupos más pobres y marginalizados, por su baja participación en la vida política y su escasa representación en el Parlamento. En consecuencia, le ha recomendado que "continúe profundizando su debate interno para encontrar la mejor forma de lograr una adecuada representación y participación indígena, en particular en los asuntos que les atañen [...] [y] recomienda que el Estado parte redoble sus esfuerzos para asegurar la plena participación de los indígenas, en especial de la mujer, en los asuntos públicos, y que tome medidas efectivas para asegurar que todos los pueblos indígenas participen en todos los niveles de la administración pública" (CERD, Observaciones finales. Argentina, CERD/C/ARG/CO/19-20 (2010), párrs. 23, 28 y 29).

En definitiva, el Estado argentino ha asumido el compromiso internacional de adoptar medidas concretas para que las comunidades indígenas

Procuración General de la Nación

participen en los asuntos públicos. En una zona como la de Villa Pehuenia, en la que viven grupos con una cultura diferenciada, existe un deber de las autoridades estatales de desarrollar mecanismos especiales de participación política para asegurar que las comunidades puedan tomar parte de la vida pública en pie de igualdad con el resto de la sociedad y, en especial, intervenir activamente en la definición de políticas que involucren sus intereses.

-VIII-

Por las razones expuestas, entiendo que la sanción de la ley 2.439 y, en consecuencia, el dictado del decreto PEP 2/04 vulneraron el derecho a la consulta y a la participación de las comunidades indígenas.

Ahora bien, no puedo dejar de advertir que la declaración de inconstitucionalidad de esas normas en el marco de la acción concreta entablada — art. 30 de la Constitución de la Provincia de Neuquén— implicaría declarar la invalidez, en forma retroactiva, de la creación misma del Municipio de Villa Pehuenia y de las autoridades electivas. Cabe resaltar, asimismo, que ese municipio viene funcionando desde hace más de diez años y desde entonces sus autoridades celebraron actos jurídicos que generaron derechos y obligaciones de la más diversa índole, que en gran parte se encuentran firmes. Estas graves y complejas consecuencias institucionales para toda la población deben tomarse en cuenta en la resolución de este caso.

En este contexto, cabe recordar que el Máximo Tribunal interpretó que determinadas situaciones que eran contrarias a la Constitución Nacional debían ser resueltas mediante el reenvío a otros poderes del Estado para su adecuación (Fallos: 329:3089, 331:2691). En algunos supuestos, inclusive, por considerar que las soluciones requeridas eran del resorte de otros poderes, que la problemática planteada

era de una delicadeza, gravedad y complejidad extrema o que la decisión podía acarrear graves consecuencias para la salud institucional, ha ordenado su subsanación y adecuación en vez de declarar la invalidez de la normativa impugnada (Fallos: 330:2361, 331:2691).

Por todo ello, es necesario encontrar una solución que armonice las facultades provinciales de organización del régimen municipal con la delicadeza de los bienes culturales indígenas en juego (Fallos: 331:2119), que deben ser protegidos de manera imperativa.

En estas circunstancias, corresponde, en primer lugar, condenar a la Provincia de Neuquén a que, en el plazo de sesenta días, lleve a cabo la consulta que fuera omitida a fin de que la articulación entre la creación del Municipio de Villa Pehuenia y la forma de vida indígena sea realizada a través del diálogo y de la búsqueda de acuerdos, tal como lo demandan la Constitución y los instrumentos internacionales.

En segundo lugar, cabe condenar a ese Estado provincial a que, en un plazo razonable, diseñe, en conjunto con las comunidades indígenas, los mecanismos permanentes de participación institucional para que ellas puedan incidir en la determinación de las políticas y decisiones municipales que las involucran y, adecuar, de este modo, la legislación en la materia a la Constitución Nacional y a los tratados mencionados.

Tales procedimientos y mecanismos deben cumplir con los estándares internacionales fijados respecto del derecho de consulta y participación indígena.

Por último, la Corte Suprema deberá establecer un mecanismo de supervisión del cumplimiento de la sentencia, con intervención de esta Procuración General de la Nación.

Procuración General de la Nación

-IX-

En virtud de todo lo expuesto, opino que se debe hacer lugar al recurso extraordinario interpuesto y revocar la sentencia recurrida en los términos indicados.

Buenos Aires, 8 de septiembre de 2014



Mali

ALEJANDRA GILS CARBÓ
PROCURADORA GENERAL DE LA NACIÓN

Marchisio

ADRIANA N. MARCHISIO
Prosecretaría Administrativa
Procuración General de la Nación



Corte Suprema de Justicia de la Nación

Buenos Aires, 8 de Abril de 2021

Vistos los autos: "Comunidad Mapuche Catalán y Confederación Indígena Neuquina c/ Provincia del Neuquén s/ acción de inconstitucionalidad".

Considerando:

1°) Que los agravios de la parte recurrente han sido objeto de adecuado tratamiento en el dictamen de la señora Procuradora General de la Nación, cuyos fundamentos esta Corte comparte -con excepción del último párrafo del acápite VIII- y a los cuales se remite en razón de brevedad.

2°) Que, sin perjuicio de ello, resulta fundamental reiterar que la declaración de invalidez de las normas impugnadas podría generar graves y complejas consecuencias institucionales.

3°) Que, dado que esta Corte tiene el deber constitucional de adoptar las medidas apropiadas para evitar este tipo de situaciones, corresponde establecer pautas claras y concretas acerca de la manera en que los efectos de su pronunciamiento operarán en el tiempo. Para satisfacer este objetivo, deviene imprescindible admitir la validez de la creación del Municipio de Villa Pehuenia y de todos los actos jurídicos que celebraron sus autoridades y que generaron derechos y obligaciones de la más diversa índole, así como de los actos que continúen celebrando hasta tanto la provincia adecúe las normas impugnadas a la Constitución y a los

instrumentos internacionales que garantizan los especiales derechos de participación de los pueblos indígenas.

Por ello, y conforme con lo dictaminado, corresponde:

1. Declarar procedente el recurso extraordinario, revocar la sentencia apelada y hacer lugar a la demanda en los términos precedentes (art. 16 de la ley 48).

2. Admitir la validez de la creación del Municipio de Villa Pehuenia y de todos los actos jurídicos que celebraron sus autoridades y que generaron derechos y obligaciones de la más diversa índole, así como de los actos que continúen celebrando hasta tanto la provincia adecúe las normas impugnadas a la Constitución y a los instrumentos internacionales que garantizan los especiales derechos de participación de los pueblos indígenas.

3. Condenar a la Provincia del Neuquén a que, en un plazo razonable, y en forma conjunta con las comunidades indígenas, establezca una mesa de diálogo con la Comunidad Mapuche Catalán y la Confederación Indígena Neuquina, para que implementen la consulta que fuera omitida y diseñen mecanismos permanentes de comunicación y consulta para que los pueblos originarios puedan participar en la determinación de las políticas y decisiones municipales que los involucren y, adecuar, de este modo, la legislación en la materia a la Constitución Nacional y los tratados internacionales.



Corte Suprema de Justicia de la Nación

4. Establecer que el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia del Neuquén será el encargado de controlar la ejecución de la sentencia y de recibir los informes con los avances logrados en la Mesa de Diálogo.

Las costas se imponen a la parte demandada (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y remítase.

VO-//-

-//-TO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON HORACIO ROSATTI

Considerando:

1°) Que el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia del Neuquén rechazó la acción de inconstitucionalidad interpuesta por la Comunidad Mapuche Catalán y la Confederación Indígena Neuquina, con el objeto de que se declarara la inconstitucionalidad de la ley provincial 2439 que creó el municipio de Villa Pehuenia y del decreto del Poder Ejecutivo provincial 2/2004 que convocó a elecciones para conformar la comisión municipal respectiva (fs. 615/638 del expediente 1090/04).

Luego de señalar que la pretensión de la parte actora consistía en que se declarara que la creación del municipio sobre territorio de las comunidades mapuches no había resguardado el derecho a la consulta y participación de los pueblos indígenas y había omitido reconocer su preexistencia étnica y cultural (en contradicción con lo dispuesto en el art. 75, inciso 17, de la Constitución Nacional, los tratados internacionales con jerarquía constitucional y el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales), el tribunal superior de justicia sostuvo que la citada ley 2439 no vulneraba los arts. 203 y 204 -actuales arts. 273 y 289- de la constitución local, ni el art. 53 de dicho cuerpo legal, argumentando: *i)* que la organización de un municipio era una facultad del poder legislativo



Corte Suprema de Justicia de la Nación

provincial; *ii*) que había sido ejercida dentro del marco discrecional allí dispuesto que, por otra parte, no consagraba ningún condicionamiento en relación con la delimitación territorial sino que únicamente requería la existencia de un centro de población de 500 habitantes; y *iii*) que la estructura municipal no era incompatible con el debido respeto de la vida de la comunidad mapuche ni con el resguardo de sus derechos constitucionales específicos, sino que -por el contrario- era la más apta para lograr el encuentro y la coexistencia de la diversidad pluricultural.

El máximo tribunal de justicia provincial aseveró que la libre determinación de los pueblos mapuches y sus derechos específicos debían operar en el ámbito de los Estados nacional y provincial, sin menoscabar su autonomía y soberanía y manifestó que, en todo caso, el ejercicio concreto de las atribuciones gubernamentales derivado del municipio creado podría entrar en colisión con los derechos de las comunidades, cuestión que excedía los límites de la demanda.

El tribunal en cita se expidió asimismo sobre el derecho a la consulta y a la participación, consagrados en los arts. 6°, 7° y 15 del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Sin perjuicio de destacar la trascendencia de dichas prerrogativas, precisó que el derecho a la consulta previa surgía solo ante medidas legislativas que incidieran en forma directa sobre las comunidades indígenas, esto es, aquellas disposiciones destinadas específicamente a esos pueblos o que

por su contenido material pudieran afectarlos en asuntos que le eran propios, circunstancias que no se presentaban en el caso de la ley 2439 por tratarse de una norma de carácter general dictada en el ámbito de las competencias propias del Estado provincial. Por último, destacó que el citado convenio contemplaba el compromiso de los Estados de promover oportunidades de participación para las comunidades indígenas que fueran al menos equivalentes a las del resto de la población, lo que en el caso había sido cumplimentado mediante el llamado a elecciones ordinarias.

Contra dicha decisión la Comunidad Mapuche Catalán y la Confederación Indígena Neuquina interpusieron recurso extraordinario federal, que fue concedido (fs. 653/671, 699/700 del citado expediente).

2°) Que el remedio federal es formalmente admisible, pues los impugnantes cuestionan la constitucionalidad de normas locales bajo la pretensión de ser contrarias al derecho a la consulta y a la participación de las comunidades indígenas reconocidos en la Constitución Nacional (art. 75, incisos 17 y 22) y en instrumentos internacionales (art. 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), y la decisión apelada fue a favor de la validez de las disposiciones locales y, por ende, contraria al derecho federal invocado (art. 14, incisos 2 y 3, de la ley 48).



Corte Suprema de Justicia de la Nación

No obsta al examen de las cuestiones federales planteadas, la circunstancia de que el tribunal superior de justicia hubiera expresado la imposibilidad de resolver sobre dichos planteos en el marco de una acción de inconstitucionalidad como la intentada pues, finalmente, se expidió al respecto, lo que habilita a este Tribunal a pronunciarse sobre el punto.

3°) Que a fin de precisar el nudo del conflicto, corresponde destacar que no se encuentra controvertido en el caso que: *i)* la Provincia del Neuquén tiene facultades constitucionales para crear municipios (art. 270 de la constitución local); y *ii)* las comunidades mapuches Catalán, Puel y Plácido Puel viven en el territorio que ha quedado comprendido dentro de los límites del municipio de Villa Pehuenia, creado por la ley provincial 2439.

La cuestión a dilucidar consiste entonces en determinar si, en el caso de autos, el Estado provincial al ejercer la facultad de crear el municipio ha vulnerado los derechos a la consulta y a la participación de los pueblos indígenas, consagrados en la Constitución Nacional y en los instrumentos internacionales.

4°) Que la reforma de la Constitución Nacional de 1994 reemplazó la antigua cláusula del art. 67, inciso 15, que disponía como obligación del Congreso Nacional la de "*conservar el trato pacífico con los indios, y promover a la conversión de*

ellos al catolicismo", tratándolos como sujetos ajenos a la vida nacional colectiva y como objetos de dominación cultural, por el actual art. 75, inciso 17, que da cuenta de la adopción de un nuevo paradigma de protección de la diversidad cultural. Esta disposición, luego de afirmar la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas, les garantiza un conjunto de derechos específicos basados en el deber de asegurar "el respeto a su identidad cultural", entre los que destaca como instrumento para hacerlos efectivos el derecho a la participación en la gestión referida a los recursos naturales y otros intereses que los afecten. Por su parte, la constitución de la Provincia del Neuquén contiene en su art. 53 una norma similar al citado art. 75, inciso 17 de la Constitución Nacional.

Esta prerrogativa importa "oír la voz de los pueblos indígenas" con el fin de tomar en cuenta sus intereses, opiniones y puntos de vista en determinados asuntos y prevenir posibles lesiones a su identidad cultural cuando se adopten medidas que puedan afectar su forma de vida o sus costumbres tradicionales. Esta participación debe permitir que los pueblos indígenas expresen sus inquietudes, propuestas y apreciaciones en una etapa oportuna por medio de procedimientos apropiados para resguardar sus derechos e intereses.

5°) Que a la luz de dichas premisas, y recordando que no está en discusión la facultad constitucional de la provincia prevista en el art. 270, se advierte que en el caso -tal como ha sido destacado por la señora Procuradora General de la Nación-



Corte Suprema de Justicia de la Nación

la entidad y la repercusión de la creación del municipio de Villa Pehuenia exigía que la provincia hubiese requerido la participación de la comunidad indígena involucrada.

Ello así por cuanto la "creación legal" de un municipio no supone un acto por el cual se hace surgir una realidad de la nada; el Poder Legislativo no es un demiurgo que crea los vecinos y las viviendas que habitan, para luego afirmar que esos elementos serán a partir de su voluntad un municipio. Vecinos y viviendas constituyen una realidad preexistente que justifica la decisión gubernamental; por ello lo que hace el legislador es un acto de "reconocimiento atributivo": "reconoce" una realidad -en el caso neuquino una cantidad mínima de vecinos- y le "atribuye" un *status* jurídico específico pleno de consecuencias institucionales.

En tal sentido, la conformación de un municipio supone para el actor gubernamental (constituyente o legislador), cuando menos, dos órdenes de decisiones: a) una decisión de carácter *institucional*, por la que se establece el modelo de organización que en el futuro se adoptará, lo que conlleva la determinación de las facultades, derechos y obligaciones que se le reconocerán al gobierno local y a los vecinos; y b) otra decisión de naturaleza *territorial*, por la que se delimita el ámbito espacial de vigencia del nuevo ordenamiento dentro del que habrán de desarrollarse las relaciones vecinales y la prestación de los servicios públicos locales.

Resulta evidente que ambos aspectos (el de la nueva organización política y el de la demarcación territorial) no resultan ajenos a los pueblos y comunidades indígenas que se encuentren comprendidos; por el contrario, la "creación" municipal realizada con abstracción de la existencia de dichos pueblos (y de sus derechos) no constituye una aplicación razonada de la normativa constitucional que expresamente reconoce la obligación del Estado -nacional y provincial- de asegurar su participación en la gestión de aquellos asuntos que puedan afectarlos (art. 75, inciso 17, anteúltimo párrafo, de la Ley Fundamental).

6°) Que, en efecto, la *adopción de un determinado modelo institucional* (comprensivo de la estructura y de las potestades asignadas al órgano competente conforme a los arts. 273 y 278 de la Constitución local) puede proyectar efectos sustantivos en la organización ancestral de los pueblos originarios. No es posible subestimar la circunstancia, señalada por las actoras, en punto a que en el seno de la población mapuche las decisiones son tomadas mediante mecanismos e instituciones propias, como son los parlamentos comunitarios y los *lonkos* que representan la autoridad moral e histórica de las comunidades. Asimismo, *la determinación de los límites geográficos* también puede impactar en los intereses de la población concernida en la medida en que se vean afectados la integridad o el uso y/o goce de dichos territorios.



Corte Suprema de Justicia de la Nación

No se trata de crear un Estado dentro de otro Estado, pues está claro que en nuestro país las diversas etnias, culturas y nacionalidades que habitan el suelo argentino se congregan, a los fines institucionales y con sus matices, bajo el mismo techo constitucional. De lo que se trata es de hacer viable la máxima vigencia posible de los derechos diferenciales reconocidos, y no de minimizarlos considerándolos implícitos dentro de las prerrogativas comunes al resto de la población.

7°) Que en tales condiciones, las circunstancias particulares del caso ponen de manifiesto que, al sancionar la ley 2439, el Estado provincial no ha respetado el derecho constitucional a la participación.

No solo no ha 'oído' a los pueblos y comunidades alcanzadas por dicha normativa, con carácter previo a su sanción, sino que tampoco ha contemplado la creación de mecanismos apropiados y adecuados que aseguren una participación permanente de aquellos en el diagrama del gobierno municipal creado, de modo que puedan intervenir, de manera efectiva, en la determinación de las políticas que los atañen. La situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los pueblos indígenas - debido a su idiosincrasia que los diferencia de la mayoría de la población- exige que el Estado diseñe, promueva y fomente diversas formas de participación que permitan a dichos sectores de la sociedad entender en los asuntos públicos que involucren sus intereses.

En esa inteligencia, la circunstancia destacada por el tribunal superior de justicia vinculada con el llamado a elecciones ordinarias como forma de cumplimentar con la participación constitucionalmente reconocida, y judicialmente reclamada, no parece atendible. La "participación" de los pueblos y comunidades indígenas no puede ser entendida con un alcance limitado al proceso de elección de autoridades; debe asegurar una interacción adecuada, armoniosa y razonable entre la forma de vida indígena y la no indígena en la gestión gubernamental, haciendo realidad el modelo de Estado multicultural y plural que ha adoptado nuestro país.

8°) Que aun cuando el desarrollo precedente lleva a admitir la pretensión de las recurrentes y, con ello, a declarar la inconstitucionalidad de la ley 2439 y del decreto 2/2004, este Tribunal no puede desconocer las consecuencias institucionales que, ineludiblemente, se derivarían de dicha decisión. En efecto, a la hora de juzgar acerca de la solución que corresponde adoptar en el caso concreto, no cabe perder de vista que el municipio creado por la referida ley se encuentra funcionando desde hace varios años.

En tales condiciones, corresponde que este Tribunal, en cumplimiento de su deber constitucional de adoptar las medidas apropiadas para evitar que los efectos de su pronunciamiento puedan acarrear graves consecuencias institucionales -incluso mayores que las que se intentan remediar- en perjuicio de toda la población, mantenga la



Corte Suprema de Justicia de la Nación

creación del municipio de Villa Pehuenia, así como los actos jurídicos que se celebraron y que pudieron generar derechos y obligaciones de la más diversa índole (conf. doctrina Fallos: 330:2361; 331:2691).

Sin perjuicio de ello, con el fin de impedir que, de aquí en adelante, pueda presentarse un escenario análogo, corresponde establecer pautas concretas tendientes a que las medidas adoptadas se adecuen a las disposiciones previstas en la Constitución Nacional y en los instrumentos internacionales vigentes en la materia, de modo de armonizar las facultades provinciales de organización del régimen municipal con la protección constitucional de los derechos reconocidos a los pueblos indígenas (art. 75, incisos 17 y 22, de la Constitución Nacional; art. 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 203 de la Constitución de Neuquén).

En este particular contexto, la solución que se propone se presenta como aquella que, en un marco multicultural y diverso, permite encauzar la situación institucional vigente con la protección constitucional que requieren los pueblos y comunidades indígenas involucrados.

Por ello, concordemente con lo dictaminado por la señora Procuradora General de la Nación, se resuelve:

I.- Declarar procedente el recurso extraordinario, revocar -con el alcance indicado- la sentencia apelada, y hacer lugar a

la demanda en los términos del presente fallo (art. 16 de la ley 48).

II.- Disponer que, en el marco del principio de "colaboración sin interferencia" que debe guiar la relación entre el Estado Nacional y los estados provinciales, la Provincia del Neuquén, en el plazo de 60 días, convoque y concrete una mesa de diálogo con la Comunidad Mapuche Catalán y la Confederación Indígena Neuquina para oírlos y diseñar en forma conjunta con la Municipalidad de Villa Pehuenia mecanismos permanentes de participación institucional y comunicación, de modo que las comunidades originarias puedan intervenir en la determinación de las políticas y decisiones municipales que las involucren y, de esta forma, optimizar la convivencia entre los habitantes del municipio, adecuando -de ser necesario- la legislación en la materia.

III.- Establecer, en función del principio señalado en el ítem precedente, que el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia del Neuquén controle la ejecución de la sentencia y reciba los informes con los avances logrados en la mesa de diálogo.

Costas a la demandada (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y remítase.

DISI-//-



Corte Suprema de Justicia de la Nación

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

Considerando:

1°) La Comunidad Mapuche Catalán y la Confederación Indígena Neuquina -en adelante, las actoras- oportunamente iniciaron una acción de inconstitucionalidad contra la Provincia del Neuquén con el propósito de que se declare la inconstitucionalidad de la ley provincial 2439 que dispone la creación del municipio de tercera categoría denominado "Villa Pehuenia" y del decreto PEP 2/2004 que llama a elecciones para la conformación de la comisión municipal de dicho municipio. Argumentaron que no se respetó ni su derecho a ser consultadas con carácter previo a la sanción de dicha ley ni tampoco su derecho de participación. Alegaron la violación de los arts. 75 inciso 17 de la Constitución Nacional, 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ambos tratados incluidos en el art. 75 inciso 22 de la Constitución Nacional) y los arts. 2.1, 4.1, 5 a), 5 b), 6, 7.1, 8.1, 8.2, 13.1, 14.1 y 15.1 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, "Convenio 169 de la OIT"), 203 de la Constitución Provincial y 28 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

2°) El Tribunal Superior de Justicia de la Provincia del Neuquén rechazó la acción de inconstitucionalidad deducida en instancia originaria por las actoras (fs. 615/638). Sostuvo

que la ley de municipalización de Villa Pehuenia no era contraria a la constitución de la provincia (cfr. apartados IX y X). Negó que la creación del municipio de Villa Pehuenia hubiera alterado o vulnerado la identidad del pueblo mapuche. Afirmó que, si bien el Estado provincial debe respetar el ejercicio de la libre determinación de los pueblos mapuches, posibilitar la práctica de la autonomía diferenciada, respetar su identidad, su cultura, sus formas de organización social y sus capacidades para determinar sus propios desarrollos, debe hacerlo sin menoscabo de la autonomía provincial y la soberanía nacional.

Señaló, además, que la ley provincial 2439 no absorbía facultades privativas de las comunidades indígenas - como inexactamente lo había postulado la demanda- puesto que, aun con anterioridad a su sanción, las facultades del poder administrador en el ejido de Villa Pehuenia definido desde 1996 eran desempeñadas por una comisión de fomento. Adujo que la aplicación concreta de las atribuciones municipales podía eventualmente entrar en colisión con los derechos de las comunidades indígenas pero dicha cuestión remitía a un examen particular y concreto que rebasaba los límites de la acción de inconstitucionalidad intentada.

Respecto a las alegadas violaciones de la Constitución Nacional y del Convenio 169 de la OIT, el tribunal provincial aclaró que la acción de inconstitucionalidad provincial establece un control de constitucionalidad concentrado y de efectos derogatorios y que, por lo tanto, no es



Corte Suprema de Justicia de la Nación

un procedimiento apto para el ejercicio del control de constitucionalidad federal. No obstante ello, entendió que correspondía examinar las posibles violaciones al orden federal dada la importancia institucional del caso (cfr. apartados VIII y XI, primer párrafo).

Analizó, entonces, si la ley 2439, al reconocer categoría de municipio a Villa Pehuena, había desconocido algún derecho de las comunidades indígenas, específicamente, el derecho estipulado en el artículo 6.1.a del Convenio 169 de la OIT. La respuesta fue negativa. Destacó, al respecto, que el Convenio OIT no establece que debe consultarse a dichas comunidades frente a toda ley que sea susceptible de afectarlas sino únicamente cuando las leyes en cuestión las afectan o puedan afectarlas directamente. Según el tribunal *a quo*, el derecho de las comunidades a ser consultadas solo emerge cuando se está ante la perspectiva de adoptar una medida legislativa que, de manera directa y específica, regule situaciones que repercuten en las comunidades indígenas o cuando del contenido material de la medida que se pretende sancionar se desprende una posible afectación de tales comunidades en ámbitos que les son propios. De acuerdo con el tribunal *a quo*, ninguna de estas circunstancias se presentaba en relación con la ley 2439.

Por otro lado, el tribunal *a quo* afirmó que la decisión de crear el municipio de Villa Pehuena respondía a una actuación del Estado provincial destinada al cumplimiento de un mandato impuesto por el constituyente provincial que concedió el

carácter de municipio a todo poblado que superase los quinientos habitantes (art. 270, Constitución de Neuquén).

Finalmente, el tribunal *a quo* sostuvo que, en el país, la soberanía reside en el pueblo quien no delibera ni gobierna sino a través de sus representantes seleccionados mediante el sufragio que constituye la base de la organización del poder del Estado y que el pueblo es único e indivisible, aun cuando converjan en él distintas etnias y culturas. En relación con el derecho a la participación, el tribunal señaló que, cuando no hay una afectación directa, el compromiso de los Estados con sus pueblos indígenas se remite a la promoción de oportunidades de participación las que deben ser, al menos, equivalentes a las que están al alcance de otros sectores de la población. Afirmó que dicho compromiso se honró al convocarse, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 4° de la ley 2439, a elecciones generales ordinarias para la integración de la primera comisión municipal.

3°) Contra la sentencia del tribunal superior, las actoras interpusieron recurso extraordinario federal que fue concedido por el tribunal *a quo* por existir cuestión federal (fs. 699/700 vta.).

Las recurrentes plantean tres agravios. En primer lugar, sostienen que la negativa del tribunal *a quo* de aplicar el derecho federal para resolver la acción local de inconstitucionalidad resulta violatoria del principio de



Corte Suprema de Justicia de la Nación

supremacía federal establecido en el art. 31 de la Constitución Nacional y que la exclusión del derecho federal es contraria a la Constitución provincial, que incorpora explícita o implícitamente todos los derechos y garantías federales al orden local.

En segundo lugar, las recurrentes alegan que no se ha honrado la obligación de los Estados de consultar a los pueblos indígenas con carácter previo a la adopción de medidas legislativas, administrativas o políticas que puedan afectar directamente sus derechos e intereses imponiendo a la comunidad mapuche un modelo político representativo, extraño a la modalidad de dicha comunidad caracterizada por la toma de decisiones mediante asambleas de familias, consultas permanentes y búsqueda de consensos. Aducen que el desconocimiento de la institucionalidad indígena y la imposición de un órgano municipal con competencia en numerosas áreas de decisiones constituyen un mecanismo de "erosión cultural" y una expresión de intolerancia estatal respecto a la propia vida cultural indígena. Sostienen que una organización municipal como Villa Pehuenia, cuando resulta de una imposición inconsulta del Estado, no incorpora en su órbita los derechos, intereses y pautas culturales de las comunidades y se constituye en un obstáculo a la autonomía indígena que la sentencia dice respetar.

Por último, disputan la interpretación que realizara el tribunal a *quo* según el cual las únicas medidas que

requerirían un previo proceso de consulta serían aquellas que el Estado orienta directamente a los pueblos indígenas y no a la generalidad de los ciudadanos. Sostienen que la posibilidad de incidencia "directa" sobre los pueblos indígenas resulta de la afectación que las medidas administrativas o legislativas tengan sobre los derechos de éstos al mantenimiento de su integridad, su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones y sus instituciones. Agregan que cualesquiera sean las formas de la medida o las intenciones de los órganos estatales y, aun si estos no advirtieran la afectación, se impone un previo proceso de consulta.

4°) A fs. 710/718 obra el dictamen de la señora Procuradora General de la Nación en el que opina que se debe hacer lugar al recurso extraordinario federal y revocar la sentencia apelada. En lo sustancial, entiende que la ley 2439 y el decreto provincial PEP 2/2004 vulneraron el derecho a la consulta y a la participación de las comunidades indígenas. Sostiene que la creación de un municipio es susceptible de afectar, en forma concreta y directa, a las comunidades mapuches en relación con la adecuada protección de su tierra y territorio y con sus derechos políticos a participar en el diseño de las instituciones políticas locales y a decidir de forma autónoma sobre aspectos indispensables que hacen a la preservación de la vida indígena.

Por otro lado, afirma que la creación de un municipio supone adoptar un modelo de organización del poder



Corte Suprema de Justicia de la Nación

constitucional y atribuir potestades a una autoridad local, lo que repercute en los derechos políticos de las comunidades. En el caso, eso implica adoptar una estructura y un modelo de organización del poder que es ajeno a la cosmovisión y a las instituciones políticas de las comunidades indígenas. Por ello, sostiene que, si bien la ley 2439, en principio, es una norma de carácter general, tiene un impacto diferencial sobre los pueblos indígenas en comparación con el resto de la población, lo que demanda abrir una instancia de diálogo sobre el modo de organización del poder constitucional a nivel local. En opinión de la señora Procuradora, la sanción de la ley 2439 implica asignar al gobierno municipal una suma de atribuciones cuyo ejercicio, como lo entendió el tribunal *a quo*, podría dar lugar en el futuro al deber de consultar a las comunidades. Sin embargo, la señora Procuradora sostiene que la mera atribución de funciones y facultades, sin consultar a las comunidades indígenas, es susceptible de afectar el espacio de autodeterminación necesario para la preservación de la forma de vida indígena.

Agrega que, en el caso, el derecho a la participación se ve afectado no solo por la falta de consulta previa a la sanción de la ley 2439 sino también porque la regulación de la Municipalidad de Villa Pehuenia no prevé un mecanismo que asegure la participación permanente de las comunidades indígenas en el gobierno municipal, aun cuando se trata de una jurisdicción con gran presencia de comunidades mapuches.

5°) El recurso extraordinario es admisible pues las recurrentes cuestionan la constitucionalidad de normas locales - ley 2439 y decreto PEP 2/2004- por ser contrarias al derecho a ser consultadas previamente establecido en el art. 6.1.a del Convenio 169 de la OIT y al derecho a la participación establecido en los arts. 6.1.b y 7.1 del Convenio 169 de la OIT y en el art. 75 inciso 17 de la Constitución Nacional y la decisión ha sido a favor de la validez de las normas locales y, por ende, contraria al derecho federal invocado por las recurrentes (art. 14, inciso 2°, de la ley 48).

6°) El procedimiento seguido por ante el tribunal superior de la Provincia del Neuquén, de acuerdo con lo dispuesto por el derecho local, tiene por objetivo el ejercicio del control de constitucionalidad abstracto, concentrado y con efectos derogatorios en caso de que se resuelva la inconstitucionalidad de la ley (cfr. ley provincial 2130). Ahora bien, ni los tribunales de la Nación ni esta Corte Suprema entre ellos cuentan con jurisdicción para dictar fallos en abstracto - sin la presencia de un caso o controversia- y con efecto abrogatorio de las leyes (art. 2° de la ley 27; doctrina de Fallos 12:372; 24:248; 115:163; 139:65; 183:76; 247:325; 313:1010; 315:276; 339:1223; entre otros), diferencia que hace necesario precisar el alcance que tendrá el pronunciamiento de esta Corte.

En esta causa las recurrentes han denunciado, entre otras cosas, que la Provincia del Neuquén, por el mero hecho de



Corte Suprema de Justicia de la Nación

sancionar la ley 2439 que creó un municipio de tercera categoría, ha vulnerado de manera concreta el derecho que les asiste a ser consultadas de manera previa (art. 6.1.a del Convenio 169 de la OIT) y el derecho a participar en el funcionamiento del Municipio de Villa Pehuenia (art. 75, inciso 17 de la Constitución y arts. 6.1.b y 7.1 del Convenio 169 de la OIT). De todas las cuestiones consideradas en la sentencia apelada, estos son los únicos puntos respecto de los cuales el proceso sustanciado y la sentencia que le puso fin tienen un efecto concreto y actual sobre los derechos de las recurrentes. Son, por lo tanto, los únicos puntos en relación con los cuales la sentencia apelada es asimilable a una decisión recaída en una causa o caso contencioso.

El resto de las cuestiones tratadas en el fallo del tribunal superior de la provincia se relacionan con la compatibilidad en abstracto de la ley 2439 con disposiciones y principios constitucionales provinciales y nacionales, cuestiones que resultan extrañas a la jurisdicción del Poder Judicial de la Nación y, por consiguiente, también al recurso extraordinario reglado en los arts. 14 a 16 de la ley 48. Es claro que si se produjeran vulneraciones concretas de sus derechos nada impedirá a la parte actora que promueva las respectivas acciones judiciales en busca del remedio que estime más adecuado.

Por último, la estructura del proceso seguido por ante el Tribunal Superior de la Provincia del Neuquén, de

acuerdo con la ley local 2130, no incluyó debate alguno entre las partes sobre pretensiones distintas a la declaración de inconstitucionalidad de las normas impugnadas. Por lo tanto, la sentencia del tribunal provincial y la de esta Corte, al revisar los puntos constitucionales que se acaban de definir, se encuentra limitada a pronunciarse sobre la pretensión declarativa de inconstitucionalidad. Ello es así por las restricciones propias del debido proceso y del derecho de defensa que tales restricciones buscan preservar.

7°) Para resolver este caso, es preciso que el Tribunal determine el alcance de los derechos concedidos a las comunidades indígenas, en especial, los derechos a la consulta previa y a la participación en la adopción de aquellas medidas que las afectan.

Esta determinación debe realizarse teniendo en cuenta que, desde hace varias décadas, nuestro país se comprometió con la reivindicación de los derechos de los pueblos indígenas que todo el arco político consideró necesaria para contrarrestar los siglos de olvido, ostracismo y marginalidad a los que fueron sometidos. Así, entre otras cosas, en 1985 se sancionó la ley 23.302 sobre Política Indígena y Apoyo a las Comunidades Aborígenes, en 1994 se incorporó a la Constitución Nacional el art. 75 inciso 17, y en el año 2000 se ratificó el Convenio 169 de la OIT.



Corte Suprema de Justicia de la Nación

No obstante, la decisión debe también dar cabal cumplimiento al hecho de que, en nuestro país, la soberanía reside en el pueblo que es uno solo y constituye el único sujeto colectivo con derecho a la autodeterminación colectiva. Por lo tanto, las comunidades indígenas no pueden pretender derechos políticos que ningún colectivo diferente al pueblo de la Nación y de las provincias tiene ni podría aspirar a tener dado el modo representativo, republicano y federal adoptado por esta Constitución para el gobierno de la Nación.

8°) A los fines de juzgar si el reconocimiento del estatus de municipio a Villa Pehuenia vulneró el derecho a la consulta previa de las recurrentes, es imprescindible fijar el alcance de los textos en los que las recurrentes fundan dicho derecho. En este sentido, el art. 6.1.a del Convenio 169 de la OIT establece que "al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán (...) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente".

Surge claro del texto transcrito en el párrafo precedente que el convenio no concede el derecho a la consulta previa en relación con todas las medidas legislativas o administrativas que puedan de cualquier modo impactar a las comunidades indígenas. Las comunidades indígenas no tienen, por ejemplo, el derecho a ser consultadas previamente frente a

medidas que las afectan porque afectan a todos los argentinos o a todos los neuquinos o a todos los habitantes de Villa Pehuenia. Como quedó dicho precedentemente, el art. 6.1.a del Convenio 169 de la OIT califica el derecho a la consulta que concede mediante la expresión "susceptible de afectarles directamente".

De acuerdo a lo dispuesto por el art. 31.4 de la Convención de Viena de Derecho de los Tratados, todo tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a sus términos. Ahora bien, según la Real Academia Española, entre las acepciones del adjetivo "susceptible" se encuentra la de ser "capaz de". Por su parte, dentro de las acepciones del verbo "afectar", el Diccionario de la Real Academia incluye la de "menoscabar, perjudicar, influir desfavorablemente" y, por último, el adverbio "directamente" quiere decir "de modo directo". Al definir el adjetivo "directo" la Academia incluye varias acepciones pero la única que es aplicable aquí es la siguiente: "que se encamina derechamente a una mira u objeto".

Entonces, de conformidad con el sentido corriente de los términos usados en el art. 6.1.a, la consulta previa a los pueblos indígenas es obligatoria únicamente respecto de las medidas administrativas o legislativas que son capaces de menoscabar o perjudicar derechamente -y no de modo indirecto o remoto- a los derechos de las comunidades indígenas.



Corte Suprema de Justicia de la Nación

La exigencia de que, para que sea obligatoria la consulta previa, tiene que tratarse de una afectación a un derecho especialmente reconocido a los pueblos indígenas surge del mismo Convenio 169 de la OIT. En efecto, el Convenio 169 de la OIT no establece una obligación de consulta previa exigible por las comunidades indígenas en todos los casos sino solamente cuando se apliquen "las disposiciones del Convenio". Así lo dispone expresamente el art. 6.1.a del Convenio y se encuentra confirmado por los trabajos preparatorios en los que se indica que lo que se pretendió fue reconocer que "las poblaciones indígenas y tribuales (sic) tienen derecho a participar en el proceso de toma de decisiones en los países donde viven y **en lo que atañe a todas las cuestiones cubiertas por el Convenio revisado y que les afecten directamente**" (OIT, observación 2010/81, página 4, el destacado es propio).

Ratifica esta interpretación el hecho de que el Convenio 169 de la OIT específicamente explicitó la necesidad de consultar a los pueblos indígenas solo en el caso de medidas que están dirigidas a las comunidades (arts. 17.2, 22.3 y 28.1) o cuando no estén dirigidas a ellas pero pueden afectarlas directamente en un derecho reconocido en el mismo Convenio (art. 15.2). Es razonable asumir que la regla general que impone el deber de consultar a las comunidades no puede ser contradictoria con la regulación específica de los casos de consulta pues el contexto, que incluye el modo en que un instituto es regulado por el tratado, debe ser siempre tenido en cuenta a los efectos

de la interpretación de un tratado internacional (art. 31.2 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados).

De lo anterior surge con claridad que el derecho a la consulta previa solo puede esgrimirse frente a una medida legislativa o administrativa que regule de modo directo a los pueblos indígenas o a sus integrantes o, si se trata de una medida de alcance general, cuando puedan afectar directamente (y no de modo indirecto o remoto) un derecho de los pueblos indígenas reconocido por el Convenio 169 de la OIT.

9°) Ni la ley 2439 ni el decreto PEP 2/2004 -que fijaron el ejido de Villa Pehuenia e importaron la organización del poder a nivel municipal- debieron ser precedidos de una consulta. Las actoras no tienen ese derecho en tanto la creación de un gobierno municipal es una norma general que no menoscaba de un modo directo los derechos reconocidos por el Convenio 169 de la OIT a las comunidades indígenas.

Tanto la ley 2439 como el decreto PEP 2/2004 son medidas de alcance general que no fueron dirigidas única y exclusivamente a regular a los pueblos indígenas ni a sus integrantes. Además, por las consideraciones que se expresan a continuación, no se ha demostrado que dichas medidas tengan un impacto directo sobre cualquiera de los derechos de los pueblos indígenas reconocidos por el Convenio 169 de la OIT.

La ley 2439 fijó el ejido de Villa Pehuenia pero no modificó el *status quo* existente hasta ese momento en materia de



Corte Suprema de Justicia de la Nación

demarcación territorial pues Villa Pehuena es territorialmente coincidente con los límites fijados en el Anexo 1 del decreto 367/96. Por otro lado, no se ha demostrado que dicha demarcación haya menoscabado de modo directo alguno de los derechos reconocidos a los pueblos indígenas en el Convenio 169 de la OIT. En este sentido, no se ha demostrado que la mera atribución de facultades al gobierno municipal incida de modo directo en el pleno goce de los derechos económicos, sociales y culturales que sí fueron reconocidos por el Convenio OIT 169 a las comunidades indígenas. La creación del Municipio de Villa Pehuena no afecta el derecho a la propiedad y posesión de las tierras que tradicionalmente ocupan (art. 14); ni el derecho de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras (art. 15); ni el derecho a no ser trasladado de las tierras que ocupan (art. 16); ni el derecho a que se respeten las modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierra entre los miembros de los pueblos interesados establecidas por dichos pueblos (art. 17); ni el derecho que se adopten medidas especiales para garantizar a los trabajadores pertenecientes a esos pueblos una protección eficaz en materia de contratación y condiciones de empleo (arts. 20 y sgtes.); ni el derecho de disponer de medios de formación profesional por lo menos iguales que los de los demás ciudadanos (arts. 21 y sgtes.); ni el derecho a que se les extiendan los regímenes de seguridad social progresivamente y sin discriminación (arts. 24 y sgtes.); ni el derecho a que se adopten medidas para garantizar la posibilidad de adquirir una educación a todos los niveles, por lo menos en

pie de igualdad con el resto de la comunidad nacional (arts. 26 y sgtes.); ni ninguno de los otros derechos reconocidos por el Convenio.

El municipio de Villa Pehuenia es una organización del poder vecinal plenamente compatible con el modelo político representativo previsto en la Constitución de la Provincia del Neuquén. En efecto, la Constitución neuquina adopta el sistema republicano, representativo de gobierno (art.1°), declara que Neuquén es una provincia indivisible, laica, democrática y social y que "la soberanía reside en el pueblo, quien no gobierna sino por sus representantes con arreglo a esta Constitución y sin perjuicio de sus derechos de iniciativa, referéndum y revocatoria" (art. 3°).

La creación de un municipio no afecta ningún derecho reconocido a las comunidades indígenas por el Convenio 169 de la OIT ya que éste no les confiere un derecho a la autodeterminación política. Dicho en otros términos, el Convenio 169 no otorga a las comunidades indígenas el derecho a que el poder político general se organice de manera diferente al modo previsto por las normas constitucionales de los Estados en los que habitan. Por lo tanto, no puede sostenerse que las normas cuestionadas por las recurrentes, al establecer para el funcionamiento de Villa Pehuenia un modelo político representativo y no asambleísta, las afectaron directamente.



Corte Suprema de Justicia de la Nación

La convicción de que los firmantes del Convenio no buscaban reconocer a los pueblos indígenas el derecho a organizar el poder político de una manera distinta a la prevista en las normas constitucionales de los Estados en los que habitaban también surge claramente de una disposición del mismo Convenio. Así, el art. 1.3 del Convenio 169 de la OIT justamente buscó evitar que se entendiese que la designación del colectivo de los indígenas como "pueblo" en el tratado pudiera sugerir que dicho sujeto colectivo tuviera el derecho a la autodeterminación política. Por eso, se estableció explícitamente que "la utilización del término 'pueblos' en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional". De acuerdo con la Organización Internacional del Trabajo el artículo 1(3) buscaba "evitar cuestionamientos legales internacionales en relación con el concepto de 'pueblos', en particular el derecho a la libre determinación, que se reconoce como un derecho de 'todos los pueblos', según está establecido en el artículo 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales". Más aún, la OIT dejó en claro que en el artículo 1(3) se incluyó "un descargo en relación con el término 'pueblos'" pues "durante la adopción del Convenio 169 en 1989, dado que el mandato de la OIT son los derechos económicos y sociales, se consideró que estaba fuera de la competencia interpretar el concepto político de libre determinación" (Organización Internacional del Trabajo,

Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica, Una Guía sobre el Convenio 169 de la OIT, pág. 25).

De la Convención surge, entonces, lo que es determinante para la resolución de esta causa, más precisamente, que el Convenio 169 de la OIT no reconoce a los pueblos indígenas derechos de soberanía o autonomía política.

Los trabajos preparatorios confirman la interpretación a la que se ha arribado. De ellos surgen que "la preocupación de quienes no desean utilizar la palabra 'pueblos' obedece al temor de que dicho término entrañe el reconocimiento de un derecho a cierto grado de autonomía política, inaceptable para muchos Estados". La Oficina estima que "tal implicación puede evitarse si los debates de la Conferencia dejan bien claro que tal término se utiliza para reconocer que estos grupos tienen identidad propia y se consideran a sí mismos como pueblos, pero que las implicaciones del término dentro del contexto nacional de los Estados que ratifiquen el convenio deben fijarse a nivel nacional". Asimismo, en los trabajos preparatorios, se ha dejado constancia que "la oficina no propone que el convenio revisado proporcione una definición completa del término 'pueblos', si bien estima que sería conveniente aclarar que la utilización de esa palabra en el convenio no se debería interpretar en el sentido de que implique el derecho a la autodeterminación política, puesto que esta cuestión no es, evidentemente, de la competencia de la OIT" (Los trabajos preparatorios del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas



Corte Suprema de Justicia de la Nación

y Tribales en Países Independientes, Konrad Adenauer Stiftung, Mgr. Marco Antonio Huaco Palomino Lima, 2015, págs. 60 y 64).

10) Por otra parte, la provincia del Neuquén, al sancionar la ley 2439 y el decreto PEP 2/2004 tampoco ha incurrido en una falla convencional en relación con el derecho a la participación de las comunidades indígenas.

El art. 6.1.b del Convenio 169 de la OIT dispone que los Estados deberán "establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan". La Provincia del Neuquén, al sancionar la ley 2439 y el decreto PEP 2/2004, no ha violado esta obligación pues la municipalización de Villa Pehuenia no niega a las comunidades indígenas ningún modo de participación que fuera reconocido al resto de la población. El decreto de convocatoria a elecciones para cubrir los cargos municipales es de carácter general, confiere a toda persona un voto y no contiene exclusión ni discriminación alguna en perjuicio de ningún individuo de ninguna comunidad.

Es verdad que el artículo 7.1 del referido Convenio establece que "los pueblos interesados (...) deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y

programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente" pero nada hay en la ley 2439 que pueda ser interpretado como un obstáculo para que, en el futuro, las comunidades indígenas participen a través de un adecuado sistema de consulta en la adopción por las autoridades provinciales y municipales de políticas y programas que les conciernan directamente.

El Convenio 169 de la OIT no exige que se establezcan mecanismos determinados o específicos, como parecen sugerir las recurrentes, para asegurar la participación de los pueblos indígenas en las políticas y programas que les conciernan. Por el contrario, de acuerdo con el Convenio 169 de la OIT, cada Estado podrá determinar la naturaleza y alcance de las medidas que aseguran el derecho a la participación de las comunidades indígenas según las condiciones propias de cada país (cfr. artículo 34, Convenio 169 de la OIT). Por lo tanto, no puede concluirse que la ley 2439 o el decreto PEP 2/2004 vulneraron derecho alguno de las comunidades indígenas. Los trabajos preparatorios, una vez más, refuerzan esta conclusión pues de ellos se desprende que el texto del Convenio buscó "permitir, pero no exigir, medidas tales como la asignación de escaños especiales en el cuerpo legislativo o la reserva de empleos en la administración pública" (Los trabajos preparatorios del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, Konrad Adenauer Stiftung, Mgr. Marco Antonio Huaco Palomino Lima, 2015, págs. 144/145).



Corte Suprema de Justicia de la Nación

11) La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (fs. 655), mencionada por las recurrentes, no es aplicable al caso. Según dicha Declaración, los Estados "celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado" (art.19). Además, la referida declaración reconoce el derecho a la libre determinación (art.3); que importa el derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas (art.4). Por último y en lo que aquí interesa, la mencionada Declaración establece que "los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y desarrollar sus sistemas o instituciones políticos, económicos y sociales, a disfrutar de forma segura de sus propios medios de subsistencia y desarrollo, y a dedicarse libremente a todas sus actividades económicas tradicionales y de otro tipo" (art.20).

En primer lugar, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (A/RES/61/295) no es fuente de obligaciones para nuestro país por cuanto, como toda resolución de la Asamblea General, se trata de una recomendación que, en principio, no tiene carácter vinculante (cfr. arg. arts. 10 y 13 de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas aprobada por decreto/ley

21.195 -ratificado por ley 12838- y ratificada por el Poder Ejecutivo Nacional el 24 de septiembre de 1945; Brownlie Ian, "Principles of Public International Law", Clarendon Press, Oxford, cuarta edición, pág. 699; Klabbbers Jan, "An Introduction to International Institutional Law", Cambridge University Press, 2002, págs. 206/207) salvo que se demuestre que sus disposiciones han codificado, cristalizado o generado normas de derecho consuetudinario o que reflejan un principio general de derecho (art. 38, Estatuto de la Corte Internacional de Justicia; Díez de Velasco Manuel, "Instituciones de Derecho Internacional Público", decimoséptima edición, 2009, Editorial Tecnos, págs. 240/241; Corte Internacional de Justicia, Legalidad de la Amenaza o Uso de Armas Nucleares, ICJ Reports 1996, párrafo 70). Las recurrentes no han alegado -ni menos aún probado- que alguna de las circunstancias antes mencionadas se configure en este caso y, por ello, la mera invocación de dicha declaración no puede servir como fundamento de una decisión legal.

Por otro lado, aun cuando por vía de hipótesis se admitiera su carácter vinculante, las disposiciones de la Declaración de las Naciones Unidas no avalan la posición de las recurrentes. Ello es así pues dicha declaración solo reconoce el derecho a la consulta previa y el derecho a la autonomía y autogobierno en los asuntos internos y locales de las comunidades indígenas pero en modo alguno impone a los estados una restricción a su soberanía ni condiciona su unidad política.



Corte Suprema de Justicia de la Nación

En efecto, el art. 46 de la misma Declaración no sólo dispone que “nada de lo contenido en la presente Declaración se interpretará en el sentido de que (...) autoriza o alienta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes” sino que también establece que el ejercicio de los derechos por ella establecidos se encuentra sujeto a “las limitaciones determinadas por la ley y con arreglo a las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos”.

12) Por último, el art. 75 inciso 17 de la Constitución Nacional no otorga sustento a los agravios de las recurrentes. Cabe recordar, sintéticamente, que en el recurso extraordinario la parte actora ha sostenido que la municipalización de Villa Pehuenia y la designación de sus autoridades mediante la realización de elecciones constituyen “la imposición de un solo modelo político representativo, extraño a la modalidad assembleística de las comunidades”. Agregó que el “desconocimiento de la propia institucionalidad indígena y la imposición de un órgano municipal con competencia en numerosas áreas de decisiones constituye un mecanismo de ‘erosión cultural’ y una expresión de intolerancia estatal respecto a la propia vida cultural indígena”.

Las recurrentes se quejan por la imposición de un sistema decisorio que, según ellas, avanza hacia el interior de la vida de las comunidades indígenas. Esto es erróneo. La

municipalización de Villa Pehuenia no implica imponer ningún sistema para la toma de decisiones internas de la comunidad indígena. El municipio de Villa Pehuenia, que incluye a toda la población del ejido sea indígena o no, no determina cómo deben decidir sus asuntos las recurrentes. Las regulaciones que Villa Pehuenia podrá en lo sucesivo adoptar son, por decirlo de alguna manera, externas a la comunidad indígena y producto del sistema político republicano y representativo que rige en la Provincia del Neuquén y, más generalmente, en toda la Nación. En síntesis, el municipio de Villa Pehuenia no es una amenaza a la vida interna de las comunidades indígenas y, obviamente, Villa Pehuenia no tiene la obligación de organizarse, siquiera parcialmente, por el sistema "asambleístico" propio de las comunidades. Ello solo sería posible si antes se reformase la Constitución Nacional ya que, de acuerdo con ella, el gobierno nacional, provincial y municipal debe adaptarse a la forma representativa y republicana.

13) El art. 75 inciso 17 de la Constitución dispone con claridad que es obligación del Congreso reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. De todos modos, no establece lo que necesitarían las actoras para que su reclamo pudiese prosperar, más precisamente, que los pueblos indígenas tienen, además, superioridad *política* sobre el resto de la Nación. En otros términos, el art. 75 inciso 17 no asigna a los pueblos indígenas derechos políticos por encima de los derechos del resto de los ciudadanos que, por



Corte Suprema de Justicia de la Nación

esa razón, impongan al estado provincial la obligación de respetar una manera de tomar decisiones que, como las del sistema asambleístico, es extraña a la forma de gobierno representativa y republicana.

Las manifestaciones realizadas por los constituyentes en la reforma de 1994 ratifican dicha conclusión. En efecto, la Reforma Constitucional reconoció un nuevo paradigma de respeto y protección a la diversidad cultural admitiéndose que "la Nación Argentina es una sociedad multiétnica y pluricultural" pero con la aclaración que era "única, integrada e indivisible" (manifestaciones del señor convencional constituyente Díaz, Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente, Reunión 29, Sesión 3°, 11 de agosto de 1994, pág. 4083). Asimismo, conscientes de las malas interpretaciones que podría ocasionar el compromiso con el respeto a las comunidades se sostuvo que "no se nos escapa que este tema del reconocimiento de los indígenas como pueblos es objeto de resquemores". Se agregó que "muchos de los convencionales han manifestado incluso su temor de que pudieran reclamar la independencia política del Estado" aclarándose que "el mismo Convenio 169 en el artículo 1, inciso 3, aventa esa posibilidad" y que, por otra parte, "de ninguna manera es el objetivo de los pueblos indígenas que a lo largo de la historia han probado su pertenencia a la Nación Argentina y usado orgullosamente sus símbolos afirmando nuestra soberanía" (manifestaciones de la señora convencional constituyente Rocha de Feldman, Diario de Sesiones de la

Convención Nacional Constituyente, Reunión 29, Sesión 3°, 11 de agosto de 1994, pág. 4088).

Por lo demás, la creación de Villa Pehuenia no "absorbió" el poder a las comunidades indígenas —como alega la recurrente a fojas 655—, y, por lo tanto, no hubo en modo alguno "usurpación" del poder de otro sino más bien una continuidad con el poder propio que era antes ejercido por una comisión de fomento y después de la municipalización pasó a serlo por el municipio de Villa Pehuenia. En otras palabras, siempre hubo sobre las tierras en las que residen las comunidades mapuches una autoridad *estatal* organizada de acuerdo a lo establecido en la Constitución Nacional.

14) Por último, ni la municipalización de Villa Pehuenia, ni la convocatoria a elecciones para designar sus autoridades se refiere de ningún modo, directo o indirecto, a los intereses expresamente mencionados en la Constitución en el art. 75 inciso 17 respecto de los cuales las comunidades tienen que tener derecho a participar en su gestión, ni tampoco a otros no mencionados pero que tengan una relación similar con las formas de vida de los pueblos indígenas: no se trata de una medida concerniente a la propiedad de las tierras, ni a su uso, ni a los recursos naturales, ni a cuestiones tales como la educación de los niños, las relaciones familiares, la práctica de sus costumbres alimentarias, constructivas, estéticas, fúnebres y demás creencias de tipo religioso o moral, que hacen a la vida de la comunidad, aspectos a los que se alude de manera



Corte Suprema de Justicia de la Nación

general en el recurso extraordinario (cfr. fs. 655). No se afectan la identidad, educación bilingüe e intercultural, la personería jurídica, la posesión o la propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas.

En todo caso, si en el futuro sucediera que Villa Pehuenia se vea en la situación de tomar decisiones susceptibles de afectar a las comunidades en alguno de esos intereses, tales medidas deberán estar precedidas de las correspondientes consultas y, en su caso, acompañadas por un mecanismo adecuado para asegurar la participación indígena en la gestión de las actividades correspondientes.

El error de las recurrentes es pretender que la existencia del municipio en sí misma se sujete a la consulta y participación previa de las comunidades indígenas cuando dicha existencia no es más que la forma que adopta el estado a nivel local, de acuerdo con lo prescripto por los arts. 5 y 123 de la Constitución.

La elección de la forma en que debe cumplirse con la obligación estatal de permitir la participación de las comunidades en la gestión de los intereses que las afectan no está restringida o limitada por ninguna norma nacional que pueda servir de base a esta Corte para imputar a la provincia el incumplimiento del deber de establecer un cierto mecanismo de participación y, menos aún, para concluir que debió hacerlo

antes de sancionar la ley 2439. Está dentro de las facultades propias de la provincia adoptar una estructura permanente de participación o bien convocar a la participación de los pueblos indígenas frente a cada caso en que las medidas puedan afectar sus intereses indígenas. La provincia también puede generar un espacio de participación dentro del gobierno o fuera de él; concebir formas de participación uniformes o diferenciadas según el tipo de cuestión (educación, salud, recursos naturales, usos de las tierras, etcétera), entre otras muchas variaciones. Se trata, como lo dice expresamente el art. 75, inciso 17, de facultades que las provincias pueden ejercer de manera *concurrente* con el Congreso.

15) Lo dicho en los considerandos anteriores en nada menoscaba la plena vigencia del derecho a la consulta previa y a la participación de las comunidades indígenas ni de ninguno de los otros derechos reconocidos por el Convenio 169 de la OIT y la Constitución Nacional. Por ello, en el futuro, la Provincia del Neuquén deberá realizar una consulta previa a la adopción de toda medida legislativa o administrativa que sea susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas o sus comunidades, ya sea que dicha afectación se derive de los propios términos de la medida administrativa o legislativa en cuestión o que ésta genere un impacto directo sobre los derechos concedidos a la comunidad indígena o a sus integrantes por el Convenio 169 de la OIT. Las consultas deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de



Corte Suprema de Justicia de la Nación

llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas (art. 6.2, Convenio 169 de la OIT).

Además, la Provincia del Neuquén deberá asegurar que los pueblos interesados puedan participar libremente en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan así como en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.

Por último, la Provincia del Neuquén deberá respetar el derecho a la participación en la gestión de los recursos naturales ubicados en las tierras de posesión y propiedad comunitaria y en la gestión de los demás intereses vinculados estrechamente con su identidad como pueblos originarios, de conformidad con lo prescripto en el inciso 17 del art. 75 de la Constitución Nacional.

Por ello, y habiendo dictaminado la señora Procuradora General de la Nación, se rechaza el recurso extraordinario federal y se confirma la sentencia apelada. Costas por su orden atento a las particularidades de la cuestión planteada (art. 68, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y, oportunamente, remítase.

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 la **Comunidad Mapuche Catalán y la Confederación Indígena Neuquina**, representadas por el **Dr. Juan Manuel Salgado**.

Traslado contestado por la **Provincia de Neuquén**, representada por el **Dr. Alfredo David Sauman**, con el patrocinio del señor **Fiscal del Estado Dr. Raúl Miguel Gaitán**.

Tribunal de origen: **Tribunal Superior de Justicia de la Provincia del Neuquén**.



Corte Suprema de Justicia de la Nación

Buenos Aires, 6 de Mayo de 2021

Vistos los autos: "Roa Restrepo, Henry c/ EN - M Interior OP y V - DNM s/ recurso directo DNM".

Considerando:

1º) Que la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal revocó la decisión de primera instancia que había admitido el recurso judicial directo y declarado la nulidad de las disposiciones de la Dirección Nacional de Migraciones SDX 16082/16 y SDX 125916/17.

Para así decidir consideró que, de conformidad con la doctrina de Fallos: 341:500 ("Apaza León"), no resultaba aplicable la causal impeditiva de permanencia en el país contemplada en el artículo 29, inciso c, de la ley 25.871, invocada en el acto de expulsión, toda vez que el actor había sido condenado a la pena de dos (2) años de prisión en suspenso por ser considerado autor del delito de robo doblemente agravado por ser en poblado y en banda y con efracción, en concurso real con el delito de robo agravado por ser en poblado y en banda, en grado de tentativa.

Sin embargo, interpretó que si bien la conducta del migrante no podía encuadrarse dentro del citado precepto, como lo había entendido la Dirección Nacional de Migraciones, resultaba aplicable en el caso el supuesto contemplado en el artículo 29, inciso j, de la Ley de Migraciones dado que la reiteración en la comisión de delitos se encontraba prevista en

el artículo 62, inciso b, de la misma norma como impedimento para la radicación permanente de extranjeros.

En consecuencia, concluyó en que el acto impugnado resultaba legítimo.

2º) Que contra esa decisión el actor interpuso recurso extraordinario federal, que fue concedido a fs. 166.

En sustancial síntesis, alegó que el tribunal a *quo* encuadró el caso en una norma diferente de aquella que aplicó la Dirección Nacional de Migraciones, en vulneración de la prohibición de *reformatio in pejus*. Asimismo se quejó porque la decisión recurrida no respetó el principio de reunificación familiar, el interés superior del niño y omitió el test de razonabilidad.

3º) Que el recurso extraordinario es formalmente admisible toda vez que en autos se discute la validez de un acto de autoridad nacional con fundamento en la interpretación y aplicación de normas de carácter federal y la decisión ha sido contraria a las pretensiones que el recurrente fundó en ellas (Fallos: 314:1234). Por lo demás, los agravios deducidos con apoyo en la doctrina de la arbitrariedad de sentencias, al estar referidos a la cuestión federal indicada, quedan comprendidos en ella y, por ende, serán tratados en forma conjunta (doctrina de Fallos: 323:1625, entre otros).



Corte Suprema de Justicia de la Nación

4º) Que, en primer término, corresponde aclarar que no se encuentra cuestionado en esta instancia lo resuelto por el *a quo* en cuanto a que, de conformidad con lo establecido en la doctrina de Fallos: 341:500, la situación del actor no puede encuadrarse en la causal impediende de permanencia en el país contemplada en el artículo 29, inciso c, de la ley 25.871.

5º) Que, en consecuencia, corresponde examinar si la sentencia apelada constituyó un legítimo control de la legalidad y razonabilidad de la decisión administrativa impugnada o si, por el contrario, importó una indebida intromisión del Poder Judicial sobre facultades propias de la Dirección Nacional de Migraciones.

6º) Que a tales efectos, cabe analizar el alcance de las facultades que la ley 25.871 otorga a la Dirección Nacional de Migraciones para disponer la expulsión del migrante.

En tal sentido, en el artículo 29, incluido en el capítulo II "De los Impedimentos", se enumeran las distintas causas que obstan el ingreso y la permanencia de extranjeros al territorio nacional.

Por otra parte, en el último párrafo del mencionado artículo 29 se dispone que "La Dirección Nacional de Migraciones, previa intervención del Ministerio del Interior, podrá admitir, excepcionalmente, por razones humanitarias o de reunificación familiar, en el país en las categorías de residentes permanentes o temporarios, mediante resolución

fundada en cada caso particular, a los extranjeros comprendidos en el presente artículo".

A partir de las premisas expuestas en el precepto transcrito la Dirección Nacional de Migraciones, órgano legalmente facultado a tales efectos, determina si la situación del migrante configura uno de los supuestos que, según el artículo 29 de la ley 25.871, impiden la permanencia en el territorio nacional, y valora si su condición particular justifica el otorgamiento de alguna dispensa, ponderando los distintos intereses en juego.

7º) Que en uso de sus facultades legales la Dirección Nacional de Migraciones, mediante la disposición SDX 16082, del 2 de febrero de 2016, declaró irregular la permanencia en el país de Henry Roa Restrepo, de nacionalidad colombiana, conforme lo establecido en el artículo 29, inciso c, ordenó su expulsión del territorio nacional y prohibió su reingreso al país por el término de ocho (8) años.

Al fundar dicho acto, la demandada exclusivamente tomó en consideración la condena penal que pesaba sobre el migrante, sin efectuar referencia alguna acerca de la conducta reiterante en la comisión de delitos. Tampoco mencionó el inciso j del artículo 29 de la ley 25.871 o el artículo 62, inciso b, de la ley 25.871, invocados por el *a quo* en su sentencia.

8º) Que si bien esta Corte ha reconocido que el control judicial de los actos denominados tradicionalmente



Corte Suprema de Justicia de la Nación

discrecionales o de pura administración encuentra su ámbito de actuación, por un lado, en los elementos reglados de la decisión -competencia, forma, causa, finalidad y motivación- y, por el otro, el examen de su razonabilidad (Fallos: 315:1361, entre varios), ello no implica que el juez reemplace a la Administración, ya que dicha competencia jurisdiccional es revisora, mas no sustitutiva (Fallos: 331:1369).

9º) Que, en consecuencia, la causal impeditiva para la permanencia en el país que justificó la orden de expulsión expresada por la Dirección Nacional de Migraciones no pudo ser reemplazada en sede judicial por una distinta, que ni siquiera fue considerada por la autoridad administrativa. Ello porque la determinación de las razones que obstan a la permanencia de un migrante en el país corresponde, según la ley 25.871, a la autoridad migratoria. En consecuencia, la legalidad de esa decisión solo debe juzgarse en base a los motivos que expresa, y no de otros.

En efecto, la concurrencia de la causal impeditiva hace a la motivación del acto y debe estar expuesta en él (artículo 7º, incisos b y e, de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos) y no puede ser modificada posteriormente por los jueces cuando su validez es cuestionada.

De lo contrario, si la apreciación de la causa del acto de expulsión pudiera ser reemplazada o sustituida por los magistrados, pasaría a ser materia de un debate judicial sobre

aspectos no delimitados previamente, en lugar de constituir el antecedente necesario de la eficacia jurídica del acto, desnaturalizando así la misión del Poder Judicial (conf. arg. Fallos: 314:1091, disidencia del juez Belluscio).

10) Que, en consecuencia, al no haber sido el supuesto del artículo 62, inciso b, de la ley 25.871 (registrar conducta reiterante) la razón de hecho y de derecho por la que se dispuso la expulsión, no resulta válido que la cámara haya introducido esa causal, no solo porque excedió el control de legalidad y razonabilidad, sino también porque la decisión adoptada implicó sustituir los motivos del acto administrativo sin la debida oportunidad de debate en sede administrativa y judicial por parte del migrante.

Por ello, se declara procedente el recurso extraordinario y se revoca la sentencia recurrida. Con costas. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo resuelto. Notifíquese y, oportunamente, remítase.

VO-//-



Corte Suprema de Justicia de la Nación

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

Considerando que:

1º) Mediante la disposición SDX 16082/16 –confirmada por la disposición SDX 125916/17– la Dirección Nacional de Migraciones declaró irregular la permanencia en el país del ciudadano colombiano Henry Roa Restrepo, ordenó su expulsión y prohibió su reingreso por el término de 8 años. Fundó tal decisión en que la condena a la pena de dos (2) años de prisión en suspenso por ser considerado autor del delito de robo doblemente agravado por ser en poblado y en banda y con efracción, en concurso real con el delito de robo agravado por ser en poblado y en banda, en grado de tentativa, encuadraba en la causal de expulsión prevista en el artículo 29, inciso c, de la ley 25.871.

2º) En el marco del recurso judicial planteado por el migrante, el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal n° 8 declaró la nulidad de las disposiciones mencionadas precedentemente, por considerar que la condena penal tenida en cuenta por la autoridad migratoria era inferior al mínimo de 3 años previsto en el artículo 29, inciso c, de la ley 25.871. Asimismo, consideró aplicable al caso el principio de reunificación familiar previsto en el artículo 29 *in fine* de la ley citada.

La Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal revocó esa sentencia. Consideró que, de conformidad con la doctrina de Fallos: 341:500 ("Apaza León"), no resultaba aplicable la causal impeditiva de permanencia en el país contemplada en el artículo 29, inciso c, de la ley 25.871, invocada en el acto de expulsión, toda vez que la condena penal del actor era inferior al mínimo de tres años fijado en dicha norma. Sin embargo, interpretó que resultaba aplicable en el caso la causal impeditiva contemplada en el artículo 29, inciso j, de la 25.871 dado que la reiteración en la comisión de delitos se encontraba prevista en el artículo 62, inciso b, de dicha ley, como impedimento para la radicación permanente de extranjeros. En consecuencia, por razones diferentes a las consideradas en sede administrativa por la Dirección Nacional de Migraciones, concluyó en que el acto impugnado resultaba legítimo.

A mayor abundamiento, y en relación al derecho de reunificación familiar que la sentencia de primera instancia había considerado aplicable al caso, consideró que se desconocía la facultad de toda nación soberana "*de prohibir la entrada de extranjeros a su territorio o de admitirlos en los casos y bajo las condiciones que ella juzgue libremente prescribir*".

3º) El actor cuestionó esta sentencia mediante recurso extraordinario federal.



Corte Suprema de Justicia de la Nación

En sustancial síntesis, alegó que al considerar aplicable la causal de expulsión prevista en el artículo 29, inciso j, de la ley 25.871, el tribunal a quo encuadró el caso en una causal diferente de aquella que aplicó la Dirección Nacional de Migraciones, en vulneración de la prohibición de *reformatio in pejus*. De ese modo, consideró afectados su derecho de defensa en juicio y los principios de congruencia y cosa juzgada.

Asimismo se quejó porque la decisión recurrida no respetó el principio de reunificación familiar, el interés superior del niño y omitió aplicar el test de razonabilidad.

4º) La cámara concedió el recurso extraordinario en lo que se refiere a la interpretación de los artículos 29, incisos c y j, y 62, inciso b, de la ley 25.871, y lo denegó respecto de los agravios planteados acerca de la inteligencia del artículo 29 *in fine* de la ley citada –principio de reunificación familiar– (conf. fs. 166). En cuanto al primer planteo, consideró que existía una cuestión federal pues se encuentra en discusión la interpretación y alcance de normas federales. En cambio, respecto del segundo planteo, argumentó que los agravios remitían al examen de cuestiones fácticas y probatorias, ajenas a la instancia extraordinaria.

El actor no planteó queja contra la denegación parcial de su recurso.

5°) Tal como se ha reseñado en el considerando 3° de la presente, el recurrente ha fundado sus impugnaciones tanto en la existencia de cuestión federal como en causales encuadrables en la doctrina sobre la arbitrariedad de sentencias. Por ese motivo, sin perjuicio de la naturaleza federal de algunas cuestiones planteadas, corresponde que la Corte trate en primer lugar los agravios que atañen a la arbitrariedad, dado que de existir esta no habría en rigor, sentencia propiamente dicha (Fallos: 341:1106; 340:1252; 339:508 y 1520, entre otros).

En tal sentido, frente a la ambigüedad del auto de concesión —que se limitó a conceder parcialmente el recurso en lo que hace a la interpretación de los artículos 29, incisos c y j, y 62, inciso b, de la ley 25.871, por considerar que se hallaba en juego la interpretación de una norma federal—, la amplitud que exige la garantía de la defensa en juicio justifica considerar los agravios relativos a la arbitrariedad de la sentencia pues las deficiencias de la resolución mencionada no pueden tener por efecto restringir el derecho de la parte recurrente (Fallos: 327:4227; 328:1390; 329:4044; 330:289, entre otros).

6°) Si bien la determinación de las cuestiones comprendidas en la litis y el alcance de las peticiones de las partes es un tema, como regla, ajeno a esta instancia, ello admite excepción en casos en los que media manifiesto apartamiento de la relación procesal, por haberse emitido pronunciamiento sobre cuestiones no articuladas por las partes y



Corte Suprema de Justicia de la Nación

que el juzgador no pudo considerar de oficio sin desmedro de garantías constitucionales (conf. Fallos: 341:531 y sus citas, entre varios otros).

7º) Según resulta de las actuaciones, la Dirección Nacional de Migraciones declaró irregular la permanencia en el país del actor –ciudadano colombiano–, ordenó su expulsión y le prohibió el reingreso por el término de 8 años (conf. disposición SDX 16082/2016, confirmada por la disposición 125916/2017, fojas 81/84 y 151/154, respectivamente, de las actuaciones administrativas que corren por cuerda). Tal decisión fue adoptada con fundamento en el artículo 29, inciso c, de la ley 25.871, según el cual "*(s)erán causas impeditivas del ingreso y permanencia de extranjeros al Territorio Nacional... c) (h)aber sido condenado o estar cumpliendo condena, en la Argentina o en el exterior, o tener antecedentes por tráfico de armas, de personas, de estupefacientes o por lavado de dinero o inversiones en actividades ilícitas o delito que merezca para la legislación argentina pena privativa de la libertad de tres (3) años o más*". La autoridad migratoria consideró que la situación del actor se subsumía en dicha norma porque había sido condenado a la pena de dos años de prisión en suspenso por la comisión del delito de robo agravado en concurso real con otro delito de similar calificación pero en grado de tentativa.

El juzgado de primera instancia admitió la impugnación judicial del migrante por dos argumentos: a) la referida condena era inferior al mínimo de 3 años previsto en el

artículo 29, inciso c, de la ley 25.871; y b) resultaba aplicable al caso el principio de reunificación familiar. Según se ha visto en el considerando 1º, la cámara consideró acertado el primero de los argumentos de la sentencia de primera instancia en virtud de lo resuelto por esta Corte en el precedente "Apaza León". Sin embargo, la cámara estimó que el actor registraba una conducta reiterante en la comisión de delitos por lo cual quedaba alcanzado por el impedimento previsto en los artículos 29, inciso j, y 62, inciso b, de la ley 25.871.

Ahora bien, ni en sede administrativa ni en sede judicial la Dirección Nacional de Migraciones había alegado que en el caso concurría el supuesto de reiteración de delitos previsto en el artículo 62, inciso b, de la ley 25.871 como causal de cancelación de la residencia otorgada a un migrante, que tornara aplicable el artículo 29, inciso j, de ese ordenamiento. Esta última norma prevé como causal de expulsión la constatación por parte de la autoridad migratoria de la existencia de alguno de los impedimentos para la radicación en el país.

8º) Por lo tanto, la sentencia objeto de recurso extraordinario incurrió en un supuesto de arbitrariedad sorpresiva pues se expidió sobre una causal de expulsión diferente a la considerada por la Dirección Nacional de Migraciones. De ese modo, se consumó un inequívoco apartamiento de los términos en que había quedado trabada la litis y una



Corte Suprema de Justicia de la Nación

violación de las reglas procesales que rigen la jurisdicción revisora de los tribunales de alzada (artículos 34, inciso 4, 166, inciso 6, 271 y 277 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Y lo cierto es que tal solución no se ve amparada por el principio de *iura novit curia*, pues este no habilita a apartarse de lo que resulte de los términos de la demanda o de las defensas planteadas por los demandados (conf. Fallos: 306:1271; 312:2504; 315:103; 317:177, entre otros).

9º) En tales condiciones, las garantías constitucionales que se invocan como vulneradas por el recurrente guardan relación directa e inmediata con lo resuelto (artículo 15, ley 48), por lo que corresponde descalificar el pronunciamiento apelado con arreglo a la doctrina de esta Corte sobre arbitrariedad de sentencias.

10) Si bien lo expuesto hasta aquí determinaría la revocación de la sentencia recurrida y el reenvío de la causa para el dictado de un nuevo pronunciamiento, corresponde ejercer la atribución del artículo 16 de la ley 48 y expedirse sobre el fondo del asunto pues esta Corte ya ha sentado criterio en la materia debatida, que fue aplicado en reiteradas ocasiones (en el mismo sentido, Fallos: 341:531).

En efecto, las cuestiones planteadas por la Dirección Nacional de Migraciones al apelar la sentencia de primera instancia acerca de la interpretación de la causal de expulsión prevista en el artículo 29, inciso c, de la ley 25.871

encuentran adecuada respuesta en el precedente "Apaza León", a cuyos términos cabe remitir a fin de evitar reiteraciones innecesarias. Ello es así pues se encuentra fuera de discusión que la condena penal impuesta al actor en la que se fundó el acto de expulsión no encuadra en alguna de las cinco categorías de delitos que se mencionan en el inciso -tráfico de armas, de personas, de estupefacientes, lavado de dinero o inversiones en actividades ilícitas-, ni alcanza el mínimo de tres años de pena privativa de la libertad allí fijado.

Por ello, se declara procedente el recurso extraordinario, se revoca la sentencia apelada y se confirma la decisión de primera instancia que declaró la nulidad de las disposiciones SDX 16082/16 y SDX 125916/17 (artículo 16 de la ley 48). Con costas (artículo 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y, oportunamente, remítase.

VO-//-



Corte Suprema de Justicia de la Nación

-//-TO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON HORACIO ROSATTI

Considerando:

1º) Que la Dirección Nacional de Migraciones declaró irregular la permanencia en el país del ciudadano colombiano Henry Roa Restrepo, ordenó su expulsión y prohibió su reingreso por el término de 8 años (disposición SDX 16082/16, confirmada por disposición 125916/17, fs. 81/84 y 151/154 del expediente administrativo 2573272012).

La decisión se adoptó con fundamento en el artículo 29, inciso c, de la ley 25.871, que impide la permanencia de extranjeros en el territorio nacional a quien ha *"sido condenado o [está] cumpliendo condena, en la Argentina o en el exterior, o [tiene] antecedentes [...] [por] delito que merezca para la legislación argentina pena privativa de la libertad de tres (3) años o más"* (artículo 29, inciso c).

La autoridad migratoria consideró que la situación del actor encuadraba en esa causal de expulsión, porque fue condenado a la pena de 2 años de prisión de ejecución en suspenso, por la comisión del *"...delito de robo doblemente agravado por ser en poblado y en banda y con efracción en concurso real con el delito de robo agravado por ser en poblado y en banda en grado de tentativa"* (fs. 81 y 151/152 de las actuaciones administrativas).

2º) Que el migrante cuestionó su expulsión en sede judicial y el tribunal de primera instancia admitió su planteo, pues su condena a 2 años de prisión en suspenso resultaba inferior al mínimo de 3 años que se exige en el artículo 29, inciso c, de la ley 25.871 (fs. 2/14 vta. y 111/115 vta.).

Apelada la sentencia, la sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal revocó dicho pronunciamiento. Sobre el particular, entendió que si bien no resultaba aplicable el artículo 29, inciso c, invocado por la Dirección Nacional de Migraciones, la situación del actor -de todas formas- *"...sí encuadra[ba] en la situación contemplada en el inc. j), [del artículo 29] ya que la reiteración en la comisión de delitos se encuentra prevista en el art. 62 inc. b), como impedimento para la radicación permanente de extranjeros..."* (fs. 116/126 vta. y 144/146, en especial fs. 144 vta.).

3º) Que contra esa decisión, la parte actora dedujo recurso extraordinario federal -no contestado por la autoridad migratoria- que fue concedido por la cámara (fs. 148/163 vta., 164 y 166).

En síntesis, el actor argumentó que la sala interviniente encuadró el caso en una norma diferente de aquella que aplicó la Dirección Nacional de Migraciones, en vulneración de su garantía de defensa. Asimismo, se quejó porque la decisión recurrida no respetó el derecho de reunificación familiar, el



Corte Suprema de Justicia de la Nación

interés superior del niño y omitió realizar el test de razonabilidad.

4°) Que el recurso extraordinario es formalmente admisible toda vez que se discute la validez de un acto de autoridad nacional con fundamento en la interpretación y aplicación de normas de carácter federal y la decisión ha sido contraria a las pretensiones que el recurrente fundó en ellas (artículo 14, inciso 2°, ley 48). Por lo demás, los agravios deducidos con apoyo en la doctrina de la arbitrariedad de sentencias, al estar referidos a la cuestión federal indicada, quedan comprendidos en ella y, por ende, serán tratados en forma conjunta (doctrina de Fallos: 323:1625, entre otros).

5°) Que el tema sobre el que está llamada a pronunciarse esta Corte, consiste en establecer si la cámara lesionó el debido proceso y la garantía de defensa del migrante, al modificar -en ocasión de dictar sentencia- la causal de expulsión sobre cuya base se instruyó el procedimiento administrativo, se expidió la autoridad migratoria y quedaron delimitadas las posiciones de las partes en el proceso judicial.

Así, conviene dejar aclarado dos extremos, a saber:
i) no es objeto de decisión en esta instancia establecer si, sustancialmente, resulta correcto -o no- aplicar a la situación del actor la causal prevista en los artículos 29, inciso j, y 62, inciso b, de la Ley de Migraciones; más aún, una decisión de esa naturaleza -primariamente y dentro del diseño de la ley

25.871- constituye el ejercicio de una función administrativa atribuida a la Dirección Nacional de Migraciones, fiscalizable por los jueces en la medida que exista un planteo en un caso concreto; y *ii*) las partes consintieron que la situación del actor fue ilegítimamente subsumida por la Dirección Nacional de Migraciones en el citado artículo 29, inciso c, de la ley 25.871, ello de acuerdo con la doctrina de este Tribunal en Fallos: 341:500 ("Apaza León").

6°) Que a la luz de nuestra arquitectura constitucional, el procedimiento administrativo no solo constituye el ámbito a través del cual se debe procurar -con justicia- la satisfacción del interés público; en paralelo, es también una instancia para la defensa de los derechos e intereses de los particulares, sujeta -inexcusablemente- a los principios de legalidad, debido proceso adjetivo y sustantivo -o razonabilidad- (artículos 18, 19 y 28, Constitución Nacional y artículo 1°, ley 19.549; arg. doctrina de Fallos: 324:3593).

7°) Que en resguardo de los principios, derechos y garantías constitucionales, las decisiones que adopta la administración se encuentran sujetas -como recaudo de validez- a la observancia de los requisitos esenciales previstos en los artículos 7° y 8° de la ley 19.549. De este modo, y en lo que aquí concierne, el acto administrativo debe contar con una "causa": entendida como los antecedentes de hecho y de derecho que sustentan la decisión (artículo 7°, inciso b), y con su respectiva "motivación", esto es, la explicitación de las



Corte Suprema de Justicia de la Nación

razones que justifican la emisión del acto (artículo 7º, inciso e).

Ambos requisitos -sin perjuicio de los restantes, claro está- se apoyan en la máxima republicana que sostiene a nuestro sistema de gobierno, constituyen una interdicción a la eventual arbitrariedad administrativa y, además, representan una garantía para que el particular pueda ejercer -en forma plena- la defensa de sus derechos e intereses. En otras palabras, la solución legislativa -al exigir una administración que justifique y funde racionalmente sus decisiones- no está haciendo otra cosa que cumplir con el equilibrio que exige la Constitución Nacional entre la tutela de los derechos por ella reconocidos y la acción administrativa, subordinada a la juridicidad, debido proceso adjetivo y sustantivo (artículos 1º, 14, 18, 19, 28, 31, 33 y cctes. Constitución Nacional).

8º) Que sobre la base de dichas premisas, el tribunal a quo se apartó del diseño constitucional y legal antes reseñado incurriendo en arbitrariedad; en efecto, al modificar en su sede la "causa" y la "motivación" del acto administrativo impugnado, la sala desvirtuó el sistema de la ley 25.871 y asumió una competencia de la que carece, afectando el debido proceso legal y colocando al recurrente en estado de indefensión.

Tal como quedó establecido, la autoridad migratoria -en el marco del procedimiento administrativo que culminó con la expulsión del extranjero del territorio nacional- entendió que

su situación encuadraba en el inciso c del artículo 29 de la Ley de Migraciones. De este modo, la "causa" (antecedentes de hecho y de derecho) y la subsecuente "motivación" del acto en ningún momento consideraron el asunto en función de lo dispuesto en los artículos 29, inciso j, y 62, inciso b, de la ley 25.871; tampoco ello fue objeto de discusión entre las partes durante el proceso judicial, ni siquiera fue insinuado por alguna de ellas al llevar el caso a conocimiento de la sala (fs. 81/84, 97/116 y 151/154 de las actuaciones administrativas; fs. 2/14 vta., 18/69, 111/115 vta., 116/126 vta. y fs. 128/136).

9º) Que al ser ello así, la nueva causal de expulsión introducida por la cámara -en forma sorpresiva y en ocasión de dictar sentencia- importó una modificación improcedente de la decisión administrativa que pasó por alto que la revisión judicial debe ser llevada a cabo con estricto apego al debido proceso y a la garantía de defensa.

De esta forma, en el fallo recurrido se desconoció que -en nuestro orden constitucional- la garantía de defensa supone otorgar a los interesados la oportunidad de ser oídos y brindar la ocasión de hacer valer sus defensas en el tiempo, lugar y forma prevista en la ley (artículo 18, Constitución Nacional; doctrina de Fallos: 290:293, entre muchos otros); al tiempo que un procedimiento justo, conducido de buena fe, implica que el litigante conozca de antemano las "reglas claras de juego" a las que atenerse en aras de la seguridad jurídica y



Corte Suprema de Justicia de la Nación

evitar adoptar decisiones que, de modo intempestivo, lo coloquen en estado de indefensión (Fallos: 311:2082).

10) Que, en resumidas cuentas, al no haber sido el supuesto del artículo 62, inciso b, de la ley 25.871 -registrar conducta reiterante- la razón de hecho y de derecho por la que se dispuso la expulsión del extranjero, no resulta válido que la cámara haya introducido esa causal, pues -con exceso del control que estaba llamada a realizar- sustituyó la causa y la motivación del acto, sin la debida oportunidad de debate en sede administrativa y judicial por parte del migrante.

Por ello, se declara procedente el recurso extraordinario, se revoca la sentencia apelada. Con costas (artículo 68, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento, con arreglo a lo resuelto. Notifíquese y, oportunamente, remítase.

Recurso extraordinario interpuesto por **Henry Roa Restrepo**, actor en autos, representado por el **Dr. César Augusto Balaguer**, cotitular de la Comisión del **Migrante de la Defensoría General de la Nación**.

Tribunal de origen: **Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal**.

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal n° 8**.



Corte Suprema de Justicia de la Nación

Buenos Aires, 4 de Mayo de 2021

Vistos los autos: "Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional) s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", de los que

Resulta:

I) El día 16 de abril del corriente año se presentó el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires e inició una acción declarativa en los términos del art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación contra el Estado Nacional, a fin de obtener la declaración de inconstitucionalidad del art. 2° del decreto de necesidad y urgencia (DNU) 241/2021 del Poder Ejecutivo Nacional, que modificó lo dispuesto en el art. 10 del decreto 235/2021 y estableció -en su último párrafo- la suspensión del dictado de clases presenciales y de las actividades educativas no escolares presenciales en todos los niveles y en todas sus modalidades, desde el 19 hasta el 30 de abril de 2021, inclusive, en el ámbito del aglomerado urbano denominado "Área Metropolitana de Buenos Aires (AMBA)" definido en el art. 3° del decreto 125/2021.

Después de justificar su legitimación en el caso, así como el cumplimiento de los recaudos de admisibilidad de la acción entablada, en relación al fondo de la cuestión debatida afirmó, en lo sustancial, que la norma impugnada viola de manera flagrante lo dispuesto por la Constitución Nacional, en cuanto garantiza el respeto de la autonomía de las provincias mientras

estas aseguren la educación primaria (art. 5°), y garantiza y establece específicamente la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires (art. 129).

Destacó que el DNU cuestionado no presenta ninguna prueba o estudio para justificar la decisión adoptada con relación a un territorio que, si bien es la sede del gobierno federal, tiene en materia de salud y educación sus propias facultades autónomas, que no pueden verse avasalladas de manera arbitraria e injustificada.

En ese sentido, consideró que el decisorio nacional es inconstitucional por haber sido dictado sin necesidad. Asimismo, entendió que lo que esa norma pretende disponer por vía de DNU debió hacerse con intervención del Congreso Nacional, el que no se encuentra en receso ni impedido de tratar la cuestión en forma inmediata y urgente, sin que existan circunstancias excepcionales que hagan imposible seguir los trámites ordinarios previstos en la Constitución Nacional para la sanción de las leyes (art. 99, inc. 3°). Agregó que el decreto en cuestión supone una forma vedada u oblicua de intervenir la jurisdicción autónoma de la Ciudad de Buenos Aires lo cual, de ser esa la intención, también debía realizarse mediante la sanción de una ley del Congreso Nacional, ya que este órgano no se encuentra en receso (art. 75, inc. 31, de la Constitución Nacional).



Corte Suprema de Justicia de la Nación

Aseguró que el Poder Ejecutivo Nacional intenta suplantar la voluntad política del gobierno autónomo porteño que, mediante el decreto local 125/GCBA/2021, había declarado de máxima esencialidad el ámbito del Ministerio de Educación y de los establecimientos educativos, a fin de preservar su normal funcionamiento con protocolos.

Aludió a la insuficiencia, por los motivos económico-sociales y educativos que señaló, de la escuela virtual para tener por cumplida la obligación de prestar el servicio de educación, y a la evidencia científica que demostraría que la falta de presencialidad ocasiona un grave perjuicio a los niños, niñas y adolescentes en cuanto a su evolución psicológica, interpersonal y social.

Después de recordar que los niños, niñas y adolescentes, a quienes concierne la norma impugnada, son sujetos de especial protección, enumeró diversas disposiciones de los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional (vigentes por el reenvío del art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional) en las que se destaca la importancia del derecho a la educación, en tanto tiene por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana; mencionó las recomendaciones de organismos internacionales como el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) y el Banco Mundial, según las cuales, frente al aumento sostenido de casos positivos de COVID-19, las escuelas

deben ser lo último en cerrarse debido al impacto que produce esta decisión en la continuidad pedagógica de los estudiantes; y sostuvo que la evidencia -tanto local como internacional- da cuenta de que en la escuela los contagios son infrecuentes, y que la educación no sobrecarga el transporte público.

Explicó que las medidas sanitarias que deban adoptarse en los establecimientos educativos en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA) se encuentran reservadas a su jefe de gobierno y no al Poder Ejecutivo Nacional, por lo que no es posible avalar el ejercicio por parte del Estado Nacional de competencias que se superponen con atribuciones que ya han sido legítimamente ejercidas por las autoridades locales de la Ciudad en uso de su autonomía.

Esgrimió que el art. 129 de la Constitución Nacional solamente limita la autonomía local cuando el ejercicio de sus facultades impida o dificulte aquellas que ejercen las autoridades nacionales, razón por la cual, al ser la potestad de ejercer el poder de policía en materia de salud y de educación eminentemente local, no puede admitirse la intervención del poder federal en la Ciudad.

Observó que, según lo dispuesto en el art. 2° del DNU 241/2021 (que sustituyó al art. 10 del DNU 235/2021), las provincias pueden decidir sobre la continuidad o suspensión de las clases presenciales, pero la Ciudad no, lo que -a su juicio- constituye una clara violación al principio de igualdad, por



Corte Suprema de Justicia de la Nación

evidenciar una discriminación arbitraria con relación a las restantes jurisdicciones locales que traiciona el espíritu del federalismo y lesiona gravemente el necesario equilibrio entre los integrantes de la República.

Insistió en que la norma impugnada es inconstitucional por ser palmariamente contraria al principio de razonabilidad (art. 28 de la Constitución Nacional), toda vez que la suspensión de la presencialidad en las aulas en el ámbito de la CABA no se encuentra fundada en datos empíricos ni científicos, lo que -a su criterio- demuestra que lo decidido se basa únicamente en la voluntad del órgano emisor del decreto.

Finalmente, pidió que se dicte una medida cautelar mediante la cual se disponga la inmediata suspensión de los efectos del art. 2° del DNU 241/2021 en cuanto dispuso la suspensión de las clases presenciales en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y que se ordene al Estado Nacional abstenerse, hasta el dictado de la sentencia definitiva y firme, de llevar a cabo cualquier conducta que implique ejecutar la norma cuestionada.

II) En la misma fecha, con posterioridad a la presentación reseñada, la parte actora amplió su demanda y acompañó el "Informe Técnico - Diagnóstico Movilidad por motivos educativos" elaborado por la Subsecretaría de Planificación de la Movilidad, dependiente de la Jefatura de Gabinete de Ministros del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

III) El día 19 de abril el Tribunal declaró su competencia originaria para entender en la presente causa y ordenó correr traslado de la demanda interpuesta en los términos de las normas que regulan el proceso sumarísimo.

IV) En fecha 20 de abril los copresidentes de la "Asamblea Permanente por los Derechos Humanos", invocando dicho carácter, presentaron el escrito titulado "Se presentan como *amicus curiae*", explicando los motivos por los cuales consideran que la entidad que presiden posee un interés legítimo en el asunto y solicitando que se admita su intervención en el proceso en la calidad alegada, en los términos de la acordada 7/2013, a los fines de aportar argumentos jurídicos para la resolución de la cuestión. Dicha presentación fue agregada en el expediente a los fines de ser considerada por el Tribunal en su oportunidad.

V) El día 25 del mismo mes, y alegando la misma condición, se presentaron las personas que allí se identificaron, invocando su condición de integrantes del colectivo denominado "Padres Organizados".

Por su parte, el día siguiente, se efectuaron sendas presentaciones, también como "amigos del tribunal", del presidente de la "Asociación Civil Nace Un Derecho" y del señor Oscar Alfredo Atienza, en su carácter de médico cirujano.

En cada una de las presentaciones referidas los presentantes explicaron los motivos por los cuales consideran poseer un interés legítimo en el asunto y solicitaron que se



Corte Suprema de Justicia de la Nación

admita su intervención en el proceso en calidad de *amicus curiae*, en los términos de la citada acordada 7/2013, a los fines de aportar fundamentos para resolver la cuestión aquí planteada.

Dichas presentaciones, al igual que la referida en el punto anterior, fueron agregadas al expediente a los fines de ser consideradas por el Tribunal en su oportunidad.

VI) En fecha 26 de abril el Estado Nacional contestó la demanda y solicitó su rechazo.

En ceñida síntesis, después de efectuar un "señalamiento" respecto de la competencia originaria declarada por esta Corte en la causa y de efectuar una negación genérica y particular respecto de los hechos expuestos en la demanda, defendió la constitucionalidad del decreto de necesidad y urgencia federal 241/2021, tanto en su dimensión de legalidad como en la de razonabilidad.

A partir de la situación epidemiológica que describió, intentó justificar el objeto de la norma discutida, así como el ámbito de aplicación territorial decidido para las medidas allí dispuestas ("región del AMBA"). Explicó que la norma, en cuyo eje subyace el fin de restringir el tránsito y la circulación de personas, se dictó en ejercicio de la competencia sanitaria de emergencia.

Finalmente manifestó que no podía dejar de señalarse que *"la CABA ha consentido todos y cada uno de los Decretos dictados entre los años 2020 y 2021, anteriores al DNU N° 241/2021"* (página 71 del escrito de contestación de demanda).

VII) Al día siguiente el Tribunal ordenó correr traslado a la actora de la documental acompañada por el Estado Nacional.

En la misma oportunidad se decidió desestimar la citación obligada de tercero, solicitada por la demandada, respecto de la Provincia de Buenos Aires.

VIII) En fecha 29 de abril el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires respondió el traslado referido en el punto anterior.

En su escrito la actora expuso que los informes acompañados por la demandada no refieren específicamente a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires sino a la extensión geográfica del "AMBA" que, si bien la abarca, no debe ser contemplada de manera genérica debido a que la situación epidemiológica difiere en las distintas realidades que la comprenden. Sostuvo que corresponde que la Ciudad de Buenos Aires sea tratada como una jurisdicción autónoma a la que le competen consideraciones particulares inherentes a su condición como tal, independientemente del movimiento poblacional que se produce entre las distintas jurisdicciones.



Corte Suprema de Justicia de la Nación

IX) En la misma fecha señalada en el punto anterior el señor Procurador General de la Nación interino dictaminó acerca de las cuestiones constitucionales propuestas, concluyendo en la invalidez de la norma impugnada por la actora.

En su dictamen consideró que -en virtud de los fundamentos que allí desarrolla y en el marco de la doctrina de este Tribunal referida a los decretos de necesidad y urgencia- los argumentos expuestos en la norma refutada no alcanzan para fundar un estado de necesidad que permita legitimar la suspensión allí dispuesta de la concurrencia a los establecimientos educativos en todos sus niveles. Por ello concluyó en que, en el *sub examine*, no cabe tener por configurada la existencia de las circunstancias fácticas descriptas en el art. 99, inciso 3°, de la Constitución Nacional.

Considerando:

1°) Que, tal como se decidió en fecha 19 de abril, esta demanda corresponde a la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, según los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional.

2°) Que corresponde a esta Corte resolver en primer término el planteo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, referido a que el Estado Nacional habría violado su autonomía, en tanto comprende el preliminar examen de legalidad del DNU 241/2021 impugnado.

3°) Que 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 ("La Pampa, Provincia de", Fallos: 340:1695; "Corrientes, Provincia de", Fallos: 344:251), evitando que confronten unas con otras.

En tal sentido se ha pronunciado esta Corte al sostener que la asignación de competencias en el sistema federal *"no implica, por cierto, 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 enfrentamientos de poderes, sino unión de ellos en vista a metas comunes"* ("Buenos Aires, Provincia de", Fallos: 330:4564, considerando 11 *in fine*; "La Pampa, Provincia de", Fallos: 340:1695, considerando 6°; "Buenos Aires, Provincia de c/ Santa Fe", Fallos: 342:2136, considerando 10 y "Corrientes, Provincia de", Fallos: 344:251, entre otros).

Como lo expresó desde antiguo este Tribunal, la Constitución ha querido hacer un solo país para un solo pueblo. No habría Nación si cada provincia se condujera como una potencia independiente; pero tampoco la habría si fuese la Nación quien socavara las competencias locales (arg. doct.



Corte Suprema de Justicia de la Nación

"Bressani", Fallos: 178:9 y "La Pampa, Provincia de", Fallos: 340:1695).

4°) Que, en el contexto referido, el sistema federal constitucional argentino se funda en el principio de "lealtad federal" o "buena fe federal", conforme al cual en el juego armónico y dual de competencias debe evitarse el abuso de las competencias de un Estado en detrimento de los otros. De esta manera, el ideario federal en el que descansa nuestro sistema de gobierno parte de la base de que el Estado Nacional, las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los municipios coordinan sus facultades "para ayudarse y nunca para destruirse" ("Bazán", Fallos: 342:509 y "Telefónica Móviles Argentina", Fallos: 342:1061 voto de los jueces Maqueda y Rosatti, considerando 9°).

Así, este principio rector del federalismo argentino implica asumir una conducta federal leal que tome en consideración los intereses del conjunto federativo, para alcanzar cooperativamente la funcionalidad de la estructura federal "*in totum*" ("La Pampa, Provincia de", Fallos: 340:1695).

En síntesis, el armónico desenvolvimiento del sistema federal de gobierno depende de la "buena fe", de la "coordinación" y de la "concertación" recíproca entre los distintos estamentos de gobierno (Nación, Provincias, Ciudad de Buenos Aires y municipios), pues esos principios constituyen el

modo razonable para conjugar los diferentes intereses en juego y encauzarlos hacia la satisfacción del bien común.

5°) Que, a la luz del imperativo constitucional del federalismo, los tribunales, y particularmente esta Corte, son los encargados de velar por que las atribuciones asignadas a cada autoridad no sean entendidas de manera tan extensa que se vacíe el carácter federativo de la Constitución.

En efecto, este Tribunal, en ejercicio de su primera y más importante función, concerniente a la interpretación de cuestiones constitucionales, en particular las referidas al sistema representativo, republicano y federal (arg. "Lavado", Fallos: 330:111, considerando 6° *in fine* y "Anadón", Fallos: 338:724, entre muchos otros), ha puesto énfasis en la tutela del delicado equilibrio propio del federalismo, así como del sistema de división de funciones consagrados por el art. 1° de la Norma Fundamental argentina.

6°) Que esta Corte ha dicho que el sistema federal argentino se compone con sujetos jurídicos "necesarios" o "inexorables", mencionados explícitamente en la Constitución, como los son el Estado Nacional, las provincias, los municipios y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y un sujeto jurídico "posible" o "eventual" como es el caso de la región ("Bazán", Fallos: 342:509, considerando 3°, y "Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Córdoba", Fallos: 342:533, considerando 12).



Corte Suprema de Justicia de la Nación

7°) Que, desde esta perspectiva, cabe en primer término recordar que a partir de la reforma del año 1994 la Ciudad de Buenos Aires adquirió el *status* constitucional que se expresó en el nuevo artículo 129, según el cual *"tendrá un régimen de Gobierno autónomo con facultades propias de legislación y jurisdicción, y su jefe de gobierno será elegido directamente por el pueblo de la ciudad"*, sin perjuicio de también establecer que *"una ley garantizará los intereses del Estado nacional mientras la ciudad de Buenos Aires sea capital de la Nación"*.

Con este reconocimiento los constituyentes reformadores introdujeron a la Ciudad como un actor pleno del sistema federal, modificando radicalmente por esa vía la histórica premisa según la cual la unión nacional requería suspender la participación porteña en el diálogo federal en virtud de su elección como capital federal.

8°) Que en el marco señalado -y ante el planteo de conflictos concretos- este Tribunal dictó a partir de 2016 una serie de pronunciamientos en los que interpretó las reglas del federalismo de modo de evitar fricciones susceptibles de acrecentar los poderes del gobierno central en detrimento de las facultades reconocidas a la CABA por la reforma constitucional del año 1994.

Así se sostuvo en 2016 que los jueces nacionales con asiento en la CABA no son equiparables a los jueces federales a

los efectos de declarar la admisibilidad del recurso extraordinario cuando media denegación del fuero federal ("Nisman", Fallos: 339:1342), de lo cual se deriva, "por implicación [...], que la Ciudad de Buenos Aires tiene una aptitud semejante a la de las provincias argentinas para ejercer plenamente la jurisdicción y, con ello, para realizar la autonomía que le fue concedida por el artículo 129 de la Constitución" ("Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/ Córdoba", Fallos: 342:533, considerando 7°).

En 2019 se resolvió que el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires debía ser el órgano encargado de resolver los conflictos de competencia que se susciten entre dos órganos jurisdiccionales con competencia no federal con asiento en esa ciudad en cumplimiento "del claro mandato constituyente de conformar una Ciudad de Buenos Aires con autonomía jurisdiccional plena" ("Bazán", Fallos: 342:509, considerando 17).

Ese mismo año este Tribunal estableció que la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tiene un puesto equiparable al de las provincias en el sistema normativo que rige la jurisdicción de los tribunales federales y, por lo tanto, el mismo derecho a la competencia originaria de esta Corte establecida en el artículo 117 de la Constitución Nacional ("Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires", Fallos: 342:533, considerando 17).



Corte Suprema de Justicia de la Nación

9°) Que los términos de la jurisprudencia señalada resultan ilustrativos de la paulatina aunque evidente consolidación de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires como sujeto del federalismo argentino en tanto "ciudad constitucional federada".

Es *ciudad*, por sus características demográficas. Es *ciudad constitucional*, porque es la única designada expresamente por su nombre y con atributos específicos de derecho público en la Constitución Nacional, a diferencia de las otras ciudades que son aludidas genéricamente al tratar los municipios. Y es *ciudad constitucional federada*, porque integra de modo directo el sistema federal argentino conjuntamente con los restantes sujetos políticos que lo componen ("Bazán", Fallos: 342:509, considerando 3° y "Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires", Fallos: 342:533 considerando 12, ambos referidos con anterioridad).

10) Que la vigencia del artículo 129 de la Constitución Nacional imposibilita que la Ciudad de Buenos Aires reciba el mismo trato que antes de la reforma de 1994, es decir como un "territorio federalizado", propio de una época en la que esta carecía de autonomía en tanto el Congreso de la Nación actuaba como su legislador "exclusivo" (ex art. 67 inc. 27), el Presidente de la Nación como su "jefe inmediato y local" (ex art. 86 inc. 3) y la justicia nacional como justicia local.

Al reconocerle el antedicho *status*, la reforma de 1994 entendió que la Ciudad Autónoma de Buenos Aires debía ser considerada prioritariamente como "ciudad constitucional" y solo subsidiaria y excepcionalmente, en cuanto se comprometieran los intereses federales, como territorio sujeto a normas y jurisdicción de ese tipo. La "capitalidad" -y por extensión la federalización- de la Ciudad de Buenos Aires es la excepción; la regla es la prevalencia del ejercicio regular de sus competencias locales.

Por ello como se reconoció en los precedentes citados la Ciudad Autónoma de Buenos Aires integra de modo directo la federación argentina, surgiendo sus competencias no por la intermediación de los poderes nacionales -como antes de la reforma constitucional de 1994-, sino del propio texto de la Constitución Nacional (cfr. art. 129 Constitución Nacional) y de las normas dictadas en su consecuencia.

En ese marco, en cumplimiento de la norma constitucional referida se sancionó en el año 1996 la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con el objetivo declarado en su Preámbulo de "afirmar su autonomía" y "organizar sus instituciones". A través de dicha norma se adoptaron diversas disposiciones relativas a educación (arts. 20, 21, 23, 24, 25, 27 y 42), así como se reconocieron atribuciones en materia educativa a las autoridades locales por ella creadas (arts. 80 y 81).



Corte Suprema de Justicia de la Nación

En el particular marco de análisis que marca la Constitución para definir la competencia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, cabe señalar que de los límites que impone la capitalidad no surge ningún obstáculo para que esta decida sobre la modalidad presencial o virtual en que corresponda llevar a cabo la educación en su territorio.

11) Que es en este contexto que la Ciudad de Buenos Aires plantea que el DNU 241/2021 viola la Constitución Nacional al avasallar su autonomía (art. 129), en cuyo ámbito -afirma- se encuentra la atribución de asegurar la educación primaria y promover la educación en general (arts. 5° y 125).

La educación fue desde los orígenes de la construcción de la Nación *"un interés vital"* del Estado y, como este Tribunal marcó puntualmente en 1984, tal interés debe corresponderse con *"la necesidad de cimentar una sociedad democrática e inteligente"* (*"Arenzón"*, Fallos: 306:400, voto de los jueces Belluscio y Petracchi). La Convención Constituyente de 1994 dedicó más de una sesión a la educación como una cuestión constitucional en la convicción de que, como indicó el Convencional Hernández, *"la principal obligación del Estado -que todos tenemos- es atender la educación... debemos darle a la educación todo lo que ella se merece; después vendrá lo económico, después vendrá el progreso; porque el progreso y la economía -todos los bienes materiales que podamos obtener como personas- nos van a llegar a través de la educación de nuestro pueblo"* (Convención Nacional Constituyente, 28^a Reunión - 3^a

Sesión Ordinaria, Continuación, 10/11 de agosto de 1994, p. 3605).

Es así que la competencia que se disputan distintas autoridades del Estado para, en definitiva, regular la modalidad de la enseñanza en medio de una de las mayores crisis sanitarias de las que se tenga registro se corresponde, bien vale recordarlo -más allá de que no sea el objeto directo de este pleito- con el derecho constitucional a acceder a la educación de los habitantes de la Ciudad (cf.: art. 14 de la Constitución Nacional; art. XII de la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre; art. 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y art. 10 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer).

12) Que respecto del conflicto de competencia señalado debe recordarse en primer término que en nuestro sistema federal la educación, dependiendo en qué aspecto y en qué modo, puede ser regulada por el Estado Nacional como por las provincias, ya que *"el Estado Nacional delinea la 'base de la educación' -para retomar la expresión del artículo 75 inc. 19 de la Constitución Nacional- las que deben respetar las particularidades provinciales y locales, a la vez que las provincias conservan la facultad de asegurar la 'educación primaria' de acuerdo al art. 5°"* ("Castillo", Fallos: 340:1795). La Convención Constituyente de 1994, al incluir la potestad del



Corte Suprema de Justicia de la Nación

Congreso Federal para "sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden ... la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna", persiguió "un doble objetivo: consagrar expresamente con la máxima jerarquía normativa ciertos principios básicos que habían caracterizado a la educación pública argentina y a la vez asegurar, mediante nuevos mecanismos, la igualdad real de oportunidades en el acceso a la educación" ("Defensoría de Menores e Incapaces n° 6 y otros", Fallos: 343:1805 -disidencia de los jueces Maqueda y Rosatti- y "Castillo", Fallos: 340:1795, considerando 13 y disidencia parcial del juez Rosatti, considerando 11 *in fine*).

Ahora bien, como apuntó el Convencional Quiroga Lavié al momento de la inclusión del citado art. 75 inc. 19 en la Constitución Nacional, la atribución de esa competencia educativa al Congreso de la Nación no significó desconocer las competencias provinciales para regular sobre esa materia. El Constituyente afirmó que "de entrada la norma formula un modelo de federalismo de concertación" y luego, al recordar las disputas entre Sarmiento y Alberdi respecto a la existencia de un proyecto educativo explícito en la Constitución, señaló "[E]l efecto de la polémica entre Sarmiento y Alberdi, implícita o explícita, directa o indirectamente, fue la construcción histórica del consenso. El modelo educativo fue la construcción histórica del consenso" (Quiroga Lavié, 24^a Reunión-3^a Sesión Ordinaria (Continuación) 4 de agosto de 1994, p.3263, p. 3270).

13) Que corresponde a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires –al igual que a las provincias– la atribución para decidir sobre los modos de promover y asegurar la educación de sus habitantes porque en consonancia con lo ya afirmado respecto de la autonomía porteña y del poder reservado en el art. 5°, la Convención Constituyente de 1994 introdujo a la educación entre las atribuciones de la policía del bienestar de las provincias, y expresamente incorporó como sujeto activo –y en igualdad de condiciones que las provincias– a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. El artículo 125 de la Constitución Nacional establece que *“Las provincias y la ciudad de Buenos Aires pueden conservar organismos de seguridad social para los empleados públicos y los profesionales; y promover el progreso económico, el desarrollo humano, la generación de empleo, la educación, la ciencia, el conocimiento y la cultura”* (resaltado añadido).

14) Que una vez establecidas las atribuciones educativas de la Ciudad, cabe examinar la competencia invocada por el Estado Nacional. En el aspecto impugnado del DNU 241/2021, la demandada aduce el ejercicio de atribuciones regulatorias federales en materia de emergencia sanitaria para ordenar *“la suspensión del dictado de clases presenciales y las actividades educativas no escolares presenciales en todos los niveles y en todas sus modalidades, desde el 19 de abril hasta el 30 de abril de 2021”* en el Área Metropolitana de Buenos Aires (AMBA, artículo 2°).



Corte Suprema de Justicia de la Nación

El citado decreto enuncia que fue dictado *"con el fin de contener y mitigar la propagación de la epidemia de COVID-19 con el objeto de preservar la salud pública"*.

15) Que específicamente respecto de la regulación de la salud, esta Corte reconoció desde antaño la convivencia de atribuciones de la Nación y las provincias. Ya en los primigenios precedentes *"Plaza de Toros"* (Fallos: 7:150) y *"Saladeristas"* (Fallos: 31:2734), se convalidaron restricciones locales, luego de declarar que el poder de policía para *"proveer lo concerniente a la seguridad, salubridad y moralidad de sus vecinos fue reservado por las provincias"*, como así también se corroboró la validez de una ley provincial que obligaba a retirar a los saladeros establecidos en Barracas ya que *"por exigirlo así la salud pública, no es contraria a la ley constitucional, ni ataca el derecho de propiedad"*. Más recientemente, en el caso *"Nobleza Piccardo"* (Fallos: 338:1110), este Tribunal declaró la constitucionalidad de la competencia sanitaria que había ejercido la Provincia de Santa Fe para regular la publicidad del tabaco.

En atención al ya referido mandato de autonomía plena que la Convención Constituyente de 1994 plasmó en el artículo 129 de la Constitución Nacional, tales atribuciones legislativas sanitarias le corresponden asimismo a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en su carácter de *"ciudad constitucional federada"* (*"Bazán"* Fallos: 342:509), en los términos del considerando 9°.

A la par de la existencia de estas competencias legislativas locales -y sin perjuicio de ellas- la jurisprudencia de esta Corte también le reconoció al Estado Nacional atribuciones concurrentes para regular ciertas cuestiones de la salud en tanto atañen a la "*prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias*" (anterior art. 67 inc. 16, actual art. 75 inc. 18), mandato que luego de la reforma de 1994 fue complementado por la atribución para proveer lo conducente al "*desarrollo humano*" (art. 75 inc. 19). Así, este Tribunal convalidó el ejercicio de esas atribuciones federales para regular sobre la actividad farmacéutica en "Belcastro" y en "Diócesis de San Martín" (Fallos: 308:943 y 333:1279, voto del juez Maqueda), sobre actividades relacionadas con la sangre humana en "Leiva" (Fallos: 315:1013) y sobre los seguros de salud y obras sociales en "Boto" (Fallos: 320:786), entre otras.

16) Que tanto la autonomía de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para definir la modalidad educativa como la atribución federal para atender a una emergencia sanitaria deben entenderse en el marco del federalismo que ordena la Constitución Nacional.

La distribución de competencias en un Estado federal como el nuestro, y la complejidad de aspectos que pueden converger en una misma realidad, exigen que el preciso deslinde de competencias se haga atendiendo cuidadosamente a las circunstancias de cada caso.



Corte Suprema de Justicia de la Nación

La interrelación entre estas atribuciones -interpretadas de buena fe- no debe plantear ningún tipo de conflicto normativo; el propio texto constitucional se encarga de brindar la respuesta para lograr que las competencias de cada esfera de gobierno se desarrollen con plenitud en la vida institucional de la Federación, sin anularse ni excluirse. Al ser ello así, los actos de las legislaturas provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no pueden ser invalidados sino en los casos en que la Constitución concede al Congreso Nacional, en términos explícitos, un poder exclusivo, o en los supuestos en los que el ejercicio de idénticos poderes ha sido expresamente prohibido a las provincias, o bien cuando existe una absoluta y directa incompatibilidad o repugnancia efectiva en el ejercicio de facultades concurrentes por estas últimas (Fallos: 3:131; 7:373; 51:349; 105:273; 114:282; 137:212; 150:419; 174:358; 235:571; 243:98; 302:1181; 320:619; 331:1412, entre otros).

Por ello, todo análisis de las atribuciones federales invocadas debe partir del canónico principio de interpretación según el cual la determinación de qué poderes se han conferido a la Nación y, sobre todo, del carácter en que lo han sido, debe siempre ceñirse a la lectura más estricta. Tal mandato interpretativo emana de la premisa que ensayó Alberdi y se recita en la jurisprudencia históricamente, esto es, que los poderes de las provincias son originarios e indefinidos, en tanto que los correspondientes a la Nación son delegados y

definidos (arts. 75 y 121 de la Constitución Nacional; Juan Bautista Alberdi, Derecho Público Provincial Argentino, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1998, p. 146. Asimismo, causa "Blanco", Fallos: 1:170, entre muchas otras hasta la más reciente "Cablevisión S.A.", Fallos: 329:976).

A su vez, el carácter restrictivo con que deben analizarse las potestades que se pusieron en cabeza de la Nación surge también de la preocupación porque tales postulados básicos del federalismo constitucional pierdan realidad. Más allá de las circunstancias sociales en las que se desenvuelve la Nación, tal extremo podría configurarse no solo por invalidar cualquier norma provincial que apenas se aparte un ápice de la regulación concurrente de la Nación sino, y esto es lo relevante en el caso, por permitir que el Estado Federal regule sobre todo aspecto que de alguna forma vaga e injustificada se relacione con las competencias que la Constitución le asigna. Este último peligro ya lo advertía Zavalía en 1929 al señalar los riesgos de creer que la única fuente de progreso y bienestar podría provenir de la autoridad federal en detrimento de las provincias (Prólogo de Clodomiro Zavalía a los Comentarios de la Constitución de la Confederación Argentina de Domingo F. Sarmiento, 1929, Rosso, Buenos Aires, p. 17 y 19).

17) Que no obsta a lo expresado la prevalencia que corresponde reconocer al derecho federal, en los términos de sus arts. 5° y 31, por sobre las normas adoptadas por las provincias y la Ciudad de Buenos Aires.



Corte Suprema de Justicia de la Nación

La inteligencia de tales cláusulas debe enmarcarse en la arquitectura constitucional argentina, que delimita el ámbito de validez y el alcance de las normas que integran el ordenamiento jurídico nacional. En efecto, si bien las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires guardan subordinación con el Estado federal en ciertos ámbitos, esa subordinación se verifica en los estrictos términos jurídicos de la Constitución Nacional. No se trata, por tanto, de una subordinación indeterminada, sino limitada por el mismo texto de la Norma Fundamental argentina.

En ese entendimiento, los arts. 5° y 31 de la Constitución Nacional pueden resultar violados tanto cuando el desborde competencial provenga del ejercicio de la autoridad local como cuando provenga del ejercicio de la autoridad nacional (inconstitucionalidad ascendente o descendente). De ello se deriva que la prevalencia del derecho federal consagrada por los artículos citados se encuentra condicionada a que el ejercicio de la potestad normativa nacional haya sido encausado dentro de las pautas formales y sustanciales exigidas constitucionalmente, entre ellas el reparto de competencias estatuido por la misma Norma Suprema.

Así, las normas adoptadas por las autoridades nacionales no solo no deben contradecir a la Constitución ni a los tratados internacionales sino tampoco invadir el ámbito competencial de las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En caso de que esta contradicción ocurra, al verificarse

el ejercicio de una atribución a extramuros de la Constitución Nacional, no podría válidamente concluirse la prevalencia de la norma federal en los términos de los arts. 5° y 31 citados.

18) Que, en este marco de análisis propio del federalismo, toda norma nacional impugnada deberá someterse a un previo examen sobre su debida justificación competencial. Así, el objeto del acto normativo en cuestión tiene que evidenciar su necesaria vinculación con la competencia constitucional en razón de la materia que pretendió ejercerse en él, pues de otro modo quedaría desvirtuado el cumplimiento de ese imprescindible recaudo de validez que, más allá de los criterios utilizados para determinar su alcance, debe ser siempre una atribución normativa y previa a su accionar.

19) Que, bajo estos estándares, corresponde examinar en este caso la invocación de la competencia sanitaria por parte del Estado Nacional al dictar el DNU 241/2021 para regular sobre los modos de garantizar la educación, en lo que aquí importa, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Tal ejercicio exige evaluar su validez a la luz de la distribución de competencias federales y locales que efectúa la Constitución Nacional. Como se ha dicho, en una organización federal una misma actividad o incluso relación jurídica puede estar regulada por múltiples autoridades de la federación y alcanzada por diferentes jurisdicciones.

El reconocimiento de las atribuciones regulatorias sanitarias de la Nación no significa que alcance con la mera



Corte Suprema de Justicia de la Nación

invocación de la salud para sellar la validez de su pretendido ejercicio. En efecto, en un sistema como el de nuestra Constitución Nacional, para que una norma federal constituya el válido ejercicio de una atribución propia del Estado Nacional debe contar con una debida justificación que lo respalde en relación a las medidas concretas adoptadas con ese objetivo.

Por ello, la adecuada motivación del acto adquiere en el caso especial importancia, pues la Administración se encontraba obligada a explicar, más que en cualquier otro acto dado el contenido concreto de su regulación, los antecedentes que la llevaron a ejercer la competencia invocada, explicitando además la adecuada proporcionalidad entre el objeto de la decisión y su finalidad, que debe hallarse en necesaria correspondencia con la de las normas competenciales invocadas por el órgano emisor.

En el caso, las alegaciones ensayadas sobre la cantidad de personas que utilizaron el transporte público de manera coincidente con el inicio de las clases presenciales, la circulación masiva de personas entre el Gran Buenos Aires y la Ciudad de Buenos Aires, o el aumento de la proporción de casos de COVID-19 en personas de trece (13) a dieciocho (18) años y de veinte (20) a veintinueve (29) años, sin mayores explicaciones sobre la particular incidencia relativa de la educación presencial en la propagación del COVID-19, no alcanza para justificar el ejercicio de una competencia sanitaria federal que

incide de manera tan drástica en la modalidad de la enseñanza, en lo que aquí interesa, porteña.

El debido resguardo del federalismo constitucional exigía que el Estado Nacional justificara de manera suficiente el ejercicio en el caso de su específica competencia sanitaria en relación a la concreta orden de suspender del dictado de clases educativas presenciales en todos los niveles y en todas sus modalidades en la jurisdicción de la actora.

En conclusión, en el examen de legalidad del art. 10 *in fine* del DNU 235/2021, a partir de su modificación por el art. 2° del DNU 241/2021, la falta de justificación suficiente para ejercer una competencia sanitaria que alcance a suspender la modalidad presencial de la educación en la Ciudad deja al descubierto que, en este caso, el Estado Federal en lugar de ejercer una atribución propia invadió una que le resulta ajena.

20) Que la conclusión a la que se llega en este caso no se encuentra desvirtuada por la conformación territorial del Área Metropolitana de Buenos Aires formulada en el decreto 125/2021 ni por la doctrina de los actos propios.

21) Que, en efecto, mediante el art. 3° del DNU 125/2021 el Poder Ejecutivo Nacional delimitó el aglomerado urbano denominado "Área Metropolitana de Buenos Aires (AMBA)", comprensivo de "la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los siguientes treinta y cinco (35) partidos de la Provincia de Buenos Aires: Almirante Brown, Avellaneda, Berazategui, Berisso,



Corte Suprema de Justicia de la Nación

Ensenada, Escobar, Esteban Echeverría, Ezeiza, Florencio Varela, General Las Heras, General Rodríguez, General San Martín, Hurlingham, Ituzaingó, José C. Paz, La Matanza, Lanús, La Plata, Lomas de Zamora, Luján, Marcos Paz, Malvinas Argentinas, Moreno, Merlo, Morón, Pilar, Presidente Perón, Quilmes, San Fernando, San Isidro, San Miguel, San Vicente, Tigre, Tres de Febrero y Vicente López”, ámbito geográfico sobre el cual se adoptaron diversas disposiciones particulares, entre las cuales se encuentra el último párrafo del art. 10 del DNU 235/2021 a partir de la modificación dispuesta por el art. 2° del DNU 241/2021, sobre el que versa la presente causa.

Fundó tal decisión en que *“nuestro país es el octavo en extensión territorial a nivel mundial y presenta una diversidad geográfica, socio-económica y demográfica que impacta en la dinámica de transmisión del virus”,* y que *“la evolución de la pandemia varía entre jurisdicciones como también entre departamentos de una misma jurisdicción”*. A ello agregó que *“sigue resultando imprescindible realizar una diferenciación entre las zonas donde se observa transmisión comunitaria extendida del virus, zonas con conglomerados y casos esporádicos sin nexos, y las que presentan brotes o conglomerados pequeños controlados”*. En ese entendimiento, concluyó que *“el diferente impacto en la dinámica de transmisión del virus producido en la República Argentina en atención a lo ya señalado y, específicamente, debido a su diversidad geográfica, socio-*

económica, cultural y demográfica, obliga al Estado Nacional a adoptar decisiones en función de cada realidad”.

22) Que la conformación territorial formulada por el decreto 125/2021 citado, más allá de su pertinencia estratégica -que no corresponde analizar aquí- no tiene la virtualidad de alterar las potestades constitucionales reconocidas a los diversos componentes del Estado Federal que formen parte de tales áreas.

En efecto, si bien la Constitución Nacional prevé a la “región” como sujeto no inexorable o posible de nuestra federación, a los fines de su concreción exige el cumplimiento específico de las pautas exigidas por el art. 124: *“Las provincias podrán crear regiones para el desarrollo económico y social y establecer órganos con facultades para el cumplimiento de sus fines y podrán también celebrar convenios internacionales en tanto no sean incompatibles con la política exterior de la Nación y no afecten las facultades delegadas al Gobierno federal o el crédito público de la Nación; con conocimiento del Congreso Nacional. La ciudad de Buenos Aires tendrá el régimen que se establezca a tal efecto”.*

De la norma constitucional transcrita se desprenden diversos predicamentos que conllevan necesariamente a concluir que la disposición contenida en el art. 3° del decreto 125/2021 no tiene la virtualidad necesaria para otorgar al “AMBA” el



Corte Suprema de Justicia de la Nación

trato de "región" como sujeto constitucional del sistema federal argentino.

23) Que de lo expuesto se desprende que la previsión del "AMBA" como un área susceptible de adopción de políticas específicas en materia epidemiológica por el Estado Nacional a través del art. 3° del DNU 125/2021 no puede ser entendido como la constitución de una "región" en los términos del art. 124 de la Constitución Nacional, ni puede implicar una alteración de las potestades provinciales o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Ello sin perjuicio de las facultades reconocidas al Congreso nacional para promover "*políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones*", en los términos del art. 75 inc. 19 de la Constitución Nacional, con el debido respeto de las atribuciones de la Ciudad de Buenos Aires y las provincias involucradas.

Lo dicho no implica invalidar toda estrategia territorial diferente a la prevista por el art. 124 de la Constitución Nacional, sino advertir que, en un federalismo de concertación, y a la luz de los principios de "buena fe" y "lealtad federal" que se han señalado precedentemente, resulta inexorable que toda otra conformación regional para el ejercicio de competencias exclusivas de las jurisdicciones locales (o concurrentes de estas con el gobierno nacional) debe contar con la participación de las partes involucradas.

24) Que, como se adelantó, cabe descartar también que la actora haya violado la doctrina de los actos propios.

Arribados a este quicio, corresponde señalar que los principios de "buena fe" y "lealtad federal" que, en la arquitectura constitucional argentina, subyacen tras la "coordinación" y "concertación" entre los distintos estamentos de gobierno (Nación, Provincias, Ciudad de Buenos Aires y municipios), exigen concluir que el no cuestionamiento ante este Tribunal de otras normas adoptadas por el Estado Nacional en el marco de la pandemia COVID-19, no puede ser entendido de tal manera que implique derivar el consentimiento de la actora de la disposición cuya invalidez constitucional se ha planteado en los presentes, o la renuncia por parte del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a atribuciones que, en cuanto reconocidas a ella en virtud de su *status* constitucional, resultan irrenunciables.

25) Que en atención al modo en que se resuelve, no resulta necesario tratar los restantes agravios invocados por la actora. En definitiva, lo decidido por el Tribunal en torno a que el último párrafo del art. 10 del DNU 235/2021, a partir de la modificación dispuesta por el art. 2° del DNU 241/2021, no constituye el ejercicio de potestades constitucionales que le competen a las autoridades federales, sino que vulnera atribuciones y potestades propias de la autonomía política reconocida por la Constitución Nacional a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, torna innecesario ponderar la validez



Corte Suprema de Justicia de la Nación

constitucional del instrumento jurídico en que se ha plasmado la norma (es decir, su carácter de decreto de necesidad y urgencia).

En efecto, la naturaleza de la fuente normativa no altera lo expresado precedentemente en relación a la distribución de las potestades en el diseño federal argentino. Es más, aun en el supuesto hipotético en que el contenido material de la regulación en estudio se instrumente mediante una ley formal del Congreso Nacional, la conclusión a que arriba el Tribunal en torno a la vulneración de la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires se mantendría incólume.

26) Que en mérito a lo expuesto, como guardián último de las garantías constitucionales, máximo intérprete de la Constitución y cabeza de un departamento del Estado (Fallos: 330:4134; 338:1575 y 342:509, 584, 1417 y 2389), este Tribunal se encuentra obligado a velar porque se respete el sistema institucional de división de poderes que establece la Constitución (art. 1°), tanto en su aspecto material en el marco del sistema republicano de gobierno (ramas legislativa, ejecutiva y judicial), como en su dimensión territorial propio del sistema federal argentino (en el que se articulan de manera coordinada las potestades del Estado Nacional, provincias, Ciudad Autónoma de Buenos Aires y municipios).

27) Que lo dicho no significa avalar (o desautorizar) decisiones sanitarias que, en todo caso, amén de ser adoptadas

por las autoridades constitucionalmente competentes, como se examinó en esta causa, deberán además basarse en criterios de razonabilidad entre los que pueden mencionarse la necesidad, la proporcionalidad y el ajuste a los objetivos definidos conforme a criterios científicos (Fallos: 343:930; 344:126 y 316), elementos estos que resultan ajenos al pronunciamiento adoptado por esta Corte en la presente decisión.

28) Que, finalmente, el hecho de que el estricto acatamiento de los plazos procesales propios del juicio sumarísimo haya superado al breve plazo de vigencia temporal del DNU impugnado, no resulta óbice para que esta Corte emita su pronunciamiento.

Por el contrario, una clásica doctrina de este Tribunal indica que sus poderes se mantienen incólumes para conocer del asunto cuando el desenvolvimiento ordinario de los acontecimientos pudiera sustraer a las cuestiones planteadas de la revisión de esta Corte, frustrándose así su rol de garante supremo de la Constitución Nacional (arg. causas "Acuerdo para el Bicentenario", Fallos: 340:914; "Ríos", Fallos: 310:819; "B.A.", Fallos: 324:4061).

En ese entendimiento, dado que circunstancias como las examinadas en la causa pueden prorrogarse o repetirse en el futuro, el Tribunal entiende que su pronunciamiento no solo no se ha vuelto inoficioso sino que debe orientar, desde lo jurídico -no desde lo sanitario- decisiones futuras. Dicho de



Corte Suprema de Justicia de la Nación

otro modo: no se trata solo de ponderar una decisión temporaria y circunstancial, sino de dejar establecido un criterio rector de máxima relevancia institucional en el marco del federalismo argentino.

Por ello, y oído el señor Procurador General de la Nación interino, se hace lugar a la demanda respecto del planteo referido a que en el caso concreto se violó la autonomía de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Con costas en el orden causado (art. 1° del decreto 1204/2001). Notifíquese, comuníquese esta decisión a la Procuración General de la Nación y, oportunamente, archívese.

VO-//-

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

Resulta:

I) El Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires promueve acción declarativa en contra del Estado Nacional, en los términos del art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Pretende que se declare la inconstitucionalidad del art. 2° del decreto de necesidad y urgencia 241/2021, emitido por el Poder Ejecutivo Nacional en acuerdo general de ministros, en tanto dispone, con fundamento en el incremento sostenido de casos registrados del virus Sars - CoV-2 (COVID - 19), "la suspensión del dictado de clases presenciales y las actividades educativas no escolares presenciales en todos los niveles y en todas sus modalidades, desde el 19 de abril hasta el 30 de abril de 2021, inclusive" en el ámbito del Área Metropolitana de Buenos Aires (AMBA). Asimismo, solicita el dictado de una medida cautelar que suspenda la aplicación de la norma citada, como así también de toda otra disposición o reglamentación dictada en su consecuencia.

Desde el punto de vista formal, la actora sostiene que el caso corresponde a la competencia originaria de esta Corte Suprema regulada en el art. 117 de la Constitución Nacional, en virtud de lo decidido en el precedente de Fallos: 342:533 ("Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires"). Sustenta su legitimación activa en la circunstancia de que el decreto



Corte Suprema de Justicia de la Nación

241/2021 afecta el régimen de autonomía de la Ciudad de Buenos Aires regulado en los arts. 129 de la Constitución Nacional y 6° de la Constitución local. Y destaca que se encuentran reunidos los requisitos de admisibilidad previstos para las acciones declarativas de inconstitucionalidad en el art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y en la jurisprudencia de esta Corte.

En lo sustancial, afirma que el art. 2° del decreto 241/2021 es inconstitucional por las siguientes razones: a) lesiona el régimen de autonomía de la Ciudad de Buenos Aires; b) resulta irrazonable; y, c) fue dictado en violación artículo 99, inc. 3, de la Constitución Nacional.

En lo que se refiere a la primera cuestión, la actora sostiene que la medida impugnada implica una virtual intervención federal en su territorio al regular cuestiones eminentemente locales, como lo son las materias de salud y educación. Alega que el Poder Ejecutivo Nacional se arroga el ejercicio de una competencia que no le ha sido delegada pues entiende que las medidas sanitarias que deben adoptarse en los establecimientos educativos en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires se encuentran reservadas a la competencia de sus propias autoridades.

En segundo lugar, afirma que la suspensión de las clases presenciales dispuesta por el decreto 241/2021 es irrazonable en tanto no se encuentra justificada por datos

empíricos ni científicos. Sostiene que los datos estadísticos sobre contagios en el ámbito educativo y sobre utilización del transporte público de pasajeros demuestran que la presencialidad en las escuelas no es la causa principal del aumento de casos de COVID - 19. En tal sentido, destaca que los casos de COVID - 19 confirmados entre el 17 de marzo y el 12 de abril representan solo el 0,71% de la población que asiste a las escuelas. Y agrega que, desde el inicio de clases en febrero de este año, decayó en un 70% aproximadamente la utilización del boleto estudiantil, como así también que la mayor parte de los alumnos concurre a las escuelas caminando o en bicicleta (48% en el nivel inicial, 39% en primaria y 38% en secundaria), y en automóvil (27%, 21% y 14%, respectivamente).

En tercer lugar, estima que el decreto 241/2021 resulta inconstitucional pues el Congreso de la Nación no se encuentra en receso, no está impedido de tratar la cuestión en forma inmediata urgente y tampoco existen circunstancias excepcionales que hagan imposible los trámites ordinarios previstos en la Constitución Nacional para la sanción de las leyes.

II) En la resolución del día 19 de abril, esta Corte declaró que la causa corresponde a su competencia originaria y le imprimió el trámite previsto para los procesos sumarísimos.

III) Al comparecer en la causa, el Estado Nacional contesta demanda, pide la citación de la Provincia de Buenos



Corte Suprema de Justicia de la Nación

Aires como tercero y solicita el rechazo de la acción por las razones que se reseñan a continuación.

En primer lugar, destaca que el decreto 241/2021 impugnado por la actora fue dictado en el marco de la situación de pandemia provocada por el COVID - 19. Recuerda que esa situación dio lugar a una serie de medidas estatales de diferente tenor, entre las cuales mencionó la ampliación de la emergencia sanitaria declarada por la ley 27.541 (decreto 260/2020, prorrogada luego por el decreto 167/2001), el establecimiento del "aislamiento social, preventivo y obligatorio" (decreto 297/2020) y luego el "distanciamiento social, preventivo y obligatorio" (decreto 520/2020). Señala que al momento del dictado del decreto 241/2021 la tasa de incidencia acumulada en el país era de 5736 casos por cada 100.000 habitantes, la tasa de letalidad era del 2,2% y la tasa de mortalidad era de 1287 fallecimientos por millón de habitantes. Agrega que en la "segunda ola" de la pandemia se ha producido un aumento de casos en casi todas las jurisdicciones del país y que más del 50% de los casos nuevos se concentran en el AMBA, cuyo pico se verificó el 5 de abril con 22.897 contagios. Afirma que la velocidad de contagios en el AMBA es superior a la que se registra en otras áreas de alto riesgo epidemiológico, lo que, según sostiene, puede provocar la saturación del sistema de salud y el aumento de la mortalidad.

Señala que, frente a esa situación epidemiológica, el Poder Ejecutivo Nacional dictó el decreto de necesidad y

urgencia 241/2021 con el objeto de velar por el derecho a la vida y a la salud de los habitantes del país. Sostiene que el decreto adoptó medidas focalizadas y limitadas en el tiempo, entre las cuales se encuentra la suspensión de clases escolares presenciales, tendientes a reducir la circulación de personas, y de ese modo, a ralentizar la velocidad de transmisión del virus. Recuerda que, a los efectos de fundar la suspensión de clases presenciales en el AMBA, el Poder Ejecutivo Nacional tuvo en cuenta que el grupo de personas de entre 6 y 17 años, entre las semanas 1 a 4, representaba el 5,3% del total de los casos confirmados y entre las semanas 12 a 14 representó el 7,3% del total de casos. Destaca que en el AMBA hay más de 3 millones de niños en edad escolar y 300.000 docentes que se movilizan diariamente y que desde el comienzo del ciclo lectivo en el 2021 se ha producido un "aumento exponencial" del número de casos dentro de la población en edad escolar, similar y aun mayor que el observado en la curva de la población en general. Agrega que, con el comienzo de clases, también se ha producido un aumento del uso del transporte público en el AMBA. Afirma que, frente a esa situación, se hizo necesario adoptar medidas sanitarias de carácter colectivo destinadas a disminuir el aumento de casos y la transmisión comunitaria pues las medidas de prevención individuales en las instituciones educativas resultaban insuficientes.

En lo que se refiere a las objeciones formuladas por la actora, sostiene que el decreto de necesidad y urgencia



Corte Suprema de Justicia de la Nación

241/2021 cumple con todos los recaudos previstos en el art. 99, inciso 3, de la Constitución Nacional. En particular, afirma que se verifica una situación de necesidad y urgencia en los términos definidos por esta Corte en el precedente "Verrocchi" (Fallos: 322:1726), que el decreto no trata ninguna de las materias prohibidas por la norma constitucional citada y que se le ha dado intervención a la Comisión Bicameral Permanente creada por la ley 26.122 –que emitió dictamen favorable a la validez del decreto–.

En el plano sustantivo, argumenta que la medida que adopta el decreto 241/2021 para reducir la circulación de la población y disminuir los contagios tiene por finalidad la protección de la vida y la salud de la población, derechos de raigambre constitucional según la jurisprudencia de esta Corte que cita. Alega que el decreto conjuga esos derechos con el derecho a la educación, que se encuentra garantizado mediante la modalidad virtual. Manifiesta que la medida es razonable y proporcionada, y que no tiene por meta afectar la autonomía de la ciudad ni el derecho a la educación de los niños. Por el contrario, al efectuar la ponderación de los derechos en disputa, afirma que "no hay duda de que la vida y la salud están muy por encima de la educación presencial" y que la virtualidad en pandemia es la medida menos gravosa. Aduce que las restricciones adoptadas configuran un medio idóneo para evitar el colapso del sistema sanitario producto del aumento desmedido de casos de COVID - 19 y con ello resguardar la salud pública.

Entiende, por lo tanto, que la suspensión de clases presenciales es razonable pues se encuentra fundada en los hechos que le han dado origen –la situación epidemiológica descrita– y por la necesidad de salvaguardar el interés público comprometido –la vida y la salud de la población–.

Por otro lado, en lo que se refiere al planteo de la actora sobre la violación de su régimen de autonomía, el Estado Nacional sostiene que el decreto de necesidad y urgencia 241/2021 fue dictado en el marco de la emergencia sanitaria declarada por la ley 27.541 –ampliada por el decreto 260/2021–. También afirma que la medida cuestionada es fruto del ejercicio del poder de policía sanitario del que se encuentra investido el Estado de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corte. Argumenta que, si bien el ejercicio de ese poder de policía es concurrente entre Nación y provincias, en caso de incompatibilidad de criterios prevalece la norma nacional por imperio de los arts. 5° y 31 de la Constitución Nacional. Destaca que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte, la potestad provincial cede frente a la norma federal cuando el Congreso, por aplicación del art. 75, inc. 18, de la Constitución, prohíbe el ejercicio de esa potestad, o bien cuando la normativa provincial dificulta o impide el adecuado cumplimiento de los propósitos de la norma federal.

Asimismo, afirma que el alcance de la norma impugnada por la actora, como se desprende de sus propios términos, es interjurisdiccional pues la problemática generada por el COVID-



Corte Suprema de Justicia de la Nación

19 no reconoce fronteras internas. En este sentido, alega que la circulación masiva de personas entre el Gran Buenos Aires y la Ciudad de Buenos Aires constituye un fenómeno de la vida cotidiana e involucra los desplazamientos de personas pertenecientes a la comunidad educativa. Con cita de precedentes de esta Corte, invoca la potestad del art. 75 inc. 13, de la Constitución, para regular cuestiones interjurisdiccionales, las que –según afirma– se configuran cuando el territorio afectado “se trata de un área geográfica que se extiende más allá de la frontera provincial”. En tal sentido, aduce que el decreto de necesidad y urgencia 241/2021 busca proteger la vida y la salud a nivel nacional y para ello ha hecho especial énfasis en AMBA, por ser la región de mayor concentración de población y por ende de mayor circulación del virus. Señala que el AMBA es un “conglomerado pluri-jurisdiccional” que abarca la Ciudad de Buenos Aires y una parte de la Provincia de Buenos Aires y que si bien las decisiones sanitarias locales pueden resultar competencia propia de la Ciudad cuando no tienen impacto a nivel nacional, entiende que cuando la acción o inacción de la autoridad local trascienda, “de forma cierta, probable o inminente” su territorio, suscita la competencia federal por la interjurisdiccionalidad de la situación configurada. En la misma línea, entiende que la medida impugnada no viola la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires regulada en el art. 129 de la Constitución Nacional y tampoco se trata de una intervención federal encubierta puesto que no ha mediado desplazamiento de las autoridades locales.

Finalmente, invoca la doctrina de los actos propios pues la Ciudad de Buenos Aires ha consentido todas las medidas sanitarias adoptadas en el marco de la pandemia antes de la sanción del decreto 241/2021 –entre ellas la suspensión de clases presenciales en el 2020–, sin cuestionar la competencia del Poder Ejecutivo Nacional en la materia. Por lo tanto, considera que resulta incoherente y por ende contrario a la buena fe que, con la actual situación epidemiológica, la actora pretenda impugnar la medida adoptada en el decreto mencionado.

IV) Mediante providencia del día 27 de abril se desestimó el pedido de citación de terceros formulado por la demandada.

V) El día 29 de abril, el señor Procurador General de la Nación interino emitió su dictamen, propiciando la declaración de inconstitucionalidad de la norma atacada, por considerar que no se encontraban reunidos los requisitos constitucionales para el dictado de un decreto de necesidad y urgencia como el impugnado.

Considerando:

1°) Que la presente causa corresponde a la competencia originaria de la Corte Suprema (arts. 116 y 117 de la Constitución; Fallos: 342:533 y 343:1836, entre muchos otros).



Corte Suprema de Justicia de la Nación

2°) Que el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires cuenta con legitimación activa para defender la esfera de sus atribuciones constitucionales contra actos del Estado Nacional que considera lesivos de su autonomía política. Al respecto, según lo resuelto por esta Corte en el precedente publicado en Fallos: 341:1148, "los estados provinciales cuentan con legitimación activa para reclamar en juicio la invalidez de actos que vulneran atribuciones y poderes inherentes a su autonomía política, de acuerdo con la distribución de competencias establecida por el régimen Constitucional Federal. En efecto, en la medida que se pretende la delimitación de las órbitas de competencia entre la autoridad federal y la local, y se sostiene que esta última ha sido afectada por los actos impugnados, se está frente a una "causa" o controversia en los términos de la Constitución (conf. doctrina de Fallos: 310:606, 977; 310:2812 y 335:790, voto del juez Petracchi).

Por lo tanto, es claro que resulta titular de la relación jurídica sustancial sobre la que trata esta controversia.

3°) Que la demanda pone en cuestión la validez del art. 10 del decreto 235/2021, texto modificado por el art. 2° del decreto 241/2021, en cuanto dispone la suspensión de las clases presenciales en todo el territorio de la Ciudad de Buenos Aires, por hallarse comprendido en la zona denominada AMBA (Área Metropolitana de Buenos Aires). Según dice, esta decisión del Poder Ejecutivo Nacional viola la autonomía de la Ciudad de

Buenos Aires, reconocida en el art. 129 de la Constitución, puesto que el gobierno federal se ha arrogado potestades eminentemente locales, como lo son las materias de salud y educación. Además, la actora cuestiona la validez de la medida, desde el punto de vista formal, por no encontrarse reunidos los requisitos a los que la Constitución supedita el dictado de decretos de necesidad y urgencia y, desde una perspectiva sustancial, por no satisfacerse la exigencia constitucional de razonabilidad de todos los actos estatales.

4°) Que para analizar los agravios de la parte actora contra la decisión tomada por el Ejecutivo en el art. 10 del decreto 235/2021 (texto según el art. 2° del decreto 241/2021), conviene de modo preliminar reproducir el texto íntegro de dicha disposición:

“ARTÍCULO 10.- CLASES PRESENCIALES. Se mantendrán las clases presenciales y las actividades educativas no escolares presenciales en todo el país, salvo las excepciones dispuestas en el presente decreto o que se dispongan, dando efectivo cumplimiento a los parámetros de evaluación, estratificación y determinación del nivel de riesgo epidemiológico y condiciones establecidas en las Resoluciones N° 364 del 2 de julio de 2020, 370 del 8 de octubre de 2020, 386 y 387 ambas del 13 de febrero de 2021 del CONSEJO FEDERAL DE EDUCACIÓN, sus complementarias y modificatorias.



Corte Suprema de Justicia de la Nación

En todos los casos se deberá actuar de acuerdo a los protocolos debidamente aprobados por las autoridades correspondientes.

Los Gobernadores y las Gobernadoras de Provincias y el Jefe de Gobierno de la CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES, según corresponda, podrán suspender en forma temporaria las actividades, conforme a la evaluación del riesgo epidemiológico, de conformidad con la normativa vigente. Solo en caso de haber dispuesto por sí la suspensión de clases, podrán disponer por sí su reinicio, según la evaluación de riesgo.

El personal directivo, docente y no docente y los alumnos y las alumnas –y su acompañante en su caso–, que asistan a clases presenciales y a actividades educativas no escolares presenciales, quedan exceptuados y exceptuadas de la prohibición del uso del servicio público de transporte de pasajeros urbano, interurbano e interjurisdiccional, según corresponda y a este solo efecto, conforme con lo establecido en las resoluciones enunciadas.

Establécese, en el aglomerado del ÁREA METROPOLITANA DE BUENOS AIRES (AMBA), según está definido en el artículo 3° del Decreto N° 125/21, la suspensión del dictado de clases presenciales y las actividades educativas no escolares presenciales en todos los niveles y en todas sus modalidades, desde el 19 de abril hasta el 30 de abril de 2021, inclusive.

5°) Que la disposición cuestionada pretende enmarcarse en el ejercicio del poder de policía de emergencia en

materia sanitaria, declarada por ley 27.541 y ampliada luego por el decreto de necesidad y urgencia 260/2020.

En ese contexto, cabe recordar que la existencia de una situación de esa naturaleza habilita la adopción de remedios que en condiciones de normalidad podrían no ser válidos (doctrina de Fallos: 136:170; 200:450; 243:449; 321:1984; 330:2981; entre muchos otros). De todos modos, la emergencia no es una franquicia para ignorar el derecho vigente. La emergencia está sujeta al derecho en este país, en tanto también es una situación jurídicamente regulada y ella no implica en modo alguno que cualquier medida que pudiera representarse como eficaz para atender la situación sea, por esa sola razón, constitucionalmente admisible. No debe perderse de vista que la emergencia, si bien puede proporcionar la ocasión para ejercer un poder existente, no crea poderes nuevos (Fallos: 172:21; 313:1638; doctrina tomada de los precedentes estadounidenses "Wilson v. New", 243 U.S. 332, y "Home & Loan Building Ass'n v. Blaisdell", 290 U.S. 398). Tiene dicho este Tribunal que "[...] los poderes de emergencia nacen exclusivamente de la Constitución, la que los conforma y delimita, por lo que todo avance más allá de ese marco conceptual desborda la legitimidad, tornándose en arbitrariedad y exceso de poder" ("Antinori", Fallos: 321:2288).

En virtud de que la emergencia no nos libera del poder regulativo del derecho, las autoridades deben encarar la responsabilidad de atender los problemas que ella plantea dentro



Corte Suprema de Justicia de la Nación

de los límites formales y sustanciales que les impone la Constitución. Como señaló con acierto el juez Petracchi, y de un modo especialmente relevante para este caso, la invocación de la emergencia "tampoco puede justificar el desconocimiento del esquema constitucional de reparto de competencias legislativas entre la Nación y las provincias. La necesidad de enfrentar circunstancias de esa naturaleza solamente explica que las atribuciones que la Constitución Nacional distribuye entre cada una de ellas sean excepcionalmente ejercidas de un modo más intenso, sin alterar la sustancia de los derechos reglamentados: 'La emergencia no crea el poder, ni aumenta el poder concedido, ni suprime, ni disminuye las restricciones impuestas sobre el poder concedido, o reservado [...]'" (Fallos: 322:2817, disidencia del juez Petracchi, considerando 5°).

6°) Que en lo que respecta concretamente a la Ciudad de Buenos Aires, desde la reforma constitucional de 1994 y luego de que se organizara el gobierno autónomo, el gobierno nacional ha perdido las atribuciones que tenía como gobierno local de la Capital: el Congreso para ejercer una legislación exclusiva y el presidente para ejercer como jefe local (cfr. arts. 67, inc. 27 y 86, inc. 3° de la Constitución 1853-1860 y art. 129 de la Constitución y cláusula transitoria decimoquinta de la Constitución reformada en 1994). Estas facultades de gobierno sobre la Ciudad de Buenos Aires no pueden ser reasumidas por el Presidente o por el Congreso, ni siquiera de manera transitoria, lo cual queda demostrado por la inclusión de la Ciudad en los

arts. 75, inc. 31 de la Constitución, 99, inc. 20, que solo admiten este tipo de injerencias en la Ciudad de Buenos Aires si el Congreso dispone a la intervención federal o aprueba la intervención decretada por el Presidente durante su receso. El federalismo argentino, desde 1994, tiene un nuevo estado participante bajo la forma de una ciudad constitucional federada que ejerce su autonomía política de manera coordinada con el resto de las unidades que integran la federación y la Nación. Tal ha sido la inteligencia del art. 129 de la Constitución que ha dado fundamento a la decisión de esta Corte registrada en Fallos: 342:533.

Por ello, la Ciudad de Buenos Aires cuenta con todas las facultades propias de legislación interna similares a las que gozan las provincias argentinas (con la exclusiva salvedad de las atribuciones que la ley 24.588 reconoce al gobierno nacional para garantizar los intereses del estado nacional en la Ciudad). En particular, conserva su poder de policía sobre las cuestiones de salud y salubridad públicas y sobre la organización y funcionamiento de sus instituciones educativas.

7°) Que respecto de la salud y salubridad públicas, desde sus primeros precedentes esta Corte dejó sentado que el ejercicio del poder de policía en esa materia era una atribución propia de las provincias (Fallos: 7:150). Esta solución se sustentó en los arts. 104 y 105 de la Constitución Nacional (actuales arts. 121 y 122), según los cuales las provincias conservan todo el poder no delegado y se dan sus propias



Corte Suprema de Justicia de la Nación

instituciones sin intervención del Gobierno federal. Con posterioridad, esta Corte reconoció al Estado Nacional facultades concurrentes en la materia, con sustento en el poder de policía que surge del art. 75, inc. 18, de la Constitución Nacional –ex artículo 67, inciso 16– (conf. Fallos: 315:1013).

8°) Que, a su vez, en materia de educación la Constitución Nacional exige a las provincias asegurar la educación primaria, como uno de los presupuestos de la garantía federal del goce y ejercicio de sus instituciones (art. 5), y les otorga atribuciones para promover la educación, la ciencia, el conocimiento y la cultura (art. 125). Estas previsiones son extensibles a la Ciudad de Buenos Aires, en virtud del régimen de autonomía del artículo 129 de la Constitución Nacional.

Por lo demás, la Ley Nacional de Educación n° 26.206, que establece qué establecimientos quedan bajo jurisdicción de la ciudad y que no ha sido derogada por el decreto cuestionado, dispone en su art. 121 que corresponde a los gobiernos provinciales y a la Ciudad de Buenos Aires planificar, organizar, administrar y financiar el sistema educativo en su jurisdicción, según sus particularidades sociales, económicas y culturales (inciso b), “[o]rganizar y conducir las instituciones educativas de gestión estatal” (inciso d) y “[a]utorizar, reconocer, supervisar y realizar los aportes correspondientes a las instituciones educativas de gestión privada, cooperativa y social” (inc. e).

A su vez, el Estado Nacional tiene potestades para dictar planes de instrucción general y universitaria (artículo 75, inciso 18 de la Constitución Nacional) y sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales (art. 75, inc. 19 de la Constitución Nacional).

9°) Que, de acuerdo con las normas reseñadas, resulta claro que la decisión de si la escolaridad debe realizarse bajo la modalidad presencial o virtual en los establecimientos de educación inicial, primaria y secundaria dependientes de la Ciudad de Buenos Aires o regulados por ella corresponde, en principio, a ese estado y no a la Nación.

En ese contexto normativo, la decisión de suspender las clases presenciales en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires adoptada por el Estado Nacional –aun a la luz de la declaración de emergencia– solamente podría validarse constitucionalmente si encontrase respaldo en la facultad exclusiva del Congreso para reglar el comercio de las provincias entre sí (art. 75, inc. 13 de la Constitución) o en las facultades concurrentes del Congreso, las provincias y la Ciudad de Buenos Aires para promover el bienestar de todas las provincias (art. 75, inc. 18 de la Constitución).

Por otro lado, el estándar para determinar si se encuentran satisfechos los requisitos que, en función de estas normas, podrían habilitar la regulación nacional tiene que tomar



Corte Suprema de Justicia de la Nación

en cuenta la materia regulada. No debemos olvidar que en el caso se discute, ni más ni menos, la competencia para la prestación del servicio educativo, que las provincias y la Ciudad de Buenos Aires están constitucionalmente obligadas a asegurar como precondition de la garantía federal del goce y ejercicio de sus instituciones (art. 5, Constitución Nacional). Dicha obligación les impone especiales responsabilidades sobre los establecimientos educativos que la ley 26.206 pone bajo su jurisdicción. Ello hace inaceptable que la pretensión de limitar la competencia de la Ciudad de Buenos Aires y de las provincias por parte del Estado Nacional se funde en consideraciones meramente conjeturales conectadas a la presunta eficacia para la realización de otros objetivos que el Estado Nacional pueda considerar como socialmente valiosos.

10) Que respecto del art. 75, inc. 13 de la Constitución esta norma confiere al Congreso –o al Presidente mediante el dictado de un decreto de necesidad y urgencia, siempre que concurriesen las circunstancias previstas en el art. 99, inc. 3° de la Constitución– la atribución para regular el comercio de las provincias entre sí. Como es sabido, esta cláusula ha sido interpretada por el Tribunal bajo un concepto muy amplio del vocablo “comercio”, comprensivo de las actividades interjurisdiccionales en general (cfr. Fallos: 335:1739 y sus citas).

Esta facultad exclusiva del Congreso puede ejercerse únicamente cuando una determinada actividad tiene carácter

interjurisdiccional –en sí misma o por sus efectos– y no al revés; esto es, el carácter interjurisdiccional de una actividad no puede ser supuesto meramente porque el Congreso haya legislado sobre ella. En otras palabras, la Nación, mediante una sanción normativa, no puede transformar en interjurisdiccional lo que, fáctica y jurídicamente, no lo es. Para que una actividad sea interjurisdiccional y, por lo tanto, admita la regulación nacional, es preciso que tenga un alcance, en sí misma o por sus efectos, que exceda los límites de la provincia de que se trate o de la Ciudad de Buenos Aires.

En consecuencia, dado que –según se dijo– está en juego la obligación de las unidades federadas de garantizar la educación dentro de sus límites territoriales, la determinación por parte del Estado Nacional de que una actividad reviste carácter interjurisdiccional no puede presentarse como un hecho meramente conjetural, incluso en una situación de emergencia.

11) Que suspender las clases presenciales en el sistema educativo de la Ciudad de Buenos Aires como medio para alcanzar la meta de una menor circulación de personas entre esa jurisdicción y la Provincia de Buenos Aires, que el gobierno nacional cita como fundamento de sus decisiones, no satisface las exigencias de justificación referidas.

Huelga aclarar que nadie duda de que la pandemia excede todo límite interprovincial y, para el caso, toda frontera nacional. Pero ello no basta para justificar



Corte Suprema de Justicia de la Nación

constitucionalmente la adopción de medidas como las que aquí se analizan. Si se supusiera que el alcance transnacional de la pandemia –que, por lo demás, es conceptual y deriva de la propia calificación del fenómeno como tal– determina por sí mismo el carácter interjurisdiccional de cualquier regulación vinculada con ella, ello implicaría el desplazamiento total y absoluto de las autoridades locales en cualquier situación o aspecto de la realidad que guardase un mínimo de conexión con aquel grave problema. Una tesis tal es inadmisibles, especialmente cuando la decisión del Estado Nacional impacta en el modo de operación y funcionamiento del sistema educativo a nivel local. No debemos olvidar que, de acuerdo con el conocido canon interpretativo, no debe prescindirse de las consecuencias que se derivan de la adopción de los distintos criterios interpretativos posibles, pues ellas constituyen uno de los índices más seguros acerca de su razonabilidad y coherencia con el sistema normativo (Fallos: 310:1267; 323:3619; 324:1481; 326:417; 327:769; 328:53, entre muchos otros). No basta, entonces, el carácter transnacional de la situación sanitaria que se intenta paliar para dar por acreditada una suerte de interjurisdiccionalidad *per se* respecto de cualquier medida que se adopte con la finalidad de combatirla.

En esta causa, la Ciudad de Buenos Aires ha proporcionado elementos de juicio que indican que el impacto interjurisdiccional de la actividad regulada es meramente conjetural. Ha mostrado el carácter geográficamente acotado de

la prestación de clases presenciales en función de varios indicadores, tales como la baja incidencia de los contagios dentro de los establecimientos educativos, el criterio de proximidad con el que se asignan las vacantes en el sistema público y la reducción en el uso de transportes públicos por alumnos en relación con la tasa de uso previa a la pandemia.

Por su parte, el Estado Nacional en la fundamentación del decreto impugnado hace referencias al transporte de pasajeros dentro del territorio denominado AMBA pero lo hace de modo global, sin discriminar el transporte interno de cada jurisdicción y el transporte que pasa de una a otra y, por lo tanto, ello resulta insuficiente para determinar en qué medida este último –del cual depende, entre otras cosas, la existencia de interjurisdiccionalidad– se habría incrementado como consecuencia del comienzo de las clases presenciales dentro de la Ciudad Autónoma. Sumado a ello, en la demanda se afirma –sin que haya sido puntualmente rebatido por el Estado Nacional– que la mayor parte del alumnado que concurre a escuelas de la Ciudad de Buenos Aires no utiliza el transporte público para concurrir a clases. En consecuencia, si bien el acto cuestionado goza de presunción de legitimidad, la demandante ha demostrado que la pretendida interjurisdiccionalidad, en los términos en que ha sido fundado el decreto y defendido en esta instancia, no excede lo meramente conjetural.

En las condiciones reseñadas, la delimitación de un territorio como el Área Metropolitana Buenos Aires (AMBA) por



Corte Suprema de Justicia de la Nación

parte de la Nación no basta para sujetarlo a la jurisdicción federal.

12) Que resta analizar si el artículo 10 último párrafo del decreto 235/2021, texto según el decreto 241/2021, puede encontrar justificación constitucional en lo previsto por el artículo 75, inciso 18.

Si bien no caben dudas de que el Estado Nacional posee potestades concurrentes en materia sanitaria, que hallan cabida en el art. 75 inc. 18 de la Constitución (Fallos: 315:1013; entre otros), estas “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 entidades públicas y privadas que se desenvuelven en este ámbito” (Fallos: 331:2135, considerando 8° y sus citas). Y el hecho de que exista una norma nacional que regula determinada materia sanitaria no implica que, por su sola condición de norma nacional, deba siempre prevalecer y desplazar la posibilidad del ejercicio de potestades locales sobre el mismo asunto. Este Tribunal ha sostenido que “el principio establecido por el art. 31 de la Constitución Nacional no significa que todas las leyes dictadas por el Congreso tengan el carácter de supremas, cualesquiera sean las disposiciones en contrario de las leyes provinciales: lo serán si han sido sancionadas en consecuencia de los poderes que la Constitución

ha conferido al Congreso expresa o implícitamente" (Fallos: 239:343).

Ahora bien: dado que, como se dijo, lo que se encuentra en juego es la organización y funcionamiento del sistema educativo a nivel local, no basta la mera invocación del bienestar general para sustentar una norma nacional como la cuestionada. La única consideración invocada por el Estado Nacional que podría estar ligada al bienestar general ha sido, nuevamente, que la modalidad de dictado de clases en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires tendría un impacto interjurisdiccional, pero —como ya se sostuvo— esa consideración no excede lo meramente conjetural. En consecuencia, para poder justificar la medida que pretende adoptar el Estado Nacional, este debía explicar por qué otra razón la continuidad de la modalidad de clases presenciales en el ámbito de la ciudad afecta el bienestar general de todas las provincias. Y no lo ha hecho.

Sobre esta manera de coordinar las competencias concurrentes, ha resuelto esta Corte que el concepto de facultades o atribuciones concurrentes alude a una regla de distribución que otorga al Congreso competencia para tomar decisiones concernientes a los intereses del país como un todo (Fallos: 243:276; 249:292, voto del juez Oyhanarte) y a las provincias para dictar leyes con imperio exclusivamente dentro de su territorio (Fallos: 239:343). De esta manera, el ejercicio de las facultades concurrentes, manteniéndose en sus propias



Corte Suprema de Justicia de la Nación

esferas jurisdiccionales, permite la coexistencia legislativa (ibídem, p. 347), lo cual está de conformidad con la doctrina de este Tribunal, que ha establecido el siguiente principio: el gobierno de la Nación no puede impedir o estorbar a las provincias el ejercicio de aquellos poderes de gobierno que no han delegado o reservado, porque por esa vía podría llegarse a anularlos por completo (ibídem, p. 348) (Fallos: 341:1148).

13) Que lo dicho en el considerando precedente determina también la inaplicabilidad al caso de precedentes como los invocados por la demandada que hacen alusión a la legitimidad de leyes nacionales con alcance general y de aplicación uniforme en todo el territorio de la Nación. Es el caso de Fallos: 318:137 que se refiere a la ley 3959 sobre la defensa de los ganados en el territorio de la República contra la invasión de enfermedades contagiosas exóticas y la acción de las epizootias. Por lo demás, según se desprende de Fallos: 201:336, la ley 3959 fue sancionada por el Congreso en uso de la facultad para reglar el comercio de las provincias entre sí (art. 75, inc. 13 de la Constitución) y no como una medida orientada al bienestar de la población.

14) Que el reparto constitucional de competencias descripto en los considerandos anteriores no ignora, a la luz de las consideraciones brindadas por el Estado Nacional en la normativa de emergencia dictada desde el comienzo de la pandemia, que el gobierno federal puede intentar coordinar a las autoridades locales en la tarea de determinar si la escolaridad

dentro de cada una de sus jurisdicciones debe ser presencial o virtual.

En sentido coincidente con este principio, el decreto de necesidad y urgencia 260/20, que amplió la emergencia sanitaria declarada por la ley 27.541 con fundamento en la pandemia provocada por el COVID - 19, estableció que el Ministerio de Educación debía disponer "las condiciones en que se desarrollará la escolaridad respecto de los establecimientos públicos y privados de todos los niveles durante la emergencia, de conformidad con las recomendaciones de la autoridad sanitaria, y en coordinación con las autoridades competentes de las distintas jurisdicciones" (arts. 1 y 13). El propio artículo 10 del decreto 235/2021 –modificado por el decreto 241/2021–, en su texto mismo, reconoce que la autoridad competente en la Ciudad de Buenos Aires y en las provincias para evaluar el riesgo epidemiológico y la eventual suspensión de clases presenciales es el gobierno de cada uno de esos estados (tercer párrafo) y que el marco está dado por lo resuelto de manera concertada por todas las jurisdicciones participantes del Consejo Federal de Educación (primer párrafo).

En ese contexto, las provincias y la Ciudad de Buenos Aires aceptaron el papel coordinador del gobierno federal, requiriendo su visto bueno incluso para cumplir con funciones que indudablemente integran el núcleo de sus facultades reservadas (vid. Decisión Administrativa 524/2020). De este modo, contrariamente a lo que afirma el Estado Nacional en su



Corte Suprema de Justicia de la Nación

contestación de la demanda, no cabe suponer que las provincias o la Ciudad de Buenos Aires hayan renunciado a facultad alguna, renuncia que por otra parte no podría alcanzar a facultades constitucionales indelegables. Lo único que han hecho es aceptar el rol del Estado Nacional como coordinador, lo que es bien distinto. No resulta, por ello, aplicable la doctrina de los actos propios, reclamada por la demandada.

15) Que, por todo lo anteriormente expuesto, corresponde concluir que la decisión adoptada por el Poder Ejecutivo de la Nación en el art. 10, último párrafo, del decreto 235/2021, de disponer la suspensión de las clases en la Ciudad de Buenos Aires entre el 15 y el 30 de abril de 2021 de manera unilateral y directa configura una intromisión, durante ese período, en las facultades que corresponden al gobierno autónomo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para dirigir el funcionamiento de su sistema escolar y resulta, por ello, contrario a la Constitución Nacional.

16) Que si bien todo lo dicho hasta aquí viene impuesto por consideraciones vinculadas con el texto mismo de la Constitución, lo cual bastaría para sustentar la decisión que hoy debe tomar el Tribunal, hay todavía una razón adicional de máxima importancia que subyace a toda nuestra organización institucional que debe aquí hacerse explícita. Se trata del respeto que todas las autoridades de la República han de rendir al orden institucional y al sistema democrático. La obligación de respetar y acatar el proyecto de república democrática que

establece la Constitución Nacional abarca a todas las autoridades de la Nación, sin distinciones (arg. Fallos: 340:1383, considerando 5°). Este sistema institucional, tal como ha sido organizado en la Constitución, se realiza tanto en el nivel nacional como así también en el provincial y municipal, y se asienta no solamente en el carácter electivo de las autoridades ejecutivas y legislativas, sino, particularmente en su deber de responder ante la ciudadanía. En cada uno de los niveles de gobierno, las autoridades son electas por el pueblo de la nación, de la provincia o del municipio y en cada una de esas comunidades políticas las autoridades electas deben responder por sus actos. Más aún, el sistema representativo que organizó desde sus albores nuestra Constitución ha sido reforzado por nuevas cláusulas incorporadas por la Reforma Constitucional en 1994 (cf. arts. 36 a 40). Por ello, si se usurparan las funciones que corresponden a los gobiernos locales sin duda se subvertiría el carácter representativo del sistema pues se disociaría a los gobiernos locales de las políticas que rigen en sus respectivos territorios, liberándolos de la responsabilidad que les cabe por ellas.

Nunca es sobreabundante recordar que la Constitución es nuestra carta de navegación y debemos aferrarnos a ella en tiempos de calma y más aún en tiempos de tormenta, no dejándonos llevar por la pulsión de decidir al margen de lo que ella exige. De esta manera, la democracia saldrá fortalecida por su eficacia



Corte Suprema de Justicia de la Nación

para gobernar la emergencia y no debilitada por el uso de un régimen de excepción ajeno a nuestra Constitución.

17) Que es de máxima importancia hacer dos aclaraciones finales. En primer lugar, todo lo dicho anteriormente se relaciona con el modo en que deben articularse las competencias de la Nación y del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires para decidir sobre la razonabilidad de mantener o suspender las clases presenciales en el territorio de la ciudad, pero en modo alguno debe ser interpretado como abriendo juicio sobre cuál de las dos políticas es la más adecuada en cada jurisdicción para armonizar en la crisis los distintos bienes jurídicos involucrados (salud, educación, libertad de circulación, entre otros), cuestión que –naturalmente– resulta ajena a la órbita del Poder Judicial (Fallos: 338:1583; 343:2019; entre muchos otros).

En segundo lugar, nada de lo dicho en esta sentencia pone en duda las potestades del gobierno nacional para tomar medidas de alcance general y uniforme con la finalidad de combatir la pandemia. El análisis se limita, en cambio, a resolver la cuestión de qué autoridad resulta competente para adoptar medidas sanitarias con efectos circunscriptos al interior del sistema educativo de cada jurisdicción, a la luz de las consideraciones brindadas por el propio Estado Nacional al justificar el decreto impugnado. Esto supone resguardar la delimitación de competencias que constituyen la base de la organización institucional del país.

18) Que lo hasta aquí expuesto basta para decidir la acción promovida y torna innecesario el tratamiento de los restantes planteos de la actora, vinculados con el alegado incumplimiento de los requisitos constitucionales que habilitan el dictado de decretos de necesidad y urgencia y con la falta de razonabilidad que achaca a la normativa.

19) Que, finalmente, el hecho de que el estricto acatamiento de los plazos procesales propios del juicio sumarísimo haya superado al breve plazo de vigencia temporal del DNU impugnado, no resulta óbice para que esta Corte emita su pronunciamiento.

Por el contrario, una clásica doctrina de este Tribunal indica que sus poderes se mantienen incólumes para conocer del asunto cuando el desenvolvimiento ordinario de los acontecimientos pudiera sustraer a las cuestiones planteadas de la revisión de esta Corte, frustrándose así su rol de garante supremo de la Constitución Nacional (arg. causas "Acuerdo para el Bicentenario", Fallos: 340:914; "Ríos", Fallos: 310:819; "B.A.", Fallos: 324:4061).

En ese entendimiento, dado que circunstancias como las examinadas en la causa pueden prorrogarse o repetirse en el futuro, el Tribunal entiende que su pronunciamiento no solo no se ha vuelto inoficioso sino que debe orientar, desde lo jurídico -no desde lo sanitario- decisiones futuras. Dicho de otro modo: no se trata solo de ponderar una decisión temporaria



Corte Suprema de Justicia de la Nación

y circunstancial, sino de dejar establecido un criterio rector de máxima relevancia institucional en el marco del federalismo argentino.

Por ello, y oído el señor Procurador General de la Nación interino, se hace lugar a la demanda respecto del planteo referido a que en el caso concreto se violó la autonomía de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Con costas en el orden causado (art. 1° del decreto 1204/2001). Notifíquese, comuníquese esta decisión a la Procuración General de la Nación y, oportunamente, archívese.

VO-//-

-//-TO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON RICARDO LUIS LORENZETTI

Resulta:

Que el infrascripto coincide con los resultandos 1 a 9 que encabezan este pronunciamiento, a los que cabe remitir en razón de brevedad.

Considerando:

1°) Que los precedentes de esta Corte Suprema establecen la existencia de reglas estables para la solución del presente conflicto que corresponde recordar.

2°) Que el Poder Judicial debe proteger los derechos humanos para que no sean avasallados. En este sentido, "todos los individuos tienen derechos fundamentales con un contenido mínimo para que puedan desplegar plenamente su valor eminente como agentes morales autónomos, que constituyen la base de la dignidad humana, y que esta Corte debe proteger" (Fallos: 328:566, "Itzcovich"; voto del juez Lorenzetti).

El Estado no puede sustituir a las personas en las decisiones correspondientes a su esfera individual. En este orden: "una sociedad civilizada es un acuerdo hipotético para superar el estado de agresión mutua (Hobbes, Thomas, "Leviatán. O la materia, forma y poder de una República, eclesiástica y civil", México, Fondo de Cultura Económica, 1994), pero nadie aceptaría celebrar ese contrato si no existen garantías de respeto de la autonomía y dignidad de la persona pues "aunque



Corte Suprema de Justicia de la Nación

los hombres, al entrar en sociedad, renuncian a la igualdad, a la libertad y al poder ejecutivo que tenía en el estado de naturaleza, poniendo todo esto en manos de la sociedad misma para que el poder legislativo disponga de ello según lo requiera el bien de la sociedad, esa renuncia es hecha por cada uno con la exclusiva intención de preservarse a sí mismo y de preservar su libertad y su propiedad de una manera mejor, ya que no puede suponerse que criatura racional alguna cambie su situación con el deseo de ir a peor" (Locke, John, "Segundo Tratado sobre el gobierno civil", capítulo 9, Madrid, Alianza, 1990). Tales derechos fundamentales son humanos, antes que estatales". (Fallos: 328:2056 "Simón", voto del juez Lorenzetti).

Esta tutela de los derechos fundamentales debe ser efectiva y la consiguiente limitación solo puede ser excepcional. En este sentido: "...cuando la pretensión se relaciona con derechos fundamentales, la interpretación de la ley debe estar guiada por la finalidad de lograr una tutela efectiva, lo que se presenta como una prioridad cuando la distancia entre lo declarado y la aplicación efectiva perturba al ciudadano. Los jueces deben evitar interpretaciones que presenten como legítimas aquellas conductas que cumplen con la ley de modo aparente o parcial, causando el perjuicio que la norma quiere evitar" (Fallos: 329:5239, "Di Nunzio", voto del juez Lorenzetti).

En este tipo de conflictos, la finalidad de la decisión judicial es preservar la paz social. "En estos

supuestos, la decisión debe fundarse en una razonable ponderación de los principios constitucionales en juego, y en una adecuada consideración de las consecuencias económicas y sociales de la decisión que debe tomarse, ya que la finalidad esencial apunta a contribuir con la paz social. La verdadera misión que tiene el tribunal en casos de relevancia institucional, no es averiguar la verdad, ni practicar silogismos, sino adoptar una decisión que permita apaciguar los conflictos, fundándose en argumentos constitucionales razonables, verificables y que tengan en cuenta los consensos sociales vigentes en el momento de tomarla... Que, a su vez, es necesario fundar las decisiones en principios sostenidos a lo largo del tiempo por la comunidad de juristas, que seguramente permanecerán en el futuro como un modo normal de la convivencia humana. Un sistema estable de reglas y no su apartamiento por necesidades urgentes es lo que permite construir un Estado de Derecho" (Fallos: 330:855, "Rinaldi", voto de los jueces Lorenzetti y Zaffaroni, considerando 13).

3°) El bloque de constitucionalidad establece un derecho humano a la educación que debe ser satisfecho en la mayor medida posible porque es el que define las oportunidades de desarrollo de una persona.

Este derecho se encuentra reconocido en la Constitución Nacional, en las Constituciones Provinciales y en la de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, así como en distintos tratados internacionales que gozan de jerarquía constitucional



Corte Suprema de Justicia de la Nación

según lo previsto en el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional. En ese sentido, cabe destacar que la Declaración Universal de Derechos Humanos reconoce que toda persona tiene derecho a la educación y que ella tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales (art. 26). Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce el derecho a la educación y la obligación de los Estados de proseguir activamente el desarrollo del sistema escolar en todos los ciclos de la enseñanza. La Convención sobre los Derechos del Niño dispone la necesidad de adoptar medidas para fomentar la asistencia regular a las escuelas y disminuir la deserción escolar (art. 28).

La importancia de satisfacer el derecho a la educación en la máxima extensión posible, ha sido también reconocida por otras Cortes en otros países. En este sentido la Corte Suprema de los Estados Unidos ha intervenido para terminar con la discriminación en el acceso a las escuelas ("Brown v. Board of Education of Topeka", año 1954) que inició un proceso de judicialización creciente a los fines de garantizar este derecho fundamental (CS USA, "Cooper v. Aaron", "Goss v. Board of Education" (1963), "Griffin v. County School Board of Prince Edward County" (1964)).

En conclusión, es deber de los tribunales garantizar la implementación efectiva del derecho a la educación constitucionalmente reconocido.

4°) La Constitución reconoce el derecho a la salud y a la vida respecto de los cuales los demás derechos individuales resultan instrumentales, porque es evidente que no hay educación sin vida humana.

Esta Corte afirmó esta doctrina señalando que el derecho a la vida, que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional, constituye un valor fundamental, con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (Fallos: 316:479). Del mismo modo, ha señalado que el derecho a la salud, máxime cuando se trata de enfermedades graves, se encuentra íntimamente relacionado con el derecho a la vida que está reconocido por la Constitución y por los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 de la Ley Suprema) (Fallos: 328:4640).

La tutela de este derecho es, por lo tanto, 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



Corte Suprema de Justicia de la Nación

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).

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. Este 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, en los cuales, se ha señalado la responsabilidad que cabe a las jurisdicciones provinciales en la protección de la salud, en línea con el reconocimiento de las facultades concurrentes.

5°) Que en el presente caso hay que determinar cuál es el máximo grado de satisfacción del derecho a la educación frente a una emergencia sanitaria.

Los precedentes de esta Corte establecen que el ejercicio de los derechos puede ser restringido parcialmente y

durante un tiempo limitado cuando es una medida razonable y proporcional en una situación de una emergencia justificada.

En este sentido, estos precedentes han sido consistentes en el juzgamiento estricto de la legislación de emergencia, a partir del año 2006, cambiando la jurisprudencia anterior, que había sido permisiva.

Teniendo en cuenta la eventualidad de repetición de situaciones de emergencias, corresponde recordar lo que ha señalado esta Corte con referencia a las medidas excepcionales basadas en emergencias.

El primer fallo fue en relación a la emergencia económica, y se dijo "Las legislaciones de excepción tienen un plazo para que se produzca su propia extinción, pero su prórroga y su reiteración han inutilizado los mecanismos de autodestrucción y han alimentado los que permiten su conservación. De tal modo la excepción se ha convertido en regla y los remedios normales han sido sustituidos por la anomalía de los remedios. Esta fundamentación de la regla de derecho debilita el compromiso de los individuos con las leyes y los contratos, ya que la emergencia permanente destruye todo cálculo de riesgos y restringe el funcionamiento económico... Que el derecho es experiencia y ella nos enseña de modo concluyente que la emergencia reiterada ha generado más emergencia e inseguridad y que es necesario volver a la normalidad... Que la Constitución y la ley deben actuar como mecanismos de compromiso elaborados por



Corte Suprema de Justicia de la Nación

el cuerpo político con el fin de protegerse a sí mismo contra la previsible tendencia humana a tomar decisiones precipitadas. Quienes redactaron nuestra Constitución sabían lo que eran las emergencias ya que obraron en un momento en que la Nación misma estaba en peligro de disolución, pero decidieron sujetarse rígidamente a una Carta Magna con el propósito de no caer en la tentación de apartarse de ella frente a necesidades del momento... Un sistema estable de reglas y no su apartamiento por necesidades urgentes es lo que permite construir un Estado de Derecho" (Fallos: 329:5913, "Massa", voto del juez Lorenzetti, considerando 30).

Más específicamente, en relación a la pandemia COVID 19, el Tribunal ha señalado que las medidas que se adopten deben respetar el Estado de Derecho y los derechos fundamentales, en consonancia con lo dispuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el 9 de abril de 2020 en la Declaración titulada "COVID-19 y Derechos Humanos". El criterio ha sido el siguiente: "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" (confr. Fallos: 343:930 "Maggi" y 343:1704 "Lee").

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).

6°) Que, en consecuencia, debe realizarse un juicio de ponderación entre la máxima satisfacción posible del derecho a la educación y la protección de la salud en un contexto de emergencia sanitaria y dentro de un sistema reglado por el Estado de Derecho.

Para esta valoración cabe señalar que la Pandemia COVID 19 se ha extendido en el tiempo, y se ha producido un largo período de restricción de las clases presenciales de los alumnos y, probablemente, deban adoptarse nuevas decisiones al respecto.

Ello obliga a definir claramente el juicio de ponderación en los siguientes términos:

El Estado no tiene facultades para limitar el derecho de una persona para ejercer su derecho a la educación, excepto cuando pueda constituirse en una causa de daños a terceros (art. 19 Constitución Nacional), siempre que no signifique una afectación esencial del derecho.



Corte Suprema de Justicia de la Nación

El principio general de no dañar a otro ("*alterum non laedere*"), ampliamente reconocido por numerosas decisiones de esta Corte Suprema (Fallos: 308:1118, entre otros) tiene plena vigencia en el derecho argentino (art. 1710 Código Civil y Comercial de la Nación) y es de aplicación al caso. En el supuesto del COVID 19, el contacto entre personas puede lograr una transmisión masiva, lo que justificó la medida de cerrar total o parcialmente escuelas en numerosos países en distintas regiones del mundo.

Esta situación de excepción, que habilita la restricción, no puede producir, sin embargo, una afectación esencial del derecho. Ello ocurre cuando la medida es reiterada en el tiempo o implica una profundización irrazonable de las restricciones que impidan el acceso a la educación de calidad.

Por otra parte, quien pretenda restringir el derecho, tiene la obligación de buscar primero los modos alternativos que puedan existir para evitar esa restricción pues, constituye una regla esencial del sistema, que cualquier limitación a los derechos fundamentales debe ponderar el criterio de la menor restricción posible a través del medio más idóneo disponible para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad perseguida (arg. art. 1713 Código Civil y Comercial de la Nación).

7°) Que, estos principios jurídicos que surgen de la Constitución y de la interpretación de la Corte Suprema son aplicables cualquiera sea la autoridad que adopte la decisión.

Por esta razón esta Corte, respetando la autonomía de la Provincia de Formosa, señaló que no se pueden afectar derechos de libre tránsito entre provincias (confr. Fallos: 343:930 "Maggi" y 343:1704 "Lee").

En estos considerandos queda claro cuáles son los criterios aplicables a las medidas que establecen este tipo de restricciones y que ellos son aplicables si se establecen en una ley o en un decreto cualquiera sea la autoridad que los emite.

8°) Que, seguidamente corresponde definir, en el caso sometido a decisión, quién está facultado para decidir dentro de este contexto regido por el Estado de Derecho.

Que existen claros precedentes de esta Corte Suprema afirmando la autonomía de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Este Tribunal ha establecido que la Ciudad de Buenos Aires adquirió un nuevo estatus constitucional que se expresó en el art. 129 de la Constitución Nacional reformada en cuanto estableció que "la ciudad de Buenos Aires tendrá un régimen de Gobierno autónomo con facultades propias de legislación y jurisdicción, y su jefe de gobierno será elegido directamente por el pueblo de la ciudad". En ese entendimiento, en fecha relativamente reciente este Tribunal reconoció que la Ciudad



Corte Suprema de Justicia de la Nación

Autónoma de Buenos Aires tiene el mismo puesto que las provincias en el sistema normativo que rige la jurisdicción de los tribunales federales y, por lo tanto, el mismo derecho a la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos: 342:533).

9°) Que los precedentes de esta Corte Suprema establecen que el poder de las Provincias es originario, lo que importa una interpretación favorable a la competencia autónoma y restrictiva de sus limitaciones.

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; y 342:1061).

10) Que los precedentes de esta Corte también establecieron que las autonomías provinciales no significan independencia, sino que son competencias que se ejercen dentro

de un sistema federal, que admite poderes concurrentes del Estado Nacional, necesarios para la organización de un país.

El sistema federal también reconoce poderes concurrentes sobre ciertas materias que son de competencia tanto federal como de las provincias y que deben ser ejercidos de manera coordinada.

De allí la utilidad del diálogo constructivo - entre Nación y provincias- al que alude el concepto de federalismo concertado acuñado a propósito de la defensa de derechos de incidencia colectiva (Fallos: 342:917, "Barrick").

11) **Que en materia sanitaria las competencias son concurrentes entre la Nación y las Provincias** (Fallos: 338:1110; voto de los jueces Maqueda y Highton de Nolasco y voto concurrente del juez Lorenzetti; Fallos: 342:1061 "Telefónica Móviles Argentina S.A - Telefónica Argentina S.A", voto de los jueces Maqueda y Rosatti; "Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional y otro s/ proceso de conocimiento", CSJ 577/2007 (47-D)/CS1, del 8 de abril de 2021, voto del juez Rosenkrantz).

Esta Corte ha señalado que esas facultades concurrentes deben ser "interpretadas [...] de modo que las autoridades de la una y de las otras se desenvuelvan armoniosamente, 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).



Corte Suprema de Justicia de la Nación

12) **Que, en materia de educación, las competencias también son concurrentes.**

En efecto, en el art. 75, inc. 19 de la Constitución Nacional se establece, entre las atribuciones del Congreso, la de "sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales...".

En ese marco, la Ley Nacional de Educación (ley 26.206) reconoce que la educación y conocimiento son un bien público y un derecho personal y social garantizado por el Estado, por cuanto ella es una prioridad nacional y se constituye en política de Estado (arts. 2 y 3).

También dispone claramente que el Estado Nacional, las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, de manera concertada y concurrente, son los responsables de la planificación, organización, supervisión y financiación del Sistema Educativo Nacional (art. 12). Aclara que el Gobierno y Administración del Sistema Educativo Nacional es una responsabilidad concurrente y concertada del Poder Ejecutivo Nacional a través del Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología y de los Poderes Ejecutivos de las provincias y del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. El organismo de concertación de la política educativa nacional es el Consejo Federal de Educación (art. 113).

El ámbito de concertación es el Consejo Federal de Educación (art. 116).

Esta Corte ha señalado (Fallos: 340:1795, considerando 15) "Que en nuestro sistema federal, el Estado Nacional delinea la 'base de la educación' —para retomar la expresión del art. 75 inc. 19 de la Constitución Nacional— las que deben respetar las particularidades provinciales y locales, a la vez que las provincias conservan la facultad de asegurar la 'educación primaria' de acuerdo al art. 5°. Este dispone que '[c]ada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure (...) la educación primaria. Bajo estas condiciones el Gobierno federal, garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones'".

13) Que las reglas precedentemente mencionadas han sido seguidas por las partes durante gran parte del período de la emergencia sanitaria provocada por el COVID 19.

Tanto el gobierno federal como las Provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, cada uno dentro de su autonomía, ejercieron las facultades concurrentes en materia sanitaria y educativa de modo pacífico.

Que la ley 27.541 declaró la emergencia pública en materia sanitaria y social. Posteriormente, el decreto 260/2020 amplió dicha declaración de emergencia en virtud de la Pandemia



Corte Suprema de Justicia de la Nación

declarada por la Organización Mundial de la Salud (OMS) en relación con el coronavirus Covid-19. En ese marco, se facultó al Ministerio de Salud de la Nación, como autoridad de aplicación.

Que, sobre esta base legal, se ha observado un loable trabajo conjunto entre ambas partes que merece ser destacado. Desde el dictado del decreto de necesidad y urgencia 260/2020 por parte del Poder Ejecutivo Nacional, y los sucesivos mediante los que se estableció el Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio (decreto 297/2020) o el Distanciamiento Social Preventivo y Obligatorio (decreto 520/2020) entre otros tantos, se han dictado en ambas jurisdicciones distintas normativas tendientes a paliar la extraordinaria situación que ha creado el COVID 19.

14) Que, precisadas las reglas, corresponde delimitar el conflicto de acuerdo con la demanda y la contestación, que conforman y delimitan el objeto procesal del caso que debe resolver esta Corte.

La actora cuestiona únicamente el art. 2° del decreto 241/2021 en cuanto dispuso la suspensión de clases presenciales por un período del 19 hasta el 30 de abril de 2021, señalando que eso lesiona su autonomía.

Habiendo establecido en los considerandos anteriores los requisitos constitucionales que debe contener la medida, y que hay competencias concurrentes entre la Nación y las

provincias en relación a la salud y la educación, que ambas ejercieron amigablemente hasta este conflicto, cabe resolver quién debe decidir cuando no hay acuerdo de concertación.

15) Que en ese aspecto y conforme con la jurisprudencia de esta Corte Suprema en materia de educación, cuando no hay acuerdo, es competencia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o de las provincias adoptar este tipo de decisiones específicas.

Ello está claramente definido en los precedentes del Tribunal y también en la legislación.

Esta Corte ya ha dicho (Fallos: 340:1795, considerando 15) que el Estado Nacional delinea la "base de la educación", pero debe respetar las particularidades provinciales y locales.

Por su parte, la Ley de Educación (ley 26.206), luego de señalar que es una competencia concurrente, establece que la autoridad que regula la concertación es el Consejo Federal de Educación.

Es decir que, el Estado Nacional establece las bases generales y debe respetar las decisiones locales (Fallos: 340:1795, considerando 15) y en caso de desacuerdo hay una guía relevante en las pautas que fija el Consejo Federal de Educación para articular las medidas en función de los objetivos (ley 26.206).



Corte Suprema de Justicia de la Nación

Dicho Consejo, dictó la resolución 387/21 (12 de febrero de 2021) que priorizó la apertura de las escuelas y la reanudación de clases presenciales en todo el país bajo condiciones de seguridad sanitaria y cuidado de la salud de la comunidad educativa, en forma escalonada, conforme con la situación epidemiológica en las unidades geográficas de menor escala en las que resulte posible evaluar el riesgo sanitario y epidemiológico imperante. En esa misma resolución se prevé la posibilidad de instrumentar clases no presenciales en las escuelas que por decisión de las autoridades educativas y sanitarias jurisdiccionales no pueda habilitar las presenciales.

Es decir que, conforme a esta decisión, que obliga a las partes y no ha sido cuestionada, cada unidad geográfica puede decidir evaluando la situación epidemiológica.

Es una medida razonable, en tanto en cada ciudad, en cada región o inclusive en cada escuela de una misma ciudad, es necesario evaluar claramente la situación.

Dicha medida es consistente con recomendaciones internacionales. En este sentido, debe destacarse que UNICEF, el 15 de enero de 2021, en el documento "Posición frente al regreso de clases presenciales en 2021, en el marco de COVID-19", ha precisado, entre otras cuestiones, que "...es fundamental priorizar los esfuerzos para regresar a la educación presencial en las mejores condiciones posibles de seguridad en todas las escuelas del país. En caso de necesidad de confinamiento, UNICEF

recomienda que las escuelas sean lo último en cerrar y lo primero en abrir cuando las autoridades comiencen a suprimir las restricciones..."; que "...la educación presencial no parece ser el principal promotor de los incrementos de la infección, los estudiantes no parecen estar expuestos a mayores riesgos de infección en comparación con el hecho de no asistir a la escuela cuando se aplican medidas de mitigación, y el personal escolar tampoco parece estar expuesto a mayores riesgos relativos en comparación con la población general..."; que "...cerrar las escuelas debe ser una medida de último recurso que solo deberá tenerse en cuenta tras haber considerado todas las opciones disponibles..." y que "...UNICEF insta a que en 2021 la educación presencial sea la regla, siempre que la situación epidemiológica lo permita, con un acuerdo político y social que evite profundizar las brechas de desigualdad de los niños, niñas y adolescentes, y posibilite garantizar su bienestar...".
https://www.unicef.org/argentina/articulos/posici%C3%B3n-frente-al-regreso-de-clases-presenciales-en-2021?gclid=Cj0KCQjwyZmEBhCpARIsALIZmnJ8c9H7QFsm7aGuBEgRpGnTTWtmmUb935769owxANc37J2YbxHwvb8aAkOYEALw_wcB

El decreto cuestionado se apartó claramente de esta legislación afectando la autonomía de la ciudad.

16) Que, por otra parte, la referida evaluación no corresponde a los jueces, porque la magistratura carece de información suficiente para decidir sobre cuestiones vinculadas a la salud pública.



Corte Suprema de Justicia de la Nación

No se pueden analizar los datos empíricos relativos a la conveniencia o no de clausurar las clases presenciales, pues ello supondría conocer cuántas escuelas hay, el estado de los edificios, el cumplimiento efectivo de las normas de seguridad en la pandemia, si se ha asegurado la preservación de la salud de los docentes, si los alumnos tienen que usar transporte o pueden llevarlos sus padres, si esa actividad es contagiosa o no.

También debería considerarse que cada ciudad, cada barrio y cada escuela presentan situaciones específicas.

El Poder Judicial no puede evaluar si ese contagio se propaga dentro de un barrio, de la ciudad o al área del AMBA, o si, como ocurrió en el año 2020, lo que sucede en el AMBA luego termina trasladándose a todo el país.

Desde el surgimiento de la pandemia, hubo períodos de clausura y otros de presencialidad en las escuelas. Deberían existir mediciones científicamente inobjetables sobre el efecto que estas aperturas y cierres tienen sobre el nivel de contagio general.

También sería relevante la información específica que exponga de modo comparativo la influencia del contagio en las escuelas con otras actividades que se permiten.

En este aspecto queda claro que la magistratura no está en condiciones de juzgar la conveniencia de la medida.

Por esta razón, parece contradictorio el argumento del señor Procurador General de la Nación interino en cuanto señala que "Estas consideraciones adquieren especial relevancia frente al contexto epidemiológico actual, cuando es público y notorio que, en los últimos días, la situación se ha agravado debido a la propia dinámica y cambiantes características de la situación de la epidemia" y luego descalifica la norma por falta de pruebas.

En la medida en que es un hecho notorio, no es necesaria la existencia de pruebas, lo que, sumado a la presunción de legitimidad del acto administrativo, no es suficiente a los fines de la descalificación.

17) Que, de todo lo expuesto cabe concluir lo siguiente:

Requisitos constitucionales de las medidas:

1. El deber de los Tribunales es proteger los derechos fundamentales, ya que el Estado no puede sustituir a las personas en las decisiones correspondientes a su esfera individual;

2. Hay un derecho humano a la educación que debe ser satisfecho en la mayor medida posible porque es el que define las oportunidades de desarrollo de una persona;

3. Hay también un derecho a la salud y a la vida respecto de los cuales los demás derechos individuales resultan



Corte Suprema de Justicia de la Nación

instrumentales, porque es evidente que no hay educación sin vida humana;

4. Que, en consecuencia, debe realizarse un juicio de ponderación entre la máxima satisfacción posible del derecho a la educación y la protección de la salud en un contexto de emergencia sanitaria y dentro de un sistema reglado por el Estado de Derecho;

5. Que el criterio es el siguiente: El Estado no tiene facultades para limitar el ejercicio del derecho a la educación de una persona, excepto cuando puede constituirse en una causa de daños a terceros (art. 19 Constitución Nacional), siempre que ello no signifique una afectación esencial del derecho, lo que ocurre cuando la medida es reiterada en el tiempo o implica una profundización irrazonable de las restricciones que impidan el acceso a la educación de calidad;

6. Estos criterios son aplicables a medidas adoptadas por todas las autoridades, sean de la Nación o de las provincias. Por esa razón esta Corte señaló que una Provincia no puede violar la libertad de tránsito y derechos fundamentales establecidos en la Constitución (confr. Fallos: 343:930 "Maggi" y 343:1704 "Lee").

Autoridad competente:

- Que existen claros precedentes de esta Corte Suprema afirmando la autonomía de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. El

poder de las Provincias es originario, lo que importa una interpretación favorable a la competencia autónoma y restrictiva de sus limitaciones.

- Las autonomías provinciales no significan independencia, sino que son competencias que se ejercen dentro de un sistema federal, que admite poderes concurrentes del Estado Nacional, necesarios para la organización de un país.

- La competencia entre provincias y Nación en materia sanitaria es concurrente (Fallos: 338:1110; voto de los jueces Maqueda y Highton de Nolasco y voto concurrente del juez Lorenzetti; Fallos: 342:1061 "Telefónica Móviles Argentina S.A - Telefónica Argentina S.A", voto de los jueces Maqueda y Rosatti; "Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional y otro s/ proceso de conocimiento", CSJ 577/2007 (43-D)/CS1, del 8 de abril de 2021, voto del juez Rosenkrantz).

- La competencia entre provincias y Nación en materia educativa es concurrente (ley 26.206).

- Las partes ejercieron pacíficamente esa competencia concurrente hasta el presente caso, donde hay que decidir cómo se resuelve el desacuerdo en el supuesto de competencias concurrentes.

Regla en caso de desacuerdo:

- Esta Corte ha dicho que el Estado Nacional establece las bases generales y debe respetar las decisiones locales (Fallos:



Corte Suprema de Justicia de la Nación

340:1795, considerando 15) y en caso de desacuerdo hay una guía relevante en las pautas que fija el Consejo Federal de Educación (ley 26.206).

- Dicho Consejo, dictó la resolución 387/21 (12 de febrero de 2021) que priorizó la apertura de las escuelas y la reanudación de clases presenciales en todo el país bajo condiciones de seguridad sanitaria y cuidado de la salud de la comunidad educativa, en forma escalonada, conforme con la situación epidemiológica en las unidades geográficas de menor escala en las que resulte posible evaluar el riesgo sanitario y epidemiológico imperante.

- Que esta guía no puede ser sustituida por los jueces que carecen de información suficiente para decidir sobre cuestiones vinculadas a la salud pública. No se pueden analizar los datos empíricos relativos a la conveniencia o no de clausurar las clases presenciales, pues ello supondría conocer cuántas escuelas hay, el estado de los edificios, el cumplimiento efectivo de las normas de seguridad en la pandemia, si se ha asegurado la preservación de la salud de los docentes, si los alumnos tienen que usar transporte o pueden llevarlos sus padres, si esa actividad es contagiosa o no. También debería considerarse que cada ciudad, cada barrio y cada escuela presentan situaciones específicas.

- El Poder Judicial no puede evaluar si ese contagio se propaga dentro de un barrio, de la ciudad o al área del AMBA, o

si, como ocurrió en el año 2020, lo que sucede en el AMBA luego termina trasladándose a todo el país y para ello debería recurrirse a información científica.

- La necesidad de regular una situación de emergencia que comprenda varias regiones o provincias, denominada "interjurisdiccionalidad", ha sido cubierta por el Consejo Federal, estableciendo un criterio del cual se aparta la norma impugnada en esta causa.

Conclusión:

- La CABA y las provincias pueden regular la apertura de las escuelas conforme con las disposiciones de la ley 26.206 y la resolución 387/21 del Consejo Federal de Educación, priorizando la apertura y la reanudación de las clases presenciales.

- El Estado Nacional solo puede regular el ejercicio del derecho a la educación de modo concurrente con las provincias (ley 26.206), estableciendo las bases (Fallos: 340:1795, considerando 15), pero no puede, normalmente, sustituirlas, ni decidir de modo autónomo apartándose del régimen legal vigente (ley 26.206).

18) Que, finalmente, el hecho de que el estricto acatamiento de los plazos procesales propios del juicio sumarísimo haya superado al breve plazo de vigencia temporal del DNU impugnado, no resulta óbice para que esta Corte emita su



Corte Suprema de Justicia de la Nación

pronunciamiento, dado que circunstancias como las examinadas en la causa pueden prorrogarse o repetirse en el futuro (doctrina de Fallos: 340:914, entre otros).

Por ello, y oído el señor Procurador General de la Nación interino, se hace lugar a la demanda respecto del planteo referido a que en el caso concreto se violó la autonomía de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Con costas en el orden causado (art. 1° del decreto 1204/2001). Notifíquese, comuníquese esta decisión a la Procuración General de la Nación y, oportunamente, archívese.



Corte Suprema de Justicia de la Nación

Buenos Aires, 22 de Abril de 2021

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Dupuy, José Luis c/ E.N.A. -Ejército Argentino- s/ impugnación de acto administrativo", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

Que este Tribunal comparte los fundamentos y conclusiones del dictamen de la señora Procuradora Fiscal, a los que se remite, por razón de brevedad.

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Con costas. Exímase al recurrente de integrar el depósito previsto en el art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, cuyo pago se encuentra diferido de conformidad con lo prescripto en la acordada 47/91. Vuelvan los autos al tribunal de origen, para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con el alcance indicado. Agréguese la queja al principal. Notifíquese y, oportunamente, remítase.

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 de queja interpuesto por el **Estado Nacional, Ejército Argentino, parte demandada**, representado por el **Dr. Germán Víctor Soto**, con el patrocinio letrado del **Dr. Miguel Quartino Resumil**.

Tribunal de origen: **Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata**.

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Federal de Primera Instancia n° 2, de la ciudad de Azul**.

Procuración General de la Nación

Suprema Corte:

- I -

A fs. 139/145 de los autos principales (a cuya foliatura aludiré en lo sucesivo), la Cámara Federal de Mar del Plata, al confirmar lo resuelto en la instancia anterior en cuanto había sido objeto de agravios por parte de la demandada Estado Nacional (Ejército Argentino), rechazó el pedido de levantamiento de la medida cautelar dictada en la causa.

Para decidir de esa manera, el vocal que votó en primer término sostuvo que por tratarse de un crédito salarial (y, por ende, de carácter alimentario), la medida cautelar estaba exceptuada de la limitación temporal prevista por el art. 5° de la ley 26.854.

Asimismo, en cuanto al agravio relativo a la falta de requerimiento al Estado Nacional del informe previo al que alude el art. 4° de la misma ley, expresó que desnaturalizaba los caracteres de inaudita parte, sin contradictorio y sin intervención de la contraria propios de las medidas cautelares, razón por la cual consideró que esa exigencia era inconstitucional por ser contraria a lo dispuesto por los arts. 1°, 16, 43, 75 -incs. 22 y 23- y 116 de la Constitución Nacional y de diversas disposiciones de tratados internacionales con jerarquía constitucional, al restringir el acceso a la justicia de los ciudadanos cuando demandan al Estado Nacional y colocarlos en una situación de desigualdad procesal, en contradicción con los principios de tutela judicial efectiva y debido proceso legal.

En cuanto a la procedencia de mantener, o no, la cautelar dictada en autos, pedida con el objeto de reincorporar

al actor en las filas del Ejército Argentino, señaló que no se observaba que hubieran variado las circunstancias que determinaron su acogimiento, puesto que la verosimilitud del derecho fundada en la arbitrariedad de un acto administrativo, que colisionaba con normas constitucionales, y las condiciones de necesidad económica imperiosa, la situación de salud del actor y la composición de su familia, de la que era el único soporte de subsistencia, se habían mantenido en el tiempo.

Agregó que la circunstancia esgrimida por el apelante respecto del nuevo acto administrativo, en el que se había determinado la falta de relación entre la afección del actor y los actos de servicio, constituía una cuestión que excedía el acotado marco del proceso cautelar.

El juez que votó en segundo lugar coincidió con los argumentos de su colega según los cuales el art. 4° de la ley 26.854 era inconstitucional y la exigencia temporal prevista por el art. 5° de la misma ley resultaba inaplicable al caso de autos. De igual modo, lo hizo respecto de la improcedencia del pedido de levantamiento de la medida cautelar, al no observar que las circunstancias que habían dado origen a los requisitos de procedencia de la medida cautelar hubieran cesado o variado de tal forma que ameritara su modificación o levantamiento.

Finalmente, el tercer vocal de la cámara adhirió a los fundamentos de los votos de sus colegas.

- II -

Disconforme, el Estado Nacional (Ejército Argentino) interpuso el recurso extraordinario de fs. 149/159, cuya denegación dio origen a la queja en examen.

Procuración General de la Nación

En sus agravios, defiende la constitucionalidad del art. 4° de la ley 26.854 sobre la base de considerar que la finalidad del informe previsto por la norma es que la autoridad pública dé cuenta del interés público comprometido por la solicitud de la medida cautelar, y que el plazo procesal para contestarlo es sumamente exiguo. Agrega que, si se hubiera observado ese precepto, difícilmente habría sido concedida la medida precautoria, pues lo actuado en el ámbito castrense respecto del actor estuvo ajustado a derecho; ello, en tanto su baja fue por haber alcanzado el límite de edad al que se refiere el art. 10 de la ley 24.429.

Por otra parte, se queja de que el *a quo* haya considerado que no se habían modificado cuestiones fundamentales que justificaran disponer el levantamiento de la medida cautelar, sin tener en cuenta que, luego de dictada esa decisión precautoria, se había determinado —mediante un acto administrativo firme y consentido que fue agregado como prueba en la causa— que la afección del actor no guardaba relación con los actos del servicio.

Considera arbitrario que, si el actor excede el límite de edad establecido por la ley 24.429 y su dolencia no guarda relación con los actos del servicio, se ordene su reincorporación al Ejército, pues ello va más allá de la normativa aplicable. Concluye, por tal razón, en que la cámara no extremó los recaudos para verificar si la parte actora había acreditado la verosimilitud del derecho invocado.

También estima insuficiente la sola manifestación del actor para considerar configurado el requisito del peligro en la demora, sin que se advierta que los derechos invocados en la

demanda pudieran tornarse ilusorios durante el tiempo que transcurra hasta la sentencia definitiva.

Por último, considera que como el Estado Nacional no tiene la obligación legal de pagarle el salario al actor, no se verifica en el caso la presencia de un crédito alimentario.

- III -

En orden a verificar si en autos concurren los presupuestos para habilitar la instancia de excepción, cabe recordar que las resoluciones referentes a medidas cautelares no revisten, en principio, el carácter de sentencias definitivas, en los términos que exige el art. 14 de la ley 48 para la procedencia del recurso extraordinario (Fallos: 310:681; 313:116, entre muchos otros); pero esa regla cede cuando aquéllas causen un agravio que, por su magnitud y circunstancias de hecho, pueda ser de tardía, insuficiente o imposible reparación posterior (Fallos: 316:1833; 328:4493 y 4763, entre otros).

Sobre la base de tales premisas, considero que, en el *sub lite*, la resolución apelada es asimilable a definitiva, en tanto la decisión del *a quo*, en cuanto rechazó el pedido de levantamiento de la medida cautelar innovativa dictada en la causa, ocasiona a la demandada un agravio de esa naturaleza, pues la decisión precautoria posee los mismos alcances y efectos que tendría una eventual sentencia definitiva favorable a la parte actora; decisión que, a la vez, trae aparejada una alteración en la asignación de los recursos afectados al presupuesto de las Fuerzas Armadas que puede perturbar su normal desenvolvimiento; de ese modo, una eventual sentencia favorable a la demandada no importaría una reparación oportuna (v. causas

Procuración General de la Nación

P.436, L.XLVI, "Plá, José Maria otros c/ E.N.A. - Minist. de Defensa s/ ordinario" y C.59, L.XLIX, "Claro, Miguel Ángel c/ Estado Nacional s/ apelación medida cautelar", sentencias del 26 de septiembre de 2012 y del 19 de marzo de 2014, respectivamente; entre otros).

La apelación es también procedente en la medida en que atribuye arbitrariedad al pronunciamiento que impugna. En efecto, la fundamentación que sostiene la sentencia recurrida es aparente y su conclusión, por ello, dogmática, lo que impide tenerla como una derivación razonada del derecho vigente con singular aplicación a las circunstancias del caso (Fallos: 318:2431; 329:3464, entre otros).

- IV -

Ante todo, cabe destacar que la medida cautelar dictada en la causa por la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata quedó firme, y en esta oportunidad debe examinarse el planteo de la parte demandada en los términos del art. 202 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, según el cual las medidas cautelares subsisten mientras duran las circunstancias que las determinaron, y puede requerirse su levantamiento en cualquier momento en que aquellas cesaren. Análoga disposición se encuentra en el art. 6° de la ley 26.854 (ley de medidas cautelares contra el Estado Nacional).

En efecto, el auto que dispone, modifica o suprime una medida cautelar no tiene fuerza material de cosa juzgada y, no obstante la preclusión de la facultad de impugnarlo, puede ser alterado en cualquier tiempo cuando cambian las circunstancias en las que fue dictado (Fallos: 321:3384; 327:202, entre otros).

Sentado lo anterior, es menester señalar que el actor inició la demanda de autos contra el Estado Nacional (Ejército Argentino) a fin de obtener que se deje sin efecto el acto administrativo por el cual se dispuso su baja de las filas de esa fuerza armada (en la que se desempeñaba como soldado voluntario en el Regimiento de Caballería de Tanques 10 "Húsares de Pueyrredón" con base en la ciudad de Azul, Provincia de Buenos Aires), ordenada -según afirmó- por haber alcanzado los 28 años de edad establecido como límite para permanecer en el régimen del servicio militar voluntario, cuando se encontraba en recuperación de un accidente de trabajo sufrido mientras realizaba tareas para la demandada. En ese marco, pidió que se dictara una medida cautelar por la cual se ordenara su reincorporación al Ejército, hasta tanto recayera sentencia definitiva (v. fs. 18/29).

A fs. 51/53, la Cámara Federal de Mar del Plata revocó lo resuelto en primera instancia y concedió la medida cautelar solicitada por el actor.

Para ello, tuvo en cuenta que se trataba de un caso de supervivencia porque el actor no podía hacer frente a las necesidades básicas de subsistencia y necesitaba en forma imperiosa contar con medios suficientes para hacer frente a las necesidades más básicas como era la salud; indicó que el actor había alegado tener a su cargo cuatro hijos menores de edad, en "una difícil situación económica al quedar sin trabajo militar, **con una dolencia prima facie producida en dicho ámbito durante su permanencia en esa fuerza** y de persistir en esas condiciones producto de la decisión castrense, muchas veces discrecional y arbitraria, tal situación no satisface ni por asomo las necesidades básicas elementales, con protección constitucional;

Procuración General de la Nación

por ello, en el ámbito de probabilidad de la cognición cautelar, valoro que la verosimilitud del derecho invocado se encuentra prima facie acreditada" (del voto del vocal Ferro, al que adhirió el restante integrante de la cámara; el énfasis es agregado).

Con relación al peligro en la demora, el a quo estimó que estaba acreditado porque el supuesto perjuicio era inminente y respondía a una necesidad efectiva y actual.

Posteriormente, en oportunidad de contestar la demanda, el Estado Nacional (Ejército Argentino) solicitó el levantamiento de la medida cautelar, con sustento en el art. 202 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, toda vez que -a su entender- existían circunstancias sobrevinientes a su dictado, como era la orden del comandante de la 3ª División del Ejército, que, previa intervención de la Junta Médica Regional de la Guarnición Militar "Buenos Aires", había declarado que la afección padecida por el actor no guardaba relación con los actos del servicio, disposición que fue notificada al causante el 24 de septiembre de 2013. Sin perjuicio de ello, con sustento en que con posterioridad a que se otorgara la medida cautelar había sido dictada la ley 26.854, cuyo art. 5º establecía que debía fijarse un límite temporal razonable para la vigencia de ese tipo de decisiones, pidió que se levantara la medida precautoria dictada por no adecuarse a la normativa vigente en la materia (v. fs. 108/111).

Esa petición fue desestimada en primera instancia y, como se dijo en el acápite I de este dictamen, dicha decisión fue confirmada por la Cámara Federal de Mar del Plata.

- v -

A mi modo de ver, la sentencia apelada resulta arbitraria, en tanto el *a quo*, para desestimar el pedido de levantamiento de la medida cautelar dictada en la causa, sostuvo que "la circunstancia esgrimida por la apelante respecto al nuevo acto administrativo que modifica los recaudos cautelares dado que resuelve la falta de relación entre la afección del actor y los actos de servicio, son cuestiones que exceden el acotado marco de análisis en este tipo de proceso cautelar, por lo que no corresponde que sea aquí resuelto" (v. fs. 141, voto del juez Ferro, al que adhirieron sus colegas del tribunal), cuando precisamente el acto administrativo al que se refiere, esto es, la orden del comandante de la 3ª División de Ejército "Tte. Gr1. Julio Argentino Roca" por medio de la cual se declaró que la afección padecida por el soldado voluntario José Dupuy no guardaba relación con los actos del servicio (v. fs. 98/99), como todo acto administrativo goza de presunción de legitimidad e importa un elemento de suficiente relevancia que justifica revisar si se mantienen las circunstancias que motivaron, en su momento, el dictado de la medida cautelar por la cual se ordenó reincorporar al actor a las filas del Ejército, máxime cuando en aquella oportunidad esa decisión había sido adoptada por considerar —entre otros elementos de juicio que fueron tenidos en cuenta, vinculados con el alegado estado de necesidad del actor y su grupo familiar— que la afección que aquél sufría se había producido *prima facie* en el ámbito castrense durante su permanencia en la fuerza.

Además, desde mi punto de vista resulta insostenible la afirmación de la cámara en cuanto a que la consideración de ese acto administrativo excedía el acotado marco de conocimiento

Procuración General de la Nación

del proceso cautelar, pues se imponía verificar si esa circunstancia, sobreviniente a que se hiciera lugar a la medida precautoria solicitada, restaba -o no- verosimilitud al derecho que había sido invocado en la demanda, y justamente las normas que dan marco al proceso cautelar autorizan que la vigencia de una medida de ese tenor sea revisada si se invoca que cesaron los motivos que dieron lugar a su dictado (arts. 202 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y 6° de la ley 26.854).

En consecuencia, entiendo que lo decidido afecta de manera directa e inmediata las garantías constitucionales invocadas (conf. art. 15 de la ley 48), por lo que corresponde descalificar el fallo de acuerdo con la reiterada doctrina del Tribunal en materia de arbitrariedad de sentencias.

En atención al modo en que se resuelve, estimo que se ha tornado innecesario el tratamiento de los restantes agravios.


- VI -

Por todo lo expuesto, opino que corresponde hacer lugar a la queja interpuesta, dejar sin efecto la sentencia de fs. 139/145 en cuanto fue materia de recurso extraordinario y devolver las actuaciones al tribunal de procedencia, a fin de que se dicte una nueva conforme a derecho.

Buenos Aires, 4 de junio de 2018.

ES COPIA

LAURA M. MONTI


ADRIANA N. MARCHISIO
Subsecretaria Administrativa
Procuración General de la Nación



Corte Suprema de Justicia de la Nación

Buenos Aires, 6 de Mayo de 2021

Vistos los autos: "García Blanco Esteban c/ Anses s/ Reajustes Varios".

Considerando:

1°) Que a través de su letrada apoderada, el actor, Esteban García Blanco, cuestionó la retención por impuesto a las ganancias que realizó la ANSeS sobre las sumas liquidadas correspondientes al reajuste de su haber previsional (fs. 241/244 vta.). En dicha ocasión, además, puso de manifiesto su avanzada edad (93 años para aquel entonces), argumentó sobre la improcedencia de la retención efectuada por la demandada y, en subsidio, planteó la inconstitucionalidad de la ley que rige el tributo en cuestión.

La demandada, a su turno, no controversió la detracción practicada, sino que se limitó a señalar que ella obedeció a su carácter de "agente de retención" (fs. 249/250 vta.); tal temperamento fue rebatido por la parte actora a fs. 252/253 vta..

Al momento de resolver, el juez subrogante afirmó: "[q]ue en el caso, la parte actora no ha acreditado en autos ni la confiscatoriedad del tributo ni la ilegalidad o arbitrariedad de lo actuado por la ANSeS"; luego -en el párrafo siguiente- consideró que "...en relación a la devolución de las sumas retenidas por la demandada en concepto de impuesto a las ganancias, corresponde expresar que la misma deberá ser

requerida ante el organismo pertinente (AFIP) o ante el fuero correspondiente. Ello, toda vez que la A.N.Se.S sólo se limita a actuar como agente de retención..." (fs. 254). Dicho en otras palabras: en la misma resolución el juez subrogante rechazó el planteo del actor por no haber acreditado la confiscatoriedad y, al mismo tiempo, se declaró incompetente para dirimir esa cuestión.

2°) Que el actor apeló esa decisión (fs. 255 y fs. 257/259 vta.), sin que la demandada contestase la expresión de agravios (fs. 261, foja sin foliar entre la 261 y la 263, fs. 264). En lo que aquí interesa, llevó a consideración de la Cámara la declaración de incompetencia del juez de grado y, específicamente, cuestionó dicha decisión por desestimar su planteo con relación a la improcedencia de aplicar el impuesto a las ganancias a las sumas liquidadas que se originaron *"en diferencias derivadas de haberes mal liquidados..."* (fs. 258).

3°) Que al resolver el recurso del actor, la Sala 3 de la Cámara Federal de la Seguridad Social, por mayoría, se limitó a declarar la competencia del juzgado de primera instancia *"...[para] resolver el planteo de impuesto a las ganancias"* (fs. 267/268). Sin embargo, a excepción de uno de los vocales, guardó silencio sobre la procedencia -o no- de la retención del impuesto a las ganancias practicada por el organismo previsional.



Corte Suprema de Justicia de la Nación

4°) Que, a fs. 282/286 vta., el actor dedujo recurso extraordinario en el que tachó a la sentencia de arbitraria, pues -a su juicio- eludió pronunciarse sobre el fondo de la cuestión propuesta en su expresión de agravios. Tal proceder, indicó, resulta lesivo del debido proceso previsto en el art. 18 de la Constitución Nacional. También argumentó que -en función de su avanzada edad- la omisión en la que incurrió la Cámara lo priva de su derecho a obtener un pronunciamiento útil. De igual modo planteó la improcedencia de la retención practicada por impuesto a las ganancias y sostuvo que ello afecta el derecho "a la integridad e incolumidad de su prestación jubilatoria" (fs. 284).

Corrido el traslado del remedio federal articulado (fs. 292), la demandada guardó silencio. A su turno, la sala interviniente concedió el recurso en los términos que da cuenta la resolución de fs. 294.

5°) Que si bien es cierto que el remedio federal no se dirige contra una sentencia definitiva, ello no es óbice para admitir su procedencia cuando, como en el caso, la omisión de pronunciamiento respecto de agravios oportunamente propuestos configura un supuesto de privación de justicia, incompatible con la naturaleza de los derechos en juego y de imposible o tardía reparación ulterior (arg. doc. Fallos: 316:380; 322:1481, entre muchos otros).

Asimismo, el asunto remite al análisis e

interpretación de la ley 20.628, de indiscutible naturaleza federal (art. 14, ley 48).

6°) Que la garantía constitucional consagrada en el art. 18 de la Constitución Nacional importa no sólo el derecho de acceder a un tribunal de justicia imparcial e independiente, sino el de ser oído y, de ahí, que las decisiones que se adopten hagan debido mérito de los planteos conducentes que realicen los litigantes (arg. doct. Fallos: 317:638, entre otros).

En tal estado de cosas, y con mayor cautela cuando se trata de personas que integran un grupo vulnerable, con preferente tutela constitucional (art. 75, inc. 23 de la Constitución Nacional), se debe tener presente que el derecho de ocurrir ante un órgano judicial en procura de justicia, consagrado en el citado art. 18, requiere que la tutela judicial resulte efectiva; esto es, que sea oportuna y posea la virtualidad de resolver, sin dilaciones, las cuestiones sometidas a su conocimiento (arg. doct. Fallos: 339:740).

7°) Que a la luz de lo expuesto, asiste razón al recurrente puesto que frente a su explícito planteo relativo a la improcedencia de la retención efectuada por el organismo previsional en concepto de impuesto a las ganancias sobre su retroactivo por el reajuste de su haber previsional, la Cámara omitió brindar toda respuesta con relación al punto, a pesar que se trataba de un agravio cuya consideración resultaba conducente.



Corte Suprema de Justicia de la Nación

8°) Que lo expresado resulta suficiente para descalificar el fallo de la Cámara por arbitrario (doct. Fallos: 317:638, entre otros). Sin embargo, cabe apuntar que: i) la avanzada edad del actor -que a la fecha tendría 97 años (fs. 87)-; ii) la naturaleza de los derechos involucrados vinculados a la subsistencia durante la ancianidad, como así también la preferente tutela constitucional de la que goza el demandante; y iii) la incontrastable circunstancia de que el reenvío de la causa a la anterior instancia podría conducir a la definitiva privación de su derecho, imponen a este Tribunal hacer uso de la atribución prevista en el art. 16 de la ley 48 y decidir sobre la procedencia de su reclamo.

Sobre tales bases, la cuestión traída a conocimiento de esta Corte guarda similitud con lo decidido en el caso "García, María Isabel" (Fallos: 342:411), cuyos fundamentos y conclusiones, en lo pertinente, se dan por reproducidos por razón de brevedad.

Por ello, se hace lugar al recurso extraordinario, se deja sin efecto la sentencia apelada y -de conformidad con la doctrina del precedente "García"- se ordena a la demandada que proceda a reintegrar a la parte actora los montos retenidos en concepto de impuesto a las ganancias sobre el retroactivo reconocido por el reajuste de su haber previsional. Con costas. Notifíquese y devuélvase.

Recurso extraordinario interpuesto por **Estaban García Blanco**, representado por la **Dra. Stella Maris Collasso**.

Tribunal de origen: **Sala III de la Cámara Federal de la Seguridad Social**

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Federal de Primera Instancia de la Seguridad Social n° 9**



Corte Suprema de Justicia de la Nación

Buenos Aires, 6 de Mayo de 2021

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Dirección Nacional de Vialidad c/ Silva, Juana Ruperta s/ demanda por expropiación", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1°) Que, contra la sentencia de la Cámara Federal de Tucumán que confirmó la decisión del juez de primera instancia en cuanto admitió la procedencia de la acción de expropiación promovida por la Dirección Nacional de Vialidad y la modificó en lo referente al *quantum* de la indemnización, a la tasa de interés y a su modo de cálculo, la parte actora interpuso el recurso extraordinario federal cuya denegación dio origen a la presente queja.

2°) Que, en cuanto aquí interesa, el tribunal a quo examinó, en primer término, los planteos de ambas partes que tenían por objeto cuestionar la cuantía de la indemnización. Sobre ese punto, consideró que el peritaje efectuado por el experto designado en la causa representaba adecuadamente el "valor objetivo del bien" y que el Tribunal de Tasaciones de la Nación "omitió ponderar elementos de juicio" al momento de emitir su dictamen.

Seguidamente, expuso que el juez de grado no había fijado la tasa de interés aplicable, por lo que, a los efectos de "preservar al afectado de cualquier perjuicio derivado de una

eventual desactualización del monto indemnizatorio, producida entre el momento de la tasación y el efectivo pago" debía aplicarse, conforme la reiterada jurisprudencia en materia de expropiaciones, la "tasa activa promedio mensual que publica el BCRA", desde "la fecha en que se hizo el depósito de la suma consignada judicialmente (1/10/10) la que deberá ser deducida del monto estimado como indemnización y a esa diferencia aplicarle dicha tasa hasta el efectivo pago".

3°) Que en el remedio federal la Dirección Nacional de Vialidad alega que el *a quo* efectuó una interpretación errada y arbitraria de la ley 21.499 al apartarse de la valuación efectuada por el Tribunal de Tasaciones de la Nación sin haber brindado razones suficientes.

Añade, asimismo, que se extralimitó en el marco de la apelación, pues modificó lo resuelto en cuanto a la tasa de interés aplicable y a su modo de cómputo a pesar de que ello no había sido materia de agravio, con la consecuente lesión al derecho de defensa en juicio y al principio de la cosa juzgada.

Por último, argumenta que esa modificación se apartó, de manera arbitraria, de lo dispuesto en el art. 20 de la ley 21.499.

4°) Que los planteos referentes al *quantum* de la indemnización fijada por la cámara resultan inadmisibles (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).



Corte Suprema de Justicia de la Nación

5°) Que por el contrario, los agravios relativos a la tasa de interés aplicada son atendibles pues de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corte, resultan descalificables las sentencias de los tribunales de alzada que exceden el límite de su competencia apelada con menoscabo de garantías constitucionales (Fallos: 315:127 y sus citas; 342:1434, voto de los jueces Rosenkrantz y Highton de Nolasco).

Tal supuesto se configura en el sub examine pues, como lo sostiene el recurrente, el juez de primera instancia había dispuesto que los intereses deberían calcularse desde la fecha de la desposesión hasta el día del efectivo pago "*conforme lo prescripto por el art. 20 de la Ley N° 21.499, debiéndose proceder a su cálculo en la etapa procesal oportuna*" y el escrito de expresión de agravios de la parte demandada no contiene ningún pasaje en el que se haya cuestionado ese aspecto de la decisión.

Desde esa perspectiva, la intervención del *a quo* estaba exclusivamente limitada a examinar las críticas de ambas partes relacionadas con el *quantum* de la indemnización y los restantes planteos de la Dirección Nacional de Vialidad concernientes a la incidencia de la suma depositada en términos del art. 22 de la ley 21.499 y al régimen causídico.

6°) Que, en consecuencia, al modificar la tasa de interés fijada en la instancia anterior, el tribunal de alzada se pronunció sobre una cuestión que no le había sido planteada,

lo cual se encuentra vedado por el ordenamiento procesal (art. 277 y concordantes del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). En ese sentido, esta Corte ha resuelto que la jurisdicción de los tribunales de segunda instancia está limitada por el alcance de los recursos concedidos que determinan el ámbito de su competencia decisoria, y la prescindencia de tal limitación causa agravio a la garantía constitucional de la defensa en juicio (Fallos: 235:171 y 512; 237:328; 281:300; 301:925; 304:355; 311:1601; 313:983; 319:2933; 339:1308, 1567 y 1801, entre muchos otros). También ha dicho que el pronunciamiento judicial que desconoce o acuerda derechos no debatidos en la causa es incompatible con las garantías de los artículos 17 y 18 de la Constitución Nacional (Fallos: 284:115), pues el juzgador no puede convertirse en el intérprete de la voluntad implícita de una de las partes sin alterar, de tal modo, el equilibrio procesal de los litigantes en desmedro de la parte contraria (Fallos: 283:213; 311:569 y 342:1434, voto de los jueces Rosenkrantz y Highton de Nolasco).

7°) Que en tales condiciones, cabe concluir en que media relación directa e inmediata entre lo resuelto por la cámara y las garantías constitucionales que se invocan como vulneradas (artículo 15 de la ley 48), razón por la cual corresponde descalificar el pronunciamiento impugnado con arreglo a la doctrina de esta Corte sobre arbitrariedad de sentencias.



Corte Suprema de Justicia de la Nación

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara parcialmente procedente el recurso extraordinario interpuesto y se deja sin efecto la decisión apelada, con los alcances indicados. Las costas de esta instancia se distribuyen por su orden en atención al modo en que se decide. Exímase a la recurrente de integrar el depósito previsto en el art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, cuyo pago se encuentra diferido de conformidad con lo prescripto en la acordada 47/91. Agréguese la queja al principal. Notifíquese y remítase.

Recurso de queja interpuesto por la **Dirección Nacional de Vialidad, parte actora, representada por la Dra. Ana Belén Villalba.**

Tribunal de origen: **Cámara Federal de Tucumán.**

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Federal de Santiago del Estero.**



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA IV

**10379/2020 Incidente N° 1 - ACTOR: ERFOLG SRL DEMANDADO: EN-M
DESARROLLO PRODUCTIVO-SECRETARIA DE INDUSTRIA ECONOMIA
DEL CONOCIMIENTO Y GESTION COMERCIAL EXTERNA Y OTRO
s/INC DE MEDIDA CAUTELAR**

Buenos Aires, 9 de marzo de 2021.

VISTOS:

Los recursos de apelación interpuestos por el Fisco Nacional y por el Estado Nacional contra la medida cautelar dispuesta el 25/9/20; y

CONSIDERANDO:

1º) Que el **juez de grado** hizo lugar a la medida cautelar y, previa caución real de \$200.000, ordenó a la Dirección General de Aduanas que se abstuviera 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) **20017-SIMI-008233J**, **20017-SIMI-003319J**, **20017-SIMI-008274Y** y **20017-SIMI-009801L**, así como el cumplimiento de lo dispuesto en la resolución 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 continuaran los respectivos trámites de aquéllas. Todo ello por un plazo de vigencia de seis (6) meses o hasta el dictado de la sentencia definitiva en las presentes actuaciones, lo que ocurriese primero.

Para así decidir, el magistrado tuvo por acreditado que:

(i) la firma actora oficializó ante la AFIP la solicitud **20017-SIMI-008233J** el 17/3/20, e incorporó el anexo XI y el formulario de contacto en igual fecha, a las 16:12:30 hs., el cual fue registrado bajo el código 1627189; oficializó la solicitud **20017-SIMI-003319J** el 5/2/20, e incorporó el anexo II y el formulario de contacto el 7/2/20, a las 11:12:58 hs., el cual fue registrado bajo el código 1588635; oficializó la solicitud **20017-SIMI-008274Y** el 17/3/20, e incorporó el anexo XI y el formulario de contacto el 18/3/20, a las 09:32:22 hs., el cual fue registrado bajo el código 1627517; y oficializó la solicitud **20017-SIMI-009801L** el 7/4/20, e incorporó el anexo XI y el formulario de contacto en igual fecha, a las 13:46:49 hs., el cual fue registrado bajo el código 1641048 (v. documentación acompañada junto con la demanda y su ampliación);

(ii) que las solicitudes aludidas fueron observadas por la Secretaría de Industria, Economía del Conocimiento y Gestión Comercial Externa sin exponer motivación alguna el 18/3/20, 6/2/20, 18/3/20 y 8/4/20, respectivamente, y se mantenían en dicho estado al momento de dictarse la resolución;

(iii) que, al contestar el informe previsto en el art. 4º de la ley 26.854, el Estado Nacional (Ministerio de Desarrollo Productivo) explicó que el motivo de tales



observaciones obedecía a que el importador *no había cumplido acabadamente con lo dispuesto por el inc. 3° del art. 3° de la resolución 523-E/17*.

Sobre dicha base, entendió que la autoridad pública se había referido en forma genérica a la norma, sin precisar cuál sería la información omitida que se indica en cada uno de los anexos II a XIV (a los que remite el inc. 3° del art. 3° de la resolución); máxime teniendo en cuenta la documentación aportada en la causa por la parte actora.

Por otro lado, señaló que el incumplimiento de lo dispuesto en el art. 3° de la resolución 523-E/17 determina que los trámites sean dados de baja y que su estado se refleje en el sistema como “Baja Art. 4°”; circunstancia que no había ocurrido respecto de las declaraciones objeto de autos, que se mantenían “observadas”.

Así pues, concluyó que el tiempo transcurrido sin que se justificaran las observaciones formuladas en motivos suficientes lucía *prima facie* irrazonable, a tenor de los plazos fijados en las normas aplicables para que la autoridad pública competente se expida; circunstancia que, según sostuvo, *verosíblemente* afecta el derecho de defensa del particular por implicar, en los hechos, una prohibición — aunque temporaria— a la importación, sin sustento legal.

También entendió acreditado el requisito del *peligro en la demora*, ya que consideró que la vulneración del derecho constitucional de comerciar 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.

Por otra parte, esgrimió que no advertía una identificación con la pretensión de fondo—que involucra la declaración de inconstitucionalidad del régimen en cuestión—, dado que el objeto de la cautelar radica en la mera suspensión de sus efectos, a los fines de la tramitación del despacho a plaza de la mercadería identificada en autos y sin perjuicio de la continuidad del procedimiento.

Finalmente, no vislumbró que la concesión de la tutela requerida pudiese 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 (cfr. considerandos de la res. 523-E/17).

2°) Que, en lo sustancial, los **recurrentes** cuestionaron la efectiva configuración de los requisitos para la estimación de la medida precautoria. En particular, el Fisco Nacional reivindicó la validez de los reglamentos involucrados, y precisó que los cuestionamientos formulados por la actora no versan sobre ningún hecho reprochable a su parte; en tanto que el Estado Nacional, de modo preliminar, cuestionó la falta de consideración del estado actual de las declaraciones involucradas





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA IV

**10379/2020 Incidente N° 1 - ACTOR: ERFOLG SRL DEMANDADO: EN-M
DESARROLLO PRODUCTIVO-SECRETARIA DE INDUSTRIA ECONOMIA
DEL CONOCIMIENTO Y GESTION COMERCIAL EXTERNA Y OTRO
s/INC DE MEDIDA CAUTELAR**

y acompañó un informe sobre su situación al 6/11/20, donde aquéllas figuraban “ANULADAS POR VENCIMIENTO”. Por otra parte, este último manifestó que la cautelar concedida posee efectos jurídicos irreversibles y que se omitió el examen de los requisitos de procedencia de las medidas de carácter positivo. En este sentido, se agravió de la falta de valoración de los motivos que fundaron las observaciones por los incumplimientos de la actora, y discutió la concurrencia del peligro en la demora, toda vez que el importador no habría acreditado la imposibilidad de afrontar el eventual gasto de depósito, ni la posible afectación de su giro comercial. Finalmente, destacó que las resoluciones atacadas se dictaron con el objetivo de realizar análisis tendiente a impedir que el mercado interno se vea afectado negativamente, ya que la importancia cualitativa y/o cuantitativa de las importaciones a efectuarse tiene la característica de impactar sobre el comercio interior y los intereses nacionales; finalidad, ésta, que se ve transgredida con el otorgamiento de medidas como la apelada.

3º) Que, previo a todo, corresponde examinar la defensa articulada por el Estado Nacional relativa al informe del 6/11/20, que indica que las solicitudes del caso se encontrarían vencidas.

Al respecto, se adelanta que el agravio no puede prosperar y que los recursos deducidos mantienen su actualidad dado que, de las impresiones de los formularios “AFIP Intervenciones de Terceros Organismos” de fechas 24/11/20 y 25/11/20, acompañadas por la parte actora al contestar los agravios del Ministerio de Desarrollo Productivo, se desprende que todas las SIMI se encuentran en estado “SALI-SALIDA” y que tienen fecha de vencimiento 8/5/21. Además, de acuerdo a las constancias del sistema informático *Lex100*, la AFIP realizó una presentación en los autos principales el 27/11/20 por la que comunicó el cumplimiento de la medida cautelar otorgada por el juez de grado. Es decir, que lo informado por la co-recurrente no se ajusta al estado actual de las solicitudes en trato (en igual sentido, Sala II de esta Cámara, causa 10380/20/1 “*Erfolg SRL*”, resol. del 29/12/20).

Por otra parte, no cabe soslayar que lo alegado tampoco encuentra correlato en las demás constancias de la actuación, toda vez que el vencimiento de las solicitudes opera una vez transcurrido el plazo de noventa (90) días corridos contados a partir de la fecha de su aprobación en el SIMI, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 12 de la resolución 523-E/17; lo que no se acreditó que hubiere tenido lugar con respecto a las solicitudes del *sub examine*.

4º) Que, este Tribunal tiene dicho que medidas de tutela como la aquí cuestionada revisten carácter innovativo, ya que implican, además de la suspensión de los actos impugnados, la aprobación de una licencia de importación como condición



necesaria para el posterior despacho a plaza de la mercadería involucrada, circunstancia que justifica su encuadramiento en los recaudos de admisibilidad más rigurosos del art. 14 de la ley 26.854. De modo que su otorgamiento requiere verificar la inobservancia *clara e incontestable* de un deber jurídico *concreto y específico*, junto con una *fuerte probabilidad* de que el derecho exista (arg. art. 14, inc. 1º, ap. a y b, ley 26.854; cfr. esta Sala, entre otras, causas 61753/18/1 “*Quemoda SRL*”, resol. del 7/5/19, 11633/20/1 “*Wayna SA*” y 11251/20/1 “*HB Management SA*”, ambas del 29/12/20; y sus citas).

5º) Que, más allá de lo expuesto, en el caso el otorgamiento de la medida se sustentó en la demora injustificada de los organismos demandados en la tramitación de la autorización necesaria para la liberación de la mercadería a plaza, y en el incumplimiento de los plazos establecidos en la normativa aplicable; lo cual fue adecuadamente señalado por el juez de grado, y meritudo como una afectación al derecho de defensa del particular por implicar, en los hechos, una prohibición — aunque temporaria— a la importación.

En este sentido, debe contemplarse que el art. 3º de la resolución 523-E/17 (sustituido por art. 2º de la resolución 1/2020 de la Secretaría de Industria, Economía del Conocimiento y Gestión Comercial Externa), establece:

“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”.

Por su parte, el art. 4º dispone:

“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’”.

A su vez, el art. 5º prevé que:

“Para las mercaderías sujetas a la tramitación de Licencias No Automáticas de Importación, la Autoridad de Aplicación podrá 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





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA IV

**10379/2020 Incidente N° 1 - ACTOR: ERFOLG SRL DEMANDADO: EN-M
DESARROLLO PRODUCTIVO-SECRETARIA DE INDUSTRIA ECONOMIA
DEL CONOCIMIENTO Y GESTION COMERCIAL EXTERNA Y OTRO
s/INC DE MEDIDA CAUTELAR**

*tomar antecedentes de fuentes informativas propias o de terceros y requerir, de así
estimarlos, las aclaraciones que considere del caso”.*

En tanto que, el art. 6°, dispone que:

*“A los fines de dar cumplimiento al requerimiento dispuesto en el Artículo 5°
de la presente medida, 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’”.*

De acuerdo con lo expuesto, y en atención a las circunstancias de hecho
puestas de manifiesto en el considerando 1°, es posible concluir que en la especie se
verifica la inobservancia clara e incontestable del deber jurídico concreto y
específico de requerir la información faltante, mediante la oportuna visualización en
el sistema del correspondiente “Requerimiento Art. 4”. En este sentido, tanto el Fisco
Nacional como la Secretaría de Industria, Economía del Conocimiento y Gestión
Comercial Externa incumplieron con los deberes que estipula el art. 4° de la
resolución conjunta 4185-E/18, ya que no sólo habrían omitido pronunciarse respecto
de las declaraciones objeto de autos en el plazo de diez (10) días estipulado al efecto,
sino que tampoco la AFIP habría comunicado a los importadores las novedades
producidas por los entes intervinientes y *“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 indica la disposición
en comentario.

A su vez, los formularios acompañados junto con la demanda y su ampliación
permiten verificar, en principio, la información requerida por los anexos II y XI de la
reglamentación, razón por la que también hay elementos para tener por configurada la
fuerte probabilidad de que el derecho a obtener la *autorización para el despacho a
plaza de la mercadería* exista (en igual sentido, cfr. Sala II, causa 10380/20/1 *“Erfolg
SRL”*, resol. del 29/12/20; Sala III, causa 11897/20 *“Mazel Toys SA”*, resol. del
30/12/20; y Sala V, causa 11657/20/1 *“Argenprom SRL”*, resol. del 29/12/20;
asimismo, *a contrario sensu*, cfr. esta Sala, causa 11633/20/1 *“Wayna SA”*, resol. del
29/12/20).



6º) Que, ello sentado, corresponde examinar el agravio referido a la valoración de las circunstancias de hecho vinculadas con la efectiva configuración de un perjuicio grave e irreparable que ocasionaría la denegatoria de la tutela pretendida.

A tal fin, no será suficiente la verificación del *peligro en la demora*, noción asociada a la eficacia del proceso, sino que será necesaria la acreditación de un *perjuicio irreparable* (o equiparable a tal), concepto vinculado a la conservación del derecho material en juego. En el primer caso, lo urgente es el aseguramiento preventivo de los medios aptos para que la providencia principal resulte eficaz; mientras que, en el segundo, se procura la inmediata satisfacción del derecho, cuya demora causaría un *daño irreversible*. En ambas hipótesis, la providencia sirve para asegurar la eficacia práctica de la sentencia definitiva, pero mientras en el primero esta eficacia práctica está considerada bajo un aspecto objetivo y directo, en el segundo está valorada desde un punto de vista subjetivo e indirecto (CALAMANDREI, Piero, *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares*, Librería El Foro, Buenos Aires, 1996, p. 71 y ss). En otras palabras, no será suficiente que el transcurso del tiempo torne abstracta *la pretensión* (vgr. si se tratara de mercadería para cierta temporada cuya importación carecería de interés al momento de dictarse la sentencia definitiva), sino que será preciso que aquella circunstancia, a raíz de la demora natural de ese proceso, ocasione a la accionante un perjuicio irreparable (vgr. concurso o quiebra, pérdida irreversible de clientela, etc).

Contrariamente a lo sostenido por el juez de grado anterior, este último extremo no se encuentra liminarmente acreditado en autos, aunque sí se verifica el peligro en la demora antes descripto, el cual resulta suficiente en el caso para la procedencia de la cautelar.

En efecto, tan evidente configuración del recaudo de la verosimilitud del derecho habilita una ponderación menos rigurosa del perjuicio irreparable, toda vez que los presupuestos procesales de las medidas cautelares se hallan estrechamente relacionados, siempre que ambos recaudos se encuentren al menos mínimamente configurados (cfr. Sala I, causa 70877/17 "*Firmenich SACF*", resol. del 7/6/18; Sala II, causa 50096/11 "*Casalla*", resol. del 12/4/12; Sala III, causa 45113/15 "*Giovinazzo SA*", resol. del 30/9/15; esta Sala, causa 66303/17 "*Rheem SA*", resol. del 19/4/18; y Sala V, causa 47293/10 "*Thelonious SA*", resol. del 28/12/11).

En este sentido, la actora omitió acreditar que la demora del proceso le ocasionaría un perjuicio de aquella naturaleza, toda vez que no precisó la participación que tiene la importación en su giro comercial. Sin embargo, el despliegue de un juicio de ponderación de los intereses en juego (*Fallos*: 335:1200), que se expresa en la proporcionalidad de la medida (como uno de los subprincipios de la razonabilidad, arg. *Fallos*: 333:1023, consid. 9º), exige concluir en que la





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA IV

**10379/2020 Incidente N° 1 - ACTOR: ERFOLG SRL DEMANDADO: EN-M
DESARROLLO PRODUCTIVO-SECRETARIA DE INDUSTRIA ECONOMIA
DEL CONOCIMIENTO Y GESTION COMERCIAL EXTERNA Y OTRO
s/INC DE MEDIDA CAUTELAR**

denegatoria de la medida ocasionaría al actor perjuicios más elevados que su otorgamiento al **interés público** invocado por el demandado.

De modo que esta evaluación debe ponderar tanto el perjuicio que produciría al actor la demora en la aprobación de la licencia, si al cabo de este proceso se estimara la demanda; como el que resultaría en cabeza del demandado si se le impidiera disponer de información anticipada con el fin de evaluar el flujo comercial de los productos comprendidos, en el supuesto de arribarse a una sentencia adversa a la pretensión. Este balance arroja un saldo favorable al otorgamiento de la tutela, a la luz del alto nivel de configuración de la verosimilitud antes aludido, en la medida en que el actor ha logrado acreditar circunstancias que justifican la modificación de la situación de inercia en que el legislador ubicó a la parte demandada en toda discusión sobre la legitimidad de un acto denegatorio (art. 14, ley 26.854), razón por la que no corresponde aplicar el principio con arreglo al cual la carga del tiempo que insume el proceso impugnatorio de ese tipo de actos se encuentra en cabeza de la parte actora.

7º) Que, no se advierte que la medida precautoria produzca efectos jurídicos o materiales irreversibles en el sentido previsto por el art. 13, inciso e, de la ley 26.854, dado que el objetivo perseguido por el régimen cuestionado es disponer de información estratégica anticipada (cfr. considerandos de la resolución conjunta 4185-E/18) y, en el caso, la parte actora la ha proporcionado en grado suficiente (arg. esta Sala, causa 37111/13/2 “*Topola SA*”, resol.del 2/9/14, y sus citas); ello sin perjuicio de la continuidad del trámite de las solicitudes.

8º) Que, en cuanto al objeto de la medida dispuesta, cabe aclarar que en tanto a través del proceso de conocimiento la actora pretende se declare la inconstitucionalidad de las resoluciones citadas *ut supra*, y mediante la cautela dictada se ha ordenado la tramitación de los correspondientes despachos de importación, sin la exigencia del estado de “salida” de las declaraciones SIMI involucradas en autos, no es dable concluir que se confunda lo decidido con lo que ha de ser materia de debate y constituye el objeto de la cuestión de fondo suscitada.

9º) Que, por último, en cuanto a las costas de Alzada, corresponde distribuir las en el orden causado en los términos de lo dispuesto en el art. 68, segundo párrafo del CPCCN, dado que la cuestión debatida es discutible y de singular complejidad, lo cual pudo generar en los recurrentes la creencia de que su pretensión era, al menos, opinable (en igual sentido, cfr. Sala III, causa 11897/20 “*Mazel Toys SA*”, resol.del 30/12/20).

Por todo lo expuesto, el Tribunal **RESUELVE**: Rechazar los recursos deducidos y confirmar la resolución apelada en cuanto fue materia de agravio, con



costas en el orden causado en atención a las particularidades del caso precedentemente reseñadas (art. 68, segundo párr., del CPCCN).

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

MARCELO DANIEL DUFFY

JORGE EDUARDO MORÁN

ROGELIO W. VINCENTI

Fecha de firma: 09/03/2021

Firmado por: MARCELO DANIEL DUFFY, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: JORGE EDUARDO MORAN, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: ROGELIO W VINCENTI, JUEZ DE CAMARA



#35139289#282368936#20210308205617900



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA IV
**CAF 37625/2019 ALDERETE, CAROLINA INES Y OTROS c/ EN-
SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS DE SALUD Y OTROS s/AMPARO
LEY 16.986**

Buenos Aires, 8 de setiembre de 2020.

VISTO:

Los recursos de apelación deducidos por ambas partes contra la sentencia definitiva; y

CONSIDERANDO:

1º) Que la Sra. **juez de grado** hizo lugar parcialmente a la acción de amparo, que tuvo por objeto la inscripción de varios técnicos psicomotristas en el Registro Nacional de Prestadores (RNP), a cargo de la Superintendencia de Servicios de Salud (SSS), a fin de permitir que sus servicios pudieran continuar siendo reconocidos y autorizados por las obras sociales y prepagas. En este sentido, la magistrada ordenó a la SSS que concediera un plazo *razonable* a aquellos actores que demostraron haber emitido facturas a las obras sociales y prepagas con anterioridad a 2018, para que pudieran adecuar sus titulaciones a las previsiones de la resolución SSS 797/2011, debiendo aquélla, durante dicho término, abstenerse provisoriamente de exigirles el cumplimiento del requisito previsto en la resolución MS 789/09 (fallo del 14/7/20). Posteriormente, la juez aclaró que la *razonabilidad* del plazo a acordar quedaría sujeto a la evaluación de la SSS, quien tomaría en consideración la cantidad de asignaturas correspondientes a la carrera universitaria relativa a la profesión de los accionantes y el tiempo que demandara su cursado, a partir de que quedase firme su decisión (resol. del 17/7/20).

Por otro lado, rechazó acción respecto de los actores que *no* pudieron acreditar que habían facturado a las obras sociales y prepagas con anterioridad al año 2018 (Carolina Inés Alderete, Tamara Aranguren, Carla Vanesa Carvajal, María Celeste Dos Santos, Carlos Rodrigo García, Belén Girod, María Guillermina Giménez Rodríguez, Sandra Gómez, Mónica Susana González, Gustavo Fernando Blanco, Alejandra Silvia Gutiérrez Barquín, Laura Kogoj, Gustavo Silvio Kavaliuskas, María Gabriela Lofler, Alejandra M López, Leonor Vanesa López, Nadia Soledad Mulgura, Pamela Nuñez, Hernán Pirilli, Leandro Puig, Lidia Irene Regner, Antonella Salvatorelli, Flavia Valeria Salini, Lucía Schverdfinger, María Straface, Silvia Andrea Vinocur, Leonor Soledad Zaghis, Katherina Nieva, Jéssica Laura Fernández, Paola Fernanda Rubio y Maite Escobar).

En lo sustancial, de conformidad con el dictamen del **fiscal de la instancia**, sostuvo que la exigencia de contar con título universitario para



proceder a la inscripción de los profesionales en psicomotricidad dentro del RPN no resultaba *per se* manifiestamente ilegítima o arbitraria. Sin embargo, a tenor de las facturas agregadas a la causa en el anexo IV del escrito postulatorio, tuvo por acreditado que, hasta el año 2018, la SSS autorizó a esos actores para que pudieran contratar con las obras sociales y/o prepagas como agentes de salud. Sobre dicha base, concluyó que la conducta de la Administración tuvo aptitud suficiente como para generar en los referidos amparistas una legítima expectativa acerca de la posibilidad de ejercer su profesión en las condiciones en que venían haciéndolo, aunque no tuvieran título universitario. Sostuvo, asimismo, que esa práctica había sido reconocida incluso por el propio Ministerio de Salud de la Nación al esgrimir su defensa, al sostener que las costumbres administrativas —como en el caso, la actitud de la SSS al otorgar el V° B°— no constituían una fuente de derechos.

En cambio, la magistrada entendió que el resto de los amparistas no pudo acreditar el extremo de hecho en que se sustenta la confianza legítima, en la medida en que omitieron probar que habían emitido facturas a las obras sociales y prepagas con anterioridad al año 2018.

2°) Que la **Superintendencia de Servicios de Salud** consintió implícitamente la condena, en tanto el Estado Nacional (**Ministerio de Salud de la Nación**) se agravió de la valoración de la prueba documental, así como la aplicación al caso de la doctrina de la "confianza legítima", en la medida en que infringía las previsiones de la ley 17.132 y las resoluciones 789/2009, 1337/2001 y 404/2008.

Los actores **Claudia Marina Nazer, Daniela Fernanda Salazar, Rossana Helena Vitry, Daniela Edith Rearte, Javier Andrés Mennielli, Juan Ignacio Catramado y Mabel Marmol** consintieron expresamente el pronunciamiento.

En cambio, **Carolina Inés Alderete, Leandro Puig, Flavia Valeria Salini, Leonor Soledad Zaghis y Belén Girod**, se agraviaron de la apreciación de la prueba, en la medida en que consideraron que las facturas no resultaban el único modo de acreditar su *ejercicio profesional*; y que, más allá del reconocimiento de esa práctica por el Ministerio de Salud, tal extremo también debía considerarse probado mediante los respectivos títulos habilitantes, constancias de CUIT en la página de la SSS y reclamos administrativos en los que se explicaba detalladamente la situación de los profesionales con las obras sociales, todos acompañados como prueba





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA IV
**CAF 37625/2019 ALDERETE, CAROLINA INES Y OTROS c/ EN-
SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS DE SALUD Y OTROS s/AMPARO
LEY 16.986**

documental no cuestionada por la contraria. Asimismo, objetaron la interpretación efectuada en la sentencia de las normas en juego respecto de la condición impuesta en el pronunciamiento para la inscripción transitoria en el aludido registro, toda vez que los cursos de posgrado sólo podrían obtenerse exclusivamente en instituciones privadas aranceladas, cuyos costos no pueden ser soportados por ellos. Finalmente, cuestionaron que ni siquiera se les otorgase un plazo de gracia para adecuarse a esta nueva exigencia y reiteraron la indirecta afectación a sus pacientes, en la medida en que se verían en la obligación de cambiar de profesional tratante.

El Estado Nacional (Ministerio de Salud de la Nación) y la SSS contestaron el **traslado del memorial**. En lo sustancial, destacaron que los amparistas no cumplían claramente con los requisitos establecidos en la normativa para proceder a su inscripción, por carecer de título universitario y solo contar con uno de nivel terciario. Asimismo, recordaron que la falta de inscripción en modo alguno les impide ejercer libremente su profesión dentro de las funciones que el mismo título obtenido les otorga, excluyéndose únicamente la función relativa a las prestaciones de salud por encontrarse afectadas al orden público, conforme lo determinado en la normativa nacional vigente. En relación con la ausencia de universidad pública que otorgue en forma gratuita el ciclo de complementación normativamente exigido, señalaron que dicho reclamo debía dirigirse al Ministerio de Educación. Por último, destacaron que los pacientes tenían asegurado el acceso al derecho a la salud, dado que las patologías padecidas podían ser abordadas por la labor específica de otros profesionales universitarios, tales como los licenciados en psicomotricidad, los kinesiólogos y médicos traumatólogos.

3º) Que el **Fiscal General** describió el conflicto suscitado en autos y precisó que la inscripción de los actores en Registro Nacional de Prestadores resulta un requisito indispensable para que se pudiera celebrar contrato con los agentes del seguro (art. 29, ley 23.661). Advirtió que los especialistas en psicomotricidad podían inscribirse en ese registro si contaban con un título habilitante que satisficiera los requisitos de la ley 17.132 y la resolución SSS 797/2011, exigencias que los actores no cumplían y cuya constitucionalidad tampoco había sido impugnada en autos. De este modo, entendió que los amparistas no habían demostrado que la negativa a inscribirlos en el Registro Nacional de Prestadores —y a permitirles contratar con agentes del seguro en



ausencia de dicha inscripción— esté viciada por una arbitrariedad o ilegalidad manifiesta que tornase procedente la acción de amparo interpuesta. En este sentido, con cita de precedentes del máximo Tribunal de la Nación, negó que el temperamento supuestamente desplegado por la Administración en ciertos casos hubiere generado una legítima expectativa en cabeza de los actores a que se mantuviera el apartamiento del régimen normativo. En ese marco, entendió que las exigencias de la vía procesal que aquéllos voluntariamente escogieron no permitían tener por acreditado que la conducta actual de la Administración resultase manifiestamente arbitraria o ilegal; debiéndose, por ende, hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por el Estado Nacional. En relación con la apelación deducida por los actores a quienes se les había rechazado la acción, entendió que también resultaba de aplicación las consideraciones expuestas, que determinaban su improcedencia.

4º) Que el tribunal de alzada, como juez del recurso, tiene la facultad de revisarlo de oficio, tanto en cuanto a su procedencia, como a la forma en que ha sido concedido, inclusive respecto de la extensión y el alcance de lo apelado, sin que se encuentre vinculado por la concesión del recurso (esta Sala, 7039/2007/CA, “*Abalsamo Egidio Rogelio c/ EN – ANSES y otro s/ amparo ley 16.986*”, resol. del 4 de junio de 2015 y sus citas). *A fortiori*, el Tribunal tampoco se encuentra sujeto a las providencias de secretaría del juzgado de primera instancia del 20, 21 y 22 de julio de 2020, que interpretaron la acordada 27/2020 con un alcance que no surge de sus propios términos.

En este sentido, cabe recordar que el art. 15 de la ley 16.986 establece un plazo para interponer el recurso de apelación de cuarenta y ocho (48) horas, que comienza a correr desde la hora en que se practicó la notificación y se computa hora por hora, es decir, se opera en forma continua (cfr. Sagües, Nestor, *Derecho Procesal Constitucional, Acción de Amparo*, T.3, pag. 498; en igual sentido, Gozáini, Osvaldo Alfredo, “*El cómputo de los plazos fijados en horas*”, LL 2010-B, 940; y esta sala, causa 7318/2015/CA1 Importadora Dalma SRL c/ ADIF SE s/ amparo ley 16.986”, sent. del 22/9/15; y sus citas). Se ha sostenido reiteradamente que, salvo que la notificación se hubiera practicado fuera del horario de tribunales o en días inhábiles o feriados, o si el oficial notificador hubiera omitido consignar en la cédula la hora en que se llevó a cabo la notificación, no rige el plazo de gracia que legisla el art. 124 del Código Procesal (esta Sala, causa 1694/2013 “*Flores, Héctor Alberto –inc*





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA IV
**CAF 37625/2019 ALDERETE, CAROLINA INES Y OTROS c/ EN-
SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS DE SALUD Y OTROS s/AMPARO
LEY 16.986**

med- c/ EN – Mº RREE y C s/ amparo ley 16.986”, resol. del 18 de febrero de 2014, y sus citas).

En el *sub lite*, la sentencia fue notificada al Estado Nacional (Ministerio de Salud de la Nación) el 16 de julio de 2020, a las 10.36 hs., razón por la que el plazo para apelar venció el **18 de julio de 2019 a las 10.36**. Sin embargo, el recurso fue presentado ese día **a las 15:48** (cfr. sistema Lex100), circunstancia que obsta a su tratamiento por incumplir uno de los requisitos de admisibilidad formal.

Cabe aclarar que es conclusión no se modifica por la suspensión de términos procesales dispuesta hasta el 3 de agosto de 2020 por acordada CSJN 27/2020, a tenor de lo dispuesto en su punto 9º, segundo párrafo, última parte, que exceptúa de tal suspensión a las causas en las que ya se hubiese habilitado la feria (esta Sala, causa 84315/2016, “*Chavez, Iván Maximiliano c/ EN - M Seguridad - PFA s/ personal militar y civil de las FFAA y de seg*”, resol. del 23 de julio de 2020), como ocurre en el caso de autos (cfr. habilitación expresa del 1/5/20, e implícita, del 18/6/20, en ambos casos a pedido del interesado).

En este sentido, el carácter perentorio y fatal de los plazos procesales permite concluir que razones de seguridad jurídica obligan a poner un momento final para ejercitar ciertos derechos, pasado el cual, y sin extenderlo más, deben darse por perdidos, sin que obste a ello la circunstancia de que el particular haya cumplido, aun instantes después, con la carga correspondiente (arg. Fallos 289:196; 296:251; 307:1016; 316:246 y 2180; 319:2446 y 329:326; y esta Sala, causa 36.513/2014/1/CA1 Inc apelación en autos: “*Iron Group c/ EN-M Economía y FP-SCI y otro s/ amparo ley 16.986*”, sent. del 23/6/15). Esta circunstancia, como es de toda obviedad, impide formular juicio alguno sobre la legitimidad del pronunciamiento cuestionado por la parte recurrente.

Por ello, corresponde *declarar mal concedido el recurso deducido por el Estado Nacional (Ministerio de Salud de la Nación)*, sin especial imposición de costas dada la ausencia de contradicción.

5º) Que los fundamentos de la sentencia de primera instancia en el aspecto sometido a esta alzada y el tenor de su cuestionamiento por el único recurso admisible delimitan la tarea del Tribunal a rever la **apreciación de la prueba**, por la imputación de *error in facto*.



Más concretamente, corresponde *identificar los hechos* en los que la magistrada apoyó su decisión por la interpretación que le asignó a la doctrina de la *confianza legítima*, referidos a **(i)** el otorgamiento de autorizaciones puntuales por parte de la SSS para que algunos psicomotristas desarrollen su actividad como prestadores de las obras sociales y prepagas sin previa inscripción en el RNP y **(ii)** su efectiva prestación por cada uno de los actores *bajo aquella modalidad*.

A continuación, cabrá verificar si la prueba documental acompañada por **Carolina Inés Alderete, Leandro Puig, Flavia Valeria Salini, Leonor Soledad Zaghis y Belén Girod** resulta suficiente para tal *acreditación*.

6º) Que, así delimitada la tarea de esta Alzada, cabe adelantar que el *primer hecho* se encuentra probado (v. providencia 95319/17 emitida por el Coordinador de Registro de la SSS acompañada en anexo VI del escrito postulatorio). En efecto, por dicho acto se rechazó la inscripción en el aludido registro formulada por Claudia Marina Nazer, pero aquel funcionario manifestó que tal circunstancia no inhibía a la interesada para contratar con los Agentes del Seguro de Salud.

Sin embargo, no ocurre lo mismo con el *segundo hecho*, referido a la efectiva prestación de sus servicios bajo esta modalidad. En este sentido, corresponde precisar que no se encuentra discutida en autos la posibilidad de los actores recurrentes de ejercer su profesión, extremo que puede demostrarse por los medios a los que aludieron (vgr. título habilitante), ni el conflicto suscitado con la SSS, cuyos términos surgen de los reclamos formulados ante ese organismo. Por el contrario, los coactores indicados debían acreditar que los servicios brindados en el período en cuestión se cumplieron *como prestadores de las obras sociales y prepagas*, objetivo que —tal como destacó con acierto la juez de grado— no fue adecuadamente logrado.

Lo expuesto es suficiente para desestimar el recurso en examen y confirmar la sentencia en este aspecto, resultando inoficioso un pronunciamiento sobre el resto de los agravios, que presuponen la acreditación de los extremos de hecho en los que se apoyan.

En mérito a todo lo expuesto, el Tribunal **RESUELVE: 1º)** declarar mal concedido el recurso deducido por el Estado Nacional (Ministerio de Salud de la Nación), sin especial imposición de costas dada la ausencia de contradicción; **2º)** rechazar la apelación de Carolina Inés Alderete, Leandro Puig, Flavia Valeria Salini, Leonor Soledad Zaghis y Belén Girod y confirmar





Poder Judicial de la Nación

**CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA IV
CAF 37625/2019 ALDERETE, CAROLINA INES Y OTROS c/ EN-
SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS DE SALUD Y OTROS s/AMPARO
LEY 16.986**

la sentencia en cuanto fue materia de agravio, con costas por su orden, en atención a las particularidades del caso precedentemente aludidas (art. 17, ley 16.986, y 68, segunda parte, CPCCN).

MARCELO DANIEL DUFFY

JORGE EDUARDO MORAN

ROGELIO W. VINCENTI





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
FEDERAL 11

37625/2019

ALDERETE, CAROLINA INES Y OTROS c/ EN-
SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS DE SALUD Y OTROS
s/AMPARO LEY 16.986

Buenos Aires, de julio de 2020.- MMC

Y VISTOS Y CONSIDERANDO:

1º) La pretensión de autos como los hechos atinentes a ella han sido narrados en la resolución de fecha 27/08/2019, e, *in extenso*, por el Sr. Fiscal Federal en el dictamen por el emitido, por lo que por razones de celeridad procesal, es dable remitirse a la exposicion allí contenida.

2º) En cuanto al fondo de la cuestión, cuadra recordar que el artículo 43 de la Constitución Nacional establece que “*toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro remedio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley...*”.

Asimismo el artículo 1ero de la ley 16986 – ciñendo su aplicación a los actos u omisiones de autoridad pública declara que “*la acción de amparo será admisible contra todo acto u omisión de autoridad pública que, en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, los derechos o garantías explícita o implícitamente reconocidos por la Constitución Nacional, con excepción de la libertad individual tutelada por el habeas corpus...*”.



3º) A su vez, corresponde poner de relieve que en orden al sistema legal previsto por la ley, la admisión del amparo, según reiterada doctrina y jurisprudencia, queda subordinada a la verificación de tres presupuestos: a) que el acto de autoridad pública impugnado esté viciado de arbitrariedad ilegalidad manifiesta (art. 1º ley 16.986), b) que no exista otro remedio judicial que permita tener la protección o garantía constitucional de que se trata (art. 2º), aspecto éste último acogido en la Carta Magna en su art. 43 en cuanto establece “...siempre que no exista otro medio judicial más idóneo...”; y, finalmente c) que la determinación de la eventual invalidez del acto no requiera una mayor amplitud de debate o de prueba.

Ello así porque se trata de un remedio procesal excepcional sólo utilizable en las delicadas y extremas situaciones en la que, por carencia de otras vías legales aptas, peligra la salvaguardia de derechos fundamentales, requiriéndose para su apertura circunstancias de muy definida excepción, tipificadas por la presencia de arbitrariedad, irrazonabilidad o ilegalidad manifiestas que configuren la existencia de un daño concreto y grave, sólo eventualmente reparable por esta acción urgente y expedita (ver CSJN doctr. de fallos 297:93; 330:1279; 306:1253; C.N. C.A.F.; Sala IV “De Privitellio, S s/amparo” del 14/08/12).

4º) Liminarmente, atento el desistimiento de la acción y del derecho formulada por la amparista Sandra Elizabeth Masolini., cabe señalar que la litis ha quedado definitivamente trabada entre los co-actores, Sres., Carolina Inés Alderete, Tamara Aranguren, Carla Vanesa Carvajal, Juan Ignacio Catramado, María Celeste Dos Santos, Carlos Rodrigo García, Belén Girod, María Guillermina Giménez Rodríguez, Sandra Gómez, Mónica Susana González, Gustavo Fernando Blanco, Alejandra Silvia Gutiérrez Barquín , Laura Kogoj, Gustavo Silvio Kavaliuskas, María Gabriela Loffler, Alejandra M López, Leonor Vanesa López, Claudia Marina Nazer, Javier Andrés





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
FEDERAL 11

Mennielli, Nadia Soledad Mulgura, Pamela Nuñez, Hernán Pirilli, Leandro Puig, Daniela Edith Rearte, Lidia Irene Regner, Daniela Fernanda Salazar, Antonella Salvatorelli, Flavia Valeria Salini, Lucía Schverdfinger, María Straface, Silvia Andrea Vinocur, Rossana Helena Vitry, Leonor Soledad Zaghis, Katherina Nieva, Jéscica Laura Fernández, Paola Fernanda Rubio, Maite Escobar y Mabel Marmol; y; las co-demandadas Estado Nacional- Ministerio de Salud de la Nación y la Superintendencia de Seguros de Salud.

5º) Sentado lo anterior cabe señalar que bajo las premisas enunciadas en los considerandos 2º) y 3º) del presente decisorio, el Tribunal comparte los dichos del Sr. Fiscal Federal en el dictamen que antecede, por cuanto concuerda con la conclusión a la que arriba en el sentido de que el requisito de título universitario exigido por la SSS para proceder a la inscripción de los profesionales en psicomotricidad dentro del RPN, no impresiona *per se* como manifiestamente ilegítimo o arbitrario.

Ello así, en virtud del plexo normativo en que se sustenta la conducta de la Administración que aquí se cuestiona, a saber: Resolución 789/09 MS (Anexo II- Solicitud de Inscripción de Profesionales del Arte de Curar) ; Ley Nacional N° 17.132 sus modificatorias y complementarias (Ley para el Ejercicio de la Medicina, Odontología y Actividades de Colaboración con la misma); Resolución MS N° 1337/01 (Listado de especialidades médicas, odontológicas, farmacéuticas, bioquímicas y otras profesiones indispensables para la protección, recuperación y rehabilitación humana); Resolución MS N° 201/02 (Programa Médico Obligatorio); Ley 17.131 (art. 42 relativo a las actividades que se consideran como de colaboración de la medicina y odontología, y, art. 44 en cuanto establece los requisitos para el ejercicio de las actividades a las que refiere el art. 42), todas estas normas, invocadas por la SSS; y ; Resolución SSS N° 797/11(en cuanto ordena el recaudo de



inscripción aquí en juego) invocada por la co-demandada, Estado Nacional- Ministerio de Salud de la Nación.

6º) Sin embargo, conforme se advierte a tenor de las facturas agregadas a la causa en el Anexo IV, ha quedado probado respecto de los coactores Claudia Marina Nazer, Daniela Fernanda Salazar, Rossana Helena Vitry, Daniela Edith Rearte, Javier Andrés Mennielli, Juan Ignacio Catramado y Mabel Marmol, que hasta el año 2018 la Superintendencia de Servicios de Salud, otorgaba a los amparistas, las providencias por escrito autorizándolos para que pudieran contratar con las obras sociales y/o prepagas como agentes de salud, que les exigían el visto bueno de la autoridad de contralor.

Incluso esta práctica ha sido reconocida conforme los dichos de la propia co-demandada Estado Nacional-Ministerio de Salud de la Nación al esgrimir su defensa, en cuanto sostuvo que “, *las costumbres administrativas –como en el caso, la actitud de la SSS al otorgar el Vº Bº- no constituyen una fuente de derechos*” (vide tercer párrafo de fs. 531).

Ello impone concluir, que la conducta de la Administración tuvo aptitud suficiente como para generar en los referidos amparistas, una legítima expectativa acerca de la posibilidad de ejercer su profesión en las condiciones en que lo venían haciendo, aunque no tuvieran título universitario.

Siguiendo el temperamento expuesto, cabe recordar que el principio de “*expectativa legítima*” o “*confianza legítima*” fue reconocido en el ámbito del derecho administrativo por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los precedentes de fallos 293:617 “Los Pinos”; 298:233 “Maderera Lanín” entre muchos otros, y, explicado por la doctrina.

El Dr. Coviello ha expuesto la noción y las características del instituto y su aplicación en la jurisprudencia internacional y en la República Argentina en el artículo publicado por





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
FEDERAL 11

la Revista El Derecho con fecha 4 de mayo de 1998 (Tomo 177 pág. 894).

En dicho trabajo el autor al referirse a los motivos para acordar protección jurídica a las expectativas legítimas, hace una cita de Forsyth que merece transcribirse: *“Si el Ejecutivo asume en forma expresa o práctica un comportamiento determinado, el particular espera que tal actitud será ulteriormente seguida...ello es fundamental para el buen gobierno y sería monstruoso si el Ejecutivo pudiera renegar libremente de sus compromisos, la confianza pública en el gobierno no debe quedar indefensa”*

Todo ello, claro está, tal como lo señala el Sr. Fiscal Federal en su dictamen y cuyos dichos comparto, sin enervar la legitimidad del requisito *per se*, que ha sido establecido por el Ministerio de Salud y por la Superintendencia de Seguros de Salud, en ejercicio legítimo y razonable de sus potestades reglamentarias.

Lo que se decide, máxime, que, en el marco de un escenario de reiteradas crisis y dificultades económicas que a lo largo del tiempo se viene enfrentando el país, efectuar una interpretación en contrario, implicaría desconocer una cuestión tan sensible como es el medio en virtud del cual los amparistas procuran su sustento.

7º) Ahora bien, el extremo de hecho en que se sustenta la doctrina que se viene exponiendo, que en el caso como se señaló, lo constituye la prueba de facturación a obras sociales y prepagas con anterioridad al año 2018, no ha sido satisfecho por los restantes amparistas.

Al respecto cabe recordar que la jurisprudencia tiene dicho que *“Siempre es a cargo de quien afirma un hecho la prueba de su existencia cuando pretende fundar en él un derecho (Fallos: 217:635)”*. Autos: *Ascona S.A. (en autos Inca CM de Seguros TF 10425-A)*. Uslenghi. Galli, Otero (por su voto). - Fecha: 23/10/2007 C.NAC.CONT.ADM.FED. Sala IV. - Nro. Exp.: 29.155/06,-



También ha señalado que: “*El "onus probandi" deviene un imperativo del propio interés del particular interviniente; es la circunstancia de riesgo que consiste en que quien no prueba los hechos que alega, pierde el pleito, si de ello depende la suerte de la litis, debiendo proponer y practicar la prueba en la etapa procesal oportuna (confr. Fassi, "Cód. Proc. Civ. y Com.", T. II, pág. 162 y ss.)*”. Autos: MIGUEL Alfredo c/ E.N. s/ RETIRO POLICIAL D., H. y G. de C. G. - Fecha: 14/09/1993 C.NAC.CONT.ADM.FED., SALA II.-

En tales condiciones, la doctrina de la “*expectativa legítima*” o “*confianza legítima*”, respecto de los co-amparistas que no fueron los referidos en el considerando 6º del presente, no puede serles aplicada.

Por lo expuesto, haciendo propios los argumentos expresados por el Sr. Fiscal Federal en el dictamen que antecede, los que el Tribunal comparte y pasan a formar parte del presente decisorio y a los que se remite íntegramente en obsequio a la brevedad,

FALLO :

I) Haciendo parcialmente lugar a la presente acción de amparo respecto de los co-actores Claudia Marina Nazer, Daniela Fernanda Salazar, Rossana Helena Vitry, Daniela Edith Rearte, Javier Andrés Mennielli, Juan Ignacio Catramado y Mabel Marmol, y, ordenando en consecuencia, a la Superintendencia de Seguros de Salud, que conceda un plazo razonable a dichos profesionales, para que puedan adecuar sus titulaciones de conformidad con lo prescripto en la Resolución SSS 797/2011, debiendo aquélla, durante dicho término, abstenerse provisoriamente de exigirles a los referidos amparistas el requisito previsto en la Resolución 789/09 MS, a los fines de su inscripción en el Registro Nacional de Prestadores, haciendo constar dicha circunstancia.





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
FEDERAL 11

II) Rechazando la presente acción de amparo respecto de los co-actores Carolina Inés Alderete, Tamara Aranguren, Carla Vanesa Carvajal, María Celeste Dos Santos, Carlos Rodrigo García, Belén Girod, María Guillermina Giménez Rodríguez, Sandra Gómez, Mónica Susana González, Gustavo Fernando Blanco, Alejandra Silvia Gutiérrez Barquín , Laura Kogoj, Gustavo Silvio Kavaliuskas, María Gabriela Lofler, Alejandra M López, Leonor Vanesa López, Nadia Soledad Mulgura, Pamela Nuñez, Hernán Pirilli, Leandro Puig, Lidia Irene Regner, Antonella Salvatorelli, Flavia Valeria Salini, Lucía Schverdfinger, María Straface, Silvia Andrea Vinocur , Leonor Soledad Zaghis, Katherina Nieva, Jéscica Laura Fernández, Paola Fernanda Rubio y Maite Escobar,

III) Costas por su orden, atento las particularidades de la cuestión que se decide (arts. 68, segunda parte del CPCCN)

Regístrese, notifíquese por Secretaría a las partes con copia del dictamen del Fiscal Federal, y, al mencionado funcionario vía web.

CECILIA G. M. de NEGRE
JUEZ FEDERAL





Ministerio Público de la Nación

EXPTE: N° CAF 37625 /2019

AUTOS: "ALDERETE, CAROLINA INES Y OTROS C/ EN-SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS DE SALUD Y OTROS S/AMPARO LEY 16.986"

JUZGADO: N° 11

SECRETARIA: N° 21

Señora Jueza:

Se corre nueva vista a este Ministerio Público, en virtud de la habilitación de feria judicial dispuesta en las presentes actuaciones, a fin de que dictamine en los términos del artículo 31 inc. b) de la ley 27.148 (cfr. fs. 452).

En autos los co-demandantes, a través de su letrado apoderado, promueven acción de amparo en los términos del art. 43 de la Constitución Nacional, y de la ley 16.986, contra el Estado Nacional –Ministerio de Salud de la Nación, y contra la Superintendencia de Servicios de Salud (en adelante SSS), con el objeto de que se ordene la inscripción de sus representados en el Registro Nacional de Prestadores (en adelante RNP).

Explica que sus mandantes son técnicos psicomotricistas que obtuvieron su título como egresados de diferentes institutos terciarios, y ejercen su actividad profesional en el ámbito de la Capital Federal y Provincia de Buenos Aires. Preliminarmente, explica que no existe una regulación de la actividad profesional de los psicomotricistas a nivel nacional. Y que en el ámbito de la CABA, tampoco existe la colegiación profesional ni la matriculación de estas profesionales. Asimismo, señala que cada Provincia regula la matriculación de esa actividad, en su respectiva jurisdicción.

Relata que sus mandantes vienen desarrollando su actividad como prestadores de las obras sociales y empresas de medicina prepaga, desde hace años. Y que, hasta el año 2017, la cobertura de sus prestaciones se encontraba cubierta por los mencionados servicios de salud, dada la autorización de la SSS.

Sin embargo, alega que pese a haber desarrollado su labor como prestadores de las obras sociales y prepagas, y contar con título habilitante para ejercer como profesionales de la salud, a partir del año 2018 las coberturas comenzaron a no ser autorizadas por dichos servicios, por cuanto se les exigía a los profesionales que estén inscriptos en el RNP de la SSS. Precisa que este último es el registro público donde se inscriben los prestadores de servicios de atención y rehabilitación a personas con discapacidad de todo el país. Y que la inscripción en el Registro les permite formar parte del Sistema Único de Prestaciones Básicas de Atención Integral a favor de las Personas con Discapacidad, facturar sus prestaciones, y celebrar contratos con las Obras Sociales u otros obligados a financiar las prestaciones (arts. 2 y 7 de la Ley N° 24.901).

Refiere que, incluso hasta el año 2017, la SSS otorgaba providencias por escrito a los profesionales psicomotricistas que no contaban con título universitario, autorizándolos para que puedan contratar con las obras sociales y/o prepagas como agentes de salud, que les exigían el visto bueno de la autoridad de contralor. Sin embargo, explica que a partir del 2018, las obras sociales comenzaron a remitir comunicados donde informaban que para ese período no se autorizaría la práctica de psicomotricidad, por no estar el profesional inscripto en el RNP.

En ese marco, manifiesta que cuando sus poderdantes acudieron a la SSS, a los fines de solicitar la inscripción en el



Ministerio Público de la Nación

Registro, se les comunicó de manera verbal que los psicomotricistas que no sean egresados de instituciones universitarias, no estarían en condiciones de inscribirse, ya que debían cumplir con los requisitos establecidos en la Resolución 797/11 del Ministerio de Salud de la Nación. Puntualiza que el Artículo 1 de la parte resolutive de dicha norma, establece la inscripción en el RNP de los profesionales con formación académica habilitante, conforme la Ley 24.521, cuya actividad no se encuentre taxativamente prevista en la Ley 17.132 o en la Resolución N° 2273/10-MS, sus modificatorias y complementarias; pero cuya prestación esté contemplada en la legislación sanitaria, sólo cuando acrediten su instrucción de posgrado en salud, a través de algunos de los siguientes extremos: Cursos de posgrado o capacitación específica en salud con reconocimiento oficial, en universidades o institutos de educación superior acreditados, con una duración mínima de dos años o 200 horas presenciales. Residencias o concurrencias en establecimientos sanitarios públicos, por un período no menor a dos años. Desempeño profesional en un establecimiento sanitario público, por un plazo de dos o más años. O matriculación profesional del Ministerio de Salud de la jurisdicción.

Frente a este escenario, observa que sus representados no estarían en condiciones de inscribirse en el Registro, y por lo tanto, se estaría cercenando su derecho constitucional a trabajar, por no poder continuar con el desarrollo de sus prestaciones con las prepagas y obras sociales, tal y como lo vienen haciendo por años. Aduce que ese impedimento resulta absolutamente arbitrario, ilegal y discriminatorio, en tanto vulnera sus derechos de raigambre

constitucional al trabajo, al libre ejercicio de la profesión, y a la educación pública.

En este punto, se agravia por un lado de que la SSS pretenda restringir la realización de tratamientos clínicos de psicomotricidad, exclusivamente a aquellos profesionales que tengan el título de “licenciado/a” en esa disciplina. Al respecto, señala que en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires y de la Provincia de Buenos Aires, no existe una institución que otorgue el ciclo de complementación para obtener la licenciatura de manera gratuita, con lo cual sus mandantes deberían cursarla en una institución privada arancelada, cuyos costos no pueden ser soportados por ellos. De esta manera, plantea que la SSS viola ostensiblemente el derecho a la educación pública de sus representados, ya que además de la explicada dificultad para acceder a la complementación, la SSS tampoco les reconoce la cantidad de años que estudiaron para la obtención de su título, que cuenta además con las resoluciones ministeriales que les otorgaron las incumbencias profesionales.

Por otra parte, arguye que con su accionar “abusivo e ilegítimo”, la demandada pretende sustraer los derechos de los psicomotricistas terciarios, explicando únicamente de manera informal y verbal el motivo de la exigencia para que sus representados se inscriban en el RNP, sin brindarles siquiera una solución transitoria. Destaca que sus mandantes han realizado múltiples solicitudes por escrito, y mantenido reuniones con los directivos de la SSS para regularizar esta situación, sin obtener ningún tipo de respuesta favorable. Afirma que dicha omisión derivó en que la mayoría de las obras sociales hayan interrumpido y/o suspendido las autorizaciones y/o tratamientos en curso, con el pretexto de que un profesional de psicomotricidad debe cumplir con la presentación



Ministerio Público de la Nación

del certificado de inscripción en el RNP; lo que en definitiva es de cumplimiento imposible, por los motivos explicados.

Plantea también que dicha omisión afecta indirectamente a los pacientes, que en su mayoría son niños con distintos niveles de discapacidades y otros problemas de salud, que se verían en la obligación de cambiar de profesional tratante, lo que en definitiva atenta contra su mejoría, y dilata injustificadamente su tratamiento.

Finalmente, enfatiza que el trabajo de sus representados constituye su fuente de ingreso para la subsistencia diaria, por lo que los ingresos provenientes de su actividad revisten carácter alimentario para su manutención. De modo que la omisión de la Superintendencia los coloca en una situación de extrema vulnerabilidad, al impedirles atender (o continuar atendiendo) a sus pacientes mediante el sistema de prestaciones de obras sociales o prepagas.

Por las circunstancias expuestas, considera que la conducta omisiva reprochada a la demandada, al denegar la inscripción de los amparistas en el RNP, resulta manifiestamente arbitraria, discriminatoria, y contraria al ordenamiento jurídico vigente. En particular, sostiene que la SSS lesiona gravemente los derechos constitucionales al trabajo, y al libre ejercicio de la profesión, que se encuentran tutelados en los arts. 14, 14 bis, 28, 33, 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, en el art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en los arts. 1 y 11 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, y en los arts. 3 y 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Solicita asimismo el dictado de una medida cautelar, que fue desestimada por el Juzgado a fs. 347 y ss.

II.-Del auto de fs. 348, se desprende que V.S. acordó otorgar a la pretensión el trámite propio de la acción de amparo.

III-Previo a todo, cabe señalar que se han cumplido en autos las etapas procesales que contempla la Ley N°16.986.

En efecto, incoada la acción se requirió a la SSS y al Ministerio de Salud de la Nación, la presentación del informe previsto en el art. 8° de la mencionada ley, que fueron producidos a fs. 359/374 y 527/532 respectivamente.

No resta, por otra parte, la producción de prueba que hubiere sido previamente ordenada por V.S.

IV-El proceso se ha dirigido contra actos y omisiones de una autoridad pública, por lo que encuadra en los términos del art. 43 de la Constitución Nacional.

V.- En cuanto a la viabilidad de la acción, ha sostenido la Procuración General –en dictamen compartido por la CSJN- que “la Corte ha declarado, reiteradamente, que la acción de amparo constituye un remedio de excepción y es inadmisibile cuando no media arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, así como cuando la determinación de la eventual invalidez del acto o conducta que se impugna requiere amplitud de debate y de prueba. Dichos extremos, cuya demostración es decisiva para su procedencia, V.E. los ha calificado de imprescindibles (doctrina de Fallos: 319:2955 -con sus citas-; 321:1252 y 323:1825, entre otros). Por eso, la existencia de una vía legal adecuada para la protección de los derechos que se dicen lesionados excluye, en principio, la admisibilidad del amparo, pues este medio no altera el juego de las instituciones vigentes (Fallos: 303:419 y 422), regla que ha sustentado la Corte cuando las



Ministerio Público de la Nación

circunstancias comprobadas en la causa evidencian que no aparece nítida una lesión cierta o ineludible causada con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, o el asunto versa sobre una materia opinable que exige una mayor amplitud de debate o de prueba para la determinación de la eventual invalidez del acto (doctrina de Fallos: 303:422)....En este mismo orden de ideas, el Tribunal ha señalado, al delimitar la acción prevista en la ley 16.986, que si bien ella no es excluyente de las cuestiones que requieren trámites probatorios, descarta aquellas que son complejas o de difícil acreditación y que, por lo tanto, exigen un aporte mayor de elementos de juicio que no pueden producirse en el breve trámite previsto en la reglamentación legal (Fallos: 307:178)....Debo mencionar que la doctrina sobre el alcance y el carácter de esta vía excepcional no ha sido alterada por la reforma constitucional de 1994, al incluirla en el art. 43, pues cuando éste dispone que ‘toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro remedio judicial más idóneo’, mantiene el criterio de excluir dicha vía en los casos que por sus circunstancias requieran mayor debate y prueba y, por tanto, sin que se configure la ‘arbitrariedad o ilegalidad manifiesta’ en la afectación de los derechos y garantías constitucionales, requisitos cuya demostración, como se dijo, es imprescindible para la procedencia de esa acción (Fallos: 306:788; 319:2955 y 323:1825, entre otros)” (cfr. CSJN, “Melano, Ariel Carlos c/ AFIP (DGI) s/amparo ley Nro. 16.986” – RE, S.C. M.701, L.XLII, Fallos, 331:1403).

VI.- Sentado ello, a los efectos de analizar la procedencia de la acción, cabe señalar que en oportunidad de contestar el informe que prevé el art. 8 de la ley 16.986, la SSS sostiene que la pretensión

amparista no puede prosperar, toda vez que el reclamo no se adecúa a la normativa federal que regula la materia, ni a la reglamentación dictada por el Ministerio de Salud de la Nación, que establece los requisitos específicos para la inscripción de los profesionales de la salud en el Registro Nacional de Prestadores.

Al respecto, cita la Resolución N° 789/09-MS, Anexo II (Solicitud de Inscripción para Profesionales del Arte de Curar), de donde surge que la SSS debe inscribir a los Profesionales, Instituciones, Establecimientos y Servicios Médico-Asistenciales contemplados en la Ley Nacional N° 17.132, sus modificatorias y complementarias (Ley para el Ejercicio de la Medicina, Odontología y Actividades de Colaboración con la misma). Así como las especialidades reconocidas por la Resolución N° 1337/01-MS (Listado de especialidades médicas, odontológicas, farmacéuticas, bioquímicas y otras profesiones indispensables para la protección, recuperación y rehabilitación humana) del mismo Ministerio. Todo ello, de conformidad con el conjunto de prestaciones taxativamente indicadas en el Programa Médico Obligatorio (Resolución N° 201/02 MS); y siempre que los profesionales de las especialidades allí reconocidas cumplan con los requisitos enunciados en la Resol. N° 789/09 antes citada.

Luego, señala que la referida ley 17.131 prescribe en su art. 42 que “A los fines de esta ley se consideran actividades de colaboración de la medicina y odontología, la que ejercen: Obstétrica. Kinesiólogos y Terapistas Físicos. Enfermeras. Terapistas Ocupacionales. Ópticos Técnicos. Mecánicos para Dentistas. Dietistas. Auxiliares de Radiología. Auxiliares de Psiquiatría. Auxiliares de Anestesia. Fonoaudiólogos. Ortópticos. Visitadoras de Higiene. Técnicos en Ortesis y Prótesis. Técnicos en Calzado



Ministerio Público de la Nación

Ortopédico. Pedicuros (Actividad incorporada por art. 1° del Decreto N° 1424/73 B.O. 01/03/1973). Agentes de propaganda médica (Actividad incorporada por art. 1° del Decreto N° 74/74 B.O. 07/02/1974, abrogado por Decreto N° 2915/76 B.O. 26/11/76). Instrumentadores de Cirugía (Actividad incorporada por art. 1° del Decreto N° 1226/74 B.O. 04/11/1974) Técnicos Industriales en Alimentos (Actividad incorporada por art. 1° del Decreto N° 1423/80 B.O. 16/07/1980) Citotécnicos (Actividad incorporada por art. 1° del Decreto N° 760/82 B.O. 21/04/1982) Técnicos en Esterilización (Actividad incorporada por art. 1° del Decreto N° 794/03 B.O. 04/04/2003) Licenciados en producción de bioimágenes (Actividad incorporada por art. 1° del Decreto N° 1003/03 B.O. 31/10/2003).

A su vez, destaca que el art. 44 de la misma ley establece que podrán ejercer las actividades a que se refiere el artículo 42: “a) los que tengan título otorgado por Universidad Nacional o Universidad Privada y habilitado por el Estado Nacional; b) los que tengan título otorgado por universidad extranjera y hayan revalidado en una universidad nacional; c) los argentinos nativos, diplomados en universidades extranjeras que hayan cumplido los requisitos exigidos por las universidades nacionales para dar validez a sus títulos; d) Los que posean título otorgado por escuelas reconocidas por la Secretaría de Estado de Salud Pública, en las condiciones que se reglamenten”.

Bajo tales premisas, advierte que la normativa reseñada sienta el criterio nacional uniforme para las especialidades profesionales reconocidas por el Ministerio de Salud de la Nación. Por ello, destaca que, conforme surge de la documental acompañada por las co-actoras, los títulos presentados no son habilitantes, ya que han sido emitidos por Institutos Terciarios que no se encuentran

contemplados en la normativa reseñada. De este modo, enfatiza que la Resolución Ministerial N° 789/09 es absolutamente clara, en cuanto a que no pueden ser inscriptos en el Registro Nacional de Prestadores quienes no cumplen con los requisitos allí establecidos (cfr. fs. 444 vta.).

En el caso bajo examen, explica que los amparistas no cumplen con los requisitos establecidos en la normativa citada para proceder a su inscripción, dado que no cuentan con título universitario, sino terciario. En este punto, alega que el hecho de no poder inscribirlas en el referido Registro, no les impide ejercer libremente su profesión en otros ámbitos. Añade que la normativa no es arbitraria en la medida que tiene en miras la protección del derecho a la salud de la población, y elevar los estándares de calidad, obligando a los efectores intervinientes a obtener una mayor capacitación para beneficio de la población.

En razón de lo expuesto, la SSS afirma que incorporar a los técnicos en psicomotricidad al Registro en cuestión, implicaría para dicho órgano un grave perjuicio en el ejercicio de su función, toda vez que lo forzaría a incumplir con las disposiciones previstas en las citadas leyes federales, y reglamentos aplicables a la materia. Ello, en la medida que dichos profesionales no cuentan con un título habilitante, conforme lo prescripto en el art. 44 de la Ley 17.132 (cfr. fs. 447 vta. y 449 vta.).

A su turno, el Ministerio de Salud sostiene que los accionantes no indican debidamente la norma reglamentaria sobre la cual sustentan su pretensión, limitándose a invocar los derechos constitucionales que consideran lesionados. Al respecto, apuntan que en sentido inverso, la normativa que toman como referencia es la resolución del Ministerio de Salud N°797/11, que ordena el recaudo



Ministerio Público de la Nación

de inscripción aquí en juego. Luego, entiende que la actora no demuestra qué norma violaría el Estado ante la omisión de inscripción en el Registro.

Advierte que, como ha sostenido la CSJN en pacífica jurisprudencia, no existe el derecho adquirido al mantenimiento de normas de leyes o reglamentos, ni a su inalterabilidad. En el caso, considera que la actora busca mantener normas, disposiciones o costumbres, sin tener derecho a ello. Agrega que en este caso, las costumbres administrativas –como en el caso, la actitud de la SSS al otorgar el V° B°- no constituyen una fuente de derechos. Por ello, entiende que no pueden intentar valerse de “la costumbre” como fuente del derecho invocado, sin ningún otro fundamento normativo.

En consecuencia, afirma que si la SSS emitió una resolución que obliga a los amparistas a contar con un título universitario, que previamente no era necesario, eso no significa que aquella situación debía quedar intangible, puesto que las normas pueden cambiar y, en consecuencia, modificar las situaciones jurídicas. Enfatiza que ese derecho no estaba reglamentado, sino a partir de la Resolución N° 797/11. Por lo que si la SSS dictó una resolución, reglamentando los requisitos a cumplir, donde antes no los había hasta, ello no implica que el órgano haya ido en contra de sus actos propios.

VII-Planteada sucintamente la cuestión, destaco que he tenido oportunidad de dictaminar en una cuestión análoga a la presente, en la causa CAF 49331/2018, "AGUILAR, CARINA MARIA ALEJANDRA Y OTROS C/ EN-M° SALUD Y ACCION SOCIAL-SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS DE SALUD S/ AMPARO LEY 16.986". Allí, los actores peticionaban que la SSS cese en su omisión

de inscribir en el RNP, a los psicopedagogos egresados de institutos terciarios, por similares razones a las invocadas en autos.

Al respecto, señalé en dicha causa que, en atención a la índole de las materias en debate (reglamentación del ejercicio de profesiones, y salud pública), la regla configurativa de nuestro sistema federal reconoce poderes concurrentes sobre ciertas materias que son de competencia tanto federal como de las provincias (arts. 121 y 125 de la Constitución Nacional, y CSJN, "Obra Social Bancaria Argentina c/ Santa Fe, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", sentencia del 1º de agosto de 2013, Fallos: 336:974).

De esta manera, la CSJN ha puesto de resalto que, según 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 armoniosamente, 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).

Las modificaciones introducidas por la reforma constitucional de 1994 no han hecho variar este criterio, antes bien, lo han acentuado. En efecto, la realización de las competencias concurrentes que la reforma constitucional ha afianzado (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



Ministerio Público de la Nación

incumbencia compartida, **como es el caso de la salud pública**, sin perjuicio del poder de policía de salubridad que, en primer término, está en cabeza de las provincias.

Como consecuencia de lo expuesto, puede afirmarse que según la dinámica de la distribución de competencias en un tema de salud pública, que admite una potestad nacional y una provincial, la tendencia que prevalece es el abandono de la técnica de la separación absoluta de aquellas entre el Estado central y los Estados miembros (competencias exclusivas), para afianzar el esquema de las compartidas o concurrentes (Fallos: 338:1110).

De esta manera, si bien la cuestión en debate puede ser considerada como integrante del denominado "poder de policía", cuya regulación no ha sido delegada en la Nación, la multiplicidad de aspectos que puede presentar hace que tanto el Congreso Federal como las Provincias tengan el poder de dictar leyes, manteniéndose en sus propias esferas jurisdiccionales, permitiendo luego su coexistencia legislativa.

En el caso de las profesiones vinculadas a los servicios de salud, la jurisprudencia de la CSJN no sólo admite dicha concurrencia de facultades, sino incluso una cierta prevalencia de la reglamentación nacional, por involucrar un poder de policía legítimo en materias que trascienden el interés local como es la salud pública (art. 75. 18 de la CN). Por ello, en la medida que la tarea realizada por el profesional involucra el derecho a la salud, ingresa en la competencia de la Nación. Así, corresponde a esta última la reglamentación de aspectos esenciales vinculados al desenvolvimiento de la actividad, y a la provincia el control de los establecimientos y la habilitación de la matrícula profesional (cfr. Fallos 333:1279).

Bajo ese marco competencial, mediante el dictado de la ley 23.661, el Estado Nacional ha regulado las prestaciones otorgadas por los agentes del sistema de seguro de salud. En particular, el art. 29 de la Ley citada establece que la Superintendencia de Servicios de Salud llevará un Registro Nacional, al que se deberán inscribir todos aquellos prestadores que deseen contratar con los agentes del seguro de salud. En tales condiciones, y en ejercicio de sus competencias, el Ministerio de Salud de la Nación dictó la Resolución N° 789/2009, donde instruyó a la SSS que adopte las medidas necesarias para dar inicio al proceso de descentralización progresivo por jurisdicción de las funciones del Registro Nacional de Prestadores del Sistema Nacional del Seguro de Salud, conforme lo establece el artículo 29 de la Ley N° 23.661. Asimismo, dicha resolución aprobó como ANEXO II los requisitos para la inscripción de los profesionales.

Por su parte, la Ley 17.132 que regula el ejercicio de las profesiones de salud, prescribe en su Artículo 44 que las actividades de colaboración de la medicina y odontología (a las que se refiere el artículo 42) podrán ser ejercidas por quienes tengan título otorgado por Universidad Nacional o Universidad Privada y habilitado por el Estado Nacional (inc. a); título otorgado por universidad extranjera y hayan revalidado en una universidad nacional” (inc. b y c); o bien d posean título otorgado por escuelas reconocidas por la Cartera de Salud Pública, en las condiciones que se reglamenten.

Sobre este punto, la Ley de Educación Superior (LES) N° 24.521 establece en su art. 40 que corresponde exclusivamente a las instituciones universitarias otorgar el título de grado de licenciado y títulos profesionales equivalentes (Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 26.002 B.O. 5/1/2005). Además, el art. 42 prevé que los títulos con reconocimiento oficial certificarán la formación académica



Ministerio Público de la Nación

recibida y habilitarán para el ejercicio profesional respectivo en todo el territorio nacional, sin perjuicio del poder de policía sobre las profesiones que corresponde a las provincias. Seguidamente, el art. 43 de la LES fija los requisitos para los títulos correspondientes a profesiones reguladas por el Estado, cuyo ejercicio pudiera comprometer el interés público, poniendo en riesgo de modo directo la salud, la seguridad, los derechos, los bienes o la formación de los habitantes.

En tales condiciones, se observa que la Ley 17.132 no prescribe entre los auxiliares de la actividad médica y odontológica a los/las psicomotricistas, y no se encontraban tampoco entre las otras profesiones que se reconocieron luego, que se inscriben en el Registro de Prestadores según Resolución N° 789/09-MS. Empero, la mencionada profesión también está contemplada en la Resolución N° 1328/06-MS, que incorpora el Marco Básico de Organización y Funcionamiento de Prestaciones y Establecimientos de Atención a Personas con Discapacidad, al Programa Nacional de Garantía de Calidad de la Atención Médica.

Por ello, mediante Resolución N° 797/2011, la SSS habilitó la inscripción en el Registro Nacional de Prestadores, de aquellos profesionales con formación académica habilitante conforme la Ley 24.521, cuya actividad no se encuentre taxativamente prevista en la Ley 17.132 o en la Resolución N° 2273/10-MS y sus modificatorias y complementarias, pero cuya prestación esté contemplada en la legislación sanitaria. Ello, sólo cuando acrediten su instrucción de posgrado en salud, a través de algunos de los siguientes extremos: 1- cursos de posgrado o capacitación específica en salud con reconocimiento oficial, en universidades o institutos de

educación superior acreditados, con una duración mínima de dos años o 200 horas presenciales; 2- residencias o concurrencias en establecimientos sanitarios públicos, por un período no menor a dos años; 3- desempeño profesional en un establecimiento sanitario público, por un plazo de dos o más años; 4- matriculación profesional del Ministerio de Salud de la jurisdicción.

En tales condiciones, considero que la posición de la SSS, en punto a la exigencia de un título universitario para que proceda la inscripción en el Registro, obedece en un principio a una interpretación sistemática y armónica de las disposiciones contenidas en la reglamentación aprobada por la Resolución N° 789/09-MS, las prescripciones de la Ley N° 17.132, y las de la LES antes citadas (cuya inconstitucionalidad, por cierto, no ha sido alegada por la actora). Dicha interpretación luce razonable y ajustada a su texto y espíritu; y su arbitrariedad, por el contrario, no ha sido demostrada por la parte demandante.

Al respecto, debe recordarse que si bien la fuente inicial de interpretación de la norma jurídica es su letra (Fallos: 297:142; 299:93; 301:460, 337:1408); la CSJN también tiene dicho que la inconsecuencia del legislador no se presume. Por lo tanto, la interpretación debe evitar asignar a la norma un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras, y adoptando como verdadero el criterio que las concilie y suponga la integral armonización de sus preceptos (Fallos: 306:721; 307:518 y 993), de manera que éstos guarden debida coherencia (v. doctrina de Fallos: 323:3289, considerando 4° y sus citas, entre otros).

Asimismo, la inteligencia de las normas debe practicarse teniendo en cuenta el contexto general en que están insertas, y los fines que las informan; y para ello, la labor del intérprete debe



Ministerio Público de la Nación

ajustarse a un examen atento y profundo de sus términos, que atienda a la racionalidad del precepto y a la voluntad de la autoridad, no debiendo prescindirse de las consecuencias que se derivan de cada criterio; extremos que no deben ser obviados por posibles imperfecciones técnicas de la instrumentación legal, precisamente para evitar la frustración de sus objetivos (Fallos: 331:1215, 1262; 334:1027; 335:2528, 622; 336:19; 338:1156; 339:713, entre muchos).

De esta manera, el requerimiento que exige la SSS para la inscripción de los profesionales en el Registro (https://www.sssalud.gob.ar/prestadores/formularios/registro_web_carreras.pdf; y https://www.sssalud.gob.ar/prestadores/formularios/prest_prof.pdf), se sustenta en una lectura que considera el contexto normativo en que se inscriben, y que coadyuva a la integral armonización y coherencia interna de los textos legales y reglamentarios citados, conciliando los requisitos positivos y negativos que definieron el legislador y el poder administrador, en sus respectivos ámbitos de competencia.

Por ello, y teniendo en cuenta esta integración normativa, en caso de accederse a la petición la parte actora de inscribir definitivamente a los/las técnicos/as en psicomotricidad terciarios/as, en el Registro Nacional de Prestadores, se vulneraría el principio de inderogabilidad singular del reglamento, según el cual los actos administrativos de alcance individual deben estar subordinados siempre al reglamento ejecutivo, no pudiendo dejar de lado sus disposiciones. En relación a este último punto, la doctrina ha señalado que aquel principio deriva de la garantía de igualdad, dado

que el reglamento contiene normas de carácter general, y el acto administrativo medidas individuales o concretas. Por lo que existe un orden de prelación que determina que el acto administrativo deba ser dictado conforme a las normas generales que contiene el reglamento (Cfr. Uslenghi, Alejandro, “Régimen jurídico de la potestad reglamentaria”, en “Acto administrativo y Reglamento”, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, año 2001, ediciones RAP, pág. 495).

VIII-A lo dicho cabe añadir que no es desconocida en la jurisprudencia del Fuero, la cuestión atinente al requisito –regulado por autoridades y normativa federal- de obtener un título universitario otorgado por Universidad Nacionales, Provinciales o privadas habilitadas por el EN, para autorizar el ejercicio profesional en el ámbito de la Salud Pública. Y la subsiguiente exclusión de títulos terciarios a tal efecto. Como ejemplo de ello, la Cámara de Apelaciones del Fuero ha confirmado el rechazo una acción declarativa entablada contra la cartera de salud, a fin de que se determinase si el título otorgado por un instituto de educación superior no universitario reúne las condiciones para inscribirse en la matrícula. Ello, con fundamento en las prescripciones de la norma dictada por el Congreso Nacional en ejercicio de su competencia constitucional en la materia, y con base en el conocimiento que tenía la actora del criterio interpretativo de la autoridad de aplicación nacional sobre tales requisitos (cfr. CNACAF, Sala V, en la causa “ISEP SRL c/ EN-M° Salud- y otros s/ procesos de conocimiento”, expediente N° 4896/2010, sentencia del 17 de julio de 2014).

Por otro lado, los fundamentos dados por la SSS para sostener el requisito objetado, referidos a elevar los estándares de calidad y asegurar el mayor margen de capacitación posible para



Ministerio Público de la Nación

los profesionales de la salud, denotan un patrón de razonabilidad técnica, que la doctrina y la jurisprudencia ha definido como la apropiada adecuación entre los fines postulados por la norma y los medios que planifica para lograrlos (Cfr. doctrina de Fallos 247:121, 307:906, 311:1176, consid. 3°, y SAGÜÉS, Néstor Pedro, Elementos de Derecho Constitucional, Tomo 2, Ed. Astrea, Bs. As. 1993, p. 401). Por otro lado, la parte actora no ha logrado rebatir dichas razones en el acotado margen de debate propio de esta vía procesal, cuya procedencia se limita a supuestos de manifiesta arbitrariedad.

En este punto, se advierte que las normas aplicables a la materia reconocen a la SSS y al Ministerio de Salud de la Nación un margen de apreciación subjetiva que constituye un supuesto de ejercicio de discrecionalidad técnica, dada la especificidad de la materia involucrada (evaluar las profesiones de la salud que pueden y deben someterse a registro e inscripción), por lo que la mera disconformidad genérica de la actora con su actuación en este sentido no puede ser considerada como una conducta manifiestamente antijurídica (Cfr. *mutatis mutandi*, CNACAF, Sala V, *in re* “Banco de la Nación Argentina c/BCRA - Resol 207/08”, 7/07/11; Sala II, *in rebus* “Transatlántico SA Casa de Cambio y otros c/BCRA -Resol 419/11”, 10/07/12, y “Alvarado Pedro Alberto Carlos y otros c/BCRA - Resolución N° 379/08”, 12/07/12).

Recuérdese, además, que la denominada “discrecionalidad técnica” es, en rigor, una especie dentro de la discrecionalidad en general, verificable cuando el accionar administrativo, cumplido con arreglo a parámetros científicos o técnicos, reconozca más de una posibilidad, o cuando, siendo la valoración técnica unívoca, esté ligada a una actuación elegible

(COMADIRA, Julio R., *Derecho Administrativo – Acto Administrativo, Procedimiento Administrativo, Otros Estudios*, 2° ed actualizada y ampliada, Ed. Lexis Nexis –Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2004, cap. XIX La Discrecionalidad de la Administración Pública. Justa medida del control judicial, p. 516).

Como consecuencia de ello, cuando el desempeño de los órganos de la Administración se sostiene en prerrogativas de tal naturaleza, no puede -en principio- ser cuestionada en su discrecionalidad técnica ante los tribunales, siempre que no se incurra en arbitrariedad, violando derechos fundamentales del afectado (Cfr. "Irusta, Elias Juan Carlos c/ EN-SPF Resol 40/04 y 78/03 s/ Personal Militar y Civil de las FFAA y de Seg").

Lo dicho me lleva a concluir que el requisito de título universitario exigido por la SSS, para proceder a la inscripción de los profesionales en psicomotricidad dentro del RPN, no impresiona *per se* como manifiestamente ilegítimo o arbitrario.

IX-Sin perjuicio de lo concluido, cabe señalar que la parte actora ha invocado como hecho relevante (y acompañado u ofrecido prueba a tal efecto), que sus prestaciones han sido previamente efectuadas ante distintos servicios de salud (obras sociales y prepagas), sin el requisito de inscripción en el RNP, hasta que ello comenzó a exigírseles a partir del 2018 (cfr. a tal efecto acápite V-a) de la demanda, y la prueba documental acompañada por la actora como Anexos IV, VI, VIII, IX y X; providencias obrantes en Exptes. Administrativos remitidos por la SSS a fs. 375 y ss., documentación solicitada en el punto 7 de la resolución de medida cautelar, acompañada como Anexos A/G mediante escrito de fs. 348 y 349).

Advierto que tales extremos no han sido especialmente refutados por las codemandadas en sus respectivos informes.



Ministerio Público de la Nación

Empero, entiendo que el Tribunal deberá formar su convicción sobre la prueba documental producida en autos, de conformidad con las reglas de la sana crítica (Art. 386 CPCCN). Toda vez que resulta ajeno a este Ministerio Público Fiscal el tratamiento de un tema de índole procesal, que concierne a la evaluación de extremos fácticos (conf. Dictamen de la entonces Fiscal General de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial Alejandra Gils Carbó in rebus: Sala “B” “Saenz, Jorge Osmar c/ San Cristóbal S.M. de Seg. Grales”, 3/3/06, AR/JUR/1138/2006 y Sala “E”, “Accame, María S. c/ Jackson National Life Cía. de Seguros de Vida S.A. y otros”, 16/4/04, AR/JUR/993/2004; asimismo, cfr. cfr. Dictamen PGN, in rebus: E. 558. XI, Originario, “Estado Nacional [Ministerio de Trabajo] el Misiones, Provincia de [Subsecretaría de Bienestar Social del Ministerio de Bienestar Social de la Mujer y la Juventud] s/ cobro de sumas de dinero”, del 24/9/10, L. 175 XXXV, Originario, “L.P., Viviana y otras c/ Buenos Aires, provincia de y otro s/ daños y perjuicios”, del 20/12/13, S.C., F. 609, LXXXVIII, Flores, Pedro Rolando c/ Tucumán, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios), del 28/5/14, entre muchos otros).

De considerar VS acreditadas tales circunstancias, creo pertinente hacer las siguientes observaciones. Si bien, como afirma el Ministerio de Salud en su informe de fecha 4/3/2020 (fs. 527/532), la costumbre administrativa de la SSS (al otorgar el V° B°) no genera un derecho adquirido a favor de los técnico en psicomotricidad; dicha circunstancia sí puede afectar el principio de la *confianza legítima*, que se erige en pieza clave para la limitación y el control del ejercicio de la potestad administrativa.

En cuanto a ello, la confianza legítima se configura cuando la expectativa del interesado se cifra en la posibilidad de que se le asegure un debido procedimiento previo, antes de la toma de una decisión particular o general que lo pueda afectar. Dicho procedimiento requiere la observancia de una conducta correcta de la Administración, con el alcance del artículo 1 ° inciso f) de la Ley N° 19.549 (cfr. Coviello, Pedro, *La Protección de la Confianza del Administrado*, Buenos Aires, Lexis Nexis-Abeledo Perrot, 2004, pág. 271; citado por la Sala V de la CNACAF, en "Escuela Superior De Psicología Social c/ Comisión Federal Registro y Ep Oed - Dict 1361/2010 s/ amparo ley 16.986", 12/07/11).

De este modo, por aplicación del mentado principio, los administrados tienen que ser capaces de prever las posibles injerencias de parte del Estado plausibles de afectar sus derechos, y de comportarse de manera adecuada a tal efecto. Así, los individuos tienen que poder fiarse de que las acciones que son lícitas bajo el derecho actual, y de las que siguen determinadas consecuencias jurídicas, también puedan ser consideradas lícitas a futuro (cfr. CANCAF, Sala IV, "Itoiz, Carlos Mario y otros c/ UBA - resol 938/98", 11/5/2000 y "Lagos Alcaino, María Teresa y otros c/ Universidad de Buenos Aires -Resol CS 938/98", 5/7/2001; y Sala IV, en "Thinner Tede S.R.L. s/ recurso de apelación (TF 19.969-I) c/ D.G.I.", 14/05/09; y CSJN, sentencia del 20/12/11).

Por este motivo, la actuación administrativa en un Estado de Derecho debe estar caracterizada, en gran medida, por la existencia y a la vez por la permanencia de un determinado statu quo de reglas y decisiones, que estimulan, dirigen y limitan la vida social, y el comportamiento del individuo dentro de la sociedad (cfr. CNCAF, Sala IV, "Ticoral S.R.L. (TF 19754-I) c/ D.G.I.", 27/04/07).



Ministerio Público de la Nación

En este punto, cabe señalar que la parte actora se agravia también por la omisión de la SSS de ofrecer un plan alternativo para que los técnicos en psicomotricidad puedan “adecuarse” a la nueva exigencia (cfr. punto V.c de la demanda). En cuanto a ello, destaco también que las co-actoras solicitaron el dictado de una medida cautelar, para que ordene a la demandada inscribirlas provisoriamente en el Registro Nacional de Prestadores, y que se autoricen las prestaciones pendientes, a fin de evitar la interrupción de los tratamientos de los afiliados, hasta que se resolviera la cuestión de fondo. Dicha medida no prosperó, toda vez que como señaló el Tribunal, la consideración de las circunstancias que señalaba la actora exigía adelantar un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión debatida, lo que está vedado en ese tipo de medidas.

De este modo, y atendiendo el estado actual del proceso, considero que el principio de *confianza legítima* antes explicado, exige asegurar a los psicomotricistas terciarios, un procedimiento que les permita anticiparse a las consecuencias jurídicas y posibles afectaciones derivadas de la implementación del requisito requerido por la SSS. Y de este modo, adecuarse a las nuevas exigencias, para que el ejercicio de su profesión continúe siendo lícito. Ello, en la medida que la conducta de la demandada pudo haber generado en los actores una razonable y legítima expectativa o creencia en la continuidad de sus prestaciones, merecedora de cierta protección jurídica (cfr. a tal efecto, la recepción del mentado principio en la jurisprudencia de CSJN, para materias propias del derecho administrativo, Fallos: 338:212; 340:1940).

Todo ello, sin enervar la legitimidad del requisito *per se*, que como se dijo anteriormente, ha sido establecido por el Ministerio

de Salud y por la SSS, en un ejercicio legítimo y razonable de sus potestades reglamentarias.

Cabe añadir finalmente, que amén de los derechos individuales de los co-actores, el caso compromete también a la salud pública, en la medida que la psicomotricidad se encuentra contemplada en la Resolución N° 1328/06-MS, que incorpora el Marco Básico de Organización y Funcionamiento de Prestaciones y Establecimientos de Atención a Personas con Discapacidad, al Programa Nacional de Garantía de Calidad de la Atención Médica. Ello suscita una especial intervención de este Ministerio Público Fiscal, teniendo en cuenta la naturaleza del derecho en cuestión, y la condición de vulnerabilidad de las personas con discapacidad (cfr. art. 31 inc. b y d de la ley 27.148).

Por ello, entiendo que, acreditadas las circunstancias antes mencionadas, correspondería hacer lugar parcialmente a esta acción, y ordenar a la SSS que conceda un plazo razonable a los profesionales co-actores, para que puedan adecuar sus titulaciones de conformidad con lo prescripto en la Resolución SSS N° 797/2011. Y ordenar a la demandada que, durante dicho término, se abstenga provisoriamente de exigirles el requisito previsto en la Resolución N° 789/09-MS, a los fines de su inscripción en el Registro Nacional de Prestadores, haciendo constar dicha circunstancia.

En los términos que anteceden dejo contestada la vista conferida. Solicito tenga a bien notificarme el resultado del proceso.

FISCALIA FEDERAL, 26 mayo de 2020. (7)

Firmado electrónicamente Fabián O. Canda

Fiscal Federal en lo Contencioso Administrativo Federal



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

A-73474

A C U E R D O

La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, de conformidad con lo establecido en el art. 4 del Acuerdo n° 3971, procede al dictado de sentencia definitiva en la causa A. 73.474, "Fisco de la Provincia de Buenos Aires c/ Necotrans S.A. y otros s/ Apremio. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley", con arreglo al siguiente orden de votación (Ac. 2078): doctores **de Lázzari, Kogan, Genoud, Soria, Pettigiani, Torres, Violini.**

A N T E C E D E N T E S

La Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en Mar del Plata revocó parcialmente la sentencia de primera instancia y -en consecuencia- acogió la excepción de prescripción articulada respecto de los anticipos 11/1998 a 11/1999 del impuesto sobre los ingresos brutos, previa declaración de inconstitucionalidad del art. 133 del Código Fiscal (v. fs. 147/158).

Disconforme con dicho pronunciamiento, la Fiscalía de Estado interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (v. fs. 161/185), el que fue concedido por la Cámara interviniente (v. fs. 186/187).

Dictada la providencia de autos (v. fs. 191) y encontrándose la causa en estado de pronunciar sentencia, la Suprema Corte resolvió plantear y votar la siguiente

C U E S T I Ó N

¿Es fundado el recurso extraordinario de



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

A-73474

inaplicabilidad de ley interpuesto?

V O T A C I Ó N

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor de Lázzari dijo:

I. Mediante el recurso de inaplicabilidad de ley interpuesto, la Fiscalía de Estado denuncia violación de los arts. 133 y 135 incs. "a" y "b" del Código Fiscal (t.o. 2004) y -como corolario de ello- de los arts. 3.956, 3.965, 3.980 y 3.986 segundo párrafo del Código Civil y 121 de la Constitución nacional. Alega asimismo violación del principio de congruencia, con sustento en lo normado por los arts. 34 inc. 4, 163 inc. 6, 164, 266, 272, 364 y 384 del Código Procesal Civil y Comercial. Agrega que -en su visión- la sentencia atacada violó los derechos de propiedad, igualdad, debido proceso y defensa en juicio, reconocidos por los arts. 16, 17 y 18 de la Constitución nacional.

Concretamente, critica la declaración oficiosa de inconstitucionalidad de los arts. 133 y 135 incs. "a" y "b" del Código Fiscal, practicada por la Cámara interviniente. Asegura que las partes no habían planteado esta cuestión y que de hecho solicitaron la aplicación de las normas citadas al deducir la excepción de prescripción y aun con posterioridad. Por ello considera que el tratamiento de su validez constitucional afectó el principio de congruencia. Sostiene que una declaración de ese tipo sólo debe quedar reservada para supuestos excepcionales relacionados con derechos indisponibles e irrenunciables, lo que no se verifica en autos. En abono



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

A-73474

de sus dichos, cita lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Mansilla, Carlos Eugenio c/ Fortbenton Co. Laboratorios S.A. y otros s/ Despido", sentencia de 6-III-2014. Invoca asimismo lo dispuesto por el art. 3.965 del entonces vigente Código Civil. Con cita de lo resuelto por esta Corte en las causas L. 116.946, "De la Torre", sentencia de 5-III-2014 y C. 93.745, "Fisco de la Provincia de Buenos Aires c/ Obra Social del Personal Marítimo", sentencia de 3-X-2012, cuestiona la aplicación al caso del principio *iura novit curia*.

Sin perjuicio de lo anterior, se agravia de la declaración de inconstitucionalidad del art. 133 del Código Fiscal por considerarla errada. Interpreta que dicho pronunciamiento no tuvo en cuenta el carácter de ejercicio del impuesto sobre los ingresos brutos, en virtud del cual el tributo propiamente dicho se debe una vez determinado mediante la declaración jurada anual (más allá de la obligación de pagar anticipos). Sostiene que este hecho jurídico marca el punto de partida para establecer la exigibilidad del pago y que es necesario que la ley fije parámetros uniformes para determinar el inicio del plazo prescriptivo por tratarse de "obligaciones de masa". Añade que -en su criterio- no hay colisión entre la forma en que el Código Fiscal regula el inicio del cómputo del plazo de prescripción y el art. 3.956 del Código Civil. Argumenta asimismo que el art. 57 de la ley nacional 11.683 regula el tópico de manera coincidente.



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

A-73474

Más adelante puntualiza que -a su entender- tampoco el art. 135 del Código Fiscal resulta contrario a la normativa nacional. Observa que tanto este como el art. 3.986 del Código Civil consagran una causal de suspensión por el plazo de un año, derivada de la intimación de pago o constitución en mora. Advierte que la norma local establece que dicho lapso se prolonga hasta noventa días después de la fecha de devolución de las actuaciones administrativas al organismo recaudador, luego de notificada la sentencia del Tribunal Fiscal de Apelación, pero entiende que ello concuerda con lo previsto por el art. 3.980 del citado Código Civil.

Si bien afirma no desconocer los precedentes jurisprudenciales en sentido inverso, reivindica las potestades legislativas de la Provincia de Buenos Aires para reglar lo atinente al plazo de prescripción de las obligaciones tributarias. En su apoyo, cita lo resuelto por esta Corte en las causas Ac. 81.520, "El Rincón de Torres", sentencia de 5-XI-2003 y C. 99.854, "Fisco c/ Haras San Pablo Club de Campo", sentencia de 7-X-2009 y por el Tribunal Superior de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en "Sociedad Italiana de Beneficencia", sentencia de 17-XI-2003.

Reprocha asimismo que la sentencia atacada declare prescriptas las multas reclamadas. Relata que estas fueron impuestas con el dictado de la resolución 1.740/2004, notificada el 22 de diciembre de 2004 y que el apremio fue promovido el 24 de noviembre de 2005; de allí extrae que -en su opinión- el plazo quinquenal



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

A-73474

aplicable no transcurrió íntegramente. Además, plantea que la decisión en cuestión viola el principio de congruencia y resulta absurda, porque -a su entender- los ejecutados opusieron excepción de prescripción exclusivamente con respecto al impuesto sobre los ingresos brutos reclamado, no en lo tocante a las multas. Concluye que el fallo en crisis se expidió sobre un tema ajeno a la forma en que quedó trabada la litis y que ello viola el equilibrio procesal, favoreciendo a una de las partes y vulnerando la igualdad en el proceso y la bilateralidad.

II. El recurso no prospera.

II.1.a. Este Tribunal ha advertido que el principio *iuria novit curia* tiene aplicación en materia de prescripción, siempre que dicha defensa haya sido oportunamente argüida por las partes (doctr. art. 3.964, Cód. Civ.), desde que es el sentenciante quien tiene el poder-deber y a quien le incumbe determinar la norma que rige en el caso (conf. arts. 34 inc. 4, 163 inc. 6, CPCC), aun cuando difiera de la alegada por las partes. Ello no implica, de modo alguno, suplir oficiosamente la prescripción, lo que está vedado por el citado art. 3.964 del Código Civil, sino, por el contrario, establecer el plazo atingente en razón del deber irrenunciable de calificar jurídicamente las pretensiones deducidas en el proceso "según correspondiere por ley" (conf. art. 163 inc. 6, CPCC; causa C. 96.165, "Pascual", sent. de 17-VI-2009).

Asimismo, en uno de los casos invocados aquí



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

A-73474

por la propia recurrente, que la Cámara interviniente (a partir de los fundamentos de orden constitucional vertidos por la Corte nacional en "Filcrosa") interpretó en el sentido de que las provincias carecen de competencia para regular la prescripción de sus obligaciones locales, encuadrando la controversia en el art. 4.027 inc. 3 del entonces vigente Código Civil (no así en el art. 119 del Código Fiscal invocado por la demandada), esta Corte sostuvo que la aplicación oficiosa del plazo quinquenal establecido por la citada norma de fondo no alteraba las bases fácticas de la controversia, la causa de la pretensión ni el concreto *petitum* (objeto) de la defensa de prescripción interpuesta (conf. causa C. 93.745, "Fisco de la Provincia de Buenos Aires c/ Obra Social del Personal Marítimo", sent. de 3-X-2012).

Tales conceptos resultan aplicables al presente litigio, donde la demandada opuso excepción de prescripción con invocación de lo normado por el Código Fiscal y el tribunal *a quo*, previa declaración de inconstitucionalidad del art. 133 de dicho cuerpo legal, hizo lugar (parcialmente) a la defensa interpuesta sobre la base de lo dispuesto por el Código Civil (cuerpo legal en el que encuadró la discusión en virtud de lo decidido por la Corte nacional en "Filcrosa"). La recurrente, pues, denuncia violación del principio de congruencia, pero no brinda argumentos que autoricen a apartarse de la doctrina precedentemente indicada.

II.1.b. Advertido en este acuerdo de las reflexiones efectuadas por mi colega, el doctor Soria,



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

A-73474

entiendo necesario realizar algunas consideraciones a ese respecto.

He de referirme al desarrollo jurisprudencial de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, orientado a definir los límites del ejercicio del control de constitucionalidad oficioso, y si el mismo ha evolucionado confinando conceptualmente dicha tarea.

En primer lugar, cabe admitir que aunque nuestro sistema judicial no sea tributario del instituto del *stare decisis*, propio de ordenamientos foráneos, lo cierto es que, por cuestiones de practicidad, y en pos de hacer efectivos los principios de celeridad y economía procesal, resulta prudente seguir los criterios jurisprudenciales esbozados por el Alto Tribunal, siempre que tal jurisprudencia cumpla con los requisitos indispensables de mantener una similitud estructural en las situaciones fácticas abordadas que nos permita, analógicamente, utilizar la solución jurídica prevista en el caso concreto a resolver.

Dicho esto, el detallado análisis jurisprudencial efectuado por mi distinguido colega merece una reflexión.

He de coincidir en que en la citada causa "Mansilla, Carlos c/ Fortbenton Co Laboratories S.A. s/despido" (Fallos: 337:179), más allá de sus especificidades, podría entenderse que se vislumbra un incipiente criterio orientado a definir los límites del tratamiento oficioso de la inconstitucionalidad de las normas. Pero hasta allí mi coincidencia.



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

A-73474

Las demás referencias jurisprudenciales que se mencionan parten de una plataforma distinta de la concerniente al control de constitucionalidad de oficio. De su atenta lectura se advierte que en realidad allí se ha puesto el acento en la deficiente labor argumentativa que exhibían los respectivos recursos, inidóneos para dar suficiente sustento a los reproches constitucionales formulados. Es decir, en los fallos citados (casos "Hidalgo Garzón", "Compañía Mega"; "La Perelada" y "Ministerio de Defensa, Ejercito"), la situación recursiva difiere del supuesto de tratamiento oficioso, toda vez que en ellas hay un efectivo planteamiento de inconstitucionalidad, aunque deficitario en cuanto a sus fundamentos.

Así entendido, se advierte que lo tratado en el agrupamiento de fallos mencionados no aporta a lo que es materia de discusión en autos. Refrenda lo aquí expresado la propia referencia del colega a un reciente fallo del 4 de junio de 2020, "B. J. M. s/curatela", en el que la propia Corte reafirma el criterio de "Rodríguez Pereyra" y la posibilidad de tratamiento oficioso de la inconstitucionalidad.

Sumado a lo dicho, la cuestión prescriptiva de los impuestos (previo a la vigencia del actual Código Civil y Comercial) exhibe una firme e invariable jurisprudencia desde hace diecisiete años a la fecha. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido, reiteradamente, que la prescripción no es un instituto propio del derecho público local, sino un instituto



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

A-73474

general del derecho, lo que ha justificado que, en ejercicio de la habilitación constitucional que surge del art. 75 inc. 12 de la Constitución nacional, el Congreso no solo fijara los plazos correspondientes a las diversas hipótesis en particular, sino que, dentro de ese marco, estableciera también un régimen destinado a comprender la generalidad de las acciones susceptibles de extinguirse por esa vía. Como indicara, hace ya más de diecisiete años, en la causa "Filcrosa", la Corte Suprema señaló que las legislaciones locales no pueden apartarse del Código Civil a efectos de regular la prescripción de sus tributos (Fallos: 326:3899).

Pese a que las modificaciones en la composición de la Corte Suprema desde el año 2004 pudieron generar expectativas respecto al cambio jurisprudencial en esta materia, lo cierto es que dicho tribunal en 2009 ratificó la doctrina de la causa "Filcrosa" en los autos "Casa Casmma S.R.L." (Fallos: 332:616). Luego mantuvo invariablemente ese criterio, sin fisuras, en varias causas posteriores (v.gr., en autos "Municipalidad de Resistencia c/ Lubricom S.R.L.", Fallos: 332:2108; "Bruno", Fallos: 332:2250; "Fisco de la Provincia de Buenos Aires", F.358.XLV, sent. de 28-IX-2010; "Fisco de Provincia c/ Ullate", F.391.XLVI y "Provincia del Chaco c/ Rivero", P.154. XLV, sents. de 1-IX-2011; "Dirección General de Rentas c/ Pickelados Mendoza S.A. s/ apremio", D.711.XLVIII, sent. de 5-VIII-2014; "Municipalidad de San Pedro c/ Monte Yaboti S.A. s/ ejecución fiscal", M.235.XLIX.RHE, sent. de 27-XI-2014; y "Municipalidad de



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

A-73474

la Ciudad de Corrientes c/ Herrmann, Alejandro Enrique s/apremio", M.804.XLVIII, sent. de 11-II-2014).

En su composición actual, en el caso "Volkswagen de Ahorro para Fines Determinados S.A. c/ Provincia de Misiones - Dirección General de Rentas y otro s/ demanda contenciosa administrativa" (CSJN 4930/2015/RH1, sent. de 5-XI-2019), ha vuelto a ratificar esa doctrina una vez más, despejando cualquier duda sobre la firmeza del criterio expuesto. Las disidencias individuales de alguno de sus miembros en algunos fallos a lo largo de los años en nada alteran lo invariable de la doctrina fijada en este sentido. En definitiva, el caso "Volkswagen" despeja toda duda sobre la ratificación de dicho criterio jurisprudencial.

De más está decir que dicha jurisprudencia de la Corte Suprema es consistente con la invariable doctrina legal de esta Suprema Corte sostenida a partir de la causa C. 81.253, "Fisco de la Provincia de Buenos Aires s/Incidente de revisión en autos 'Cooperativa Provisión Almaceneros Minoristas de Punta Alta Limitada. Concurso preventivo'", sentencia de 30-V-2007 (v. también C. 82.282; C. 84.445; C. 84.976 y C. 87.124), que este Tribunal provincial ha reafirmado recientemente en la causa A. 71.388, "Fisco de la Provincia de Buenos Aires contra Recuperación de Créditos", sentencia de 16-V-2018, y en tantas otras hasta la fecha.

Con lo expresado advierto que existe una firme jurisprudencia de la Corte federal que habilita el tratamiento oficioso del control de constitucionalidad.



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

A-73474

En autos bien o mal la parte demandada viene sosteniendo invariablemente la prescripción de la deuda. Son contestes la Corte Suprema de Justicia y la doctrina legal de este cuerpo en la inconstitucionalidad de las normas del Código Fiscal en esa materia, por lo que la prescripción debe evaluarse a la luz de las normas del Código Civil. Por lo tanto, la declaración oficiosa de la inconstitucionalidad de determinadas normas al momento de resolver la defensa de la prescripción opuesta no se torna en un ejercicio excesivo de la regla del *iuria novit curia* por parte del Tribunal de Alzada.

Los desarrollos incluidos en el enjundioso voto del doctor Soria, particularmente en lo relativo a los supuestos actos propios del demandado y su vinculación con el principio de congruencia requieren, asimismo, otras precisiones.

En primer lugar, ha de reiterarse la convicción de que la facultad de declarar de oficio la inconstitucionalidad de una norma es, a esta altura, indiscutible. Ello así, porque es elemental en nuestra organización constitucional la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con esta y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición con ella; constituyendo esa atribución moderadora uno de los fines supremos y fundamentales del Poder Judicial y una de las mayores garantías con que se



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

A-73474

ha entendido asegurar los derechos consagrados en la Constitución contra los abusos posibles e involuntarios de los poderes públicos (conf. CSJN "Gabrielli", D.J. 11.993-I-745, sent. de 17-XI-1991, e.o.).

Como señala Víctor Trionfetti, cuando los jueces aplican e interpretan el derecho no lo hacen como si este estuviera fragmentado en bandas o porciones, pudiendo ingresar en unas y no en otras de esas porciones según que las partes hayan o no invocado la aplicación de una de ellas. El derecho es uno, indivisible y de carácter jerárquico en cuanto a sus fuentes y no se concibe su aplicación fraccionada según lo que las partes aleguen, pues ello importaría redefinir la estructura del Estado, que pasaría de ser "Estado de Derecho" a ser "Estado de Derecho invocado por las partes en un proceso". La fuerza normativa de la Constitución no depende de la libre demanda ni de su señalamiento por el litigante (conf. Trionfetti, Víctor; "El sistema de control de constitucionalidad en Argentina", en Falcón, Enrique M. -dir-, "Tratado de Derecho Procesal constitucional", t. I, págs. 536 y sigs.).

En relación al principio *iura novit curia*, ya en "Mill de Pereyra" se expresó que importa para los jueces la potestad de suplir el derecho que las partes no invocan o que invocan erróneamente (v. voto del doctor Boggiano, el destacado me pertenece). De otro modo también debería descalificarse toda aplicación de oficio de cualquier norma legal no invocada por las partes (v. CSJN, "Juzgado Militar N° 50 de Rosario", Fallos:



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

A-73474

306:303).

En el caso que nos ocupa, la parte demandada opuso la defensa de prescripción. Es cierto que enmarcó su criterio defensorista en la órbita de las normas contenidas en el Código Fiscal. Sostengo que ese error de encuadramiento en nada incide. Porque el juez debe aplicar la norma que sea correspondiente con el caso, por más equívocos en que haya incurrido el interesado.

Y aquí cabe examinar el respeto al principio de congruencia. Efectivamente, este principio limita la labor jurisdiccional al tiempo de resolver la disputa. Ahora bien, esa frontera tiene que ver con las situaciones y pretensiones presentadas por las partes y aquí concretamente la situación planteada por la demandada ha sido la extinción de la obligación por el transcurso del tiempo. Ese es el contenido del litigio. Cuál fuere el régimen legal que resulte pertinente es una cuestión distinta. Que el juez cambie el derecho sustancial invocado por las partes no afecta la relación material, pues en modo alguno se cambia la pretensión y el objeto del proceso. Porque corresponde al juez calificar la relación sustancial de la litis y determinar la norma jurídica que la rige, aunque las partes no la invoquen o lo hagan en forma errónea, o lo que es lo mismo, incumbe a los jueces el encuadramiento legal del caso de acuerdo a los hechos acreditados en la causa, con prescindencia del derecho invocado (así lo difundió desde siempre este Tribunal, cfr. jurisprudencia cit. en Morello, Augusto Mario - Berizonce, Roberto Omar - Sosa,



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

A-73474

Lucas Gualberto; *Códigos procesales en lo civil y comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación: comentados y anotados*, 2da ed., t. II-C, Librería Editora Platense - Abeledo Perrot, 1986, págs. 34 y sigs.).

II.2. En cuanto al fondo de la cuestión controvertida, ante todo debo puntualizar que, en la causa A. 71.388, "Fisco de la Provincia de Buenos Aires c/ Recuperación de Créditos", sentencia de 16-V-2018, esta Suprema Corte, por mayoría que integré, entendió aplicable la doctrina legal emergente de la causa C. 81.253, "Cooperativa Provisión Almaceneros Minoristas de Punta Alta Limitada", sentencia de 30-V-2007, a los aspectos complementarios del plazo de prescripción de las obligaciones tributarias provinciales. En virtud de ello, concluyó que el inicio del cómputo correspondiente se regía por el art. 3.956 del Código Civil -norma de fondo aplicable a la materia durante los períodos discutidos- y no por el art. 133 del Código Fiscal local (t.o. 2004).

Me permito reiterar que recientemente la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha tenido ocasión de confirmar un criterio semejante (conf. "Volkswagen de Ahorro para fines determinados c/ Prov. de Misiones", sent. de 5-XI-2019, ya citada).

Sobre la base de lo decidido en dichos precedentes, sustancialmente análogos al presente, corresponde rechazar los agravios de la Fiscalía de Estado contra la declaración de inconstitucionalidad del art. 133 del Código Fiscal (t.o. 2004) y asimismo los vertidos en torno a la presunta violación del art. 135



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

A-73474

del mismo cuerpo normativo, pues la decisión de la Cámara, en tanto ha analizado el modo de cómputo y las causales de suspensión de la prescripción de las obligaciones tributarias discutidas a la luz del entonces vigente Código Civil, se ajusta a la doctrina señalada.

II.3. Ahora bien, el Fisco plantea también que, al momento de computar el término de la prescripción respecto de los períodos ejecutados en autos, no se tuvo en cuenta la anualidad del impuesto sobre los ingresos brutos.

Esta cuestión ha sido abordada recientemente en la causa A. 72.756, "Fisco de la Provincia de Buenos Aires c/ Merco Trans", sentencia de 29-XII-2020, motivo por el cual a continuación reproduciré los lineamientos que desarrollara en dicha oportunidad.

Conforme lo reseñado en el apartado anterior, para determinar el inicio del plazo liberatorio de las obligaciones cuestionadas, debe estarse a lo normado por el citado art. 3.956 del Código Civil -entonces vigente-, el que establece que: "...comienza a correr desde la fecha del título de la obligación".

Sin embargo, esta Corte ha descartado su interpretación estricta o literal, advirtiendo que el principio general en la materia es que el término de la prescripción comienza desde que el crédito existe y puede ser exigido, así como también que no corre contra los derechos o las acciones que no han tenido nacimiento: *actioni non natur non praescribuntur* (conf. causas Ac. 78.553, "Galdi", sent. de 12-II-2003; Ac. 87.447,



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

A-73474

"Chakers", sent. de 20-IV-2005; A. 73.468, "Fisco de la Prov. De Bs. As. c/ Unión Com S.R.L.", sent. de 19-IX-2018; e.o.).

En este contexto, considero que cuando el Fisco reclama específicamente la obligación no saldada de determinados anticipos junto con los intereses que estos devengan desde su mora particular (y aun después de concluido el año fiscal al que acceden), la conclusión respecto a cuál debe ser el *dies a quo* del plazo prescriptivo no genera mayor margen de dudas, pues tal fecha es la del vencimiento de las particulares obligaciones que se reclaman.

Cabe señalar que el Fisco emite sus títulos de deuda, ya sea reclamando determinados anticipos del impuesto sobre los ingresos brutos o, en su caso, el pago integral del impuesto -o de saldos por diferencias en lo ingresado- por determinado año calendario.

En este sentido, es el propio Fisco quien diferencia si reclama los anticipos a los que el contribuyente está obligado mensualmente o si, por el contrario, cumplido el año fiscal exige directamente el pago del impuesto por los ingresos brutos. Estos dos escenarios, en tanto responden a situaciones disimiles, tienen diferentes *dies a quo* en su plazo de prescripción.

En el caso de autos, en el que el Fisco generó un título ejecutivo por determinados anticipos mensuales y sus respectivos intereses (v. fs. 10), es de lógica consecuencia advertir que la acción habría nacido al cabo de cada uno de esos meses y no al culminar el año



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

A-73474

correspondiente.

En este contexto, y con arreglo a la doctrina legal ya citada, emergente de la causa A. 71.388, debe computarse el término prescriptivo desde el vencimiento de la obligación, conforme lo dispuesto por el art. 3.956 de Código Civil -vigente a la época de los hechos debatidos-, resultando, en el caso concreto, que el plazo comenzó a correr el primer día hábil posterior al vencimiento de cada anticipo mensual reclamado.

Por lo expuesto, corresponde desestimar los dichos de la recurrente respecto del *dies a quo* de la prescripción de los anticipos del impuesto sobre los ingresos brutos, que sustentara en la anualidad de este último.

II.4. Con respecto a la solución a la que se arribaría de aplicar el art. 3.980 de la normativa de fondo citada, observo que, contrariamente a lo sugerido por la recurrente, ni la contribuyente ni los declarados responsables solidarios interpusieron en su momento, contra la resolución determinativa de oficio que dio origen a la deuda reclamada, recurso de apelación ante el Tribunal Fiscal ni tampoco otro remedio administrativo que eventualmente pudiera utilizarse como argumento para pretender la extensión de la duración del término prescriptivo debatido (v. fs. 350/361, 449 vta./450 y 463/466, expte. adm. 2306-105.509/04; cfr. fs. 10/13 de estas actuaciones).

Por otra parte, soy de la opinión de que sólo alegada la dispensa de la prescripción prevista en el



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

A-73474

art. 3.980 del Código Civil y acreditada por la parte interesada la imposibilidad absoluta de haber podido interponer la acción (aun al mero efecto interruptivo de la prescripción), se abre la posibilidad de que el juez la haga operativa para el caso concreto. No es ello lo que ha sucedido en el caso, donde dicha imposibilidad no ha quedado configurada.

II.5. Las críticas contra la supuesta declaración de prescripción de las multas reclamadas deben ser asimismo desestimadas, porque tal defensa sólo fue acogida respecto de "...los anticipos 09/1998 a 11/1999 del Impuesto sobre los Ingresos Brutos..." (v. parte resolutive de la sentencia atacada, a fs. 158). De hecho, el Tribunal de Alzada juzgó "...el mérito de la defensa de prescripción opuesta por los recurrentes exclusivamente en torno de los anticipos fiscales volcados en el título N° 210.066 -y no, en cambio, de la multa vertida en el título N° 210.010-..." (v. sent. atacada a fs. 154, el destacado me pertenece).

Al respecto, cabe recordar que el éxito de la postulación recursiva requiere de una crítica concreta, directa y eficaz de las conclusiones definitivas y argumentos en que se funda el fallo recurrido (conf. causas A. 73.385, "S., J. C.", sent. de 24-VI-2015; A. 73.506, "Scarimbolo", sent. de 22-III-2016; A. 74.318, "Toledo", sent. de 29-XI-2017), circunstancia que, por la razón apuntada, no se evidencia en la parcela aquí abordada.

III. Por los fundamentos expuestos, corresponde



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

A-73474

rechazar el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto, imponiendo las costas a la recurrente vencida (conf. arts. 25, ley 13.406; 68 y 289, CPCC).

Voto por la **negativa**.

A la cuestión planteada, la señora Jueza doctora Kogan dijo:

Adhiero a lo manifestado por el doctor de Lázari en los puntos II.1.a y II.5 de su voto, pero a diferencia del nombrado colega, entiendo que, en lo que respecta a la denunciada violación de los arts. 133 y 135 del Código Fiscal (t.o. 2004), normas locales destinadas a reglar -respectivamente- el inicio del cómputo y la suspensión de la prescripción de las obligaciones tributarias provinciales, el recurso debe prosperar.

En efecto, un renovado estudio del régimen de la prescripción de los tributos locales, a la luz de los preceptos del nuevo Código Civil y Comercial (aprobado por la ley 26.994), me ha convencido de modificar mi postura anterior que era coincidente con el precedente "Filcrosa" de la Corte nacional y establecer que en la materia deben prevalecer las normas locales por sobre la legislación de fondo, ello en virtud de los argumentos que se desarrollan en el voto del doctor Soria recaído en la causa A. 71.388, "Fisco de la Provincia de Buenos Aires c/ Recuperación de Créditos S.R.L. s/ Apremio provincial", sentencia de 16-V-2018, al que en su momento adherí y adonde corresponde remitir en honor a la brevedad.

Baste aquí simplemente añadir que las mismas



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

A-73474

razones que llevaron en aquel caso a concluir que el Código Civil -ley 340- no regía el modo de cómputo del plazo de prescripción de una deuda fiscal local conducen en el presente a adoptar idéntica decisión con respecto a la causal de suspensión alegada, por cuanto también ésta constituye un aspecto complementario del término en cuestión, previsto y regulado en las disposiciones tributarias de esta Provincia. Asimismo, cabe destacar que el art. 65 de la ley 11.683 ha previsto para los tributos correspondientes al ámbito nacional un sistema similar al del citado art. 135 del Código Fiscal (conf. mi voto en causa A. 71.949, "Fisco Prov. Bs. As. c/ Andreani", sent. de 29-XII-2020).

Por los fundamentos expuestos, considero que corresponde hacer lugar al recurso articulado por la Fiscalía de Estado en lo que hace a aquellos períodos que, de acuerdo a nuevo cálculo, no se encuentren alcanzados por la prescripción.

Sobre la base de lo decidido, deberá devolverse este expediente a las instancias anteriores a los efectos de dictar un nuevo pronunciamiento conforme a lo previamente establecido.

Atento el modo en que se resuelve, las costas del proceso deben imponerse por su orden (conf. arts. 25, ley 13.406 y 68 *in fine*, CPCC).

Con el alcance indicado, voto por la **afirmativa**.

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Genoud dijo:



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

A-73474

Adhiero a los fundamentos y solución que propone el señor Juez doctor de Lázzari, a excepción de lo señalado en el punto II.1.b. y en el último párrafo del punto II.4. de su voto, en tanto las restantes consideraciones abastecen de manera suficiente la solución que se propicia para el caso.

Con dichas salvedades, voto por la **negativa**.

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Soria dijo:

I. En el caso no es procedente la revisión oficiosa de la constitucionalidad del art. 133 del Código Fiscal (t.o. 2004) y su consecuente invalidación, a los fines de declarar la prescripción del cobro de los anticipos 09/98 a 11/99 del impuesto sobre los ingresos brutos, reclamados en autos por la representación provincial.

I.1. Como surge del expediente, en el presente litigio, iniciado el 24 de noviembre de 2005 (v. fs. 14/15 vta.), el Estado provincial ejecuta una acreencia correspondiente al impuesto sobre los ingresos brutos por los períodos 9/98 a 12/99, contra la firma Necotrans S.A. y los señores Héctor Alfredo Blanes y Guillermo Enrique Chehin (en adelante denominados indistintamente como la "demandada", la "ejecutada" o la "accionada").

I.1.a. Intimada de pago, la demandada adujo, entre otras argumentaciones, que había operado la prescripción (v. fs. 71/75). El breve desarrollo que destinara al tema parte de una afirmación errónea: que la demanda se había interpuesto *recién en el año 2006* (v.



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

A-73474

fs. 72 vta.); desacierto enmarcado en el contexto de una fallida comprensión de las constancias de la causa y una lectura incompleta de las normas consideradas aplicables.

Al comienzo y durante toda su actuación procesal la accionada procuró sustentar su defensa en el régimen del Código Fiscal, cuya aplicación expresamente reivindicó. Lo hizo sin fisuras. A fs. 72 vta. dijo: "El Art. 118 del C. Fiscal es claro a partir del mes de Enero de 1996, al determinar la prescripción quinquenal de las deudas fiscales. Es decir que aún para el período más reciente (posición 12/1999) comienza a correr el plazo de prescripción a partir de enero del año 2000, venciendo indefectiblemente en diciembre de 2005" (sic, v. fs. 72 vta.; cabe aclarar que el citado art. 118 es la norma equivalente al art. 157 del mismo cuerpo legal vigente al tiempo de la sentencia de primera instancia). En el mismo escrito avaló su postura en el hecho de que los títulos ejecutados no daban cuenta de causal alguna que indicase o permitiera inferir la existencia de interrupción o suspensión de la prescripción (v. fs. 72 vta.).

I.1.b. La representación del Fisco refutó semejante planteo. De manera asertiva destacó que su contraparte había sido intimada de pago mediante la resolución determinativa 1.740/04, obrante a fs. 350/351 del trámite administrativo, situación que configuraba una causal de suspensión de la prescripción, según el art. 135 inc. "a" de la legislación tributaria (v. fs. 85/87). Explicó también que dada la forma como debía contarse el término de cinco años de prescripción, a tenor de lo



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

A-73474

dispuesto en los arts. 131 y 133 del Código Fiscal, los créditos tributarios reclamados no se hallaban prescriptos (v. fs. 86 vta.). Además, contestó la procedencia de las restantes alegaciones de la ejecutada.

Sobre esta base quedó trabada la litis.

I.1.c. Por aplicación del Código Fiscal y en razón de la fecha de inicio del proceso, de la índole de los títulos ejecutivos gestados en el expediente administrativo 22306-015059/04 -que culminó con la resolución 1.740/04-, del contenido del citado acto y de su eficacia suspensiva sobre el curso de la prescripción, el juez de origen desestimó los planteos de la ejecutada e hizo lugar a la demanda y mandó llevar adelante la ejecución (v. fs. 113/120).

I.2.a. Esta sentencia fue recurrida por la ejecutada (v. fs. 122/129, en particular v. fs. 127). En cuanto a la prescripción concierne se limitó a repetir las expresiones de fs. 72 vta., omitiendo controvertir los fundamentos de la decisión, como si por alguna razón no develada estuviera dispensada de cumplir la condigna carga procesal.

I.2.b. En primer lugar, la accionada volvió a centrarse en una supuesta fecha de inicio del proceso, diversa a la real, que ubicó simplemente en el año 2006 (v. fs. 123/vta. y 127); algo desmentido por la constancia de fs. 15 vta. Luego de aludir de nuevo a la *claridad* del art. 118 del Código Fiscal, insistió con que el plazo de prescripción había expirado en diciembre de 2005 (v. fs. 123 y 127), sin reparar en la gravitación



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

A-73474

decisiva de otras disposiciones de la misma normativa que regulan el cómputo de aquel plazo (arts. 131 y 133, posteriores arts. 157 y 159 vigentes al tiempo del fallo de primera instancia, todos del Código Fiscal), ni en la precisa alegación formulada al respecto por el Fisco (v. fs. 85 vta./87), como tampoco en la incorporación de todo ello en la sentencia de primera instancia (v. fs. 114 vta., 118 y vta.). Por último, reprodujo lo manifestado a fs. 72 vta. en relación con la predicada ausencia de motivos de interrupción o suspensión de la prescripción. Desvirtuada por el propio expediente y también por el fallo de origen, esa afirmación no tuvo en cuenta la causal suspensiva articulada por la representación estatal (la resolución determinativa de la autoridad recaudatoria) ni su encuadre en el art. 135 del Código Fiscal (v. fs. 14 vta., 86 vta. y 87).

II.1.a. En resumen, la apelación (v. fs. 122/125 y 126/129) contra la sentencia de fs. 113/120: i] ignoró -no cuestionó- la fecha real de inicio del pleito, que surge de fs. 15 vta.; ii] nada dijo sobre los efectos suspensivos del acto de determinación tributaria (resol. 1.740/04); iii] consintió la aplicación del Código Fiscal, al extremo de peticionar siempre en función de sus reglas; iv] no controversió el *dies a quo* de la prescripción quinquenal fijado en el fallo de origen, por derivación necesaria de la vigencia de la normativa provincial.

II.1.b. Del escrito de fs. 126/129 (idéntico al de fs. 122/125), se desprende que los presupuestos y



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

A-73474

motivos determinantes del pronunciamiento de primera instancia quedaron incólumes, porque la demandada no los refutó siquiera en parte. Su recurso reiteró el conjunto de frases arrebujuadas rechazadas por el juez de origen, carentes de idoneidad para expresar una crítica razonada de lo decidido en su fallo.

II.1.c. Arribaron firmes al Tribunal de Alzada los elementos básicos que estructuraron la presente contienda, a saber: i] la fecha de presentación de la demanda; ii] la aplicación al caso del Código Fiscal, entre otros aspectos, en materia de prescripción; iii] la existencia de un acto administrativo suspensivo del curso de la prescripción quinquenal con arreglo a la citada ley tributaria; y, como consecuencia de ello; iv] el cómputo correspondiente a ese plazo. Comprensiva de todas estas cuestiones, aquella firmeza saltaba a la vista. No era fruto de algún sombrío presagio, sino de la conducta asumida en el juicio por la demandada y de la aplicación de las reglas y principios procesales que gobiernan el recurso de apelación.

II.2.a. El fallo impugnado (v. fs. 147/158) ha malinterpretado el alcance de la actuación de la ejecutada, al soslayar su inalterado discurrir en el proceso afirmando la aplicación del Código Fiscal. Con una lectura expansiva del *iura novit curia* (v. fs. 154), se aduce que "la sola articulación de tal defensa" [la prescripción] patentizaría -más allá de su contenido- la existencia de un planteo que impondría la calificación jurídica reputada pertinente.



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

A-73474

II.2.b. En apariencia persuasivo, el desarrollo apuntado, entre otras falencias, pasa por alto el siguiente factor de innegable valor: en la apelación no se cuestionaron los presupuestos ni los motivos que fundaron la sentencia de primera instancia. Aparte de no advertir las diferencias que distinguen el examen de constitucionalidad de las normas legislativas, de la simple tarea de encuadre jurídico del caso (v. infra IV.3.d.i. - IV.3.e.iv.), el hilo discursivo del fallo desgaja el contenido del planteo en sí formulado por la demandada, prescindiendo de lo que expresamente dice. Ese contenido se cifra en precisas aseveraciones (la conformidad con la aplicación del Código Fiscal, la fecha de inicio del proceso y la falta de supuestos de suspensión o interrupción de la prescripción quinquenal). Por ello, bien leída, la conformidad de las partes sobre dicha legislación se erigía en un elemento de decisiva importancia que, en las condiciones de la causa, obstaba el escrutinio constitucional oficioso.

II.2.c. Las reglas del Código Fiscal que dieron sostén a la solución provista en la sentencia de primera instancia no merecieron agravio alguno. Las partes aceptaron su aplicación.

El fallo de fs. 147/158 descuida esa circunstancia, en el entendimiento de que alcanzaba con invocar el precedente "Filcrosa" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos: 326:3899) y la atribución de examinar de oficio la validez de las leyes, para desplazar la normativa consentida, reformular el *dies a*



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

A-73474

quo siguiendo las previsiones del Código Civil y, así, disponer que los créditos reclamados se encontraban prescriptos.

II.2.d. Uno de los problemas que aquejan a la sentencia reside en la errónea lectura de la conducta observada por la demandada en el proceso frente a la ley tributaria. Se dice allí que "...aun cuando los accionados no [han] puesto en crisis la constitucionalidad de aquellas normas del Código Fiscal cuya aplicación pudiera determinar un indebido alongamiento del lapso que para exigir judicialmente el cobro de la obligación impositiva reclamada en autos prevé el Código Civil", tal circunstancia -agrega la Cámara- no podría afectar su invalidación por cuanto, de un lado, se considera palmaria la discordancia entre el precepto local y la legislación civil sancionada conforme al art. 75 inc. 12 de la Constitución nacional y, de otro, la jurisprudencia ha declarado la invalidez de esa clase de normas locales (v. fs. 153 y vta.).

II.2.e. La accionada hizo algo diferente y de mayores consecuencias que mantener la simple pasividad de no objetar -o guardar silencio sobre- la constitucionalidad del Código Fiscal (v. infra IV.1.b. - IV.1.p.), lo que de por sí hubiese sido relevante. Ha fundado en tales reglas sus posiciones procesales, como lo indica a fs. 168 la impugnante. La concluyente actitud (*conformar sus defensas a aquellas normas tributarias, adherir a ellas y expresar reiteradamente su aplicabilidad al caso*) difiere de la indicada en la



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

A-73474

sentencia (*no poner en crisis* la constitucionalidad de esa ley) y muestra el desacierto de esa rotulación.

II.2.f. En adición, la sentencia recurrida se desentiende de la condición disponible o renunciable de los derechos involucrados (v. *infra* IV.2.a. - IV.2.c.).

II.3.a. A raíz del contenido del recurso sobre el cual debía expedirse y frente a lo resuelto por la Cámara, no sobreabunda recordar que toda apelación debe contener la crítica concreta y razonada de las partes del fallo que la apelante estima equivocadas (art. 260, CPCC, conf. art. 25, seg. párr., ley 13.406) y que si no se cumple esa carga el recurso debe ser declarado desierto (art. 261, *cit.*).

II.3.b. El contenido de la jurisdicción de un tribunal de apelación se obtiene al contrastarse lo decidido en primera instancia con lo efectivamente recurrido. Es el patrón inexcusable que permite establecer los puntos del fallo sometido al Tribunal de Alzada, que han sido censurados o puestos en jaque y, por tanto, son aptos para ser revisados, distinguibles de aquellos no refutados, que devienen firmes. Desde ese punto de vista le asiste la razón al recurrente (v. fs. 168/169 vta.) cuando cuestiona el fallo por desligarse de los términos de la contienda.

III.1. En apoyo de lo resuelto, la Cámara invoca la atribución de declarar de oficio la inconstitucionalidad de las normas legislativas contrarias al ordenamiento fundamental.

Su explicación no es suficiente y ha sido



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

A-73474

adecuadamente refutada por la representación del Fisco. La crítica expuesta en el recurso de inaplicabilidad de ley se asienta, entre otros aspectos, en la impropiedad de esa acometida oficiosa, en atención a la firmeza del asunto que aquel tribunal decidió abordar *per se* y al desconocimiento del principio de congruencia (conf. arts. 34 inc. 4 y 163 inc. 6, CPC).

III.2. La fuerza de convicción de estos agravios prevalece sobre la genérica mención de la potestad de los jueces de examinar la constitucionalidad de las leyes. No la desvirtúa la cita de fallos de la Corte Suprema que, por muy conocidos y reiterados, tuvieron en consideración unas circunstancias de hecho y procesales que no cabe parangonar a las que exhibe este expediente.

III.2.a. A partir del precedente "Ganadera Los Lagos" (CSJN Fallos: 190:142) del año 1941, en los conflictos que involucraban a una ley o un reglamento lesivos de derechos o garantías amparados por la Constitución, la Corte Suprema de Justicia, como criterio rector, exigió que mediara un pedido de parte interesada para abrir paso a una declaración de inconstitucionalidad (Fallos: 204:671; 242:112; 248:702, 840; 249:51; 250:716; 252:328; 254:201; 259:157; 261:278; 269:225; 282:15; 284:100; 289:177; 291:499; 303:715; 304:967; 306:303; 310:1090; 311:1843, 2088; 313:1392, entre muchos). El recaudo se fundó básicamente en el principio de separación de poderes, en la presunción de validez de las normas y actos estatales y en la necesidad de que exista



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

A-73474

una controversia en la que se presente una cuestión que proporcione al Poder Judicial la oportunidad de examinar si el precepto implicado se adecua a los principios o garantías de la Constitución nacional (Fallos: 190:98; 234:335; 310:1401).

La exigencia, que podría derivarse del modo como están enunciadas las causales contempladas en el art. 14 de la ley 48, fue inicialmente revestida de recaudos formales y de oportunidad. Así, no bastaba una mera alegación genérica acerca de la disposición objetada (Fallos: 273:66; 286:290; 293:232; 298:124), ni su articulación tardía (Fallos: 291:268; 293:374; 294:324, 373). Con el tiempo el peso de estas cargas fue aligerado, en particular, la concerniente a la tempestividad del planteo constitucional (Fallos: 298:175; 311:1176; 312:826).

III.2.b. Sin embargo, en esta etapa el Alto Tribunal admitió, básicamente para resguardo de su competencia de raigambre constitucional (Fallos: 137:345; 143:191; 185:140), la revisión *ex officio* de leyes que alteraban tales atribuciones (v. "Partido Provincial Unión Santiagueña", Fallos: 238:288) o cuando cercenaban otras potestades de la Corte ("Alejandro Bianchi", Fallos: 248:400). No exenta de matices y vaivenes (Fallos: 250:716; 257:151; 261:278; 284:100; 315:122), esta doctrina llegó a invocarse, más contemporáneamente, en una situación en la que se declaró la invalidez sobrevinida de una ley reguladora de la competencia de otros tribunales (v.gr., la Cámara Federal de la



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

A-73474

Seguridad Social), alguna de cuyas provisiones, sin llegar a avanzar sobre los atributos constitucionales de tales órganos, generó una sobrecarga de expedientes que derivó en el colapso del sistema, la consecuente demora desproporcionada del trámite de los recursos de apelación y la privación de la tutela judicial efectiva respecto de bienes jurídicos dignos de preferencial protección (*in re* "Pedraza", en relación con el art. 18 de la ley 24.463; Fallos: 337:530, cons. 5°, 6°, 8°, 12, 14 y 17).

Pues bien, excepción hecha de esta sentencia, en los demás ejemplos pesaba sobre el órgano judicial el deber de establecer si la disposición legal implicada se ajustaba al orden constitucional como condición para el ejercicio válido de su jurisdicción.

III.2.c. Esta Suprema Corte provincial descalificó con análogo razonamiento ciertas disposiciones violatorias de sus competencias (v. "Acuerdos y Sentencias", Serie 16^a, t. II, pág. 397; Serie 15^a, t. III, pág. 394; causas B. 54.045, "Lafranconi", resol. de 29-X-1991; B. 54.246, "Castellanos", resol. de 3-III-1992; A. 70.498, "Curatolo", resol. de 9-VI-2010). También invocó tales directrices en un asunto en que el precepto legal provocaba un grave menoscabo al ejercicio de la función judicial (causa P. 133.318, "Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires", sent. de 24-V-2020; aun cuando en este caso la cuestión constitucional había sido planteada en las actuaciones).

III.2.d. La jurisprudencia citada en los



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

A-73474

apartados anteriores solo consagraba una excepción al temperamento limitativo ampliamente arraigado y mantenido como principio. Su funcionalidad estaba ligada de modo directo y principal a la salvaguarda de las competencias judiciales o al ejercicio útil de la jurisdicción. Por ello no era generalizable.

En el resto de los asuntos, los más frecuentes, promovidos para obtener el reconocimiento, el restablecimiento o la protección de derechos (o incluso de prerrogativas de los restantes órganos o entes estatales), el *test* constitucional debía ajustarse a la regla de "Ganadera Los Lagos", que condensaba la pauta general. Bien es cierto que, en algún grado, la restricción establecida podía ser atenuada de hallarse en cuestión la inteligencia de normas federales, al menos, en lo que concierne al Alto Tribunal de la Nación. Una flexibilidad relativa y acotada, basada en el estándar jurisprudencial, vigente en la actualidad, conforme al cual la Corte no queda necesariamente limitada por los argumentos brindados por los contendientes o por los órganos jurisdiccionales de las instancias anteriores, sino que le incumbe realizar una declaratoria sobre el punto debatido, según la interpretación que rectamente les otorgase a las reglas involucradas (conf. art. 16, ley 48; CSJN Fallos: 307:1457; 310:2682; 311:2553; 319:2931; 320:1602; 323:1656; 327:5416; 335:168, 1189; 342:584, entre muchos).

III.2.e.i. El pronunciamiento en minoría en la causa "Juzgado de Instrucción Militar n° 50 de Rosario"



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

A-73474

(CSJN Fallos: 306:303, v. voto de los Jueces Fayt y Belluscio) y las opiniones prevaecientes desplegadas en "Mill de Pereyra" (Fallos: 324:3219), marcaron una primera solución de continuidad de la jurisprudencia de "Ganadera Los Lagos".

Con expresa referencia al art. 31 de la Constitución nacional, la conocida disidencia postuló la pertinencia del control oficioso. Se adujo que la facultad no causa un desequilibrio en los cometidos públicos en favor del Judicial y en desmedro de los restantes órganos superiores del Estado "...ya que si la atribución en sí no es negada, carece de consistencia sostener que el avance sobre los otros poderes no se produce cuando media petición de parte y sí cuando no la hay". Con parejo razonamiento, criticó el alcance que la jurisprudencia tradicional asignaba a la presunción de constitucionalidad de las leyes.

La opinión fue expresada con el propósito de franquear la intervención judicial en la incidencia concreta a resolver: una contienda negativa de competencia entre un juzgado de instrucción militar y otro penal de la Provincia de Santa Fe. En la lógica de este voto disidente, el despliegue de la atribución oficiosa debería abarcar "...los casos en que los jueces de cualquier grado estimen inconstitucionales las leyes que rigen su jurisdicción y competencia, en especial en el ámbito penal [...] de lo contrario se forzaría a los magistrados a declinar la propia jurisdicción o asumir la de otros tribunales u órganos sobre la base de normas



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

A-73474

constitucionalmente inválidas" (cons. 5°). De haberse aceptado, la actuación oficiosa pretendida no hubiese importado una expansión significativa del campo del desenvolvimiento judicial.

En el caso "Mill de Pereyra", la Corte procuró afianzar la orientación favorable a la revisión de oficio sobre la base de los mismos razonamientos de "Juzgado de Instrucción Militar". Sin embargo, no llegó a aunarse una clara mayoría de fundamentos. Por un lado, se expresaron los Jueces Fayt y Belluscio (mantuvieron su voto de Fallos: 306:303), Boggiano y Vázquez (por sus votos); mientras que los Jueces Nazareno, Petracchi y Moliné O'Connor disintieron sobre el punto. Engarzada en los principios de la vía oficiosa, o más próxima a ella, la postura de López y Bossert valoró especialmente que las partes hubiesen tenido la oportunidad de ser oídos -bien que en la instancia extraordinaria federal- sobre la constitucionalidad de las normas finalmente invalidadas (con cita de Fallos: 311:1114).

III.2.e.ii. La sentencia pronunciada en el caso "Banco Comercial de Finanzas" (Fallos: 327:3117) refrendó en sus consideraciones generales la línea de los antecedentes recién comentados.

Pero el meollo de la decisión (v. cons. 5°) estuvo determinado por la circunstancia de que la sentencia recurrida en sede extraordinaria había ignorado que la Corte Suprema se había expedido sobre la misma cuestión en el caso de Fallos: 320:1386, invalidando el texto normativo controvertido (decreto 2.075/93). Se



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

A-73474

hallaba en jaque la autoridad institucional de los precedentes del tribunal. Más allá de este relevante aspecto, la sentencia reiteró argumentos favorables a la vía oficiosa. Por ejemplo, que los asuntos constitucionales son cuestiones de derecho, ante lo cual, como el juez no está constreñido por las calificaciones de las partes puede aplicar reglas del ordenamiento no invocadas (v.gr., la de rango prevalente en desmedro de la inferior que la contradiga). Y, también, que la actuación oficiosa no agravia la defensa en juicio, pues de lo contrario habría que censurar la aplicación que se hiciera de cada norma que los litigantes no hubiesen invocado.

III.2.e.iii. La dirección impresa en "Banco Comercial de Finanzas" fue objeto de distintas modulaciones. Así, tras haber reivindicado la potestad en análisis y destacado su marcada excepcionalidad (*in re* "Lapadu", Fallos: 327:5723), lo resuelto por la Corte Suprema en las causas "Gómez" (Fallos: 329:5903) y "Strangio" (Fallos: 332:1078) condicionó su aplicación. En el caso "Soria, Carlos" (Fallos: 333:1723), entre otros puntos, se refirió a la relevancia del debate en el pleito de los problemas constitucionales (v. cons. 6°), mientras que en "Vega" (Fallos: 335:1189), sostuvo que la amplitud interpretativa del juez reconoce como límite la cuestión constitucional planteada por el peticionario (arts. 116, Const. nac.; 2, ley 27). A su turno en "Trova" (Fallos: 332:2504) declaró ajeno a su conocimiento el agravio contra la validez de un régimen



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

A-73474

legal, introducido recién en el recurso federal, por tratarse de un tópico que, debido a la inercia de la parte interesada, no integró el conocimiento de los tribunales de la causa; criterio que -recordó- alcanza a las peticiones deducidas en el remedio extraordinario (Fallos: 315:739; 316:356; 317:170; 320:2740; 322:910).

III.3. Llegados al año 2012, la Corte dictó el fallo "Rodríguez Pereyra" (de fecha 27-XI-2012, Fallos: 335:2333), mencionado por el órgano a quo en respaldo de su resolución. En varios pasajes el pronunciamiento se mostró conteste con una valoración favorable al desempeño oficioso en esta materia.

III.3.i. En primer término, la Corte mantuvo algunos argumentos que informaron a los precedentes "Juzgado de Instrucción Militar n° 50 de Rosario" (voto de los Jueces Fayt y Belluscio) y "Banco Comercial de Finanzas".

En su argumentación no aplicó la doctrina del *iura novit curia*. Recordó en cambio otros antecedentes. Algunos normativos (el art. 100 de la Constitución histórica -116 de la actual-; las leyes 27 [art. 3] y 48 [art. 21]), otros jurisprudenciales (así, los fallos inaugurales "Sojo" [Fallos: 23:37] y "Municipalidad de la Capital c/ Elortondo" [Fallos: 33:162]). En puridad el primero se refería a una ley que ampliaba la competencia originaria al tribunal en materia no prevista por la Constitución y en el segundo la interesada -propietaria expropiada- había alegado que si la expropiación abarcaba más superficie que la necesaria para la construcción de



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

A-73474

la obra, como lo pretendía el municipio, infringiría la inviolabilidad de la propiedad; v. ap. 1° del fallo del juez federal, Fallos: 33:163; es decir, mediaba planteo de parte).

A esto se suma que, con sustento en el precedente "Mazzeo" (Fallos: 330:3248), el Alto Tribunal hizo propia la doctrina del control de convencionalidad, al tiempo que afirmó la fuerza vinculante de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la obligación de aplicar las disposiciones del tratado, como de velar porque su vigencia no sea mellada por normas contrarias a su objeto y fin.

En los considerandos 8°, 9° y 12 calificó al examen constitucional de las normas inferiores como un deber de los jueces, que no está supeditado a la promoción por parte interesada. Luego, en armónica sintonía con la interpretación desarrollada en los casos "Juzgado de Instrucción Militar n° 50 de Rosario" (voto de la minoría) y "Banco Comercial de Finanzas" (cons. 4°), negó que ese obrar oficioso afectara el equilibrio de poderes (cons. 10). Remitiéndose a los mismos antecedentes jurisprudenciales (cons. 4°) planteó que, aceptado el control de constitucionalidad, sería inconsistente suponer que el avance sobre los poderes democráticos no se produce cuando media petición de parte -exigencia que calificó como un «aditamento pretoriano» incorporado en "Ganadera Los Lagos"- y sí cuando no la hay.

En los considerandos 11 a 13 invocó diversos



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

A-73474

aspectos de la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el control de convencionalidad, acuñada en el caso "Almonacid Arellano", de 26-IX-2006, profundizada por aquel tribunal en las causas "Trabajadores Cesados del Congreso", de 24-XI-2006; "Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña", de 1-IX-2010; "Gómez Lund", de 24-XI-2010; "Cabrera García", de 26-XI-2020; "Fontevicchia" de 29-XI-2011, entre otras. En este plano de análisis opinó que sería un contrasentido que el examen del ordenamiento supranacional operase de oficio y que no ocurriera lo mismo con el de constitucionalidad (cons. 12).

III.3.ii. La motivación del pronunciamiento comentado no se reduce a la expresión de las directrices ya apuntadas: la integra un conjunto de argumentos de real interés, cuyo alcance, incluso, otras sentencias se ocuparían de precisar y adaptar a las circunstancias particulares de cada litigio.

Por empezar, en los considerandos 9° y 10 la Corte utilizó la palabra «atribución» para referirse al examen de constitucionalidad de las leyes. En los 13 y 15 acudió al vocablo «potestad». Y en el 9° le atribuyó a ese quehacer la condición de una «facultad». Los calificativos matizan en cierto grado la noción de «deber» empleada en otros pasajes del fallo.

Y destacó especialmente que el examen de compatibilidad constitucional supone la existencia de un litigio respetuoso de las competencias y ajustado a reglas procesales que deben ser observadas. De manera



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

A-73474

expresa, hizo referencia a las normas que prescriben los requisitos de *admisibilidad y fundamentación* de las presentaciones o alegaciones de las partes (v. cons. 13). Por cierto, entre otros presupuestos, cargas y principios abarcados por esas reglas adjetivas, se encuentran las que instituyen la congruencia o correspondencia procesal.

También se ocupó de enfatizar el carácter restrictivo y excepcional de la descalificación de un precepto normativo. Este tipo de decisión -previno- se subordina a que en el pleito "quede palmariamente demostrado" que la disposición legal irroga un perjuicio a alguno de los contendientes, resaltando además que ello depende tanto de la actividad probatoria como de "sus planteos argumentales". Completó el razonamiento afirmando que las posibilidades de que los jueces pudiesen descalificar una norma legal acrecen "cuanto mayor sea la claridad y el sustento fáctico y jurídico que exhiban las argumentaciones de las partes", pues mayores serán las posibilidades de definir si el gravamen solo puede remediarse mediante la declaración de inconstitucionalidad de la norma que lo genera (cons. 13). Todo ello habla a las claras de la centralidad que poseen los planteos de los litigantes en el impulso y, de alguna forma, en el resultado de la revisión constitucional de las normas.

Estas precisiones concluyeron con otra salvedad de importancia: el reconocimiento de la prerrogativa en cuestión -se adujo- no neutraliza la vigencia de las pautas interpretativas elaboradas por el Tribunal a lo



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

A-73474

largo de su actuación institucional, relativas a las demás condiciones, requisitos y alcances del control de constitucionalidad (cons. 13 *in fine*).

En adición, la Corte también recordó su tradicional posición jurisprudencial según la cual: i] la declaración de inconstitucionalidad de una ley es un remedio extremo, el último recurso, que debe evitarse mediante una interpretación compatible con la Ley Fundamental; ii] ante la duda ha de estarse a favor de la legitimidad constitucional de las normas y, iii] cuando exista la posibilidad alternativa de solución adecuada del litigio, corresponde adoptarla y prescindir de la que conduzca a la invalidez constitucional. Por ende, esa descalificación "solo es practicable como razón ineludible del pronunciamiento" de manera que no debe llegarse a disponerla "sino cuando ello es de estricta necesidad" (cons. 14).

III.3.iii. La lectura de la sentencia podía arrojar una sensación dual: de entrada, refulge en ella el postulado de la revisión oficiosa; luego, a tenor del considerando 13, la atribución se reconduce por un trayecto menos lineal, con matices y factores condicionantes. Sin embargo, es perceptible que ha procurado un equilibrio, aun cuando no siempre se alcanza con sencillez (basta pensar que, en su variante más extrema, la inconstitucionalidad oficiosa de una ley, en algún sentido, es promovida por el juez, quien la resuelve sin previo debate y en el acto mismo de la sentencia). Pronunciamientos posteriores también lo



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

A-73474

hicieron, en el afán de resolver los casos en armonía con la garantía de la defensa en juicio y el principio de separación de poderes (arts. 1, 18, 31, 75 inc. 22, 116 y concs., Const. nac.).

IV.1.a. Fruto del agregado de respuestas judiciales, fue estructurándose un derrotero no desprovisto de tramos zigzagueantes, forjado al calor del casuismo, pero dotado de sentido. Con flexibilidad se admite la coexistencia entre la exigencia en ciertos supuestos de la petición de parte y la prerrogativa oficiosa, en función de circunstancias. Al fin y al cabo, las dos modalidades poseen ribetes de excepción; ambas deben respetar una correspondencia básica con la estructura de la relación procesal y ejercerse con suma prudencia, valorándose de manera razonada las constancias de la causa. En ese marco de racionalidad, como necesario telón de fondo, cobra valor la oportunidad de un contrapunto argumentativo en torno de la validez de las normas.

IV.1.b. Dicho esto, se impone explicitar la evolución jurisprudencial aludida.

Cabe partir de la causa "Mansilla" (de fecha 6-III-2014; Fallos: 337:179). En este fallo la Corte dejó sin efecto una sentencia que había declarado de oficio la inconstitucionalidad del tope establecido en el art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo. Entendió que la Cámara de Apelaciones había concedido "algo que el propio interesado había resignado [...] sustituyéndose en la voluntad de una de las partes, con la consecuente



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

A-73474

alteración del balance procesal" (cons. 8°). Lo *resignado* era la oposición al límite legal.

De acuerdo al criterio sentado en este precedente, cuando la parte alcanzada y afectada por una norma legal ajusta su actuación a ella y adhiere a sus preceptos, esa conducta, además de enervar la efectividad de todo acto propio contradictorio con el obrar anterior, se erige en un límite a la declaración de inconstitucionalidad. No resta valor a semejante conclusión el hecho de que, tanto en el citado antecedente como en el posterior "Codina" (Fallos: 337:1403), se haya invocado "Rodríguez Pereyra". En la causa "Codina" el reparo a la normativa aplicable había sido desechado por tardío; negativa centrada entonces en la oportunidad de la petición.

En todo caso, el fallo "Mansilla" reconoce y aplica las pautas morigeradoras del considerando 13 de "Rodríguez Pereyra".

IV.1.c. En el caso "Whirlpool Puntana" (de fecha 11-XII-2014, Fallos: 337:1451) el Alto Tribunal revocó una sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala V, que había acogido la pretensión de la actora contra la resolución 11/02 del por entonces Ministerio de Economía e Infraestructura de la Nación relativa a derechos de exportación. Para así decidir, valoró el hecho de que el contenido de la impugnación judicial se *había circunscripto a determinados motivos* (la prohibición de aplicar esos tributos a operaciones entre países del



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

A-73474

Mercosur -se decía- importaba una violación al régimen del Tratado de Asunción ratificado por ley 23.981). El asunto a resolver quedó así delimitado.

IV.1.c.i. Por entender que el reclamo que fuera acogido por la Cámara no era procedente, la Corte admitió el recurso del Estado nacional y revocó la sentencia estimatoria impugnada, sin que fuera óbice que apenas unos meses antes hubiera invalidado la misma reglamentación -por considerarla reñida con el art. 76 de la Constitución nacional- en "Camaronera Patagónica" (Fallos: 337:388). Como el tribunal dijera, a diferencia de ese antecedente, en el caso "Whirlpool Puntana" *no estaban en discusión las facultades del Poder Ejecutivo para establecer los tributos controvertidos o para fijar sus alícuotas.*

IV.1.c.ii. En el proceso que ahora nos convoca la aplicación del Código Fiscal fue aceptada sin reservas por las partes. El fallo de primera instancia se fundó en esa normativa. Lo mismo hizo la ejecutada en su recurso de apelación. Parafraseando a "Whirlpool Puntana", *no estaba en discusión la aplicabilidad de las normas de la Provincia para reglar la prescripción del cobro de los tributos locales. De allí que la decisión ante esta Suprema Corte recurrida, en cuanto la privó de eficacia, siendo una legislación conformada por las partes, ha excedido los márgenes dentro de los cuales se desarrolló el debate litigioso.*

IV.1.c.iii. En síntesis, el fallo "Whirlpool Puntana" puso límites a la revisión oficiosa de las



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

A-73474

normas, del mismo modo que al despliegue del *iura novit curia* en esta materia.

IV.1.d. Poco tiempo después, en el caso "Gerez" (de fecha 19-V-2015, Fallos: 338:284), sin mayor desarrollo, la Corte reafirmó la vigencia del control oficioso.

IV.1.e. El deber de los magistrados de respetar el principio de congruencia, tal cual lo afirmado en el antecedente "Mansilla", fue reiterado en la causa "YPF" (CSJN 24/2011 (47-Y)/CS1 Recurso de Hecho "YPF SA c/ ACUMAR s/ medida cautelar autónoma", de 12-V-2015). Este fallo subraya el deber que pesa sobre el órgano judicial de respetar los términos de la relación procesal.

IV.1.f. En los autos "N.N." (de fecha 19-IV-2016, Fallos: 339:477), la Corte Suprema recordó que el cuestionamiento a una norma debe formularse por las partes observando *rigurosas exigencias*, máxime cuando está comprometida la jurisdicción más eminente consagrada en los arts. 31 y 116 de la Constitución (estaba en entredicho la ley 27.790, que incorporó el art. 257 bis al régimen de la ley 17.454 -CPCCN-, excluyendo a las causas penales del recurso por salto de instancia).

IV.1.g. En una extradición en la que se pedía la inconstitucionalidad de la ley 24.767, el Alto Tribunal, por remisión al dictamen de la Procuración Fiscal, dijo que semejante decisión requería *de manera inexcusable un sólido desarrollo argumental* y la demostración de un agravio en el caso concreto (*in re* "Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ exhorto",



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

A-73474

de fecha 13-IX-2016, Fallos: 339:277), recaudos que se valoraron como incumplidos.

IV.1.h. En la causa CAF 30796/2016/CA1-CS1 ("Codorníu Argentina SA c/ DGA s/ recurso directo de organismo externo", de 26-XII-2017), también conforme al parecer del citado órgano fiscal, puntualizó que la atribución de encuadrar jurídicamente los hechos planteados, de la que son titulares los jueces, e incluso algunos órganos cuasi jurisdiccionales (en el caso, se trataba del Tribunal Fiscal de la Nación, que había dejado sin efecto -de oficio- un derecho adicional aduanero con invocación de precedentes judiciales contrarios a su aplicabilidad para ese tipo de operaciones), no puede emplearse para introducir pretensiones que los litigantes no hubieran efectuado, lo que es incompatible con el art. 18 de la Constitución nacional (con cita de Fallos: 237:328; 239:442; 267:419; 284:47).

IV.1.i. En el caso "Gómez" (de fecha 22-III-2018, Fallos: 341:250) el actor había demandado al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el resarcimiento de los daños causados por la supuesta discriminación que sufriera al no ser designado en un hospital local porque carecía de la nacionalidad argentina. El Tribunal Superior porteño había fundado la denegatoria, en lo que aquí interesa, en la falta de impugnación constitucional de la ordenanza 41.455, que regía la situación debatida en el caso. La Corte se limitó a desestimar el recurso federal deducido, a pesar



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

A-73474

de que uno de los agravios del impugnante se refería a la omisión de la sentencia, consistente en no haber examinado la constitucionalidad de aquella norma local.

IV.1.j. En el expediente "Hidalgo Garzón" (de fecha 4-XII-2018, Fallos: 341:1768) mantuvo la idea ya comentada, según la cual la descalificación por el juez de una regla del ordenamiento -o de su aplicación concreta- requiere *de manera inexcusable un sólido desarrollo argumental* y la demostración de un agravio *determinado y específico*.

IV.1.k. A su turno, en el caso "Blanco" (de fecha 18-XII-2018, Fallos: 341:1924), atinente a la movilidad de las prestaciones jubilatorias y fallado con cita del precedente de "Rodríguez Pereyra", destacó que los contendientes habían tenido oportunidad de expedirse sobre la incidencia en el caso de las normas que habría de descalificar, con lo cual -precisó- pudieron ejercer su derecho de defensa (v. cons. 6° a 8°, 18 y 19).

IV.1.l. En "Compañía Mega" (de fecha 11-VII-2019, Fallos: 342:1170) la Corte desestimó el agravio formulado por la demandante que objetaba la tasa de interés reconocida en la sentencia de la Cámara interviniente, sosteniendo que su cuantía no compensaba la desvalorización de la moneda. La aplicabilidad de tales accesorios surgía de lo dispuesto en una norma reglamentaria (la resolución 314/04 del Ministerio de Economía).

La decisión de la mayoría rechazó el agravio. Adujo que el cálculo de los intereses efectuado por el



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

A-73474

tribunal de la instancia anterior no había sido desvirtuado por la empresa, quien, sostuvo, "no introdujo un planteo de inconstitucionalidad adecuadamente fundado contra la resolución 314/04", por lo que incumplía la regla jurisprudencial que supedita la procedencia de la declaración de invalidez de una norma a la formulación de un pedido que cuente con "un sólido desarrollo argumental" y "fundamentos de igual carácter" (v. cons. 13 del voto de la mayoría). Estas falencias fueron la base de la denegatoria de la mayoría. En el voto disidente se propició descalificar la reglamentación mencionada y aplicar a los intereses la tasa resultante de los arts. 768 del Código Civil y Comercial y 179 de la ley 11.683.

IV.1.11. En "Yetri", la Corte dejó en pie una sentencia que declaró de oficio la invalidez del art. 14 apartado 2, inc. "b", de la ley 24.557 (texto según decreto 1.278/00). Pero hizo notar que la parte interesada había alegado la inconstitucionalidad sosteniendo que la reducción indemnizatoria afectaba su derecho de propiedad y los principios protectorio y de indemnidad (arts. 14 bis, 17 y 19, Const. nac.). A juicio del Alto Tribunal esa circunstancia demostraba que no se había producido un apartamiento de los términos de la relación procesal (*in re* CNT 21599/2011/CA2-CS1, "Yetri, Víctor Hugo c/ Varcon SRL y otros s/ accidente - acción civil", sent. de 26-XI-2019, por remisión al dictamen del Procurador Fiscal).

IV.1.m. En la causa "La Perelada" (de fecha



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

A-73474

3-III-2020, Fallos: 343:154), en respuesta a un cuestionamiento dirigido contra la imposición del depósito previo reglado en el art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, la Corte, por un lado, recordó su jurisprudencia constante en sentido contrario y, por otro, adujo que la impugnación constitucional exhibía una manifiesta carencia de fundamento por haber sido formulada en términos confusos y genéricos, por lo que era inhábil para justificar su abordaje.

IV.1.n. En una sentencia dictada al mes siguiente (*in re* "C., J. C. c/ EN -M° Defensa- Ejército s/ daños y perjuicios", de fecha 30-IV-2020, Fallos: 343:264), la Corte debió decidir un caso que involucraba el régimen de las leyes 11.672 y 23.982 en sus normas concernientes a la ejecución de sentencias dinerarias contra el Estado. El aspecto conflictivo en esencia radicaba en el hecho de que esas normas no contemplaban excepciones aplicables al caso del actor: un adulto mayor discapacitado y enfermo.

Para la mayoría de la Corte el asunto planteaba la disyuntiva de declarar la invalidez constitucional del régimen, por frustrar la tutela judicial efectiva (dado que el diferimiento del cobro del crédito reconocido vaciaba de contenido útil a la sentencia favorable), o calificar a la situación litigiosa como un caso *no previsto*, susceptible de ser resuelto por disposiciones análogas. Prevalció esta última opción. El primer motivo alegado para justificarla apuntó a las deficiencias de la



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

A-73474

presentación del actor (el planteo constitucional carecía de un sólido desarrollo argumental y fundamentos de igual carácter, *tal como lo exige esta Corte*, aseveró). Es decir, volvió a realzar la importancia de la suficiencia del planteo de parte interesada. El voto de minoría, en cambio, interpretó que la petición había sido oportunamente introducida (al practicarse la liquidación del crédito en primera instancia) y que estaba fundada. Por eso descalificó la constitucionalidad de las normas objeto de reproche.

IV.1.ñ. La sucesión de fallos que integran esta casuística registra un nuevo antecedente de interés en la causa "B., J. M. s/ curatela art. 12 Código Penal" (de fecha 4-VI-2020, Fallos: 343:345). En este expediente la Cámara de Apelaciones, con el único argumento de su *tardía introducción* -por no haber sido planteada en la *primera presentación*- rehusó tratar la cuestión constitucional (la impugnación de los arts. 19 del Código Penal y 3 inc. "e" del Código Nacional Electoral). La Corte Suprema dejó sin efecto el fallo, haciendo referencia a los casos "Rodríguez Pereyra", "Mansilla" y "Codina" y predicando su arbitrariedad por haber omitido dar una respuesta fundada al planteo constitucional del recurrente, a pesar de que estos precedentes consideran que dicho escrutinio es un deber del órgano judicial sujeto al cumplimiento del principio de congruencia.

Como puede verse, al margen de lo afirmado por el Tribunal, en el caso la inconstitucionalidad de las normas lesivas había sido articulada. Mediaba un planteo



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

A-73474

de parte que la Cámara, al tildarlo de extemporáneo, arbitrariamente rehusó considerar.

IV.1.o.i. El recorrido anterior enseña que en la mayoría de estos casos la Corte denegó los reclamos impugnatorios formulados porque adolecían de una argumentación suficiente del reparo que afectaba a la ley. Como si a partir del caso "Mansilla" se hubiese producido un leve viraje en el tratamiento de las cuestiones constitucionales, moderando el ejercicio de la declaración de oficio. Por mucho que la doctrina de "Rodríguez Pereyra" haya sido invocada en algunos fallos posteriores, lo cierto es que en general la Corte ha seguido considerando la necesidad de cumplir la carga del planteo fundado del reproche constitucional a la norma. Exigencia que ha funcionado como un recaudo de admisión, una condición para el dictado de la decisión descalificatoria.

IV.1.o.ii. Ahora bien, si fuese indiscutible que la declaración de inconstitucionalidad de una ley es una cuestión de derecho, que se aplica sin ambages el *iura novit curia* y que, en cualquier circunstancia, los jueces deben invalidar de oficio las normas de rango inferior contrarias al orden constitucional, cabría preguntarse entonces por el sentido de imponerle al litigante que su impugnación satisficiera un determinado estándar de seriedad o suficiencia para poder ser abordada en la sentencia. En función de la predicada obligatoriedad del *test* de constitucionalidad, requerir semejante carga ¿no sería superfluo o contradictorio?



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

A-73474

Hay margen para interpretar que no lo es; y que no se está ante un encadenamiento de contradicciones o de dualidades insalvables, sino, más bien, de facetas de un casuismo tal vez necesario para explicar o mostrar la estructura de un objeto poliédrico y atender mejor sus complejidades.

IV.1.o.iii. En todo caso, el abandono de la postura que vedaba la revisión judicial oficiosa no ha supuesto convertir a esta modalidad en la regla sustituta.

La jurisprudencia ha afrontado y resuelto las diferentes situaciones a partir de las singularidades propias de cada circunstancia litigiosa.

En una serie de casos (v.gr., "Mansilla", "Whirlpool Puntana", "N.N.", "Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto" y "Compañía Mega") el presupuesto exigido (solidez o seriedad del planteamiento constitucional y respeto por el principio de congruencia) ha llevado a denegar impugnaciones, sin que tal criterio haya estado acompañado necesariamente por una actitud más deferencial que reprobatoria hacia la constitucionalidad de las disposiciones implicadas. En otros asuntos (v.gr., "Rodríguez Pereyra" y "Pedraza") la intensidad del control de las normas fue potenciada, encontrando el factor oficioso un mayor espacio de intervención.

IV.1.o.iv. La materia bajo examen es muy fluida.

Esta Suprema Corte provincial, a la hora de examinar ciertas normas, ha exigido, luego incluso de



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

A-73474

"Rodríguez Pereyra", que el abordaje de la cuestión constitucional se correspondiese con un adecuado y oportuno planteamiento de la interesada. Ha obrado así, por ejemplo, en respuesta a reclamos dirigidos contra la validez de preceptos del Código Penal (v.gr., art. 50, Cód. Penal, causa P. 118.152, "Ferro", sent. de 16-VII-2014; art. 165, Cód. Penal, causa P. 123.353, "Saldívar Galeano", sent. de 13-XII-2017; art. 41 bis, Cód. Penal, causa P. 128.440, "Navarro", sent. de 21-IV-2017; o art. 189 bis, inc. 2, párr. 8, Cód. Penal, causa P. 129.423, "Zalazar", sent. de 15-XI-2017) o contra disposiciones adjetivas (v.gr., el art. 371, CPP, causa P. 121.629, "Pereyra", sent. de 9-III-2016; o la ley 11.748, causa P. 117.850, "Martínez", sent. de 11-VI-2014).

IV.1.p.i. La primacía del ordenamiento constitucional fundamenta la potestad judicial de revisión de leyes (art. 31, Const. nac.).

Una mirada de conjunto sobre el desenvolvimiento de la administración de justicia seguramente permitiría advertir que el impulso específico de las partes es clave para la puesta en marcha del escrutinio en cuestión. En la creatividad y libertad propositiva de los litigantes y sus letrados, en la extensa variedad de reclamos de esta índole que se presentan ante los distintos fueros e instancias, anida la fuente dominante de esta actividad. No hace falta escudriñar en los entresijos de la práctica judicial para comprobarlo. Basta con tener presente la gran diversidad



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

A-73474

de reparos y peticiones contra normas de todo tipo que en modo creciente las partes articulan cotidianamente en los distintos procesos.

IV.1.p.ii. En esa constatación se sitúa el principio: enclavado en la experiencia jurídica. No logra amenguarla la postura que afirma que supeditar la actuación del tribunal a la petición de parte implicaría depositar las llaves de la superlegalidad constitucional en las contingentes manos de quien desee formular -o no- una impugnación. Es que, de atenerse a la posición que inspira a dicho repara, en cualquier causa, incluso ante la denegación de un planteo constitucional contra una ley en primera instancia, incontrovertida en la apelación, la Cámara podría o debería abordar de oficio el punto, aunque el afectado no se hubiera agraviado de ello, pasándose por alto la cosa juzgada, la congruencia y la defensa en juicio (arts. 17 y 18, Const. nac.).

IV.1.p.iii. Por otra parte, que antes de la sentencia las partes puedan expresar sus argumentos de impugnación y defensa alrededor de la validez de la regla legislativa aplicable, es un recaudo que parece imponerse y cuya consideración debiera atenuar la versión más drástica del obrar oficioso. No solo por tratarse de una regla de orden para el mejor resguardo de la bilateralidad en el proceso y a la postre de la garantía de la defensa (art. 18, Const. nac.), sino porque ello es funcional a la lógica de la toma de decisión tribunalicia, que atañe al órgano jurisdiccional adoptar desde el sitio de tercero imparcial. Combustible esencial



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

A-73474

de ella, el intercambio de posiciones anima y provee de información al proceso de solución de controversias (art. 116, Const. nac.).

Visto desde esa perspectiva el asunto se enfoca mejor. Inequívocamente, sobre la constitucionalidad de la ley tributaria, en lugar de rechazo, hubo aceptación. Y el conflicto versa sobre bienes o intereses disponibles asociados a la cobrabilidad del crédito fiscal. En tales condiciones ¿la norma aceptada tendría que ser obligadamente privada de sus efectos? No hay razón de peso para sostener la respuesta afirmativa.

IV.1.p.iv. La admisión de las dos modalidades del *test* de constitucionalidad no ensombrece las diferencias que separan una de otra.

Una norma es impugnada cuando a juicio del reclamante lesiona su esfera de derechos y transgrede la Constitución. Por lo común del planteo se confiere un traslado al oponente, quien -aunque no coincida con el autor de la norma objetada- normalmente argumentará a favor de su validez. Así se estructura la cuestión constitucional y se define la esfera de actuación judicial. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, sobre todo a partir del caso "Banco Hipotecario Nacional" (Fallos: 256:104), establece que el órgano estatal emisor de la disposición cuestionada, por ese solo motivo, no es legitimado pasivo en el pleito para defender tal producto normativo si, además, no reviste la condición de «parte sustancial de la relación jurídica» en que se sustenta la pretensión o de «adversario formal»



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

A-73474

en la causa en que se debaten derechos que la norma le acuerda. Es que, según ha dicho el Máximo Tribunal, el dictado de la normativa objetada no determina en principio más que el marco jurídico aplicable; pero la contienda acerca de su validez ha de ventilarse entre el afectado por ella y quien resulta su beneficiario, por la vía que en cada supuesto correspondiere (v. Fallos: 256:104; 321:551; 325:961; 326:3529, y más recientemente: CSJN 600/2016.ORIGINARIO, "Avanzatti, Emilia Zunilda Alejandra y otros c/ Entre Ríos, Provincia de y otro s/ ordinario", de 29-VIII-2017; y CSJN 870/2017.ORIGINARIO, "Apa, Natalia Paula Lorena c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de certeza", de 10-XII-2020).

En ese contexto, el acogimiento de la petición impugnativa representaría una respuesta posible o pronosticable en vista del contenido de la objeción formulada y eventualmente de su réplica. Que así concluyera el trámite pertinente respondería a un tipo de decisión estándar en el quehacer judicial, desprovisto de dificultades de realce en orden al balance de los poderes del Estado o al desenvolvimiento de la judicatura.

Otra es la situación a considerar cuando se practica a ultranza el examen oficioso. Una decisión sobre la invalidez de la norma sancionada por la Legislatura sin planteo u oposición de parte interesada, emplaza al tribunal en un rol próximo al de impugnador directo. El cuestionamiento a la ley, ausente del debate entre las partes, puesto en marcha sin proveer un canal de recepción de los argumentos que en defensa de su



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

A-73474

juridicidad pudiere merecer, es promovido por quien habrá de descalificarla y privarla de sus efectos en el caso, incluso a veces de manera no prevista.

No hay duda de que, en ocasiones, ese tipo de declaración de inconstitucionalidad sin planteo impugnativo es procedente y hasta necesario (v. supra III.2.b. y III.2.c.; o, entre otros casos, ante infracciones manifiestas y groseras). Ahora, comparado con la modalidad anterior, supone un riesgo mayor de compromiso al equilibrio de los poderes.

IV.1.q. Por su gravedad e importancia, la declaración oficiosa admite la exposición de pareceres que recorren todo el arco de posibilidades "desde la afirmación enfática hasta la negación más absoluta [...] como así también estadios intermedios de opinión, en función de las particularidades del caso" (TS CABA, *in re* "Comisión Municipal de la Vivienda c/ Saavedra, Felisa A.", voto del juez Maier, JA 2003-I-125). De todas formas, el ejercicio de esa potestad no debería remecer entre los extremos más distantes. Por eso, de la trayectoria jurisprudencial de la Corte Suprema, labrada sobre los relieves de la casuística, es posible extraer guías útiles para «administrar» los factores en presencia (la carga impugnatoria, el principio de congruencia y la intervención judicial de oficio, según las circunstancias).

IV.1.r. En un entuerto sobre bienes patrimoniales disponibles la revisión constitucional enlazada con ellos debería sustentarse en un previo



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

A-73474

cuestionamiento y a la luz del resultado de su sustanciación (conf. CSJN Fallos: 341:1924; doctr. causa L. 121.503, "Ciancio", sent. de 2-XI-2020) según el principio de congruencia (arts. 18, Const. nac.; 34 inc. 4, 163 inc. 6, CPCC), recaudos que podrán ceder en presencia de afectaciones graves a derechos irrenunciables (ello explica, v.gr., la habilitación de la potestad oficiosa prevista en el art. 6 de la ley 23.098). Al primer grupo pertenece el caso bajo examen. La alegación que hace el fallo de una norma sobre competencia (art. 75 inc. 12, Const. nac.) es una faceta de una contienda en la que aflora a todas luces la centralidad de una disputa meramente patrimonial (cfr. mi voto en la causa L. 109.467, "Chiappalone", sent. de 24-VI-2015).

IV.1.r.i. Nada de esto deriva en la imposición de formas sacramentales. Basta con que se exprese el rechazo fundado a la aplicación de la ley (v. mi voto en la causa C. 120.616, "Cárdenas", sent. de 7-II-2018). Tampoco es indispensable que esa manifestación alumbre inexorablemente en la primera oportunidad procesal. En todo caso debe concederse la ocasión para un intercambio de posiciones entre los oponentes. Con ello se abastece la bilateralidad.

IV.1.r.ii. El cuestionamiento de normas lesivas de ciertos derechos de raigambre constitucional (v.gr., a ejercer el comercio, a la propiedad; conf. arts. 14, 17 y concs., Const. nac.) es una facultad cuya materialización concierne al afectado. Puede ser legítimamente declinada



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

A-73474

de acuerdo a su libre o autónoma determinación (art. 19, Const. nac.). De tal forma, la descalificación oficiosa de una normativa aplicable en casos de esta índole (sobre bienes disponibles) no siempre podrá justificarse si los preceptos han sido consentidos por las partes. La mayor extensión en la disponibilidad de los derechos implicados suele disminuir correlativamente el espacio de la actuación por propia iniciativa del órgano judicial.

IV.1.r.iii. *A fortiori*, el consentimiento o la conformidad expresa acerca de los contenidos de la ley, angostará al máximo el ya estrecho margen de maniobra con que cuenta el juzgador a la hora de decidir su inconstitucionalidad. En función de las particularidades de la causa, ese comportamiento bien podrá importar -a todo efecto- una renuncia.

IV.1.r.iv. En el caso en juzgamiento una comprensión cabal de los aspectos que acaban de mencionarse, a la luz de las constancias del expediente, debió persuadir al sentenciante de la instancia anterior sobre el desfase en que habría de incurrir al decidir como finalmente lo hiciera en la sentencia de fs. 147/158.

IV.2.a. De diferentes enunciados se nutre el contenido de la Constitución, normas y principios con gradaciones, relieves, énfasis marcados (conf. causa B. 64.474, "Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires", sent. de 19-III-2003), tantos como diversos son los supuestos que pueden trasuntar incumplimientos o violaciones constitucionales.



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

A-73474

IV.2.a.i. En ese entramado, las reglas organizativas (que fijan recaudos formales, temporales, de competencia o procedimentales: v.gr., arts. 75 inc. 2 párr. 4, 80, 99 inc. 3 *in fine*, 101, Const. nac.; o los arts. 52, 103 inc. 2 seg. párr., 108 a 110, 121 inc. 2, 144 inc. 8, Const. prov.) difieren de aquellas que imponen mandatos de configuración relativamente abierta (arts. 24, 75 inc. 12 *in fine*, Const. nac.) o establecen directrices de política pública (v.gr., art. 36 inc. 3, Const. prov.; el «seguro social obligatorio», art. 14 bis, Const. nac.). A la vez estas normas no se equiparan a las que establecen prohibiciones ligadas a la distribución del poder público (v.gr., arts. 29, 76 primer párr., 109, Const. nac.) o atañen al mínimo de dignidad y protección garantizado a las personas (v.gr., arts. 15, 18 primer y segundo párrs., Const. nac.), ni son homologables a las que establecen los derechos de directa implicación patrimonial (v.gr., a «ejercer toda industria lícita», a «comerciar», a «usar y disponer de [la] propiedad», art. 14, Const. nac.), prevén los derechos de incidencia colectiva en general (arts. 41, 42 y 43, Const. nac.; 28, 38 y concs., Const. prov.), o reconocen los derechos civiles básicos (v.gr., la igualdad ante la ley, art. 16, Const. nac.).

Este frondoso cuadro de situación predica por sí solo acerca de la complejidad del escrutinio constitucional de las leyes.

IV.2.a.ii. Según el procedimiento de elaboración y su contenido, ciertas normas podrán ser



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

A-73474

reputadas inconstitucionales en modo inequívoco y grosero, dados los incumplimientos endilgados (v.gr., el decreto de necesidad y urgencia que modificara el Código Penal -art. 99 inc. 3, tercer párr., Const. nac.-; la ley que desconociera lo dispuesto en el art. 15, Const. nac.). En estos supuestos puede darse una mayor apertura a la vía oficiosa.

Otras normas serán descalificadas según las circunstancias del caso (v.gr., si concurren y se verifican ciertos factores de hecho). Las mismas reglas podrán en unos casos ser reprobadas y en otros no. Así, en el precedente "Candy" (CSJN Fallos: 332:1571), la Corte consideró que era inconstitucional mantener la prohibición de utilizar el mecanismo de ajuste por inflación -título VI de la ley 20.628-, al haberse acreditado que, de no permitirse su uso, las sumas efectivas a ingresar se elevaban a porcentajes confiscatorios, toda vez que comprometían "una sustancial porción de las rentas obtenidas" por el contribuyente (cons. 15). En los autos B. 73.126, "Saráchaga", resolución de 6-IV-2016, esta Suprema Corte declaró inaplicable al caso el art. 5 inc. 1 de la ley 12.008, por afectar de manera desproporcionada la garantía del acceso a la justicia de la actora. Se dijo allí que "la razonabilidad de una norma es predicable en un contexto determinado" y que puede variar de manera significativa en otro diverso. Pues bien, en esta clase de situaciones, *a la que puede equipararse el caso que versa sobre bienes renunciables*, la iniciativa del afectado instando la



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

A-73474

cuestión constitucional o repudiando o bien consintiendo expresamente la norma legal implicada, puede ser determinante.

IV.2.b.i. Es útil posar de nuevo la mirada sobre uno de los factores que singularizan al caso de autos.

La demandada fundó su defensa en el régimen del Código Fiscal, cuya aplicación postuló sin ambages. Actuó en forma clara, incondicionada, expresa y reiterada, a partir de una lectura propia de esas prescripciones, obviamente diferente de la mantenida por la demandante. Ausente del debate, ninguno de los litigantes reivindicó la aplicación del Código Civil. Los poderes locales para regular la prescripción de los impuestos propios no fueron materia de reproche.

Pero el fallo de fs. 147/158 tomó la iniciativa de descalificar las previsiones de la ley provincial, que invalidó sobre la base de la invocación de la «cláusula de los códigos» (art. 75 inc. 12, en conc. art. 126, Const. nac.) y del precedente "Filcrosa".

IV.2.b.ii. En algún sentido cabe relacionar la potestad de revisión constitucional oficiosa con la sujeción a los precedentes y el principio de igualdad. Si una norma hubiese sido declarada inconstitucional en casos análogos, podría pensarse que no se dispensa una igualdad de trato a la parte afectada en su interés por esa misma norma, cuando al juzgarse su situación caracterizada por reunir idénticas circunstancias, le es denegada una declaración similar, por no haberla



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

A-73474

impugnado. Con independencia de que en este ejemplo la garantía de la defensa del perjudicado por la invalidación podría resultar afectada, la posibilidad de admitir semejante declaración dependería, básicamente, de la identidad de circunstancias entre los casos y de la inexistencia de un consentimiento expreso del beneficiado respecto de la norma, extremos que no se presentan en la especie.

En su configuración fáctica, el caso bajo examen es diferente de aquel que diera lugar a la respuesta dada por la Corte federal en el expediente recién mencionado, y también al registrado en Fallos: 342:1903 ("Volkswagen"). La resolución de esta controversia, por tanto, no estaba vinculada por la autoridad de estos pronunciamientos.

IV.2.b.iii. El deber que recae sobre los organismos jurisdiccionales de conformar sus decisiones a las sentencias de la Corte emitidas en casos similares (Fallos: 307:1094; 312:2007; 316:221; 318:2060; 319:699; 321:2294; 327:5106; 328:175), se sustenta tanto en el carácter de intérprete final de la Constitución nacional que la singulariza, como en razones de celeridad y economía procesal orientadas a evitar el dispendio de la actividad jurisdiccional (Fallos: 25:364; 311:1644 y 2004; 320:1660; 321:3201 y sus citas; 337:47). Pero esa vinculación presupone la sustancial identidad o bien una clara analogía de las situaciones enjuiciadas. Así, se han revocado sentencias que aplicaron la doctrina de un fallo citado como precedente a controversias que no



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

A-73474

reunían las mismas circunstancias debatidas en ese trámite (Fallos: 329:5019 y 335:2028, e.o.) o que soslayaron las diferencias jurídicas existentes entre ambos casos (Fallos: 340:1084).

La decisión recurrida se inspiró en la tantas veces mencionada sentencia de la causa "Filcrosa". Pero no reparó en las disimilitudes relevantes que median entre dicho antecedente y el asunto enjuiciado aquí. En aquel caso el contribuyente había reclamado la aplicación del Código Civil e impugnó la normativa local; en este expediente, en cambio, adhirió en forma expresa a la ley provincial. Por otra parte, en la resolución de la Corte federal los órganos de las instancias anteriores habían decidido en el marco de la relación procesal, mientras que en autos el tribunal *a quo* la ha exorbitado, desconociendo el principio de congruencia.

IV.2.b.iv. Se ha subrayado en varias ocasiones que la ejecutada expuso constantemente su conformidad con las reglas del Código Fiscal. En vista de ese inequívoco comportamiento y del contenido de su defensa de prescripción (v. supra I.1. - II.1.c.), surge a todas luces evidente que la declaración de inconstitucionalidad dispuesta en la sentencia, aparte de no haber sido reclamada, exhibe una clara incompatibilidad con ambos aspectos de la actuación de la demandada.

IV.2.c. Esa determinación fue adoptada a fuerza de soslayar la adscripción de los derechos involucrados en el pleito a un campo de inobjetable disponibilidad, en presencia del cual escaso margen había para avalar una



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

A-73474

intervención por propio impulso. De haberse valorado la conducta procesal de la demandada se habría evitado privar de efectos a una ley que la parte interesada expresamente consintió (arg. art. 873, Cód. Civ.; conc. art. 949, Cód. Civ. y Com.; CSJN Fallos: 187:444; 255:216; 275:235; 279:283; 327:2905).

IV.3.a. En su argumentación, la sentencia del órgano *a quo* se ha apoyado en el brocardo *iura novit curia*. Pero a mi entender no brinda sustento adecuado a lo resuelto en este litigio. Por las diferencias que las separan, la declaración oficiosa de inconstitucionalidad de la ley no representa -ni puede ser- un ejemplo o especificación de la difundida máxima.

Con arreglo al *iura novit curia* se genera un ámbito de decisión incremental que, a su vez, desemboca en un haz de atribuciones, a saber: i] el juez puede suplir falencias en el encuadre normativo de la pretensión entablada o de la oposición esgrimida (CSJN Fallos: 337:1142); ii] pero no está facultado para atribuirles un sentido o alcance mayor o diferente al que surge inequívoco de su lectura, ni para variar el objeto del reclamo o la defensa (CSJN Fallos: 306:1271; 312:2504; 315:103; 317:177; 341:531; e.o.), lo cual violaría la congruencia (arts. 18, Const. nac.; 34 inc. 4, 163 inc. 6, CPCC); iii] es decir, la potestad radica en *calificar* en derecho la pretensión (CSJN Fallos: 329:1787; 333:828), *no cambiarla por otra no deducida* (doctr. causa A. 73.981, "Donadío", sent. de 5-X-2020), pues de aquella y no de esta pudo defenderse la



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

A-73474

contraparte; iv] en cuanto concierne a los tribunales de alzada, los capítulos de la sentencia de primera instancia no impugnados, no pueden ser revisados acudiendo a dicho adagio; v] ante los superiores tribunales tampoco dispensa el cumplimiento de las cargas técnicas propias de los recursos extraordinarios.

IV.3.b. Esta Suprema Corte ha sostenido que los magistrados pueden calificar jurídicamente los hechos o reconducir los reclamos articulados por las partes con abstracción de la denominación que les hubiesen dado, cuidando de *no alterar las circunstancias de la causa* (doctr. causas B. 58.962, "Fiscal de Estado", sent. de 13-XII-2006; B. 67.362, "Peredo", sent. de 24-V-2011; C. 120.633, "Camplone", sent. de 7-VI-2017; A. 71.968, "Palazzo", sent. de 5-VII-2017; e.o.), lineamientos que ha reafirmado en la causa "Donadío", arriba citada. La extensión de ese atributo reconoce un acotamiento en la segunda instancia, pues las cámaras de apelación deben mantenerse, sin exorbitarlo, dentro del marco delimitado por el contenido impugnativo de los recursos llegados ante sus estrados (CSJN Fallos: 248:548; 252:323; 307:948; 312:696; 313:983 y 319:3363, e.o.), so pena de infringir el principio de congruencia, cuyo fundamento reposa en los arts. 17 y 18 de la Constitución nacional (conf. causas C. 94.251, "F., R. B.", sent. de 6-XII-2006; C. 89.165, "Rodríguez", sent. de 16-V-2007).

IV.3.c. El desvío se verifica en el caso.

La sentencia de segunda instancia se ha extendido más allá de la medida de los agravios de las



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

A-73474

partes (CSJN Fallos: 342:1336). Por ello el recurrente acierta cuando cuestiona que se haya decidido una materia firme y consentida (la validez de las normas del Código Fiscal), como se denuncia a fs. 166/169. Para más, ingresó sobre un asunto constitucional no planteado y contradictorio con la conducta observada por los litigantes.

IV.3.d.i. La declaración de inconstitucionalidad de una disposición legislativa forma parte del contenido de una sentencia que de ordinario refleja el acogimiento sustancial de un reclamo impugnativo, formalizado como acción o excepción, destinado a enervar los efectos de esa norma, interpuesto por la parte que repele su aplicación al caso, en razón de su disconformidad con la Constitución y porque afecta derechos o intereses propios o de quien representa. Más allá de dirimir el objeto central del litigio o una cuestión incidental siempre importa un acto jurisdiccional trascendente.

Por su contenido y alcance difiere de la mera calificación y selección normativa que el juez realiza al subsumir el material enjuiciado en la regla de derecho que lo comprende (v.gr., cuando establece que un determinado contrato es de compraventa o de obra).

Los casos que versan sobre la constitucionalidad de las leyes, por su implicación institucional, por lo general deben resolverse dentro de los límites, de los parámetros y los motivos de censura señalados en la impugnación, estrechamente ligados al



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

A-73474

thema decidendum. Ello naturalmente genera un cercenamiento o una fuerte limitación del principio *iura novit curia*, que es de aplicación mucho más amplia en las causas en que son ventilados asuntos comunes u ordinarios (conf. *Corte Costituzionale*, sent. n° 102/08, apdo. 8.2.8.2., de 13-II-2008, <https://www.cortecostituzionale.it/>).

IV.3.d.ii. Cuando una norma legal aplicable a la situación de hecho litigiosa es declarada inconstitucional se la priva en el caso de los efectos obligatorios que de suyo posee (arg. CSJN Fallos: 343:140, cons. 6°). Al verificarse la incompatibilidad material o formal con la Constitución, la regla legislativa, aunque no es derogada (CSJN Fallos: 330:4866), deja de regir en el asunto debatido. Esa neutralización de efectos requiere de una declaración de inconstitucionalidad. El tribunal que, al juzgar el caso aprehendido en regla legal, soslayara su aplicación sin pronunciarse en aquel sentido descalificador, podría incurrir en arbitrariedad (CSJN Fallos: 313:1007; 320:305; 325:1525; 326:4909; 329:1040; 341:648). De tal suerte, como principio, para cancelar la fuerza irrefragable de la ley (arts. 4, 5 y conchs., Cód. Civ. y Com.) debe mediar una sentencia en tal sentido (en principio, instada por el interesado).

IV.3.d.iii. La tarea de calificación o subsunción normativa, a la que apunta el adagio que proclama -no sin una apreciable dosis de optimismo- que el juez conoce el derecho, exhibe otras notas, diferentes



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

A-73474

de las anteriores.

En el tratamiento de un conflicto, especialmente en los que pueden suscitar una concurrencia de normas, cuando resuelve que la conducta o el hecho encajan en una determinada figura del ordenamiento positivo y no en otra (v.gr., rotulando al negocio jurídico como una locación de servicios en lugar de un contrato de trabajo), el magistrado escoge y aplica la regla de derecho que -interpreta- es pertinente. Aunque no lo haga explícito, ese acto supone descartar la aplicación de otras normas. Mas en esa labor se expide con independencia de cualquier objeción contra los preceptos de la disposición relegada o no aplicada. Decide sin descalificarla, no pone en entredicho su validez constitucional, ni la considera lesiva de derechos.

IV.3.d.iv. En general, esa elección o el desplazamiento de una normativa, en lugar o a favor de otra, suele efectuarse en un plano *horizontal*. Se cotejan reglas que por lo común pertenecen al mismo rango dentro de la estructura del ordenamiento. A menudo se decide con el auxilio de pautas interpretativas de carácter general (v.gr., *lex posterior, derogat priori; lex specialis, derogat generali*, etc.) o bien específicas para determinadas materias (v.gr., la aplicación de la ley penal más benigna; o de la norma o cláusula convencional más favorable para el trabajador; o para el consumidor, etc.).

La opción por un determinado precepto y la



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

A-73474

afirmación de que aprehende al caso no implican que el desplazado sea contrario a la Constitución o que a esa mácula obedezca su inaplicabilidad. Refleja a lo sumo el resultado de un análisis de pertinencia, que orienta y culmina en la definición de las disposiciones más idóneas para la subsunción jurídica. Su objeto inmediato apunta al adecuado encuadre de los hechos controvertidos, antes que a la tutela de situaciones subjetivas.

IV.3.d.v. En suma, lejos del escenario de la *ultima ratio*, en el campo del *iura novit curia* el órgano jurisdiccional discierne cuál es la regla que aprehende a los materiales de la contienda, al tiempo que descarta echar mano a otra u otras que no la rigen.

Esas normas son relegadas porque no están llamadas a regular el caso en tratamiento, sino otro u otros. El hecho de no aplicarlas, se insiste, no sugiere la existencia de una disconformidad con la Constitución. Por ello el magistrado no las descalifica. En rigor, tampoco las priva de efectos. Simplemente para resolver el supuesto litigioso no las utiliza porque encajan o se corresponden con otro. Desde luego, así como descarta de tal modo su aplicación, al entender en una contienda diferente el juez podrá fundar su determinación en esas reglas no aplicadas. Esta solución, en principio, no sería predicable si la inaplicabilidad de las normas hubiese sido producto de su inconstitucionalidad.

IV.3.d.vi. Las notas brevemente descriptas permiten distinguir el ámbito propio del control de constitucionalidad de las leyes, del perteneciente a la



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

A-73474

tarea de calificación o subsunción normativa. En el primero el *iura novit curia* tiene escasa cabida, en el segundo es aprovechable con cierta amplitud. Bien entendido que la máxima en cuestión es fuente de un extenso arbitrio judicial, acaso necesitado de prácticas más dialógicas y cooperativas.

En este orden de consideraciones, si parece importante que el juez reciba los planteos y alegaciones de las partes sobre las normas jurídicas, cada vez más complejas y especializadas, mucho más relevante es que garantice que ninguna de ellas sea perjudicada por la aplicación abrupta de cierta normativa, en particular, por una descalificación judicial «sorpresa» o «repentina» (arg. causa A. 73.981, cit.) de la disposición legal aplicable al caso.

IV.3.d.vii. Cabría pensar que la invalidación oficiosa no puede desequilibrar el balance de los poderes, en tanto se limita a privar los efectos de la norma para el caso concreto que estaba llamada a regir, con eficacia *inter partes*.

Sin embargo, esa afirmación ha dejado de reflejar una verdad inconcusa. La declaración de invalidez constitucional puede tener efectos *erga omnes* (CSJN Fallos: 319:3148, en cierto modo; 332:111; v. tb. "Pedraza", cit., cons. 18; y en sentido contrario: Fallos: 333:1023). Hay una tendencia creciente que potencia la expansión de los efectos, acompañando el auge de los procesos colectivos. En los tiempos que corren, entre otros, en litigios de reforma estructural, de



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

A-73474

tutela de derechos de incidencia colectiva en general o de enjuiciamiento de políticas públicas, una sentencia de eficacia masiva o general puede comprometer el principio de separación de poderes. He aquí un factor añadido a ponderar en esa clase de asuntos.

IV.3.e.i. De todo lo expuesto se desprende que el argumento que afirma que, como la revisión constitucional de las leyes versa sobre una cuestión puramente jurídica, los tribunales acudiendo al aforismo en cuestión (*iura novit curia*) pueden invalidar por propia iniciativa un precepto consentido o no controvertido en el proceso, como si se estuviese ante un simple problema de encuadre normativo, incluso en asuntos relativos a derechos patrimoniales renunciables o disponibles (conf. arts. 14, 17, 19 y conchs., Const. nac.), antes que todas las seguridades, ofrece algún punto débil. No solo porque en muchos casos discernir la incompatibilidad constitucional, a la par que encierra arduas variantes en el campo normativo, presupone la comprobación de cuestiones de hecho -y básicamente depende de ella-, sino porque esa atribución descalificatoria de normas legales remite a un arbitrio absolutamente excepcional.

IV.3.e.ii. La distinción entre cuestiones de hecho y de derecho, aun teniendo aplicabilidad en otros campos, en el tema bajo examen acaso ofrezca una pauta demasiado lábil, meramente aproximativa. A veces el peso de la decisión, según se ha visto, se aloja en variantes estrictamente fácticas o probatorias (v. CSJN *in re*



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

A-73474

"Candy", cit.). Con elocuencia lo ejemplifica el precedente "Pedraza" ya citado, basado en una situación de hecho (el colapso del fuero previsional y la consecuente dilación de los delicados procesos de esa materia; v. cons. 9°).

IV.3.e.iii. La Corte Suprema ha dicho en múltiples oportunidades que el ejercicio de la señalada potestad concita a la más delicada de las funciones de un tribunal de justicia y expresa un acto de elevada gravedad institucional (CSJN Fallos: 341:1511; 342:685 y sus citas, entre muchos).

Con sostén en el principio de supremacía (art. 31, en conc. arts. 43 y 116, Const. nac.), los órganos jurisdiccionales deben velar por la observancia del orden jerárquico entre las normas. Con tal objeto, de mediar una controversia, pueden revisar la validez de leyes o reglamentos. Pero también la sujeción a la Constitución implica el deber de actuar dentro de su esfera funcional, garantizando la defensa en juicio (art. 18, Const. nac.) y el pleno respeto de las facultades privativas que la ley fundamental confiere a los otros poderes (CSJN Fallos: 242:73; 285:369; 300:241, 1087; 324:3219, entre muchos).

IV.3.e.iv. El *iura novit curia* dista de ser un instituto extraordinario. De uso común, particularmente en el proceso civil, carece de la envergadura institucional que es inherente al *test* de constitucionalidad.

IV.4.a. La cláusula de la primacía de la



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

A-73474

Constitución fundamenta la revisión judicial de las leyes; pero, como es lógico, no explicita sus pormenores. Difícilmente pudiera objetarse un sistema que consagrara que únicamente a pedido de la parte afectada puede ser ejercida esa atribución.

IV.4.a.i. En homenaje a aquella supremacía, a nadie sorprendería que una sentencia que decidiera por propio impulso, en forma disruptiva, la inconstitucionalidad de una regla legislativa consentida por las partes, en un proceso referido a bienes disponibles, fuese revocada. Asaz simplificado, el ejemplo -que esquematiza lo sucedido en autos- revela alguna de las disfuncionalidades susceptibles de derivarse de un reconocimiento laxo de la prerrogativa bajo examen, que pueden repercutir tanto en el equilibrio de los poderes públicos como en el ejercicio de los derechos individuales.

IV.4.a.ii. El carácter relativo o *iuris tantum* de la presunción de constitucionalidad no transforma a la variable oficiosa en el principio de uso universal, frente a cualquier discordancia normativa y en cualquier supuesto fáctico. Así como no es válido invocarlo para vedar la revisión *ex officio*, tampoco hace de ésta el criterio general.

IV.4.a.iii. Lo que en rigor importa es la manera como se ha ejercido la atribución, vale decir si la determinación jurisdiccional ha sido realizada: i] escuchando previamente a las partes o sin su intervención; ii] sobre la base del cuestionamiento del



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

A-73474

afectado o asumiendo directamente el conflicto normativo como punto a decidir por el juzgador; iii] apreciando la índole de los derechos o intereses en juego (v.gr., si se refieren a bienes disponibles) o sin reparar en ello.

IV.4.b. Por lo demás, el escrutinio constitucional efectuado por la Cámara en la especie no podría apuntalarse recurriendo a la emulación del *test* de convencionalidad oficioso. En un caso tributario, sobre intereses disponibles, la descalificación oficiosa realizada con exceso de la jurisdicción apelada, en contravención al principio de congruencia (conf. arts. 34 inc. 4; 163 inc. 6, CPCC) e ignorando la conducta desplegada por las partes y el contenido de sus presentaciones, mal puede reflejar un desempeño válido del control -sea constitucional o convencional- de las normas (v. "Trabajadores Cesados del Congreso", cit., párr. 128).

V.1. Para concluir: la descalificación jurisdiccional de las leyes en razón de su inconstitucionalidad habla de un desempeño de excepción, sujeto a limitaciones. Si bien la modalidad oficiosa ha dejado de ser un arbitrio vedado en los términos restrictivos de "Ganadera Los Lagos", su admisión supone que la cuestión a decidir esté incorporada al proceso, que la descalificación de la norma involucrada sea ineludible para resolverlo y que ella no se decida en forma sorpresiva. Tampoco, a fuerza de alterar la congruencia o las reglas procesales básicas, entre otras, las de competencia y las que garantizan el



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

A-73474

contradictorio. En modo alguno puede llevar a amplificar la jurisdicción de los tribunales de alzada, determinada por la medida de los agravios planteados. Para pronunciarse en tal sentido sin reclamo de parte el órgano jurisdiccional deberá sopesar una serie de factores, entre otros, si: i] la cuestión litigiosa se refiere a derechos disponibles; ii] la parte afectada por la norma -o beneficiada con su eventual descalificación- ha consentido su aplicación; iii] la ley ha sido declarada inconstitucional por la Corte Suprema o por el mismo tribunal bajo condiciones fácticas o procesales idénticas o sustancialmente análogas; iv] la regla sancionada desconoce groseramente postulados básicos de la Constitución (v. supra IV.2.a.ii); v] la determinación de su invalidez depende de una precisa acreditación fáctica; vi] la descalificación del texto legal en crisis es la única solución posible del conflicto o si puede evitarse con una inteligencia compatible con la Constitución; vii] hubo o se ha brindado en el proceso una razonable oportunidad de debatir sobre la validez constitucional de la ley implicados; viii] la invalidación de la disposición legal se adecua a la debida congruencia procesal; ix] la norma observada altera, desvirtúa o impide el cometido funcional básico, la competencia de fuente constitucional o el ejercicio de la jurisdicción de los jueces.

V.2. A lo largo de este voto se ha remarcado que la disconformidad de la normativa tributaria con el ordenamiento constitucional no fue objeto de debate, ni



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

A-73474

de planteo alguno de la accionada del que la actora hubiera podido defenderse. Antes bien, su legítima aplicabilidad fue reivindicada en forma expresa por ambas partes. La inconstitucionalidad del art. 133 del Código Fiscal (t.o. 2004, vigente al tiempo de promoverse el presente juicio de apremio) tampoco integró el contenido de los agravios deducidos en la apelación ante la Cámara. Consumada de manera repentina en el marco de un litigio concerniente a bienes disponibles y con infracción al principio de congruencia (arts. 34 inc. 4, 163 inc. 6, 272 y concs., CPCC), la declaración de inconstitucionalidad no encuadra en las causales susceptibles de habilitar un pronunciamiento oficioso (v. causas C. 89.831, "Leguizamón", sent. de 1-X-2008; C. 103.094, "Budetta", sent. de 11-XI-2009; v. mi voto en L. 109.467, "Chiappalone", cit.).

V.3. En mérito a todo lo dicho, corresponde hacer lugar al recurso de inaplicabilidad de ley interpuesto, revocar el pronunciamiento de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo con asiento en Mar del Plata por las razones que surgen de los apartados anteriores y devolverle las actuaciones para que, con nueva integración, analice el recurso de apelación deducido por la ejecutada de un modo consistente con lo que surge de esta opinión.

Atento el modo en que se resuelve y la falta de contradicción por parte de la demandada, las costas del proceso deben imponerse por su orden (conf. arts. 25, ley 13.406 y 68 *in fine*, CPCC).



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

A-73474

Voto por la **afirmativa**.

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Pettigiani dijo:

I. Adhiero a los apartados II.1. (en este punto, de conformidad a los razonamientos que a continuación efectúo) y II.5. del voto del distinguido colega, doctor de Lázzari, en cuanto propicia rechazar los agravios de la representación fiscal que se vinculan con la alegada violación al principio de congruencia, así como con la supuesta declaración de prescripción de las multas reclamadas, respectivamente.

Al respecto, y en lo que hace a la oficiosa declaración de inconstitucionalidad del régimen de prescripción de las deudas tributarias establecidas por el Código Fiscal, cabe señalar que la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación ha considerado que la objeción de introducción tardía del agravio constitucional es notoriamente insuficiente frente a la actual jurisprudencia, según la cual el control de constitucionalidad de las normas debe realizarse de oficio, siempre y cuando se respete el principio de congruencia, es decir que los jueces ciñan su decisión a los hechos y planteos definidos al trabarse la litis (Fallos: 335:2333; 337:179; 337:1403).

En mi parecer, la cuestión relativa a la oportunidad en que deben hacerse los planteos de inconstitucionalidad no debe apreciarse con un criterio formalista o restrictivo, en tanto hoy puede sostenerse -sin hesitar- que excepto cuando resulte prematuro (conf.



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

A-73474

causas L. 86.094, sent. de 26-X-2005; L. 77.186, sent. de 24-V-2006; e.o.), cualquier estadio del proceso es válido para desarrollar un embate en tal aspecto (conf. causa C. 105.079, sent. de 31-X-2012), siempre que: (i) se garantice audiencia suficiente o exista posibilidad de contradicción por la contraparte (conf. CSJN, *in re* "Mill de Pereyra, Rita Aurora y otros c/ Provincia de Corrientes", sent. de 27-IX-2001; C. 103.094, sent. de 11-XI-2009; C. 100.285, sent. de 14-IX-2011; e.o.), con la debida tutela del derecho de defensa en juicio de los litigantes (conf. arts. 18, Const. nac.; 15, Const. prov.; 8.1, Pacto de San José de Costa Rica; P. 104.085, sent. de 11-III-2009; P. 101.124, sent. de 25-III-2009; P. 104.637, sent. de 1-IX-2010; P. 106.192, sent. de 2-III-2011; e.o.), referido a la suficiente oportunidad de ser oídos (conf. L. 64.712, sent. de 19-II-2002), exigencia que es posible cumplimentar incluso mediante la deducción del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (conf. L. 66.191, sent. de 27-II-2002; P. 104.637, sent. de 1-IX-2010; A. 69.170, sent. de 10-X-2012; e.o.), o a través de la presentación de la memoria que autoriza el art. 284 del Código Procesal Civil y Comercial, contestando el recurso deducido por la contraria (L. 72.258, sent. de 28-V-2003; L. 74.615, sent. de 23-XII-2003; C. 85.129, sent. de 16-V-2007; e.o.), o por la vista conferida a la Procuración General (P. 106.192, sent. de 2-III-2011), o en ocasión de algún traslado que, respecto de dicha normativa, aun sobreviniente, pueda llegar a ser dispuesto por el tribunal; o (ii) aun



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

A-73474

prescindiendo de dicho recaudo cuando, atento fundadas razones de economía y celeridad (conf. L. 86.269, sent. de 30-III-2005; e.o.), la normativa aplicable al caso en juzgamiento haya sido previamente declarada inconstitucional para casos análogos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (conf. CSJN, *in re* "Banco Comercial de Finanzas", sent. de 19-VIII-2004; SCBA, C. 96.507, sent. de 15-IV-2009; C. 100.625, sent. de 3-VI-2009; e.o.), o lo haya sido *-mutatis mutandi-* por esta Suprema Corte de Justicia (conf. L. 86.354, sent. de 26-IX-2007; C. 89.831, sent. de 1-X-2008; C. 103.094, sent. de 11-XI-2009; C. 105.715, sent. de 11-VIII-2010; C. 103.417, sent. de 14-IX-2011; C. 85.355, sent. de 20-III-2013; e.o.), o (iii) cuando dentro del marco del principio *iuria novit curia* (conf. Ac. 63.379, sent. de 21-V-2002; A. 69.391, sent. de 20-X-2007; e.o.), se trate de normativa local que lesione o restrinja de cualquier modo las declaraciones, derechos y garantías enumerados en la Constitución provincial (conf. art. 57, Const. prov.; A. 68.782, sent. de 22-VIII-2008; A. 68.436, sent. de 25-VIII-2010; mi voto en C. 94.669, sent. de 25-IX-2013).

Por lo demás, cabe destacar que el Alto Tribunal nacional, con cita de diversos precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ("*Trabajadores cesados del Congreso [Aguado Alfaro y otros] vs. Perú*", sent. de 24-XI-2006; "*Ibsen Cárdenas c/ Bolivia*", sent. de 1-IX-2010, "*Gomez Lund y otros c/ Brasil*", sent. de 24-XI-2010, "*Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina*", sent.



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

A-73474

de 29-XI-2011), ha reconocido el deber de los órganos del Poder Judicial de ejercer el control de convencionalidad *ex officio* entre las normas internas y las de la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes (*in re* "Rodríguez Pereyra", Fallos: 335:2333); a la vez que ha ratificado su postura mayoritaria, con cita del precedente "Banco Comercial de Finanzas" (Fallos: 327:3117), con arreglo a la cual la declaración de invalidez de normas inferiores a las leyes fundamentales es susceptible de ser tomada de oficio (ver "Mansilla", Fallos: 337:179; "Blanco", Fallos: 341:1924; CIV 17934/2014/1/RH1, "B., J.M.", sent. de 4-VI-2020).

Pues bien, tal como se pone de relieve en el sufragio inaugural, la inconstitucionalidad de las disposiciones provinciales en esta materia ha sido declarada tanto por esta Corte como por el Alto Tribunal nacional desde hace largo tiempo, por lo cual no resulta censurable la decisión adoptada por el *a quo*.

Por lo demás, hago notar que las eventuales deficiencias en el recurso de apelación ordinaria no han sido objeto de agravio por el Fisco en esta instancia extraordinaria, por lo que su análisis deviene inoficioso.

II. Sentado lo que antecede, y sin perjuicio de coincidir con el ponente en el apartado II.2. de su voto en cuanto a que corresponde aplicar las normas del Código Civil a los aspectos complementarios del plazo de prescripción de las obligaciones tributarias



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

A-73474

provinciales, observo, sin embargo, que le asiste razón a la Fiscalía de Estado cuando -como agravio subsidiario- señala que el a quo ha violado las previsiones de los arts. 182, 183 y concordantes del Código Fiscal (t.o. 2004 y modific.) al declarar subsistente solamente una fracción de la deuda del ejercicio fiscal 1999 (en concreto, el anticipo 12 de tal período), computando en forma independiente el plazo de prescripción de cada uno de los anticipos consignados en el título base de la ejecución.

En este sentido, ya he indicado en otra ocasión (v. mi voto en la causa A. 71.990, "Fisco de la Prov. de Bs. As. c/ Barragán", sent. de 29-V-2019) que la Corte Suprema de Justicia ha sostenido: "...Los anticipos, cuya constitucionalidad ha admitido esta Corte (Fallos: 235:787), [...] constituyen obligaciones de cumplimiento independiente (Fallos: 285:117); y precisamente esa nota de individualidad, que autoriza a concebirlas como obligaciones distintas al 'impuesto de base', descarta toda vinculación con el mentado procedimiento de determinación de oficio el que, por definición, tiene por objeto establecer la materia imponible" (Fallos: 316:3019).

En el caso que nos ocupa, la circunstancia de que los mismos se liquidaran sobre la base de los ingresos correspondientes al mes o bimestre respectivo -según corresponda- no tiene por resultado quitar el atributo de anualidad del impuesto sobre los ingresos brutos.



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

A-73474

Con otro giro, los anticipos no son más que un pago a cuenta de un tributo cuya exigibilidad como tal no ha nacido, razón por la cual la prescripción de dicho tributo, de acuerdo a lo establecido en el art. 3.956 del Código Civil, comienza a correr a partir del 1 de enero del año siguiente al correspondiente ejercicio fiscal.

De lo expuesto, y considerando también que la notificación de la resolución determinativa (que se produjo el 22 de diciembre de 2004, tal como lo señaló el *a quo*) tuvo la virtualidad de suspender por el término de un año el período de prescripción (conf. art. 3.986, seg. párr., Cód. Civ.), entiendo que al momento de promoverse la demanda (día 24 de noviembre de 2005 -ver cargo a fs. 15 vta.-) no se encontraban prescriptos ninguno de los conceptos devengados durante el período 1999, lo que así lo declaro.

Con el alcance indicado, voto por la **afirmativa**.

Con costas de todas las instancias por su orden, al existir vencimientos recíprocos (arts. 25, ley 13.406; 68, 71 274 y 289, CPCC).

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Torres dijo:

I. En relación a la declaración oficiosa de inconstitucionalidad reprochada por el recurrente, adhiero a las consideraciones efectuadas por el colega que inicia el acuerdo. Ello por cuanto considero, en forma concordante a lo allí expuesto, que el límite a la actuación judicial (me refiero específicamente a la



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

A-73474

alegada violación del principio de congruencia) tiene por finalidad el respeto al debido proceso y al derecho de defensa en juicio; finalidad que sólo podría considerarse vulnerada en autos si se desconociera que el Fisco actor ha resultado perdidoso en innumerable cantidad de causas en las que -al igual que en autos- lo que se discute es la prescripción del impuesto sobre los ingresos brutos y, en consecuencia, el régimen legal aplicable.

Así, no puede sostenerse que se vea afectada la contienda -en los términos en que fue trabada la litis- y por ende las garantías constitucionales señaladas *ut supra*, por la aplicación de la conocida doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re* "Filcrosa", más recientemente reiterada *in re* "Volkswagen". El criterio contrario redundaría en un excesivo rigor formal que, en la práctica, llevaría a la irregular situación de admitirse que en esta única causa se permitiera la aplicación de las normas de prescripción del Código Fiscal, en desmedro de lo establecido en el Código Civil entonces vigente (arg. art. 75 inc. 12, Const. nac.).

Para más, resta señalar que, si bien se trata de derechos de incidencia patrimonial desde la óptica del particular contribuyente, lo cierto es que la prescripción funciona -en la práctica- como un límite al ejercicio de la potestad tributaria estatal, lo que no puede ser soslayado en la especie.

II. Por otra parte, adhiero al doctor de Lázzari en cuanto a la forma de computarse en el caso el *dies a quo* de la prescripción (puntos II.2. a II.4. -1er



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

A-73474

párrafo- de su voto). Al respecto simplemente he de advertir que al votar en la causa A. 72.756, "Fisco de la Provincia de Buenos Aires c/ Merco Trans S.A.", sentencia de 29-XII-2020, consideré la posibilidad de que dicho cómputo se practicara ya en forma anual, ya en forma mensual.

Coincido también con lo manifestado por el colega nombrado en los puntos II.5. y III de su sufragio.

III. Por los motivos expuestos, doy mi voto también por lo **negativa**.

El señor Juez doctor **Violini**, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor de Lazzari, votó también por la **negativa**.

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente

S E N T E N C I A

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, por mayoría, se rechaza el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto (conf. 279, CPCC).

Las costas, por mayoría, se imponen a la recurrente vencida (conf. arts. 25, ley 13.406; 68 y 289 *in fine*, CPCC).

Regístrese, notifíquese de oficio y por medios electrónicos (conf. art. 1 acápite 3 "c", resol. Presidencia SCBA 10/20) y devuélvase por la vía que corresponda.

Suscripto y registrado por el Actuario firmante, en la



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

A-73474

ciudad de La Plata, en la fecha indicada en la constancia de la firma digital (Ac. SCBA 3971/20).

Registrada bajo el N°:

REFERENCIAS:

Funcionario Firmante: 25/02/2021 12:31:40 - TORRES Sergio Gabriel - JUEZ

Funcionario Firmante: 25/02/2021 12:38:52 - SORIA Daniel Fernando - JUEZ

Funcionario Firmante: 25/02/2021 12:41:34 - PETTIGIANI Eduardo Julio - JUEZ

Funcionario Firmante: 25/02/2021 12:47:43 - KOGAN Hilda - JUEZA

Funcionario Firmante: 25/02/2021 12:55:02 - VIOLINI Víctor Horacio - JUEZ

Funcionario Firmante: 25/02/2021 15:27:53 - DE LAZZARI Eduardo Nestor - JUEZ

Funcionario Firmante: 25/02/2021 16:29:39 - GENOUD Luis Esteban - JUEZ

Funcionario Firmante: 25/02/2021 18:47:48 - MARTIARENA Juan Jose - SECRETARIO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA



241800290003323786

SECRETARIA DE DEMANDAS ORIGINARIAS - SUPREMA CORTE DE JUSTICIA



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

A-73474

NO CONTIENE ARCHIVOS ADJUNTOS

lidad de escribano de registro del firmante del testimonio o la autenticidad de su firma, mas carece inclusive de posibilidad fáctica de advertir la falsedad de la escritura matriz (1).

DAÑOS Y PERJUICIOS: Responsabilidad del Estado. Registro de la Propiedad.

El estudio del título de propiedad resulta necesario para que se configure en el adquirente del derecho real la buena fe, creencia, que consiste en la impecable convicción de estar obrando con arreglo a derecho, y que constituye presupuesto indispensable para obtener la protección de la ley. Por otra parte, la indicada prudencia y pleno conocimiento de las cosas requería también que —en el caso— la actora hubiese tomado conocimiento directo del inmueble que se le ofrecía como garantía, cuya ubicación en el territorio de determinada provincia no se justifica que desconociera, ya que no podría invocar válidamente la ignorancia de la ley 4141 —que modificó los límites provinciales—: en consecuencia, el hecho dañoso tiene ese carácter por una falta que le es imputable a la actora y no a la Provincia demandada (art. 1111 del Código Civil) (2).

JORGE FERNANDO VADELL v. PROVINCIA DE BUENOS AIRES

DAÑOS Y PERJUICIOS: Responsabilidad del Estado. Registro de la Propiedad.

Resulta responsable la Provincia demandada si el Registro de la Propiedad —ignorando determinadas ventas y atribuyendo a una persona la plenitud de un dominio del que no fue titular— cumplió de manera defectuosa las funciones que le son propias y que atienden, sustancialmente, a otorgar un conocimiento cabal de las condiciones de dominio de los inmuebles. Ello así, pues quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su irregular ejecución.

DAÑOS Y PERJUICIOS: Responsabilidad del Estado. Generalidades.

La idea objetiva de la falta de servicio encuentra fundamento en la aplicación por vía subsidiaria del art. 1112 del Código Civil que establece un régimen de responsabilidad "por los hechos y las omisiones de los funcionarios pú-

(1) 18 de diciembre. Fallos: 296:397; 302:238; 303:851; causa "Zezza, Oscar y otros c/Buenos Aires, Provincia de", del 13 de junio de 1978.

(2) Fallos: 279:404; 290:71; 296:397.

blicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas". Ello pone en juego la responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito del derecho público que no requiere, como fundamento de derecho positivo, recurrir al art. 1113 del Código Civil.

DAÑOS Y PERJUICIOS: Responsabilidad del Estado. Generalidades.

La responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito del derecho público no constituye una responsabilidad indirecta, toda vez que la actividad de los órganos o funcionarios del Estado realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia de éstas, que deben responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas.

ESCRIBANO.

Si bien no caben dudas de que el escribano, como fedatario, cumple una función pública por la investidura con la que el Estado lo somete a su superintendencia (arts. 17, 35 y sigs. de la ley 12.990), es evidente que no se presentan las notas características de la relación de empleo público que permitan responsabilizarlo por las consecuencias de su desempeño, ya que no existe dependencia orgánica respecto de los poderes estatales cuyas plantas funcionales no integra, no está sometido al régimen de subordinación jerárquica que le es propio ni se dan a su respecto otras características de un vínculo permanente con la administración como puede serlo, en su medida, la remuneración.

ESCRIBANO.

El escribano de registro es un profesional del derecho afectado a una actividad privada, pero con atributos que en parte lo equiparan a la gestión pública, cuyos actos, vinculados al comercio jurídico privado, dan fe de esas relaciones privadas y no expresan la voluntad del Estado como éste normalmente la exterioriza a través de sus órganos.

ESCRIBANO.

La referencia contenida en la nota al art. 1112 del Código Civil que menciona a los escribanos entre los agentes públicos —ubicada en su preciso contexto temporal, por ser anterior a la vigencia de las leyes 1144 y 1983, que distinguen entre la fe pública notarial y la judicial— no es suficientemente indicativa si se toma en cuenta que, aun en aquellas normas, los escribanos de registro tenían su regulación junto a los escribanos secretarios —éstos sí incuestionablemente funcionarios estatales— en el marco de las

leyes destinadas a ordenar la organización de los tribunales bajo la genérica definición de escribanos públicos.

ESCRIBANO.

Aun de admitir que la función fedataria sea la más trascendente de las que realiza el notario, no puede ignorarse que concurre con otras que no ostentan ese carácter y que son propias de su condición de profesional independiente. Parece absurdo, entonces, que semejante dualidad se presente en quien se pretende definir como funcionario público, como igualmente inaceptable que, necesariamente sometido como tal a una típica subordinación disciplinaria, esta facultad del Estado pueda coexistir con el ejercicio de una superintendencia a cargo de organismos corporativos como los que contempla la Ley 12.990.

ESCRIBANO.

El vínculo de la actividad notarial con el Estado dentro de un régimen de concesión no importa adjudicar a sus beneficiarios el rango de funcionarios públicos.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 18 de diciembre de 1984.

Vistos los autos: “Vadell, Jorge Fernando c/Buenos Aires, Provincia de s/indemnización”, de los que

Resulta:

I) A fs. 40/45 la parte actora demanda a la Provincia de Buenos Aires para que se la condene a pagar las sumas que se vea obligada a resarcir en favor de Miguel García Gómez en un juicio que éste le sigue, originado en los hechos que pasa a relatar.

Dice que por escritura del 22 de junio de 1949 vendió al mencionado García Gómez el inmueble constituido por la mitad N.O. de la manzana F, ubicado en la ciudad de Necochea, chacra Nº 164, y que había adquirido a Elías Sily. Esas compraventas —sostiene— fueron efectuadas sobre la base de antecedentes de dominio nulos que comprometen la responsabilidad de la Provincia.

Tales antecedentes dominiales demuestran que mediante escritura del 27 de diciembre de 1906 Gervasio Abásolo compró la totalidad de la chacra 164 de la que comprendía numerosas manzanas, entre ellas, las identificadas con las letras "E" y "F". Posteriormente, Abásolo vendió la mitad S.O. de la manzana "F" a J. N. Méndez y Cía., la mitad restante N.E. a Juan Ayrolo y la mitad S.E. de la manzana "E" a José Koblitz. De tal suerte, sólo quedó en su patrimonio la mitad N.O. de esta última.

El 17 de junio de 1914, Abásolo transfirió a su hermano Emiliano el remanente de la totalidad de la chacra 164. Al confeccionar la escritura pertinente, el escribano José Exertier excluyó de la operación "la mitad S.O. de la manzana "E" que atribuyó a Méndez sin advertir que lo adquirido por éste correspondía a la manzana "F" y no consideró las ventas a Koblitz y Ayrolo, las que quedaron comprendidas en la transmisión.

Fallecido Emiliano Abásolo se enajenó por sus sucesores y en subasta, lo que se denomina la mitad N.O. de la manzana "F" produciéndose nuevas irregularidades. En efecto, aquél no era propietario de esa fracción, totalmente vendida por su antecesor Gervasio, pese a lo cual el Registro de la Propiedad informó adjudicándole la plena titularidad del dominio.

No obstante estas circunstancias, el registro inmobiliario anotó el título de Emiliano Abásolo pese a mediar las defectuosas menciones consignadas por el escribano Exertier y expidió luego un certificado de dominio en el que informó que no tenía restricciones ni exclusiones para anotar luego su venta a Bilbao y Jaca. A partir de estos errores se produjeron transmisiones paralelas superpuestas sobre una misma fracción lo que determinó una serie de litigios entre los que menciona el seguido en su contra.

Por estos hechos responsabiliza a la demandada, ya sea por los errores registrales como por la conducta de los escribanos intervinientes, a los que califica de funcionarios públicos dependientes del Estado provincial.

II) A fs. 54/60 contesta la Provincia de Buenos Aires. Opone la excepción de falta de legitimación para obrar y pide subsidiariamente el rechazo de la demanda.

Tras reseñar los antecedentes registrales descarta su responsabilidad, la que, en todo caso, sostiene que se originaría en las menciones de las escrituras que crearon la superposición de inscripciones denunciadas. Tampoco la reconoce en lo atinente a la actuación de los escribanos, a quienes niega el carácter de funcionarios públicos recordando las diferentes doctrinas elaboradas acerca de la naturaleza de sus funciones. Pide, por último, la citación de los escribanos Exertier y Landó.

III) A fs. 69 se desestima la excepción planteada y a fs. 96 se rechaza la citación de terceros.

IV) A fs. 135/36 la actora hace saber que la sentencia dictada en el litigio seguido por García Gómez ha sido favorable al actor lo que deja expedita esta acción aun cuando no exista monto líquido del resarcimiento a que se lo condenó.

Considerando:

1º) Que el presente juicio es de la competencia originaria de esta Corte Suprema (arts. 100 y 101 de la Constitución).

2º) Que a los efectos de precisar los antecedentes dominiales que dan origen al pleito, es conveniente su relación circunstanciada, la que, por lo demás, resulta suficientemente esclarecida en el dictamen pericial del escribano Rubio. En el año 1906, el señor Gervasio Abásolo adquirió la totalidad de la chacra 164, compuesta entre otras de las manzanas "E" y "F" sobre las que se suscitarán las sucesivas controversias, y años después, entre 1910 y 1911, vendió las fracciones S.O. y N.E. en que se dividía la "F" a Méndez y Cía. y Ayrolo, y la S.E. —de las dos que conformaban la "E"— a José Koblitz. Sólo quedó en su patrimonio, entonces, la individualizada como N.O. de la manzana "E" (ver posiciones puestas a la demandada, a fs. 153/55, respuesta 4ª).

En 1914 Abásolo vendió a su hermano Emiliano lo que se indica como remanente de la chacra 164. Para realizar esta operación el escribano José Exertier requirió del registro inmobiliario de la Provincia el certificado 3869 que, según lo afirma el perito, informó que la totalidad de la chacra pertenecía al vendedor lo que obviamente no correspondía a la realidad dominial toda vez que se habían producido las ventas ya reseñadas, todas ellas inscriptas en el registro (ver posicio-

nes de fs. 153/55, respuestas 1ª a 3ª; fs. 236/37, escritura a fs. 43/46 de los autos: "Verga de Cherbet c/García Gómez", agregados por cuerda). Por su parte, el escribano Exertier, cuyo conocimiento de esas transacciones se desprende de la escritura, excluyó de la venta la fracción S.O. de la manzana "E" —inexistente, por lo demás— confundiéndola con la así denominada de la "F" que había comprado Méndez. De tal manera y mediante inscripción N° 94.545, serie B, del 28 de diciembre de 1914, Emiliano Abásolo se convirtió en "dueño" de la parte S.O. de la manzana "F" ya vendida, sin observaciones de parte del registro (ver posiciones, respuesta 5ª).

3º) Que en 1924, la sucesión de Emiliano Abásolo enajenó, en subasta, a la firma Bilbao y Jaca lo que en la escritura se identifica como sector N.O. de la manzana "F", lo que constituía una denominación incierta. Ese nuevo error notarial, esta vez del escribano Landó, originó la superposición de dominio sobre el ángulo oeste de esa manzana (dividida como se sabe en fracciones S.O. y N.E.). Tal escrituración fue precedida de sucesivos pedidos de certificación de dominio que gravitaron decisivamente en la suerte de los bienes. En efecto, el 12 de julio de 1923 y mediante oficio que figura a fs. 207 de los autos sucesorios de Emiliano Abásolo, se indica que "en cuanto a lo deslindado por la inscripción 94.545 B '14'" (corresponde a la venta entre los Abásolo) "cuenta con deducción de la quinta 6 chacra 135 por haber sido enajenado".

4º) Que esa respuesta evidencia que el registro, pese a contar con medios para informar sobre anteriores transferencias —así lo prueban la mención antedicha del estado de la chacra 136 y las constancias que reconoce en la absolución de posiciones—, ponían en cabeza de Emiliano Abásolo la titularidad de un bien que nunca le había pertenecido totalmente. Este se reitera, según el perito, en otras piezas provenientes de esa repartición que obran en el protocolo respectivo (certificado 39.676, del 31 de julio de 1924, y su ampliación bajo N° 48.632 del 22 de septiembre de ese año). Allí se comunica, por el primero, que la chacra consta en su integridad a nombre de Emiliano y por el segundo, emitido meses después, que ese dominio no se había modificado en sus condiciones (peritaje de fs. 160/68). De lo expuesto, surge la evidencia de que el registro ignoró la primitiva venta de Gervasio Abásolo a Mén-

dez que involucró el terreno que suscita el litigio y las posteriores de Emiliano atribuyéndole a éste la plenitud de un dominio del que no fue titular. Cabe señalar también, que la venta de Bilbao y Jaca se anotó sin reservas pese a las incongruencias ya expuestas (posiciones de fs. 153/55, respuesta 7ª).

5º) Que las consideraciones precedentes demuestran la responsabilidad de la Provincia toda vez que el Registro de la Propiedad, al incurrir en las omisiones señaladas, cumplió de manera defectuosa las funciones que le son propias y que atienden, sustancialmente, a otorgar un conocimiento cabal de las condiciones de dominio de los inmuebles. En este sentido cabe recordar lo expresado en Fallos: 182:5, donde el Tribunal sostuvo que "quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su irregular ejecución".

Esa idea objetiva de la falta de servicio encuentra fundamento en la aplicación por vía subsidiaria del art. 1112 del Código Civil que establece un régimen de responsabilidad "por los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas".

6º) Que ello pone en juego la responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito del derecho público que no requiere, como fundamento de derecho positivo, recurrir al art. 1113 del Código Civil al que han remitido desde antiguo, exclusiva o concurrentemente, sentencias anteriores de esta Corte en doctrina que sus actuales integrantes no comparan (ver Fallos: 259:261; 270:404; 278:224; 288:362; 290:71; 300:867). En efecto, no se trata de una responsabilidad indirecta la que en el caso se compromete, toda vez que la actividad de los órganos o funcionarios del Estado realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia de éstas, que deben responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas.

7º) Que no obstante, y a mérito de lo expuesto acerca de las actuaciones de los escribanos Exertier y Landó, debe establecerse si am-

bas fueron causa eficiente de los daños por las fallas en que incurrieron en la confección de las respectivas escrituras al denominar equivocadamente las fracciones vendidas. Así parece respecto de Exertier quien, conocedor de las ventas anteriores —ignoradas, como se dijo en los informes del registro— y del plano de subdivisión tal como se desprende de fs. 686/90 de los autos sucesorios de Emiliano Abásolo, debió excluir del denominado “remanente” la fracción S.O. de la manzana “F” que a raíz de su intervención fue vendida dos veces originándose la superposición del dominio, pero no en lo que atañe a Landó. En efecto, éste, que se guió por los antecedentes del registro y en particular por la situación registral respecto de aquella fracción, cometió el error de autorizar el acto referente a la parte S.O. (inexistente) de la manzana “F”, error que, en la práctica y en lo que interesa, significó reducir la superposición ya existente aunque afectando la propiedad de un tercero, lo que, aunque eventualmente podría comprometer su responsabilidad, no tiene repercusión para la suerte de este litigio.

8º) Que la cuestión suscitada conduce a la necesidad de indagar si la actividad del escribano de registro constituye una modalidad dentro de la categoría de los funcionarios públicos, con las consecuencias legales que de ello derivan y que son las que cabe considerar o, por el contrario, el ejercicio de una profesión, bien que dotada del atributo de la fe pública y sometida a una particular relación con el Estado que se manifiesta a través del acto de la investidura, el control y las facultades disciplinarias, pero que no participa *stricto sensu* de aquel carácter.

9º) Que dificultan la solución del tema algunas disposiciones del Código Civil, como los arts. 979, incs. 1º y 2º, 997 y 1004 que contienen menciones no suficientemente explícitas acerca de quienes denomina escribanos o funcionarios públicos, y también la referencia que hace el codificador en su nota al art. 1112, en la cual ubica a aquéllos en esa última clasificación. No debe perderse de vista, por otra parte, que el art. 10 de la ley 12.990 ha reconocido formalmente ese carácter siguiendo sus antecedentes, las leyes 1144 y 1893.

10) Que, no obstante, la sujeción literal a la norma no basta para explicar la condición en examen, por lo que resulta necesaria una exégesis sistemática del estatuto jurídico del notariado. En ese sentido, si

bien no caben duda de que como fedatario cumple una función pública por la investidura con la que el Estado lo somete a su superintendencia (arts. 17, 35 y sigs. de la ley 12.990), es evidente que no se presentan las notas características de la relación de empleo público que permitan responsabilizarlo por las consecuencias de su desempeño. En efecto, no existe dependencia orgánica respecto de los poderes estatales cuyas plantas funcionales no integra, no está sometido al régimen de subordinación jerárquica que le es propio ni se dan a su respecto otras características de un vínculo permanente con la administración como puede serlo, en su medida, la remuneración.

11) Que en tales condiciones, se lo puede definir como un profesional del derecho afectado a una actividad privada, pero con atributos que en parte lo equiparan a la gestión pública, cuyos actos, vinculados al comercio jurídico privado, dan fe de esas relaciones privadas y no expresan la voluntad del Estado como éste normalmente la exterioriza a través de sus órganos.

12) Que la referencia contenida en la nota al art. 1112 del Código Civil que incorpora entre los agentes públicos a “los escribanos, procuradores y todos los empleados en la administración del Estado” no altera lo expuesto toda vez que no cabe afirmar que contenga una inequívoca mención de los escribanos de registro. Contribuye a esta convicción la circunstancia de que al sancionarse el Código Civil, no existía la separación entre la fe pública notarial y la judicial, que sólo se opera con la vigencia de las leyes 1144 y 1893, que siguen la orientación innovadora de la ley orgánica del notariado español de 1862. De tal manera, la expresión —ubicada en su preciso contexto temporal— no es suficientemente indicativa si se toma en cuenta que, aun en aquellas normas, los escribanos de registro tenían su regulación junto a los escribanos secretarios —estos sí incuestionablemente funcionarios estatales— en el marco de las leyes destinadas a ordenar la organización de los tribunales bajo la genérica definición de escribanos públicos (ley 1893, título XII, caps. I, II y III).

13) Que por otra parte y aun de admitir que la función fedataria sea la más trascendente de las que realiza el notario, no puede ignorarse que concurre con otras que no ostentan ese carácter y que son propias de su condición de profesional independiente. Parece absurdo,

entonces, que semejante dualidad se presente en quien se pretende definir como funcionario público, como igualmente inaceptable que, necesariamente sometido como tal a una típica subordinación disciplinaria, esta facultad del Estado pueda coexistir con el ejercicio de una superintendencia a cargo de organismos corporativos como los que contempla la ley 12.990 (arts. 43 y sigtes.).

14) Que, por último, cabe recordar que la Corte definió el particular status del escribano de registro señalando que “la reglamentación a que puede someterse el ejercicio de las profesiones liberales, ofrece aspecto esencial tratándose de los escribanos, porque la facultad que se les atribuye de dar fe a los actos y contratos que celebren conforme a las leyes constituye una concesión del Estado acordada por la calidad de “funcionario” o de “oficial público” que corresponde a los escribanos de Registro” (Fallos: 235:445). De estas conclusiones surge, reafirmada, la naturaleza atribuida a la actividad notarial sin que obste a ello la caracterización de su vínculo con el Estado dentro de un régimen de concesión toda vez que éste no importa adjudicar a sus beneficiarios el rango de funcionarios públicos que tampoco aparece nítidamente perfilado en el párrafo transcrito a través, tan sólo, de las expresiones enmalladas que contiene.

15) Que de acuerdo a lo expuesto corresponde ahora decidir sobre la participación que cupo a la Provincia demandada en la producción de los daños, que esta Corte estima en un 70 % ya que la trascendencia de la conducta irregular del registro inmobiliario como causa de aquellos debe entenderse superior a la del escribano Exertier. El reclamo del actor, que consiste en el reintegro de lo que se le condene a pagar en el juicio que le siguió García Gómez no se traduce aún en suma líquida toda vez que no se ha cumplido con la etapa de ejecución de aquella sentencia y no media liquidación practicada. Deberá, entonces, diferirse la estimación económica del perjuicio para su oportunidad.

Por ello, y lo dispuesto en los arts. 1112 y concs. del Código Civil, se decide: Hacer lugar parcialmente a la demanda seguida por Jorge Fernando Vadell contra la Provincia de Buenos Aires. Estése a lo establecido en el considerando 15) sobre la fijación del resarcimiento. Las

costas se imponen en un 70 % a cargo del Estado provincial y un 30 % a la parte actora en atención al resultado del pleito (art. 71, Código Procesal).

GENARO R. CARRIÓ — JOSÉ SEVERO CABALLERO — CARLOS S. FAYT — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI.

ARTURO AQUILES DUFOUR v. NACIÓN ARGENTINA

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Por la materia. Varias.

La norma que establece la competencia federal en las causas en que la Nación o uno de sus organismos autárquicos son parte, en cuanto tiene fundamentos en su condición de tales, no es inexcusable y puede ser prorrogada por sus titulares; en estos casos la prórroga de jurisdicción es válida porque es *ratione personae* y no *ratione materiae*. Tal doctrina no resulta aplicable cuando, como en el caso —en el que el actor persigue el cumplimiento del contrato de prestación de servicios profesionales que les unió a la cooperativa El Pampero de Vivienda y a la Secretaría de Estado de Vivienda y Urbanismo de la Nación—, la competencia federal corresponde no sólo por razón de la persona (art. 2º, inc. 6º, de la ley 48) sino por el carácter contenciosoadministrativo de la causa judicial, que está dado por la circunstancia de ser parte en el conflicto un órgano de la Administración Pública y, fundamentalmente, por la naturaleza de las normas que han de utilizarse para resolver el pleito (art. 2º, inc. 1º, de la ley 48 y art. 45, inc. a), de la ley 13.998).

DICTAMEN DEL PROCURADOR GENERAL

Suprema Corte:

Tanto la Cámara Nacional de Apelaciones Especial en lo Civil y Comercial, como el señor Juez a cargo del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal Nº 7, ambos de esta Capital, se declararon incompetentes en estas actuaciones (ver fs. 395 y 404/405, respectivamente).

Estados Unidos del Brasil, enumerados en la planilla "B", aneja a este Tratado y del cual forma parte integrante —la yerba mate canchada figura en esa planilla— cuando sean importados a la República Argentina, ...si actualmente están sujetos a derecho quedarán exentos de derechos aduaneros ordinarios en exceso de lo que estipula la referida planilla". Y añade: "Todos los artículos enumerados y descriptos en la misma planilla "B" quedarán también libres de otros derechos, tasas o cualesquiera otras sobretasas referentes a importación que excedieren a los establecidos o previstos en las leyes de la República en vigor en el día de la firma del Tratado".

Es incontestable, a juicio de esta Corte, que la voluntad de las partes contratantes fué la de no modificar los derechos y las tasas aduaneros referentes a la importación de las mercaderías de origen brasileño durante la vigencia del Tratado, siempre que esas mercaderías figurasen en la planilla aneja al mismo, manteniéndolos invariables según las disposiciones vigentes en la data del convenio. Y siendo ese acto internacional ley suprema para la Nación (Constitución Nacional, art. 31), es obvio decir que el art. 7º, ya mencionado, debe tener prevalencia sobre los decretos n.ºs 26.224/51 y 6093/52, que sirvieron de base para la liquidación de los servicios de almacenaje de la mercadería importada por la accionante.

Que, en consecuencia, los servicios de almacenaje —tasas— deben ser liquidados con arreglo a las tarifas vigentes el 23 de enero de 1940 —fecha del Tratado con el Brasil— tarifas reguladas por la ley 11.248, que según la contraliquidación de fs. 24 del expediente agregado y el informe de fs. 159, importan la suma de \$ 1.590,69 m/n.

Que en lo relacionado con la improcedencia de la exclusión de la multa liquidada conforme al art. 18 de la ley 11.248, que ha sido estimada en \$ 4.240,37 m/n. (fs. 24, Expte. agregado), en virtud de la demora del actor para realizar en término los despachos a plaza por causas que le son imputables, tal agravio de la demandada es inexistente por cuanto la sentencia del *a quo* la ha incluido, y ésta no ha sido apelada por la accionante.

Que, de acuerdo con lo expuesto, correspondería hacer lugar a la repetición de la suma de \$ 62.143,23 m/n., resultante de la diferencia de lo pagado \$ 67.974,29 y \$ 5.831,06, que comprende \$ 1.590,69 m/n. más \$ 4.240,37, por los conceptos de almacenaje y multa, pero, no habiendo el accionante apelado de la sentencia, debe confirmarse la del tribunal *a quo*.

Por ello, se confirma la sentencia recurrida. Costas de esta instancia a cargo de la demandada.

ALFREDO ORGAZ — BENJAMÍN VILLEGAS
BASAVILBASO — ARISTÓBULO D.
ARÁOZ DE LAMADRID — JULIO
OYHANABTE.

S. R. L. SAMUEL KOT

RECURSO DE AMPARO.

El recurso de amparo deducido con invocación de los derechos constitucionales de la libertad de trabajo, de la propiedad y de la libre actividad, es una garantía distinta a la que protege la libertad corporal y que, a semejanza del *habeas corpus*, procura una protección expeditiva y rápida, que emana directamente de la Constitución.

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Generalidades.

A los fines de la protección de los diversos aspectos de la libertad individual, garantizados tácita o implícitamente por el art. 33 de la Constitución Nacional, no es esencial distinguir si la restricción ilegítima proviene de la autoridad pública o de actos de particulares.

Nada hay, ni en la letra ni en el espíritu de la Constitución, que permita aseverar que la protección de los "derechos humanos" esté circunscripta a los ataques que provengan sólo de la autoridad ni que autorice la afirmación de que el ataque ilegítimo, grave y manifiesto contra cualquiera de los derechos que integran la libertad, *lato sensu*, carezca de la protección constitucional adecuada por la sola circunstancia de que ese ataque emane de otros particulares o de grupos organizados de individuos.

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Generalidades.

La declaración de que no existe protección constitucional de los derechos humanos frente a organizaciones colectivas, que acumulan casi siempre enorme poderío material o económico (consorcios, sindicatos, asociaciones profesionales, grandes empresas), comportaría la de la quiebra de los grandes objetivos de la Constitución, cuyo espíritu liberal es inequívoco y vehemente, y con ella, la del orden jurídico fundamental del país.

LEY: Interpretación y aplicación.

Las leyes no pueden ser interpretadas sólo históricamente, porque por naturaleza tienen una visión de futuro, y están predestinadas a recoger y registrar hechos posteriores a su sanción.

CONSTITUCION NACIONAL: Principios generales.

La Constitución Nacional tiene la virtualidad necesaria de poder gobernar las relaciones jurídicas nacidas en circunstancias sociales diferentes a las

que existían en tiempos de su sanción. Este avance de los principios constitucionales es la obra de los intérpretes, en especial de los jueces, quienes deben consagrar la inteligencia que mejor asegure los grandes objetivos para que fué dictada la Constitución; entre ellos está, primero entre todos, el de asegurar los beneficios de la libertad.

HABEAS CORPUS.

El art. 18 de la Constitución Nacional establece, con una fórmula muy general, que toda privación ilegítima de la libertad personal, sin distinción alguna acerca de quien emana, autoriza el amparo constitucional. Esta amplitud del hábeas corpus es la que corresponde a la tradición del recurso en el derecho anglo-americano, fuente inmediata del nuestro, así como a la letra y el espíritu de la Constitución Nacional.

RECURSO DE AMPARO.

Sin una reserva que, expresa o implícitamente, emane de los preceptos constitucionales, y que imponga una inteligencia restringida del recurso de amparo, la interpretación amplia es la que mejor consulta los grandes objetivos de la ley suprema, y las genuinas finalidades de aquella garantía. Lo que primordialmente tienen en vista el hábeas corpus y el recurso de amparo, no es el origen de la restricción ilegítima a cualquiera de los derechos fundamentales de la persona humana, sino estos derechos en sí mismos, a fin de que sean salvaguardados.

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Generalidades.

La Constitución Nacional está dirigida irrevocablemente a asegurar a todos los habitantes "los beneficios de la libertad" y este propósito se debilita o se corrompe cuando se introducen distinciones que, directa o indirectamente, obstaculizan o postergan la efectiva plenitud de los derechos.

RECURSO DE AMPARO.

Siempre que aparezca de modo claro y manifiesto la ilegitimidad de una restricción cualquiera a alguno de los derechos esenciales de las personas así como el daño grave e irreparable que se causaría remitiendo el examen de la cuestión a los procedimientos ordinarios, administrativos o judiciales, corresponderá que los jueces restablezcan de inmediato el derecho restringido por la rápida vía del recurso de amparo.

En tales hipótesis, los jueces deberán extremar la ponderación y la prudencia, a fin de no decidir por el sumarísimo procedimiento de esta garantía constitucional, cuestiones susceptibles de mayor debate y que correspondan resolver de acuerdo con los procedimientos ordinarios.

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Generalidades.

Ninguna ley de nuestro ordenamiento jurídico reconoce a los obreros ni a cualquier otro sector del pueblo argentino —sin mediar las situaciones excepcionales de legítima defensa o de estado de necesidad— la facultad de recurrir por sí mismos a las vías de hecho para asegurar o defender lo que estiman su derecho, y mantenerse en ellas ante la presencia pasiva de la autoridad pública.

LEY: Principios generales.

Todos los ciudadanos están sometidos a las leyes y ninguno puede invocar en su favor derechos supraleales, que existirían por encima y con prescindencia de las normas que integran el derecho positivo argentino. No otra cosa significa decir, desde el punto de vista del imperio de la ley, que una comunidad humana existe como estado de derecho.

RECURSO DE AMPARO.

Es procedente el recurso de amparo interpuesto por el propietario de una fábrica que ha sido ocupada durante casi tres meses por una parte de su personal obrero, que no invoca ni pretende derecho alguno a su posesión o detención, sino el propósito de mantenerse en el inmueble sin ejercer violencia alguna, defendiendo de esa manera su trabajo a la espera de la resolución definitiva del conflicto laboral que sostiene con la empresa.

Siendo manifiesta e indudable la ilegitimidad de la vía de hecho escogida, aún en la hipótesis de que los obreros tuvieran toda la razón en el conflicto, nada hay, en el solo aspecto de la ocupación, que corresponda diferir a los procedimientos ordinarios establecidos por las leyes para la dilucidación de los aspectos de fondo del conflicto gremial y de los derechos de las partes, ni, tampoco, que requiera ser debatido en una acción real o en un interdicto posesorio. Además, es manifiesto el agravio serio e irreparable que resulta de la paralización del establecimiento.

En tales condiciones, existe una restricción ilegítima de los derechos constitucionales de la propiedad y de la libertad de trabajar, cuya protección no tolera ni consiente dilaciones propias de los procedimientos ordinarios.

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Generalidades.

Para que un derecho individual revista el carácter de "garantía constitucional", es preciso, en principio, que se trate de un derecho público subjetivo, reconocido al hombre frente al poder público, en virtud de que, por constituir verdaderas e insalvables limitaciones a la autoridad estatal, contribuyen a formar la esencia del Estado de Derecho y hacen parte de su definición (Voto de los Señores Ministros Doctores Don Aristóbulo D. Aráoz de Lamadrid y Don Julio Oyhanarte).

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Generalidades.

Las "garantías constitucionales" no son sino restricciones a la acción de los gobiernos, tendientes a impedir extralimitaciones de los poderes públicos, y han sido dadas a los particulares contra las autoridades (Voto de los Señores Ministros Doctores Don Aristóbulo D. Aráoz de Lamadrid y Don Julio Oyhanarte).

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Generalidades.

Las "garantías constitucionales", para cuyo resguardo puede decirse que existe el remedio de amparo, son los derechos públicos subjetivos que el hombre tiene frente al Estado.

La doctrina que así lo considera posee alta significación política; expresa una de las premisas de la forma democrática de gobierno y su vigencia resulta imprescindible a fin de lograr que el acrecentamiento de las funcio-

nes del Estado moderno se realice sin desmedro de las libertades públicas (Voto de los Señores Ministros Doctores Don Aristóbulo D. Aráoz de Lamadrid y Don Julio Oyhanarte).

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Generalidades.

El bien jurídico cuya lesión se invoca para justificar un pedido de amparo por el propietario de una fábrica, como consecuencia de la ocupación de aquélla por una parte de sus obreros —que prohíben el acceso a los dueños— durante un conflicto laboral, carece de la entidad constitucional requerida por la doctrina según la cual es procedente la protección solicitada como resguardo de las “garantías constitucionales”.

Lo alegado en la especie es el desconocimiento de atributos, inherentes al derecho de dominio, o sea que se discute un derecho subjetivo privado de los que se originan entre particulares, cuya lesión, en consecuencia, no implica un acto inconstitucional ni vulnera “garantías constitucionales”. Se trata de un acto ilícito, sujeto a las previsiones de la legislación ordinaria, que deben efectivizarse de acuerdo con las normas procesales pertinentes (Voto de los Señores Ministros Doctores Don Aristóbulo D. Aráoz de Lamadrid y Don Julio Oyhanarte).

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Generalidades.

Todo derecho del hombre muestra una configuración que podría llamarse bifronte; uno de sus lados mira hacia el Estado y presenta al derecho revestido de la calidad de “garantía constitucional”; el otro lado, en cambio, mira hacia los terceros particulares y, desde él, el derecho es específicamente derecho privado (Voto de los Señores Ministros Doctores Don Aristóbulo D. Aráoz de Lamadrid y Don Julio Oyhanarte).

RECURSO DE AMPARO.

El amparo es un medio defensivo implícito en la Ley Fundamental para la tutela de “garantías constitucionales” y no una acción sumarisima creada por los jueces, al margen de toda norma legal que lo autorice, para posibilitar la defensa procesal de todos los derechos individuales imaginables, incluso los meros derechos privados existentes en el orden de las relaciones entre particulares, como lo son el dominio y sus atributos, que gozan de minuciosa y adecuada protección legal (Voto de los Señores Ministros Doctores Don Aristóbulo D. Aráoz de Lamadrid y Don Julio Oyhanarte).

RECURSO DE AMPARO.

Hay amparo de la libertad contra actos emanados de autoridades públicas, pero no contra los que provengan de sujetos particulares. Tal es el principio prácticamente uniforme de la legislación y la doctrina contemporáneas y si bien es posible que el legislador amplíe la esfera de acción del amparo, extendiéndolo a las violaciones cometidas por personas privadas, no cabe admitir que los jueces, sobre la base de supuestos principios implícitos en la Constitución, tengan la misma potestad ampliatoria (Voto de los Señores Ministros Doctores Don Aristóbulo D. Aráoz de Lamadrid y Don Julio Oyhanarte).

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Generalidades.

Cuando las “garantías constitucionales” han sido reglamentadas, deben ejercitarse en la forma y dentro de los términos prescriptos por las leyes de procedimiento, que son de orden público y de cumplimiento inexorable. (Voto de los Señores Ministros Doctores Don Aristóbulo D. Aráoz de Lamadrid y Don Julio Oyhanarte).

RECURSO DE AMPARO.

Requerido el amparo como consecuencia de una controversia entre particulares sobre derechos privados, como son el dominio y sus atributos, y siendo innegable que en el derecho argentino existe una amplia y expeditiva tutela jurisdiccional de aquéllos, tal remedio debería concederse no por ausencia, sino por la supuesta ineficacia de dicha tutela; lo que es improcedente, porque al juzgador le está vedado pronunciarse sobre el acierto del Congreso o de una legislatura en la elección de los medios que estimó aptos para el logro de los fines legales (Voto de los Señores Ministros Doctores Don Aristóbulo D. Aráoz de Lamadrid y Don Julio Oyhanarte).

JUECES.

La misión más delicada de la justicia es la de saber mantenerse dentro de la órbita de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a los demás poderes (Voto de los Señores Ministros Doctores Don Aristóbulo D. Aráoz de Lamadrid y Don Julio Oyhanarte).

DICTAMEN DEL PROCURADOR GENERAL

Suprema Corte:

El presente recurso de amparo se funda en los mismos hechos que han dado lugar a la instrucción de la causa “Houssay Abel F. A. representando a Kot Samuel S. B. L., denuncia Kot Juan” en la que dictaminó también el día de la fecha.

Aquí, sin embargo, se hace especial hincapié en lo resuelto en Fallos: 239: 459 para fundar de ese modo la intervención de los tribunales del crimen en la cuestión de que se trata, aún al margen del proceso penal antes mencionado.

Y bien, lo decidido en el recurso planteado por Angel Siri no es, a mi juicio, de aplicación al *sub judice*. Allí, lo mismo que en los casos jurisprudenciales a que expresamente se refirió V. E. para destacar su apartamiento de la doctrina tradicional hasta entonces observada (Fallos: 168: 15; 169: 103), se pedía amparo, no contra un hecho realizado por particulares, sino contra un acto arbitrario de la autoridad para el que no existía remedio expreso en la legislación a pesar de que comportaba la violación de garantías individuales aseguradas por la Constitución.

Como se observa, pues, la situación es fundamentalmente distinta: en primer lugar, porque aquí no se trata de dejar sin efecto un acto de autoridad, puesto que los obreros ocuparon la fábrica por su propia cuenta; y en segundo término porque, al contrario de lo que ocurría en el caso citado, la legislación del estado en cuya jurisdicción se produjo el hecho de autos prevé un remedio procesal específico para solucionar situaciones como la que se plantea en este recurso: me refiero concretamente al interdicto de recobrar o de despojo arbitrado por el art. 599 del Código de Procedimientos Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires a favor de quienes hayan sido despojados con violencia o clandestinidad de la posesión o tenencia de una cosa.

Por ello, y sin perjuicio de señalar la confusión que derivaría de la admisión de recursos de amparo no legislados para solucionar situaciones que las normas procesales vigentes ya contemplan de modo expreso, observo que hacer lugar a la pretensión del recurrente importaría tanto, a mi juicio, como dejar implícitamente sin efecto una institución procesal bonaerense —la del art. 599 citado— que no ha sido tachada en esta causa de inconstitucional.

En consecuencia, opino que corresponde desestimar el recurso del que se me ha corrido vista. Buenos Aires, 24 de julio de 1958. — *Ramón Lascano*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 5 de setiembre de 1958.

Vistos los autos: "Kot, Samuel S. R. L. s/ recurso de hábeas corpus", en los que a fs. 15 se ha concedido el recurso extraordinario contra la sentencia de la Cámara 3ª de Apelación en lo Penal de La Plata de fecha 8 de julio de 1958, de cuyos antecedentes,

Resulta:

La firma Samuel Kot S. R. L., propietaria de un establecimiento textil situado en calle Arias n° 228 de Villa Lynch, Partido de San Martín, Provincia de Buenos Aires, mantiene desde el 21 de marzo ppdo. un conflicto con su personal obrero. La huelga de este personal fué primeramente declarada ilegal por la Delegación San Martín del Departamento Provincial del Trabajo con fecha 28 de marzo, por lo cual la firma patronal dispu-

so la concurrencia de los obreros a su trabajo dentro de las 24 horas, con excepción de los delegados Arón Fistein y Aníbal Villamayor. Un mes y medio más tarde, el Presidente del Departamento Provincial del Trabajo declaró nula aquella resolución de la Delegación San Martín e intimó a ambas partes a reanudar el trabajo. La empresa se negó a reincorporar a los obreros que había despedido y entonces éstos y otros compañeros ocuparon la fábrica el día 9 de junio y se mantienen en ella hasta ahora: los patronos pueden entrar al establecimiento y sacar objetos dejando constancia escrita, mas se impide la entrada al personal de administración y a los capataces (fs. 27, 27 vta., 29, 30, 31, 32, etc., del expte. K 21—XIII—). Desde el día de la ocupación, "el establecimiento no realiza labor alguna", de suerte que "la fábrica está totalmente paralizada" (informe policial de fs. 36 del citado expediente).

El mismo día de ocupación de la fábrica, el socio gerente de la empresa, D. Juan Kot, formuló denuncia por usurpación ante la Comisaría de Villa Lynch (San Martín) y reclamó la entrega del inmueble, iniciándose el sumario correspondiente. Estando en trámite las actuaciones, fueron requeridas telefónicamente por el Juez Penal de La Plata —el día 16 de junio—, quien, después de avocar el conocimiento del sumario, resolvió dos días después —el 18 de junio— sobreeser definitivamente en la causa "en cuanto al hecho de la ocupación del inmueble de la calle Arias 228 de la localidad de Villa Lynch, Partido de San Martín y no hacer lugar al pedido de desocupación de la misma". El fundamento de esta resolución consistió, en lo esencial, en que habiendo sido ocupado el inmueble a causa de la existencia de un conflicto colectivo de trabajo entre la mencionada empresa y su personal obrero, "es evidente que en la especie esa ocupación no tiene por objeto el despojo de la posesión de esa cosa inmueble, con ánimo de "someterla al ejercicio de un derecho de propiedad" (art. 2351 Cód. Civil), sino que lo ha sido en función de la existencia de ese conflicto laboral" (fs. 54/56). Apelada esta resolución por el apoderado de la empresa, y luego de diligenciarse algunas medidas para mejor proveer dispuestas por la Cámara 3ª de Apelación en lo Penal de La Plata, ésta "por sus fundamentos" confirmó el sobreesimiento definitivo que había sido objeto del recurso (auto de fecha 8 de julio ppdo., fs. 88). Contra esta sentencia, el interesado dedujo recurso extraordinario el que, concedido por el tribunal *a quo*, ha sido declarado improcedente por esta Corte en el día de la fecha.

El mismo día de la sentencia de la Cámara, pero antes de dictarse (fs. 4 de esta causa), el apoderado de la empresa se presentó ante la misma Cámara deduciendo "recurso de amparo" a fin de obtener la desocupación del inmueble: invocó la sentencia de esta Corte, de fecha 27 de diciembre de 1957, recaída en el "caso Siri", "las garantías a la libertad de trabajo —art. 14—; a la propiedad —art. 17—; a la libre actividad —art. 19—, de la Constitución Nacional", que estarían afectadas, e hizo presente que la situación que planteaba era de "una gravedad extraordinaria. Al acto delictuoso de la ocupación de una fábrica y la desposesión de sus legítimos propietarios, se suman los constantes pedidos de amparo que por mi parte vengo repitiendo ante las autoridades policiales y administrativas y que formalizo con este escrito" (fs. 1/3). El mismo día, la Cámara de Apelación antes mencionada desechó el recurso planteado con el fundamento de "que el recurso de hábeas corpus, como ha resuelto invariablemente este Tribunal y lo tiene decidido la más autorizada doctrina, tiene por objeto esencial la protección de la libertad personal o corporal y no puede hacerse extensivo a la protección de otros derechos que se pretenden vulnerados. Tales derechos deben ejercitarse conforme a los respectivos procedimientos creados por las leyes de la materia (conf. Corte Federal, Fallos: 216: 606; J. A., 1950 —III— pág. 486, entre otros)"; fs. 6.

Contra esta sentencia, el interesado interpuso recurso extraordinario, el cual, concedido por la Cámara de Apelación, llega ahora a la decisión de esta Corte.

Y considerando:

Que, ante todo, corresponde apartar el fundamento expresado por el tribunal *a quo* para desechar la pretensión del interesado. Este no dedujo recurso de hábeas corpus, sino de amparo, invocando los derechos constitucionales de la libertad de trabajo, de la propiedad y de la libre actividad, o sea, dedujo una garantía distinta a la que protege la libertad corporal y que, a semejanza del hábeas corpus, procura asimismo una protección expeditiva y rápida que emana directamente de la Constitución. Esta Corte lo ha declarado así en la sentencia de fecha 27 de diciembre del año ppdo., en la causa "Siri, Angel" (Fallos: 239: 459), con fundamentos que se dan aquí por reproducidos en todo lo pertinente.

Que si bien en el precedente citado la restricción ilegítima

provenía de la autoridad pública y no de actos de particulares, tal distinción no es esencial a los fines de la protección constitucional. Admitido que existe una garantía tácita o implícita que protege los diversos aspectos de la libertad individual (art. 33 Constitución Nacional), ninguna reserva cabe establecer de modo que excluya en absoluto y *a priori* toda restricción que emane de personas privadas.

Es verosímil presumir que, en el ánimo de los constituyentes de 1853, las garantías constitucionales tuvieron como inmediata finalidad la protección de los derechos esenciales del individuo contra los excesos de la autoridad pública. En el tiempo en que la Constitución fué dictada, frente al individuo solo e inerte no había otra amenaza verosímil e inminente que la del Estado. Pero los constituyentes tuvieron la sagacidad y la prudencia de no fijar exclusivamente en los textos sus temores concretos e históricos, sino, más bien, sus aspiraciones y sus designios permanentes y, aún, eternos: la protección de la libertad. Esto último es lo que resulta del inequívoco y vehemente espíritu liberal de la ley suprema, aquello otro lo que se comprueba objetivamente en los textos constitucionales mismos. Nada hay, ni en la letra ni en el espíritu de la Constitución, que permita afirmar que la protección de los llamados "derechos humanos" —porque son los derechos esenciales del hombre— esté circunscripta a los ataques que provengan sólo de la autoridad. Nada hay, tampoco, que autorice la afirmación de que el ataque ilegítimo, grave y manifiesto contra cualquiera de los derechos que integran la libertad, *lato sensu*, carezca de la protección constitucional adecuada —que es, desde luego, la del hábeas corpus y la del recurso de amparo, no la de los juicios ordinarios o la de los interdictos, con traslados, vistas, ofrecimientos de prueba, etc., etc.— por la sola circunstancia de que ese ataque emane de otros particulares o de grupos organizados de individuos. Intentar construcciones excesivamente técnicas para justificar este distingo, importa interpretar la Constitución de modo que aparezca ella amparando realmente, no los derechos esenciales, sino las violaciones manifiestas de esos derechos. Las circunstancias concretas de esta causa constituyen por sí solas un ejemplo significativo.

Aun menos admisible es el distingo a que antes se ha hecho referencia, considerando las condiciones en que se desenvuelve la vida social de estos últimos cincuenta años. Además de los individuos humanos y del Estado, hay ahora una tercera categoría

de sujetos, con o sin personalidad jurídica, que sólo raramente conocieron los siglos anteriores: los consorcios, los sindicatos, las asociaciones profesionales, las grandes empresas, que acumulan casi siempre un enorme poderío material o económico. A menudo sus fuerzas se oponen a las del Estado y no es discutible que estos entes colectivos representan, junto con el progreso material de la sociedad, una fuente de amenazas para el individuo y sus derechos esenciales.

Si, en presencia de estas condiciones de la sociedad contemporánea, los jueces tuvieran que declarar que no hay protección constitucional de los derechos humanos frente a tales organizaciones colectivas, nadie puede engañarse de que tal declaración comportaría la de la quiebra de los grandes objetivos de la Constitución y, con ella, la del orden jurídico fundamental del país. Evidentemente, eso no es así. La Constitución no desampara a los ciudadanos ante tales peligros ni les impone necesariamente recurrir a la defensa lenta y costosa de los procedimientos ordinarios. Las leyes no pueden ser interpretadas sólo históricamente, sin consideración a las nuevas condiciones y necesidades de la comunidad, porque toda ley, por naturaleza, tiene una visión de futuro, está predestinada a recoger y regir hechos posteriores a su sanción: "Las leyes disponen para lo futuro", dice el art. 3º del Código Civil, con un significado trascendente que no se agota, por cierto, en la consecuencia particular que el precepto extrae a continuación. Con mayor fundamento, la Constitución, que es la ley de las leyes y se halla en el cimiento de todo el orden jurídico positivo, tiene la virtualidad necesaria de poder gobernar las relaciones jurídicas nacidas en circunstancias sociales diferentes a las que existían en tiempos de su sanción. Este avance de los principios constitucionales, que es de natural desarrollo y no de contradicción, es la obra genuina de los intérpretes, en particular de los jueces, quienes deben consagrar la inteligencia que mejor asegure los grandes objetivos para que fué dictada la Constitución. Entre esos grandes objetivos, y aún el primero entre todos, está el de "asegurar los beneficios de la libertad, para nosotros, para nuestra posteridad, y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino" (Preámbulo).

Con respecto a la protección de la libertad corporal, la interpretación amplia es la que surge del pertinente precepto de la ley suprema: "Nadie puede ser... arrestado sino en virtud de

orden escrita de autoridad competente", dice el art. 18 con fórmula muy general, lo que significa establecer que, no tratándose de esa única hipótesis estricta, toda privación ilegítima de la libertad personal, sin distinción alguna acerca de quien emana, autoriza el amparo de la Constitución. Esta amplitud del hábeas corpus es la que corresponde a la tradición del recurso en el derecho angloamericano —fuente inmediata del nuestro, a través de la Carta de los Estados Unidos del Norte— y, si bien ha sido indebidamente restringida por la mayoría de los códigos procesales —que han tomado por *ratio* lo que era sólo *ocasio*—, es la que corresponde a la letra y al espíritu de la Constitución. Así lo reconocen diversos tratadistas de nuestro derecho: "La ley no debe dar una garantía limitada, una protección parcial, diremos así, contra los actos de determinados poderes. Contra todos los poderes, incluso el judicial, contra los avances de los particulares, en cuanto afectan las garantías individuales, debe ella tener el mismo imperio e igual eficacia" (TOMÁS JORRÉ, *Manual de Procedimiento Criminal*, Buenos Aires, 1914, núm. 164). Esta crítica del eminente jurista, exacta con respecto a la ley de procedimiento, no alcanza al texto amplio de la ley suprema. Entre las Constituciones de provincias, es digna de señalar la de Entre Ríos, que conserva expresamente el alcance tradicional del hábeas corpus, extendiéndolo, aún, a la protección de cualquiera de las garantías establecidas en la Constitución Nacional o provincial o las leyes (art. 25).

La misma amplitud corresponde reconocer al recurso de amparo, que esta Corte, en el precedente antes mencionado (Fallos: 239: 459), extrajo de la sabia norma del art. 33 de la Constitución. Sin una reserva que, expresa o implícitamente, emane de los preceptos constitucionales y que imponga una inteligencia restringida del recurso de amparo, la interpretación amplia es la que mejor consulta los grandes objetivos de la ley suprema y las genuinas finalidades de aquellas garantías. Lo que primordialmente tienen en vista el hábeas corpus y el recurso de amparo, no es el origen de la restricción ilegítima a cualquiera de los derechos fundamentales de la persona humana, sino estos derechos en sí mismos, a fin de que sean salvaguardados. Dichas garantías no atienden unilateralmente a los agresores, para señalar distinciones entre ellos, sino a los agredidos, para restablecer sus derechos esenciales. La Constitución está dirigida irrevocablemente a asegurar a todos los habitantes "los beneficios de la libertad", y este propósito, que se halla en la raíz de nuestra

vida como nación, se debilita o se corrompe cuando se introducen distinciones que, directa o indirectamente, se traducen en obstáculos o postergaciones para la efectiva plenitud de los derechos.

En el mismo sentido, la Declaración Universal de Derechos del Hombre, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas con fecha 10 de diciembre de 1948, establece en su art. 8º: "Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley".

Siempre que aparezca, en consecuencia, de modo claro y manifiesto, la ilegitimidad de una restricción cualquiera a alguno de los derechos esenciales de las personas así como el daño grave e irreparable que se causaría remitiendo el examen de la cuestión a los procedimientos ordinarios, administrativos o judiciales, corresponderá que los jueces restablezcan de inmediato el derecho restringido por la rápida vía del recurso de amparo. Todo lo que puede añadirse es que, en tales hipótesis, los jueces deben extremar la ponderación y la prudencia —lo mismo que en muchas otras cuestiones propias de su alto ministerio— a fin de no decidir, por el sumarísimo procedimiento de esta garantía constitucional, cuestiones susceptibles de mayor debate y que correspondan resolver de acuerdo con los procedimientos ordinarios. Pero, guardadas la ponderación y la prudencia debidas, ningún obstáculo de hecho o de derecho debe impedir o retardar el amparo constitucional. De otro modo, habría que concluir que los derechos esenciales de la persona humana carecen en el derecho argentino de las garantías indispensables para su existencia y plenitud, y es obvio que esta conclusión no puede ser admitida sin serio menoscabo de la dignidad del orden jurídico de la Nación.

En el caso de autos, se trata de la ocupación material de una fábrica por parte del personal obrero, determinada exclusivamente por un conflicto de carácter laboral con la empresa. Los ocupantes no han invocado ni pretenden tener ningún derecho a la posesión o detención de la fábrica. Según sus manifestaciones expresas y concordantes, la ocupación obedece al conflicto existente con la empresa patronal y se mantienen en el inmueble "sin ejercer violencia alguna, y defendiendo de esa manera su trabajo y a la espera de una resolución definitiva" (fs. 29, 30, 31 y sigtes. de la causa K. 21).

Ahora bien, la acción directa o sea "el aseguramiento o la satisfacción de una pretensión por autoridad propia" (ENNECCE-

RUS-NIPPERDEY, *Derecho Civil - Parte General*, vol. II, § 223, Barcelona, 1935), no está consagrada por nuestra legislación salvo en los casos de legítima defensa o de estado de necesidad, que presuponen indispensablemente la circunstancia de que el agente no pueda obtener en tiempo el auxilio de la autoridad. Con respecto a la posesión de las cosas, es un caso particular de aquellas defensas el legislado por el art. 2370 del Código Civil. Pero ni este Código ni otra ley alguna de nuestro ordenamiento reconocen a nadie, sin mediar aquellas situaciones de excepción, la facultad de recurrir por sí mismo a las vías de hecho para asegurar o defender lo que estima su derecho, y mantenerse en ellas ante la pasiva presencia de la autoridad pública. Ningún precepto legal confiere esa facultad a los obreros o a cualquier otro sector del pueblo argentino.

No se trata de negar o discutir la existencia del derecho de huelga ni poner en duda la legitimidad de las reclamaciones de los obreros en el conflicto que mantienen con la empresa patronal, aspectos absolutamente extraños a la instancia extraordinaria de esta Corte en la ocasión presente. Lo que aquí se afirma es la obvia conclusión de que todos los ciudadanos están sometidos a las leyes y que ninguno puede invocar en su favor derechos supra-legales, es decir, derechos que existirían por encima y con prescindencia de las normas que integran el derecho positivo argentino. No otra cosa significa decir, desde el punto de vista del imperio de la ley, que una comunidad humana existe como estado de derecho.

De las circunstancias de esta causa y, en particular, de las declaraciones expresas de los obreros que ocupan la fábrica, surge de modo manifiesto e indudable la ilegitimidad de esa ocupación. Nada hay, por tanto, en este solo aspecto de la ocupación, que corresponda diferir a los procedimientos ordinarios establecidos por las leyes para la dilucidación de los aspectos de fondo del conflicto gremial y de los derechos de las partes. Nada hay tampoco que requiera ser debatido en una acción real o en un interdicto posesorio. Aun en la hipótesis de que los obreros tuvieran toda la razón y la empresa ninguna, sería siempre verdad que la ocupación de la fábrica por aquéllos es ilegítima, como vía de hecho no autorizada por nuestras leyes.

También es manifiesto el agravio serio e irreparable que resulta de esta situación para los propietarios de la fábrica y aun para los intereses generales. La ocupación de los obreros

dura desde hace casi tres meses, y desde entonces la fábrica está "totalmente paralizada" (expte. K. 21, informe de fs. 36), sin que pueda saberse qué tiempo tardará aún para que el conflicto sea resuelto por las autoridades competentes ni cual es el estado de los procedimientos respectivos. La magnitud del agravio y su carácter irreparable son, así, patentes.

Que, como surge de las consideraciones que anteceden, se hallan reunidas en este caso las condiciones necesarias para la procedencia del recurso de amparo deducido. Los hechos de la causa revelan de modo indudable que existe una restricción ilegítima de los derechos constitucionales invocados por el recurrente: desde luego, el de propiedad; también, y sobre todo, el de la libertad de trabajo, pues lo ocupado por los obreros no es un inmueble baldío o improductivo, sino una fábrica en funcionamiento y mediante la cual el propietario ejerce su actividad económica de fabricante. En estas condiciones, no es juicioso pretender que el afectado reclame la devolución de su propiedad por los procedimientos ordinarios: si cada vez que, a raíz de un conflicto, muchas personas ocupan materialmente una fábrica, un instituto privado de enseñanza o cualquier otro establecimiento, los propietarios no tuvieran más recurso, para defender sus derechos constitucionales, que deducir un interdicto posesorio o de despojo, con múltiples citaciones a estar a derecho para todos y cada uno de los ocupantes, con la facultad de éstos de designar sus propios abogados, de contestar traslados y vistas, de ofrecer y producir pruebas, etc., cualquiera comprende a qué quedaría reducida la protección de los derechos que habrían concedido las leyes, y de qué modo habría quedado subvertido el orden jurídico del país. En situaciones como las mencionadas, que es también la de estos autos, la protección judicial de los derechos constitucionales no tolera ni consiente semejantes dilaciones.

Por ello, habiendo dictaminado el Sr. Procurador General, se revoca la sentencia apelada de fs. 5. Haciendo uso de la facultad que acuerda a esta Corte el art. 16, segunda parte, de la ley 48, y habida cuenta de las constancias existentes en el expediente K. 21, XIII, de las que resulta haberse oído a los ocupantes del inmueble de que trata la causa, se hace lugar al recurso de amparo deducido a fs. 1/3. En consecuencia, y sin más trámite, líbrese oficio por Secretaría al Sr. Comisario de Villa Lynch, Provincia de Buenos Aires, a fin de que proceda de inmediato, con habilitación de días y horas, a entregar al Sr. Sabatino Kot, representante de "Samuel Kot, Sociedad de Responsabilidad Li-

mitada", el establecimiento textil situado en la calle Arias N° 228, Villa Lynch, Partido de San Martín, libre de todo ocupante.

ALFREDO ORGAZ — BENJAMÍN VILLEGAS
BASAVILBASO — ARISTÓBULO D.
ARÁOZ DE LAMADRID (*en disidencia*) — JULIO OYHANARTE (*en disidencia*) — JUAN CARLOS BECCAR
VARELA.

DISIDENCIA DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES DON ARISTÓBULO
D. ARÁOZ DE LAMADRID Y DON JULIO OYHANARTE.

La firma "Samuel Kot S. R. L.", propietaria de un establecimiento textil situado en la calle Arias n° 228 de Villa Lynch, Partido de San Martín, Provincia de Buenos Aires, mantiene, desde el 21 de marzo ppdo., un conflicto con su personal obrero. En consecuencia de ello, algunos de los trabajadores despedidos, juntamente con otros compañeros, ocuparon la fábrica el día 9 de junio y permanecen en ella, según dicen, "sin ejercer violencia alguna, y defendiendo de esa manera su trabajo y a la espera de una resolución definitiva" (fs. 29, 30, 31 y sigtes. del Expte. K. 21).

El día de la ocupación, el socio gerente de la empresa, D. Juan Kot, formuló denuncia por usurpación ante la Comisaría de Villa Lynch, iniciándose el pertinente sumario. El 16 de junio, las actuaciones fueron requeridas telefónicamente por el juez en lo penal de La Plata, quien resolvió avocar el conocimiento del sumario. Los representantes de la empresa comparecieron inmediatamente ante el magistrado y solicitaron la desocupación y entrega del inmueble (fs. 17 y 49). El juez interviniente, al dictar sentencia con fecha 18 de junio, desechó esa petición y sobreescribió definitivamente en la causa, fundándose en la falta del "animus" de someter la cosa al ejercicio de un derecho de propiedad; a su juicio, la conducta de los denunciados había sido determinada por la existencia de un conflicto gremial (fs. 54/56 del expte. citado). Apelada esta resolución por el apoderado de la empresa, que había tomado la intervención correspondiente al particular damnificado, la Cámara 3° de Apelaciones de La Plata, luego de diligenciar algunas medidas para mejor proveer, confirmó por sus fundamentos el fallo que había sobreescribió definitivamente y desestimado el pedido de desocupación del inmueble

(fs. 88). Contra esta sentencia, el interesado dedujo recurso extraordinario, el que, concedido por el tribunal a quo, fué declarado improcedente por esta Corte (causa "K. 21").

El mismo día de la referida sentencia, pero antes de que se la dictara, el apoderado de la empresa compareció ante la misma Cámara 3ª de Apelaciones de La Plata deduciendo recurso de amparo, a fin de obtener la desocupación del inmueble. Fundó sus pretensiones en la violación de las garantías de la libertad de trabajo, de la propiedad y de la libre actividad (arts. 14, 17 y 19 de la Constitución); invocó la doctrina sentada por esta Corte en el caso de Angel Siri (Fallos: 239: 459) e hizo presente que la situación que planteaba era de "una gravedad extraordinaria" (fs. 1/3). La Cámara desechó el recurso, con el argumento de que el hábeas corpus "tiene por objeto esencial la protección de la libertad personal o corporal y no puede hacerse extensivo a la protección de otros derechos que se pretenden vulnerados"; y añadió que "tales derechos deben ejercitarse conforme a los respectivos procedimientos creados por las leyes de la materia" (fs. 6).

Contra esta sentencia, "Samuel Kot S. B. L." interpuso el recurso extraordinario sobre el que debe pronunciarse esta Corte.

Y Considerando:

1º) Que en el caso de Angel Siri, el Tribunal declaró la existencia, en el derecho público argentino, de una acción o recurso de amparo destinado a tutelar las llamadas "garantías constitucionales". La doctrina que en tal oportunidad quedó establecida, tuvo por fundamento la afirmación de que dichas "garantías constitucionales" existen y protegen al hombre por el solo hecho de hallarse consagradas en la Ley Fundamental, de modo que deben hacerse efectivas, en cada caso ocurrente, aun cuando no medien leyes reglamentarias. Por lo tanto, para que los principios entonces expuestos sean aplicables, es necesario que se produzca la restricción o vulneración de una "garantía constitucional". Si esta primaria exigencia no se cumple, ninguna razón autoriza a poner en funcionamiento los mecanismos defensivos que aquella doctrina presupone.

2º) Que no todos los derechos de que una persona puede ser titular están incluidos en el concepto jurídico de "garantía constitucional". Para que un derecho individual revista este carácter, es preciso, en principio, que se trate de un derecho público subjetivo reconocido al hombre *frente al poder público*. En términos

generales, únicamente los derechos que poseen esta naturaleza hallanse dotados de jerarquía constitucional y comprendidos dentro de los arts. 14 y 17 de la Ley Fundamental, que el recurrente cita. Y ello, en virtud de que, por constituir verdaderas e insalvables limitaciones a la autoridad estatal, contribuyen a formar la esencia del Estado de Derecho y hacen parte de su definición. Tal es la razón por la que ALBERDI, en el art. 20 de su proyecto de Constitución para la Confederación Argentina, se ocupa de las libertades del hombre llamándolas "garantías de derecho público". En mérito al principio señalado, asimismo, una reiterada jurisprudencia tiene resuelto que las "garantías constitucionales" no son sino restricciones a la acción de los gobiernos, tendientes a impedir la extralimitación de los poderes públicos, y han sido dadas a los particulares contra las autoridades (Fallos: 134: 37; 138: 71; 141: 65; 174: 178; 183: 190). No se trata, por supuesto, de considerar a las libertades del hombre como otros tantos obstáculos que circundan al Estado, que lo comprimen, que le niegan la posibilidad de desarrollar una actividad positiva encaminada a la conquista del bien social. Caracterizar la libertad como limitación a la autoridad, significa que las acciones que el poder público emprenda llevan insita la idea de que la libertad del hombre es el presupuesto de la autoridad, lo que convierte en constitucionalmente inválido todo acto que conduzca a su aniquilamiento o desvirtuación.

En suma, las "garantías constitucionales" para cuyo resguardo puede decirse que existe el remedio de amparo, tal como lo caracterizó la doctrina del caso Siri, son los derechos públicos subjetivos que el hombre tiene *frente al Estado*. Por ello, justamente, esa doctrina posee alta significación política; expresa una de las premisas de la forma democrática de gobierno y su vigencia resulta imprescindible a fin de lograr que el acrecentamiento de las funciones del Estado moderno, que se inclina a ser cada vez en mayor grado un Estado positivo y asume tareas económico-sociales de magnitud creciente, se realice sin desmedro de las libertades públicas, a las que debe servir.

3º) Que el bien jurídico invocado en la especie, carece de la entidad constitucional requerida para que le sea aplicable la doctrina *sub examine*. En efecto, lo alegado en autos no es más que el desconocimiento de atributos inherentes al derecho de dominio, según se infiere con certeza del escrito presentado con fecha 8 de agosto p.p.d., en que se formula agravio por "la

ocupación de la fábrica y la prohibición de acceso a los propietarios”.

El que está en discusión, pues, no tiene carácter de derecho público subjetivo ni de “garantía constitucional”; es simplemente un derecho subjetivo privado, de los que se originan en las relaciones entre particulares (Fallos: 176: 363), de donde se infiere que la doctrina a que el recurrente quiere acogerse es por completo extraña al tema litigioso. Cuando un particular lesiona el derecho privado de otro, como se dice que habría acontecido en la especie, su acto no es inconstitucional; tampoco vulnera “garantías constitucionales” ni es susceptible del remedio de amparo que —según la doctrina antes vista— resguarda esas garantías. Por el contrario, tratase de un acto ilícito y sujeto a las previsiones de la legislación ordinaria, las que deben efectivizarse de acuerdo con las normas procesales pertinentes, cuyo dictado incumbe privativamente a las provincias.

Jurídicamente hablando, pues, todo derecho del hombre muestra una configuración que podría llamarse bifronte; uno de sus lados mira hacia el Estado y presenta al derecho revestido de la calidad de “garantía constitucional”; el otro lado, en cambio, mira hacia los terceros particulares y, desde él, el derecho es específicamente derecho privado. De este principalísimo aspecto conceptual, se ha ocupado el profesor de la Universidad Católica del Sacro Cuore, G. BALLADORE PALLIERI, quien, refiriéndose a la libertad religiosa y a los derechos de inviolabilidad personal y de propiedad, consagrados por las constituciones modernas, escribe: “Es de hacer notar que los derechos que examinamos son tutelados sólo en cuanto a su posible violación por parte del Estado o de los entes públicos... En la práctica, un individuo tiene tanto interés en que su libertad no sea violada por un policía como por un particular. Pero de esta segunda hipótesis no se ocupa la Constitución. La defensa de los derechos de la libertad ante los posibles atentados de los particulares, corresponde a otras normas contenidas en la legislación ordinaria; el texto constitucional se preocupó sólo de su defensa contra la autoridad pública” (*Diritto Costituzionale*, ed. 1957, pág. 332). Esta concepción jurídica, que nace con los inicios del Estado moderno, lejos de ser inactual, está presente en las más recientes expresiones del derecho público contemporáneo, por cuanto, como más arriba se dijo, es uno de los elementos constitutivos del Estado de Derecho. Así, la Comisión para la Reorganización del Estado, designada en Italia por el *Ministero per la Costituente*,

entre las conclusiones que presentara en mayo de 1946 y que influyeron decisivamente sobre los redactores del texto constitucional, definió las aquí llamadas “garantías constitucionales” como verdaderos derechos públicos subjetivos, con el alcance ya visto (*Relazione all'Assemblea Costituente*, ed. 1946, t. I, págs. 79 y sigtes., informe preparado por C. MORTATI. Véase en el mismo sentido: G. JELLINEK, *Teoría General del Estado*, ed. 1943, págs. 340 y 641; C. A. COLLARD, *Les libertés publiques*, ed. 1950, pág. 434; A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, ed. 1950, págs. 86 y sigtes.).

4º) Que conforme a lo expuesto, la doctrina del caso Siri no guarda relación directa ni inmediata con la situación jurídica planteada en autos. Para que pudiera hacerse extensiva a esta última, habría que modificarla en su esencia y sostener que el amparo no es un medio defensivo implícito en la Ley Fundamental para la tutela de “garantías constitucionales”, sino una acción sumarísima creada por los jueces, al margen de toda norma legal autoritativa, con el fin de posibilitar la defensa procesal de todos los derechos individuales imaginables, incluso los meros derechos privados existentes en el orden de las relaciones entre particulares, como lo son el dominio y sus atributos. He aquí el aspecto central del problema, que precisa ser subrayado. En el caso Siri se resolvió un conflicto entre la libertad y la autoridad, en amparo de la primera, cuya custodia esta Corte estimó indeclinable. Mientras tanto, lo que ahora se pide es que el más alto tribunal de la Argentina inaugure una doctrina y cree una acción que, inevitablemente, servirán para que el enfrentamiento de dos derechos privados sea respetado en perjuicio de uno de ellos.

5º) Que semejante extensión no puede ser judicialmente aceptada sin causar grave daño a principios y preceptos de observancia ineludible.

6º) Que, ante todo, el otorgamiento de amparo en casos como el que se juzga, desvirtuaría la naturaleza jurídica del instituto en cuestión, según ella aparece configurada por la legislación y la doctrina contemporáneas, de las cuales se desprende, por vía de principio prácticamente uniforme, que hay amparo de la libertad contra actos emanados de autoridades públicas, pero no contra los que provengan de sujetos particulares (en la Argentina: constituciones de Entre Ríos y Santiago del Estero; ley 2494 de Santa Fe y Constitución de 1921 de la misma provincia. En el extranjero: constituciones de Brasil, México, Guatemala, Honduras, Panamá, Nicaragua, Italia, República Federal

Alemana, Baviera, España de 1931, Austria de 1920, etc. Véase además: R. BIELSA, *Estudios de Derecho Público*, ed. 1952, T. III, pág. 401; J. A. GONZÁLEZ CALDERÓN, *Comisión de Estudios Constitucionales*, ed. 1957, T. II, págs. 36 y 39; *Federación Argentina de Colegios de Abogados, Quinta Conferencia Nacional de Abogados*, ed. 1941, págs. 66 y sigtes., declaración, ponencia adicional y, especialmente, discurso del miembro informante, Dr. A. WALTER VILLEGAS). Y si es posible, por vía de hipótesis, que el legislador amplíe la esfera de acción del amparo, extendiéndolo a las violaciones cometidas por personas privadas, lo que de ningún modo puede admitirse es que los jueces, sobre la base de supuestos principios implícitos en la Constitución, fengan la misma potestad ampliatoria.

7º) Que ello, asimismo, estaría en oposición a la doctrina jurisprudencial norteamericana referente al *writ of mandamus*, con el que habitualmente se compara al remedio de amparo. De modo uniforme y sin excepciones, los tribunales de Estados Unidos han decidido que el mencionado *writ* existe respecto de los actos de un oficial público (*officer*) o de una corporación pública o semipública, en tanto que no opera contra actos de particulares ni se extiende a las relaciones privadas entre individuos (*Suprema Corte de Estados Unidos*, caso "Rorick v. U. S. Sugar Co.", *Federal Reporter, Second Series*, t. 120, pág. 418; y fallos de los tribunales de Georgia, W. Virginia, Wisconsin, Missouri, S. Dakota, California, Oklahoma, etc., citados en el *Corpus Juris Secundum*, ed. 1948, t. 55, págs. 451 y sigtes.).

8º) Que, por lo demás, es preciso advertir que las facultades de uso y goce que se dicen infringidas, gozan de minuciosa y adecuada protección legal. El argumento, enfáticamente planteado por el recurrente, de que la denegación del amparo peticionado dejaría a su derecho desprotegido, debe ser examinado como asunto de legislación y no de pura teoría. Cabe preguntar, pues: ¿es exacto que sin el amparo —concebido como "protección constitucional"— el dominio y sus atributos quedarían, jurídicamente, en estado de indefensión? La respuesta negativa surge sin esfuerzo. Si por algo se caracteriza el derecho positivo del país es por la forma precisa y completa en que ha previsto la defensa procesal de las facultades jurídicas que el apelante dice le han sido violadas. Hablar de omisión o de indiferencia legislativa es, por lo menos, equivocado, ya que el examen más rápido y superficial revela la existencia de un nutrido conjunto de provisiones normativas en la materia (art. 2490 del Cód. Civil; art. 29, inc.

2º, del Cód. Penal; disposiciones procesales sobre interdictos posesorios y acción de desalojo; etc.). Ante esta circunstancia, de cualquier cosa puede hablarse menos de inexistencia o insuficiencia de una tutela jurisdiccional predisuelta por el legislador. Si el recurso en consideración se rechazara, el dominio y sus atributos —que se alegan— distarían mucho de quedar desprotegidos, por cuanto el amparo que se pide no supone otra cosa, en definitiva, que colocar una nueva acción de origen judicial junto a los múltiples procedimientos sumarios establecidos por la ley.

Por lo tanto, aunque fueran invocables los arts. 14 y 17 de la Constitución, de todos modos tendría fuerza obligatoria el principio de que las "garantías constitucionales", cuando han sido reglamentadas, deben ejercitarse en la forma y dentro de los términos prescriptos por las leyes de procedimiento, que son de orden público y de cumplimiento inexcusable (Fallos: 159: 69).

9º) Que esta es la doctrina que rige el caso y no la que el recurrente reclama. Si algo no puede afirmarse con verdad, es que en el derecho argentino falte una amplia y expeditiva tutela jurisdiccional ofrecida por la ley al dominio y sus atributos. Por consiguiente, siendo innegable que ella existe, ¿por qué razón esencial debería concederse el amparo? La respuesta no parece difícil, ciertamente. El amparo debería concederse no por *inexistencia*, sino por una supuesta *ineficacia* de aquella tutela. Y ante esta comprobación, se hace forzoso reiterar que al juzgador le está vedado pronunciarse sobre el acierto del Congreso, o de una legislatura, en la elección de los medios que estimó aptos para el logro de los fines legales (Fallos: 153: 111; 181: 264; 196: 295).

10º) Que, por lo demás, el remedio procesal eficaz, aparte haber existido, ha sido empleado por el recurrente. En efecto, éste compareció ante la justicia ordinaria de la Provincia de Buenos Aires y, basándose en jurisprudencia reiterada, así como tácticamente en los arts. 29, inc. 2º, del Código Penal y 80 del respectivo Código de Procedimientos, requirió la inmediata desocupación del inmueble (fs. 17 y 49 del expte. K. 21). Es claro que el resultado fué negativo, por cuanto los jueces de la causa, en ejercicio de facultades propias e irrevisibles, desecharon la petición; pero, de todos modos, la circunstancia indicada revela una de las peculiaridades más notables de este litigio. El recurso expeditivo previsto por la ley para la tutela del derecho, estuvo a disposición del propietario y fué utilizado sin éxito. De donde se

sigue que el amparo solicitado debería darse no porque haya faltado un régimen procesal adecuado, sino porque el empleo de éste resultó infructuoso. Si la justicia ordinaria de la Provincia de Buenos Aires hubiera dispuesto la desocupación, no habría habido cuestión de amparo. La hay, únicamente, debido a que "Samuel Kot S. R. L." reproduce, por una vía inexistente que quiere abrir valiéndose de la doctrina del caso Siri, la misma pretensión que ya le fuera rechazada en una de las instancias legalmente pertinentes.

11º) Que la naturaleza de un instituto jurídico está supeditada, exclusivamente, a la reunión de los elementos que lo configuran y determinan su esencia. Por ello, cualquiera sea el nombre que quiera dársele, lo que el recurrente intenta no es demanda ni recurso de amparo. Por su naturaleza y sus fines, es una especie de interdicto sumarisimo que el juzgador debería instituir y tramitar, sin audiencia de la contraparte, en reemplazo de los procedimientos ordenados por la ley. En el caso Siri, tantas veces citado, el amparo vino a suplir la omisión del legislador con respecto a ciertas "garantías constitucionales". Por el contrario, la sentencia a dictarse en el *sub lite*, si acogiera las pretensiones de "Samuel Kot S. R. L.", no sería supletoria sino sustitutiva, en el plano de la reglamentación procesal de los derechos privados: tendría contenido normativo y desplazaría normas expresas sancionadas por una legislatura provincial.

12º) Que la decisión que otorgara amparo en casos como este, introduciría una absoluta inseguridad jurídica. Sin que se encuentren comprometidos los bienes de la suprema jerarquía constitucional que dieron sentido a la doctrina del caso Siri, al hacerse lugar al recurso interpuesto estaría creándose una facultad absolutamente discrecional, no reglada, reconocida a todos los jueces del país, incluso a los jueces de paz legos que en muchas provincias existen; y esa facultad podría o debería ejercitarse en orden a los conflictos suscitados entre particulares con motivo del ejercicio de sus derechos privados, quedando las modalidades del procedimiento —audiencia, prueba, apelación— también deferidas al libre arbitrio de los jueces. Las consecuencias que de ello derivarían son imprevisibles, pero indudablemente riesgosisimas. A título ilustrativo, recuérdese los desapasionados juicios de VALLARTA, quien, ya a fines del siglo pasado, cuando examinó el recurso de amparo vigente en México, dejó escrita esta frase, como una advertencia: "jueces ha habido que han hecho del amparo un arma política para herir a sus ene-

migos". Téngase presente, además, que un procedimiento semejante al que en estos autos se discute, el *writ of injunction*, llegó a ser en Estados Unidos "un instrumento usado por los tribunales contra la huelga en los conflictos del trabajo" (M. E. y G. O. Drock, *American government in action*, ed. 1947, pág. 772), al extremo de que, para eliminar tan nociva manifestación del discrecionalismo judicial, debió incluirse previsiones especiales en la ley Norris-La Guardia del año 1932.

Frente a estas reveladoras constataciones que nos brinda la experiencia ajena, más que nunca parece oportuno reproducir aquí la regla sobria y comprometedora que, desde antiguo, se impusieron los jueces argentinos: "La misión más delicada de la justicia es la de saber mantenerse dentro de la órbita de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a los demás poderes" (Fallos: 155: 248).

13º) Que en cuanto a la libertad de trabajo, también invocada en el recurso, las consideraciones que preceden tienen valor decisivo. Por otra parte, habida cuenta de las circunstancias de la causa, la violación de esa libertad, si hubiera ocurrido, sería, en todo caso, un efecto secundario o accesorio derivado de la privación de la cosa. Es obvio, pues, que las acciones o interdictos previstos por la ley para obtener la restitución son igualmente idóneos para hacer cesar el daño que, según asevera el propietario, habríase causado a su libertad de trabajo.

14º) Que, por último, la impugnación referente al art. 19 de la Constitución, debe desecharse, ya que no se advierte que ese precepto guarde relación con lo decidido por el tribunal a quo.

Por ello, habiendo dictaminado el Sr. Procurador General, se declara improcedente el recurso extraordinario concedido a fs. 15.

ARISTÓBULO D. ARAÓZ DE LAMADRID —
JULIO OYHANARTE.

NACION ARGENTINA v. S.R.L. MONTE ACEVAL y CHERNY

SUMINISTROS.

Las distintas formalidades con que se reviste el denominado contrato administrativo de suministro, constituyen verdaderas garantías para los intereses públicos de la administración y los privados de los proponentes. Adjudicada



Escuela del Cuerpo de
Abogados del Estado



Procuración del Tesoro
Argentina