



BOLETÍN JURÍDICO N°1

SUMARIO

01

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

- Debido proceso legal. Presunción de inocencia. Control de convencionalidad.

Caso “Petro Urrego vs. Colombia”, sentencia de 8 de julio de 2020

02

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

- Medidas cautelares

“Maggi, Mariano c/ Corrientes, Provincia de s/medida autosatisfactiva”, de 10 de septiembre de 2020.

03

CÁMARA NACIONAL EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL

- Responsabilidad patrimonial del Estado. Ente regulador. Omisión, Violencia de genero.

SALA I “C. C. y otro c/ EN- Mº Economía- Secretaria de Transporte y otros s/ daños y perjuicios”, de 5 de noviembre 2020.

04

PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN

- Acto administrativo. Ausencia de elementos esenciales. Revocación por razones de ilegitimidad (art. 17 LNPA).

Dictamen IF-2020-16170048-APN-PTN de 11 de marzo de 2020

05

CLÁSICOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

- Estabilidad del acto administrativo. La denominada “cosa juzgada administrativa”. Requisitos.

Fallos 175:368 (“Carman de Cantón”)

06

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

- Infracción administrativa. Multa. Carácter de la sanción.

Asunto “Saquetti Iglesias c España”
(Demanda no 50514/13) de 30 de junio de 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
CASO PETRO URREGO VS. COLOMBIA
SENTENCIA DE 8 DE JULIO DE 2020
(Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)

En el caso *Petro Urrego Vs. Colombia*,

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

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

presentes además,

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

de conformidad con los artículos 62.3 y 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante "la Convención Americana" o "la Convención") y con los artículos 31, 32, 62, 65 y 67 del Reglamento de la Corte (en adelante "el Reglamento"), dicta la presente Sentencia, que se estructura en el siguiente orden:

* El Juez Humberto Antonio Sierra Porto, de nacionalidad colombiana, no participó en la tramitación del presente caso ni en la deliberación y firma de esta Sentencia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 19.1 y 19.2 del Reglamento de la Corte.

TABLA DE CONTENIDOS

I INTRODUCCIÓN DE LA CAUSA Y OBJETO DE LA CONTROVERSI A	3
II PROCEDIMIENTO ANTE LA CORTE	4
III COMPETENCIA	5
IV EXCEPCIONES PRELIMINARES	5
A. <i>Excepción por falta de agotamiento de los recursos internos</i>	6
A.1. Alegatos del Estado y observaciones de la Comisión y de los representantes	6
A.2. Consideraciones de la Corte.....	7
B. <i>Excepción por falta de competencia para realizar un control de convencionalidad en abstracto; por falta de fundamento de los alegatos concernientes al derecho a la integridad personal; y por la exposición de hechos que no caracterizan una violación a la Convención Americana</i>	10
B.1. Alegatos del Estado y observaciones de la Comisión y de los representantes	10
B.2. Consideraciones de la Corte.....	11
V PRUEBA	12
A. <i>Admisibilidad de la prueba documental</i>	12
B. <i>Admisibilidad de la prueba testimonial y pericial</i>	13
VI HECHOS	13
A. <i>Antecedentes</i>	13
A.1. La presunta víctima	13
A.2. La crisis de recolección de basura en la ciudad de Bogotá a finales del año 2012.....	14
B. <i>Proceso disciplinario ante la Procuraduría General por la modificación del esquema de prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá</i>	17
B.1. Procedimiento.....	17
B.2. Sanción disciplinaria	18
B.3. Recursos de recusación y reposición	19
B.4. Acciones de tutela, sustitución del señor Petro como Alcalde de Bogotá y adopción de medidas cautelares por parte de la Comisión	19
B.5. Medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho	22
C. <i>Proceso disciplinario ante la Procuraduría General por la modificación del Plan de Ordenamiento Territorial</i> 23	
D. <i>Multa de la Superintendencia de Industria y Comercio</i>	24
E. <i>Proceso ante la Contraloría por la modificación de las tarifas del servicio de transporte</i>	26
F. <i>Marco normativo aplicable</i>	28
VII FONDO	29
VII-1 DERECHOS POLÍTICOS Y DERECHOS A LAS GARANTÍAS JUDICIALES Y LA PROTECCIÓN JUDICIAL EN RELACIÓN CON EL DERECHO A LA IGUALDAD ANTE LA LEY Y AL DEBER DE ADOPTAR DISPOSICIONES DE DERECHO INTERNO	29
A. <i>Alegatos de la Comisión y de las partes</i>	29
B. <i>Consideraciones de la Corte</i>	32
B.1. Derechos políticos	32
B.1.1. Los alcances de los artículos 23.1 y 23.2 de la Convención Americana	32
B.1.2. Análisis del caso concreto.....	36
B.1.2.1. La aplicación del principio de complementariedad	37
B.1.2.2 Las facultades la Procuraduría y la Contraloría, y otras disposiciones legales del ordenamiento jurídico colombiano	43
B.2. Derechos a las garantías judiciales y la protección judicial.....	46
C. <i>Conclusión del capítulo</i>	51
VII-2 DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL	52
A. <i>Alegatos de la Comisión y de las partes</i>	52
B. <i>Consideraciones de la Corte</i>	53
VIII REPARACIONES	55
A. <i>Parte Lesionada</i>	55
B. <i>Medidas de restitución, satisfacción y garantías de no repetición</i>	55
B.1. Medidas de satisfacción.....	55
B.2. Garantías de no repetición.....	56
C. <i>Otras medidas solicitadas</i>	57
D. <i>Indemnizaciones compensatorias</i>	58
D.1. Daño material.....	58
D.2. Daño inmaterial	58
E. <i>Costas y gastos</i>	59
F. <i>Modalidad de cumplimiento de los pagos ordenados</i>	60
IX PUNTOS RESOLUTIVOS	61

I

INTRODUCCIÓN DE LA CAUSA Y OBJETO DE LA CONTROVERSIA

1. *El caso sometido a la Corte.* – El 7 de agosto de 2018, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Comisión Interamericana” o “la Comisión”)¹ sometió a la jurisdicción de la Corte el caso “Gustavo Petro Urrego” contra la República de Colombia (en adelante “el Estado” o “Colombia”). La controversia versa sobre las alegadas violaciones de derechos humanos cometidas en el marco del proceso disciplinario que culminó con la destitución e inhabilitación de Gustavo Francisco Petro Urrego (en adelante también “el señor Petro” o “la presunta víctima”) como Alcalde Mayor de Bogotá, Distrito Capital. La Comisión consideró que el Estado violó los derechos políticos, así como la garantía de imparcialidad en relación con el principio de presunción de inocencia y el derecho a recurrir el fallo del señor Petro. Asimismo, determinó que se violó la garantía del plazo razonable y la protección judicial, así como el derecho a la igualdad ante la ley debido a que las acciones disciplinarias iniciadas en su contra tenían una motivación discriminatoria.
2. *Trámite ante la Comisión.* – El trámite ante la Comisión fue el siguiente:
 - a) *Petición.* – El 28 de octubre de 2013, la Comisión recibió la petición inicial, presentada por el Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo (CCAJAR) y la Asociación para la Promoción Social Alternativa (MINGA) (en adelante “los representantes”).
 - b) *Informes de Admisibilidad y de Fondo.* – El 6 de diciembre de 2016 y el 25 de octubre de 2017, la Comisión aprobó, respectivamente, el Informe de Admisibilidad No. 60/16 (en adelante “Informe de Admisibilidad”) y el Informe de Fondo No. 130/17 (en adelante “Informe de Fondo”). En el Informe de Fondo llegó a conclusiones² y formuló recomendaciones al Estado.
3. *Notificación al Estado.* – La Comisión notificó al Estado el Informe No. 130/17 mediante una comunicación de 7 de noviembre de 2017, otorgándole un plazo de dos meses para informar sobre el cumplimiento de las recomendaciones.
4. *Informes sobre las recomendaciones de la Comisión.* – El 7 de febrero de 2018, la Comisión concedió al Estado una prórroga de tres meses y, el 7 de mayo de 2019, una segunda prórroga de tres meses. En total, Colombia contó con un plazo de 9 meses para cumplir con las recomendaciones del Informe de Fondo. El Estado aportó información sobre la restitución de los derechos políticos del señor Petro; sin embargo, “no informó concretamente sobre su voluntad y capacidad para cumplir con uno de los aspectos estructurales que identificó la Comisión en su informe y que tiene que ver con la adecuación interna constitucional y legal para eliminar la facultad de destituir e inhabilitar a funcionarios de elección popular en cabeza de la Procuraduría General de la Nación”.
5. *Sometimiento a la Corte.* – El 7 de agosto de 2018, la Comisión sometió el caso a la Corte respecto a los hechos y violaciones de derechos humanos descritos en el Informe de Fondo.

¹ Designó como sus delegados al entonces Comisionado Francisco Eguiguren Praeli y al Secretario Ejecutivo Paulo Abrão, y a Silvia Serrano Guzmán y Christian González Chacón como asesora y asesor legal.

² La Comisión concluyó que Colombia es responsable por la violación de los derechos a las garantías judiciales, derechos políticos, igualdad ante la ley y protección judicial establecidos en los artículos 8.1, 8.2, 8.2.h), 23.1, 23.2, y 25.1 de la Convención Americana, en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 24, 1.1 y 2 del mismo instrumento.

6. *Solicitudes de la Comisión.* – Con base en lo anterior, la Comisión Interamericana solicitó a este Tribunal que concluyera y declarara la responsabilidad internacional del Estado por las violaciones contenidas en su Informe de Fondo y se ordenara al Estado, como medidas de reparación, aquellas incluidas en dicho Informe. Este Tribunal nota que, entre la presentación de la petición inicial ante la Comisión y el sometimiento del caso ante la Corte, han transcurrido cuatro años y nueve meses.

II PROCEDIMIENTO ANTE LA CORTE

7. *Notificación a los representantes y al Estado.* – El sometimiento del caso fue notificado a los representantes de la presunta víctima y al Estado, por medio de comunicaciones de 4 de septiembre de 2018.

8. *Escrito de solicitudes, argumentos y pruebas.* – El 2 de noviembre de 2018, los representantes presentaron su escrito de solicitudes, argumentos y pruebas (en adelante “escrito de solicitudes y argumentos”), conforme los artículos 25 y 40 del Reglamento. Coincidieron con los alegatos de la Comisión y, además, solicitaron que la Corte declare responsable al Estado por la violación del derecho a la integridad personal en perjuicio del señor Petro Urrego.

9. *Escrito de excepciones preliminares y contestación.* – El 4 de febrero de 2019, Colombia presentó su escrito de excepciones preliminares, contestación al sometimiento del caso y observaciones al escrito de solicitudes y argumentos (en adelante “escrito de contestación”), en los términos del artículo 41 del Reglamento del Tribunal³. El Estado interpuso cuatro excepciones preliminares, además negó las violaciones alegadas y la procedencia de las medidas de reparación solicitadas.

10. *Observaciones a las excepciones preliminares.* – El 4 y 6 de mayo de 2019, los representantes y la Comisión Interamericana presentaron, respectivamente, sus observaciones a las excepciones preliminares.

11. *Amici curiae.* – El Tribunal recibió cuatro escritos en calidad de *amicus curiae* presentados por: a) la Contraloría General de la República de Colombia⁴; b) el Semillero de Litigio ante Sistemas Internacionales de Protección de Derechos Humanos (SELDH) de la Universidad de Antioquia⁵; c) la Procuraduría General de la Nación⁶, y d) la Clínica de Interés Público de la Universidad Sergio Arboleda⁷.

³ El Estado designó como Agente para el presente caso al señor Camilo Alberto Gómez Alzate, Director General de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

⁴ El escrito firmado por Carlos Felipe Córdoba Larrarte versa sobre el sistema de control fiscal y la responsabilidad fiscal en Colombia.

⁵ El escrito firmado por Ángela Patricia Benavides Cerón y Alejandro Gómez Restrepo versa sobre los alcances del derecho disciplinario en Colombia.

⁶ El escrito firmado por Iván Darío Gómez Lee versa sobre el régimen sancionatorio disciplinario en Colombia.

⁷ El escrito firmado por Camilo Guzmán Gómez versa sobre la corrupción en Colombia y el régimen jurídico aplicable a la Procuraduría General de la República.

12. *Audiencia Pública.* – El 12 de diciembre de 2019, el entonces Presidente de la Corte dictó una Resolución⁸ en la que convocó a las partes y a la Comisión a una audiencia pública sobre excepciones preliminares y eventuales fondo, reparaciones y costas, y para escuchar los alegatos y observaciones finales orales de las partes y de la Comisión, respectivamente⁹. La audiencia pública fue celebrada el 6 de febrero de 2020, durante el 133º Periodo Ordinario de Sesiones de la Corte, llevado a cabo en su sede en San José, Costa Rica¹⁰.

13. *Alegatos y observaciones finales escritos.* – El 9 de marzo de 2020 la Comisión presentó sus observaciones finales escritas y el Estado y los representantes remitieron sus respectivos alegatos finales escritos.

14. *Observaciones a los anexos a los alegatos finales.* – El 24 de marzo de 2020 los representantes presentaron sus observaciones a los anexos remitidos junto a los alegatos finales escritos del Estado. El 25 de marzo de 2020 la Comisión solicitó a la Corte valorar la admisibilidad de la prueba aportada por el Estado en sus alegatos finales escritos. El Estado no presentó observaciones respecto de los anexos a los alegatos finales escritos de los representantes.

15. *Deliberación del presente caso.* – La Corte deliberó la presente Sentencia, a través de una sesión virtual, durante los días 6, 7 y 8 de julio de 2020¹¹.

III COMPETENCIA

16. La Corte es competente para conocer el presente caso, en los términos del artículo 62.3 de la Convención, ya que Colombia es Estado Parte de la Convención desde el 31 de julio de 1973 y reconoció la competencia contenciosa de este Tribunal el 21 de junio de 1985.

IV EXCEPCIONES PRELIMINARES

17. El Estado presentó cuatro excepciones preliminares, las cuales serán analizadas en el siguiente orden: a) falta de agotamiento de los recursos internos; y b) falta de competencia para realizar un control de convencionalidad en abstracto sobre normas del ordenamiento jurídico colombiano; falta de fundamento de los alegatos respecto al artículo 5 de la

⁸ *Cfr. Caso Petro Urrego Vs. Colombia. Convocatoria a audiencia.* Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 12 de diciembre de 2019. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/petro_urrego_12_12_19.pdf

⁹ *Cfr. Caso Petro Urrego Vs. Colombia. Convocatoria a audiencia.* Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 27 de enero de 2020. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/petro_27_01_20.pdf

¹⁰ A esta audiencia comparecieron: a) por la Comisión Interamericana: Marisol Blanchard, Secretaria Ejecutiva Adjunta, Jorge H. Meza Flores y Christian González, Asesores; b) por los representantes de la presunta víctima: Rafael Barrios Mendivil, Carlos Rodríguez Mejía, María Paula Lemus Parra y María Alejandra Escobar Cortázar, abogados y abogadas, y c) por el Estado: Camilo Gómez Alzate, Director de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, María del Pilar Gutiérrez Perilla y Nicolás Eduardo Ramos Calderón, Asesora y Asesor de la Dirección de Defensa Jurídica Internacional de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica.

¹¹ Debido a las circunstancias excepcionales ocasionadas por la pandemia COVID-19, esta Sentencia fue deliberada y aprobada durante el 135º Período Ordinario de Sesiones, el cual se llevó a cabo utilizando medios tecnológicos, de conformidad con lo establecido en el Reglamento de la Corte. Ver comunicado de Prensa No. 39/2020, de 25 de mayo de 2020, disponible aquí: http://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp_39_2020.pdf

Convención Americana, y exposición de hechos que no caracterizan una violación a dicho instrumento.

A. Excepción por falta de agotamiento de los recursos internos

A.1. Alegatos del Estado y observaciones de la Comisión y de los representantes

18. El **Estado** alegó que el señor Petro solo agotó los recursos internos en uno¹² de los cinco¹³ procesos administrativos de los que fue objeto. Respecto de los demás procesos, estaba pendiente ser interpuesto, o agotado, el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho (en adelante también “medio de control de nulidad”). El Estado afirmó que el medio de control de nulidad constituye un recurso adecuado y efectivo para proteger los derechos alegados como violados. En consecuencia, su falta de agotamiento tornó inadmisibles los alegatos de los representantes. Adicionalmente, el Estado sostuvo que el señor Petro también tuvo a su disposición la acción de tutela, a través de la cual se puede decretar la suspensión provisional de los actos administrativos cuando resulte necesario para prevenir un perjuicio irremediable o cuando las acciones disponibles ante la jurisdicción contencioso administrativa no constituyan un recurso idóneo para obtener un amparo integral de tales derechos. Finalmente, afirmó que la presunta víctima tiene a su disposición el recurso de revocatoria directa, el cual puede ser interpuesto ante autoridades administrativas. El Estado alegó que cada uno de estos recursos constituye un recurso adecuado y efectivo que no fue agotado en el caso, sin que se configure ninguna de las excepciones previstas en el artículo 46.2 de la Convención.

19. La **Comisión** alegó que el argumento del Estado en relación con la acción de tutela y la solicitud de revocatoria directa es genérico y no fue presentado en la etapa de admisibilidad, por lo que resulta extemporáneo. De manera subsidiaria, la Comisión alegó que el requisito del agotamiento de los recursos internos no significa que las víctimas de violaciones a sus derechos humanos estén obligadas a agotar todos los recursos disponibles. Si la presunta víctima planteó la cuestión por alguna de las alternativas adecuadas según el ordenamiento jurídico interno, y el Estado tuvo la oportunidad de remediar la cuestión en su jurisdicción, la finalidad de la norma está cumplida. En ese sentido, la Comisión planteó que la presunta víctima interpuso una serie de recursos, tales como el de reposición, nulidad y restablecimiento del derecho, y tutela, sin que ninguno fuera efectivo para cuestionar las facultades del Procurador para imponer la sanción de inhabilitación y destitución. Asimismo, afirmó que la práctica de los órganos del Sistema Interamericano es exigir el agotamiento de los recursos internos frente a la violación principal, y no de manera separada y autónoma frente a cada uno de los efectos derivados de una violación principal, pues eso no atendería a

¹² El Estado se refirió en este sentido al proceso disciplinario adelantado por la Procuraduría General de la Nación respecto de actos relacionados con la adopción del esquema público de recolección de basura de la ciudad de Bogotá.

¹³ El Estado hizo referencia a cinco procesos administrativos: a) proceso disciplinario adelantado por la Procuraduría General de la Nación respecto de actos relacionados con la adopción del esquema público de recolección de basura en la ciudad de Bogotá; b) proceso administrativo adelantado por la Superintendencia de Industria y Comercio por la realización de prácticas comerciales restrictivas de la libre competencia en el mercado de prestación de servicios de aseo en Bogotá; c) proceso de responsabilidad fiscal adelantado por la Contraloría de Bogotá en relación con el detrimento patrimonial causado al Distrito Capital por la adopción del esquema público de recolección de basuras; d) proceso de responsabilidad fiscal adelantado por la Contraloría de Bogotá en relación con el detrimento patrimonial causado al Distrito Capital por la reducción de las tarifas del servicio de transporte público Transmilenio, y e) proceso disciplinario adelantado por la Procuraduría General de la Nación en relación con la adopción, vía decreto, del Plan de Ordenamiento Territorial.

los parámetros de razonabilidad. En segundo lugar, respecto a la alegada falta de agotamiento del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho respecto de los fallos de responsabilidad fiscal de la Contraloría Distrital de Bogotá, la Comisión consideró que dichos hechos son supervinientes, por lo que no es necesario exigir el agotamiento de los recursos internos, y que en todo caso el Estado debió presentar dicho alegato en la debida oportunidad procesal, situación que no ocurrió en el presente caso.

20. Los **representantes** alegaron que los argumentos del Estado no deben ser tomados en cuenta en virtud del principio de *estoppel*, pues el Estado no estaba facultado para cambiar la posición mantenida en el trámite de la petición relativa a la indicación de los recursos a agotar por parte de la presunta víctima. Señalaron que el Estado no argumentó la existencia e idoneidad de la revocatoria directa durante el trámite ante la Comisión, y lo hizo de manera breve respecto de la acción de tutela. En relación con la solicitud de revocatoria directa, manifestaron que el Estado omitió mencionar que dicho recurso no tiene una naturaleza judicial, y que contra las decisiones de responsabilidad fiscal se presentaron los recursos de reposición y apelación. Estos últimos recursos eran las vías pertinentes para que la decisión fuera revocada. En relación con la acción de tutela, argumentaron la inexistencia de mención concreta sobre la falta de agotamiento de dicho recurso durante el trámite ante la Comisión. Los representantes agregaron que, por la naturaleza del recurso, este no debe ser agotado para asistir ante el Sistema Interamericano. En relación con el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, manifestaron que no se trata de un recurso eficaz ni idóneo para dar respuesta a las violaciones en perjuicio del señor Petro, pues no permite cuestionar las potestades sancionatorias de destitución e inhabilitación del Procurador. Asimismo, indicaron que dicho recurso no fue invocado en el momento procesal oportuno en lo que respecta a los fallos fiscales, por lo que resultaría extemporáneo.

A.2. Consideraciones de la Corte

21. El artículo 46.1.a) de la Convención Americana dispone que, para determinar la admisibilidad de una petición o comunicación presentada ante la Comisión Interamericana de conformidad con los artículos 44 o 45 del mismo instrumento, es necesario que se hayan interpuesto y agotado los recursos de la jurisdicción interna, según los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos¹⁴. La Corte recuerda que la regla del previo agotamiento de los recursos internos está concebida en interés del Estado, pues busca dispensarlo de responder ante un órgano internacional por actos que se le imputen, antes de haber tenido la ocasión de remediarlos con sus propios medios¹⁵. Lo anterior significa que no sólo deben existir formalmente esos recursos, sino que también deben ser adecuados y efectivos, como se desprende de las excepciones contempladas en el artículo 46.2 de la Convención¹⁶.

22. La Corte determinará, en primer lugar, si la excepción preliminar fue planteada por el Estado en el momento procesal oportuno. Al respecto, la Corte recuerda que una objeción al ejercicio de su jurisdicción basada en la supuesta falta de agotamiento de los recursos internos

¹⁴ Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 1, párr. 85, y *Caso Montesinos Mejía Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de enero de 2020. Serie C No. 398, párr. 24.

¹⁵ Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo, supra*, párr. 61, y *Caso Montesinos Mejía Vs. Ecuador, supra*, párr. 25.

¹⁶ Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo, supra*, párr. 63, y *Caso Montesinos Mejía Vs. Ecuador, supra*, párr. 25.

debe ser presentada en el momento procesal oportuno, esto es durante la admisibilidad del procedimiento ante la Comisión¹⁷. Por tanto, el Estado debe, en primer lugar, precisar claramente ante la Comisión, durante la etapa de admisibilidad del caso, los recursos que, en su criterio, aún no se habrían agotado. Por otra parte, los argumentos que dan contenido a la excepción preliminar interpuesta por el Estado ante la Comisión durante la etapa de admisibilidad deben corresponder con aquellos esgrimidos ante la Corte¹⁸.

23. Al respecto, la Corte nota que los representantes alegaron, en su escrito inicial ante la Comisión Interamericana de 28 de octubre de 2013, con relación al cumplimiento del requisito del agotamiento de los recursos internos, que “la Corte Constitucional colombiana declaró que las normas que facultan al Procurador a sancionar con destitución e inhabilitación para el ejercicio de la función pública eran constitucionales” y así “impide la posibilidad de proteger los derechos vulnerados mediante los recursos internos”¹⁹. Por su parte, el Estado, en su escrito de contestación a dicho escrito de los representantes, señaló que “el peticionario no ha agotado los recursos de la jurisdicción interna respecto a los hechos enmarcados en el trámite del procedimiento contencioso administrativo iniciado por Gustavo F. Petro Urrego contra la decisión de destitución e inhabilitación dictada por la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación”. En particular, el Estado sostuvo que “la acción de nulidad y restablecimiento del derecho es el recurso adecuado y eficaz para controlar la sanción impuesta por la Procuraduría General de la Nación, declarando la nulidad de la misma, si así lo encuentra probado, así como resarcido los derechos del afectado y que en consecuencia es un recurso que debe ser impetrado y tramitado por el señor Petro Urrego”. En razón de lo anterior, el Estado solicitó a la Comisión que “se declare inadmisibile la presente petición por incumplimiento de los presupuestos exigidos en los artículos 47 a) y 46.1 a) de la Convención Americana [...]”²⁰.

24. El Tribunal constata que, en el procedimiento ante la Comisión, el Estado presentó la excepción preliminar por falta de agotamiento de los recursos internos en el momento procesal oportuno en lo que respecta al medio de control de nulidad, al señalarlo como la acción idónea y eficaz de la cual dispuso el señor Petro para impugnar la sanción de destitución e inhabilitación que le fue impuesta por la Procuraduría General de la Nación (en adelante también, “la Procuraduría” o la “Procuraduría General”) el 9 de diciembre de 2013 por la adopción del esquema público de recolección de basura en la ciudad de Bogotá. Sin embargo, la Corte advierte que el Estado no alegó en su escrito de contestación ante este Tribunal que el señor Petro Urrego no hubiera agotado el medio de control de nulidad y restablecimiento en el momento procesal oportuno respecto de la sanción antes mencionada²¹, sino que lo

¹⁷ Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Excepciones Preliminares*, supra, párrs. 84 y 85, y *Caso Montesinos Mejía Vs. Ecuador*, supra, párr. 25.

¹⁸ Cfr. *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, párr. 29, y *Caso Hernández Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de noviembre de 2019. Serie C No. 395, párr. 15.

¹⁹ Petición de “Denuncia contra el Estado colombiano por hechos de persecución y violación de derechos políticos de Gustavo Francisco Petra Urrego, Alcalde Mayor de Bogotá” presentada ante la CIDH el 28 de octubre de 2013 (expediente de prueba, folio 3206-3207).

²⁰ Cfr. Escrito del Estado respecto a aspectos de admisibilidad y competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 18 de julio de 2014 (expediente de prueba, folio 1113).

²¹ En su escrito de contestación, el Estado alegó lo siguiente: “[s]egún se explicó anteriormente, el senador Petro fue objeto de fallos condenatorios en los primeros cuatro procesos anteriormente mencionados. Sin embargo, solo en relación con el primero de estos fallos se han agotado los recursos internos. Respecto de los demás, está pendiente de ser interpuesta o agotada, según el caso, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, tal como se explicará a continuación. Esta acción, tal como lo demostró la sentencia expedida por el Consejo de Estado en

alegó en sus alegatos finales escritos. En tal sentido, los alegatos finales escritos no son el momento procesal oportuno para afirmar ante este Tribunal que no se habrían agotado los recursos internos respecto del referido proceso disciplinario. En razón de lo anterior, la Corte no se pronunciará sobre dicho alegato.

25. De esta forma, el alegato planteado por el Estado en el escrito de contestación que presentó ante este Tribunal, en cuanto a la falta de agotamiento de los recursos internos, subsiste respecto de los siguientes procesos²²: a) proceso administrativo adelantado por la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante también “la SIC”) por la realización de prácticas comerciales restrictivas de la libre competencia en el mercado de prestación de servicios de aseo en Bogotá; b) proceso de responsabilidad fiscal adelantado por la Contraloría de Bogotá (en adelante también “la Contraloría”) en relación con el detrimento patrimonial causado al Distrito Capital por la adopción del esquema público de recolección de basuras; c) proceso de responsabilidad fiscal adelantado por la Contraloría en relación con el detrimento patrimonial causado al Distrito Capital por la reducción de las tarifas del servicio de transporte público Transmilenio, y d) proceso disciplinario adelantado por la Procuraduría General en relación con la modificación, vía decreto, del Plan de Ordenamiento Territorial²³.

26. En relación con dichos procesos, la Comisión alegó que el Estado no presentó la excepción preliminar por falta de agotamiento de los recursos internos en el momento procesal oportuno con relación al fallo de responsabilidad fiscal de la Contraloría y, por lo tanto, esta debe ser desechada²⁴. Al respecto, el Tribunal nota que los hechos vinculados con el proceso ante la SIC, el proceso ante la Contraloría por la reducción de tarifas del servicio Transmilenio, así como aquellos relacionados con el proceso ante la Procuraduría por la modificación del Plan de Ordenamiento Territorial, fueron puestos en conocimiento de la Comisión por parte de los representantes mediante los escritos de 9 y 13 de marzo de 2017 y trasladados al Estado el 15 de marzo de 2017²⁵. El Estado se pronunció respecto de dichos procesos mediante su escrito de 27 de octubre de 2017, donde manifestó que “[e]l presente caso ha mutado desde el momento en que fue presentada la petición, el 28 de octubre de 2013, hasta la actualidad”, y procedió a describir algunos hechos relacionados con los procesos que fueron puestos en su conocimiento²⁶. Asimismo, manifestó que “en la actualidad la única decisión que está limitando la posibilidad de que la presunta víctima pueda postularse y ejercer cargos públicos, es la proferida por la Contraloría Distrital”²⁷.

favor del senador Petro, constituye un recurso judicial adecuado y efectivo para proteger los derechos que éste considera que le han sido violados. En consecuencia, su falta de agotamiento torna inadmisibles los alegatos de los representantes”. Escrito de contestación del Estado de 4 de febrero de 2019, (expediente de fondo, folio 431).

²² Escrito de contestación del Estado de 4 de febrero de 2019 (expediente de fondo, folio 430).

²³ El Tribunal advierte que los hechos relacionados con el proceso de responsabilidad fiscal adelantado por la Contraloría de Bogotá en relación con el detrimento patrimonial causado al Distrito Capital, por la adopción del esquema público de recolección de basuras, no fue incluido por la Comisión Interamericana en su Informe de Fondo. En ese sentido, dado que los hechos relacionados con dicho proceso no forman parte del marco fáctico del litigio ante la Corte, tampoco resulta pronunciarse sobre el cumplimiento del requisito del agotamiento de los recursos internos.

²⁴ Observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a las excepciones preliminares interpuestas por el Estado (expediente de fondo, folio 666).

²⁵ Comunicaciones de la Comisión Interamericana de 15 de marzo de 2017 (expediente de prueba, folios 2756 y 2758).

²⁶ Observaciones del Estado de 27 de octubre de 2017 (expediente fondo, folios 1620-1632).

²⁷ Observaciones del Estado de 27 de octubre de 2017 (expediente de fondo, folio 1632).

27. De lo anterior se desprende que los hechos relacionados con el proceso ante la SIC, el proceso ante la Contraloría por la modificación de las tarifas del servicio Transmilenio, y el proceso ante la Procuraduría por los cambios al Plan de Ordenamiento Territorial, fueron puestos en conocimiento del Estado con posterioridad a la adopción del Informe de Admisibilidad de 6 de diciembre de 2016, pero antes de la adopción del Informe de Fondo de 25 de octubre de 2017. En ese sentido, la Corte advierte que la excepción preliminar planteada por el Estado ante la Comisión el 28 de octubre de 2013, que se refería al primer proceso ante la Procuraduría (*supra* párr. 23), no fue presentada respecto a los demás procesos bajo análisis. Por otro lado, la Corte advierte que el Estado tuvo la oportunidad de expresar sus objeciones a la admisibilidad de los procesos antes mencionados durante el trámite ante la Comisión y antes de la emisión del Informe de Fondo, pero se limitó a realizar apreciaciones fácticas sobre los mismos y a realizar alegaciones sobre el fondo, sin invocar aspectos de admisibilidad por falta de agotamiento de los recursos internos.

28. En razón de ello, este Tribunal estima que, si el Estado consideraba que dichos procesos no eran admisibles pues no se habían agotado los recursos internos disponibles en el ordenamiento jurídico colombiano, debió señalar dicha objeción en sus observaciones de 27 de octubre de 2017, o en cualquier otro momento antes de la emisión del Informe de Fondo. Al no hacerlo, el Tribunal concluye que operó el principio de preclusión procesal. En consecuencia, el Tribunal desestima la excepción preliminar por falta de agotamiento de los recursos internos presentada por el Estado.

B. Excepciones por falta de competencia para realizar un control de convencionalidad en abstracto; por falta de fundamento de los alegatos concernientes al derecho a la integridad personal; y por la exposición de hechos que no caracterizan una violación a la Convención Americana

B.1. Alegatos del Estado y observaciones de la Comisión y de los representantes

29. El **Estado** alegó que los representantes pretenden que la Corte se pronuncie sobre la convencionalidad de una serie de normas en abstracto, para lo cual carece de competencia en el marco de su función contenciosa. En relación con el artículo 5 de la Ley 1864, sostuvo que no ha existido ninguna investigación por el delito de elección ilícita, por lo que no ha sido aplicado al caso. En relación con los artículos 277.6 y 278.1 de la Constitución Política, los artículos 44 y 45, 66 y 38 de la Ley 734 de 2002, y el artículo 60 de la ley 610 de 2000, afirmó que, si bien estas normas fueron aplicadas en el proceso seguido contra el señor Petro, realizar un control de convencionalidad sería abstracto porque dichos actos administrativos no llegaron a afectar en la práctica los derechos políticos del señor Petro, y además fueron anulados en su totalidad por el Consejo de Estado. Adicionalmente, el Estado alegó que la supuesta violación al artículo 5 de la Convención en perjuicio del señor Petro es manifiestamente infundada porque no existe evidencia alguna de que hubiera sido víctima de hostigamientos y amenazas, ni mucho menos sobre cómo dichos hostigamientos serían atribuibles al Estado. Por otro lado, el Estado sostuvo que no existen hechos que puedan ser caracterizados como una violación a los derechos políticos previstos en la Convención, puesto que no existió un daño en perjuicio del señor Petro. Al respecto, añadió que en este caso los medios judiciales fueron adecuados y efectivos ya que permitieron al señor Petro ejercer su cargo como alcalde, que se presentara como candidato presidencial, y que se posesionara posteriormente como senador de la República.

30. La **Comisión** alegó que el argumento del Estado, según el cual la Corte no tiene competencia para realizar un control de convencionalidad en abstracto sobre la Ley 1864, no tiene el carácter de excepción preliminar porque no se relaciona con una cuestión de admisibilidad del caso, sino que atañe al fondo de la litis. Respecto al alegato del Estado sobre la falta de competencia de la Corte para pronunciarse sobre las normas constitucionales y respecto al Código Disciplinario, la Comisión sostuvo que, al tratarse de un argumento de complementariedad, es necesario que el Estado haya aceptado su responsabilidad internacional, cesado el hecho ilícito y reparado a la víctima. Esta situación no ha ocurrido en el caso, y además la evaluación de dicha cuestión tendría que ser analizada en el fondo del asunto. Adicionalmente, la Comisión afirmó que el Estado no ha hecho cesar la violación, pues persiste un marco normativo inconvencional que permite que se impongan sanciones de inhabilitación y destitución de funcionarios de elección popular mediante actos administrativos que no constituyen una condena penal firme como lo indica la Convención. La Comisión recordó que inadmitió el artículo 5 de la Convención en su Informe de Admisibilidad al considerar que “el peticionario no ofrece alegatos o sustento para su presunta violación”. No obstante, consideró que los hechos que sustentaban la violación de este artículo convencional se referían al impacto de los procedimientos disciplinarios en la presunta víctima, y en tanto que forman parte del marco fáctico del Informe de Fondo, podrían ser invocados por los representantes.

31. Los **representantes** alegaron que el debate sobre la afectación al marco normativo es una controversia propia del fondo del asunto, por lo que no es admisible como excepción preliminar. Asimismo, afirmaron que no han solicitado la realización de un control de convencionalidad en abstracto, sino que a la luz del artículo 2 de la Convención el Estado reforme un régimen legal contrario a la Convención Americana, frente al cual no existe un recurso judicial en el ordenamiento interno, máxime cuando esta normativa fue aplicada en el caso concreto. Los representantes alegaron que la afectación de los derechos políticos del señor Petro continúa ante el incumplimiento del artículo 2 de la Convención. Asimismo, manifestaron que han presentado información actualizada e íntimamente relacionada con la petición inicial respecto a la situación de riesgo y seguridad del señor Petro, así como sobre las implicaciones morales y patrimoniales de la persecución política de la que ha sido víctima. En consecuencia, solicitaron a la Corte que desestime la excepción preliminar relacionada con el artículo 5 de la Convención.

B.2. Consideraciones de la Corte

32. El Tribunal recuerda que, conforme a su jurisprudencia, únicamente considerará como excepciones preliminares aquellos argumentos que tienen o podrían tener exclusivamente tal naturaleza atendiendo a su contenido y finalidad, es decir, que de resolverse favorablemente impedirían la continuación del procedimiento o el pronunciamiento sobre el fondo²⁸. Ha sido criterio reiterado de la Corte que, por medio de una excepción preliminar, se presentan objeciones relacionadas con la admisibilidad de un caso o la competencia de la Corte para conocer de un determinado caso o de alguno de sus aspectos, ya sea en razón de la persona, materia, tiempo o lugar²⁹. Por ello, independientemente de que el Estado defina un planteamiento como “excepción preliminar”, si al analizar tales planteamientos fuere necesario

²⁸ Cfr. *Caso Cepeda Vargas Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213, párr. 35, y *Caso Gorioitía Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de septiembre de 2019. Serie C No. 382, párr. 19.

²⁹ Cfr. *Caso Las Palmeras Vs. Colombia. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 4 de febrero de 2000. Serie C No. 67, párr. 32, y *Caso Gorioitía Vs. Argentina, supra*, párr. 19.

entrar a considerar previamente el fondo de un caso, los mismos perderían su carácter preliminar y no podrían ser analizados como tales³⁰.

33. La Corte advierte que los alegatos del Estado no constituyen excepciones preliminares, pues son precisamente dichas cuestiones las que se debatirán en el fondo del asunto. Al valorar los méritos del caso, la Corte decidirá si las sanciones de destitución e inhabilitación que le fueron impuestas al señor Petro por la Procuraduría General de la Nación constituyeron una violación a sus derechos políticos consagrados en el artículo 23 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento. Determinar la vigencia y alcance de dichas sanciones, y la convencionalidad de las normas que facultaron su imposición, cuestiones controvertidas por las partes, así como el riesgo que el artículo 5 de la Ley 1864 de 2017 representaría para el goce de los derechos políticos de la presunta víctima, es un análisis que corresponde al fondo de la controversia. Asimismo, es una cuestión de fondo determinar si los hechos alegados por los representantes como constitutivos de una afectación moral, y como fuente de angustia y temor que habría experimentado el señor Petro como resultado de las sanciones que le fueron aplicadas, constituyeron violaciones a su derecho a la integridad personal. En consecuencia, la Corte desestima las excepciones preliminares presentadas por el Estado en virtud de que no se refieren a cuestiones de admisibilidad del caso, sino a cuestiones que atañen al fondo de la controversia.

V PRUEBA

A. Admisibilidad de la prueba documental

34. El Tribunal recibió diversos documentos presentados como prueba por la Comisión, los representantes y el Estado (*supra* párrs. 1, 5 y 6), los cuales, como en otros casos, admite en el entendido que fueron presentados en la debida oportunidad procesal (artículo 57 del Reglamento)³¹ y su admisibilidad no fue controvertida ni objetada.

35. Los **representantes** señalaron que el anexo 2, aportado por el Estado junto con sus alegatos finales escritos, contiene “doce archivos en total, seis de los cuales no fueron anunciados en el escrito estatal”, por lo que solicitaron su exclusión. Por su parte, la **Comisión** solicitó a la Corte “valorar [su] admisibilidad y pertinencia tomando en cuenta su [R]eglamento y jurisprudencia”. El **Estado** no se refirió a dichas objeciones.

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

³⁰ Cfr. *Caso Castañeda Gutman Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184, párr. 39, y *Caso Gorioitía Vs. Argentina, supra*, párr. 19.

³¹ Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo, supra*, párr. 140, y *Caso Roche Azaña y otros Vs. Nicaragua. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 3 de junio de 2020. Serie C No. 403, párr. 12.

a los citados momentos procesales³². Con relación a los documentos presentados por el Estado con sus alegatos finales escritos, cuya admisibilidad fue objetada por los representantes, la Corte nota que su presentación extemporánea no fue justificada en alguna de las causales excepcionales previstas en el Reglamento, ni fueron expresamente solicitados por la Corte como prueba para mejor resolver, de modo tal que no serán tomados en cuenta.

B. Admisibilidad de la prueba testimonial y pericial

37. Este Tribunal estima pertinente admitir las declaraciones rendidas ante fedatario público³³ y en audiencia pública³⁴ en la medida en que se ajusten al objeto que fue definido por la Presidencia en la Resolución mediante la cual se ordenó recibirlos y al objeto del presente caso³⁵.

VI HECHOS

38. En atención a los alegatos presentados por las partes y la Comisión, y a lo resuelto en el capítulo de excepciones preliminares, a continuación se expondrán los hechos relevantes del caso en el siguiente orden: a) antecedentes, donde la Corte se referirá al perfil de la presunta víctima y a la información concerniente a la denominada "crisis de la recolección de basura" ocurrida en la ciudad de Bogotá, Distrito Capital, a finales del año 2012; b) proceso disciplinario por la modificación del esquema de prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá; c) proceso disciplinario por la modificación del Plan de Ordenamiento Territorial de la ciudad de Bogotá; d) multa de la SIC por prácticas anticompetitivas en la prestación del servicio público de aseo; e) proceso ante la Contraloría por la modificación de las tarifas del servicio público de transporte, y f) marco normativo aplicable respecto a las facultades del Procurador General de la Nación y otras leyes de interés para el presente caso.

A. Antecedentes

A.1. La presunta víctima

39. El señor Gustavo Francisco Petro Urrego nació el 19 de abril de 1960. Es un político y economista que se identifica como "líder de izquierda y oposición"³⁶. Primero se vinculó como

³² Cfr. *Caso Familia Barrios Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2011. Serie C No. 237, párr. 17, y *Caso Azul Rojas Marín y otra Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 12 de marzo de 2020. Serie C No. 402, párr. 34.

³³ Declaraciones rendidas por Gustavo Francisco Petro Urrego y Edgardo José Maya Villazón en audiencia pública celebrada el 6 de febrero de 2020, y dictámenes periciales rendidos por Roberto Gargarella y Matthias Herdegen en la misma audiencia.

³⁴ Declaración rendida por Iván Cepeda Castro el 23 de enero de 2020 (expediente de fondo, folios 1115 a 1133); declaración rendida por Olga Lucía Durán Giraldo el 27 de enero de 2020 (expediente de fondo, folios 1271 a 1283) declaración a título informativo rendida por Jaime Bernal Cuellar el 20 de enero de 2020 (expediente de fondo, folios 1139 a 1197); dictamen pericial rendido por Alfredo Beltrán Sierra el 27 de enero de 2020 (expediente de fondo, folios 1277 a 1283), y dictamen pericial rendido por Carlos Enrique Arévalo Narváz el 27 de enero de 2020 (expediente de fondo, folios 1199 a 1265).

³⁵ Los objetos de las declaraciones se encuentran establecidos en la Resolución del Presidente de la Corte de 12 de diciembre de 2019.

³⁶ El señor Petro expresó lo siguiente: "[...] Yo soy un dirigente político de izquierda; siempre he estado en la oposición". Cfr. Declaración rendida por Gustavo Francisco Petro Urrego ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la audiencia pública celebrada el 6 de febrero de 2020.

militante del Movimiento Guerrillero 19 de abril (en adelante también "M-19")³⁷, grupo en el que llegó a ser miembro de la Dirección de la Región Central³⁸. Funció como personero³⁹ de Zipaquirá en 1981 y concejal entre 1984 y 1986. Después de la suscripción del Acuerdo de Paz entre el Estado y el M-19 en 1990, y la subsecuente incorporación de los integrantes de dicho grupo a la política a través del partido Alianza Democrática M-19, el señor Petro fue elegido –entre otros- a los siguientes cargos públicos: miembro de la Cámara de Representantes en 1991, 1998 y 2002, y del Senado en 2006 y 2018⁴⁰.

40. En el 2010, el señor Petro se presentó como candidato a la Presidencia de la República de Colombia. El 30 de octubre de 2011, fue elegido Alcalde Mayor de Bogotá, D.C. (en adelante también "Alcalde de Bogotá"), cargo que ocupó entre el 1 de enero de 2012 y el 1 de enero de 2016. Dicho cargo fue ejercido de manera ininterrumpida salvo por el período comprendido entre el 20 de marzo de 2014 y el 23 de abril de 2014, en virtud de la sanción de destitución e inhabilidad dispuesta por la Procuraduría General el 9 de diciembre de 2013. El 27 de mayo de 2018, el señor Petro fue candidato a la Presidencia de la República de Colombia, obteniendo la segunda votación más alta en dicha elección⁴¹. Actualmente, es Senador de la República⁴².

A.2. La crisis de recolección de basura en la ciudad de Bogotá a finales del año 2012

41. Previo a la toma de posesión del señor Petro como Alcalde de Bogotá, la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos (en adelante también "UAESP") ordenó, mediante Resolución 364 de 25 de mayo de 2011, la apertura de la licitación pública No. 001 a fin de concesionar el servicio público de aseo en la ciudad. Dicha licitación tuvo por objeto concesionar bajo "la figura de áreas de servicio exclusivo" la prestación del "servicio público domiciliario de aseo en la ciudad de Bogotá, en sus componentes de recolección, barrido, limpieza de vías y áreas públicas, corte de césped, poda de árboles en áreas públicas y transporte de los residuos al sitio de disposición final y todas las actividades de orden financiero, comercial, técnico, operativo, educativo y administrativo que ello conlleva"⁴³. La Asociación de Recicladores de Bogotá presentó una acción de tutela contra dicha licitación, por lo que el 18 de agosto de 2011 la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional de

³⁷ Cfr. *Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 14 de noviembre de 2014. Serie C No. 287, párr. 89.

³⁸ Cfr. *Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 14 de noviembre de 2014. Serie C No. 287, párr. 89.

³⁹ De conformidad con el texto original del Decreto 1333 de 1986, "[e]n cada municipio habrá un funcionario que tendrá el carácter de defensor del pueblo o veedor ciudadano y agente del Ministerio Público, llamado Personero Municipal, que tendrá un suplente nombrado por el mismo que elija el principal. El suplente reemplazará al principal en todo caso de falta absoluta o temporal, mientras se provee lo conveniente por quien corresponda". Decreto 1333 de 25 de abril de 1986, por el cual "se expide el Código de Régimen Municipal". Diario Oficial No. 37.466 de 14 de mayo de 1986, Artículo 135.

⁴⁰ Cfr. Escrito de solicitudes, argumentos y pruebas de 2 de noviembre de 2018 (expediente de fondo, folios 160 y 161).

⁴¹ El señor Petro expresó lo siguiente: "[...] en el 2018 volví a hacer candidato presidencial y saqué 8 millones de votos en la segunda votación del país [...]". Cfr. Declaración rendida por Gustavo Francisco Petro Urrego ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la audiencia pública celebrada el 6 de febrero de 2020.

⁴² El señor Petro expresó lo siguiente: "[...] en este momento soy Senador de la República de Colombia". Cfr. Declaración rendida por Gustavo Francisco Petro Urrego ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la audiencia pública celebrada el 6 de febrero de 2020.

⁴³ Resolución de la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación de 9 de diciembre de 2013 (expediente de prueba, folios del 3 al 486).

Colombia (en adelante también "Corte Constitucional") emitió el Auto 183, mediante el cual ordenó a la UAESP la suspensión de la licitación, con fundamento en el incumplimiento de lo ordenado por la Sentencia T-724/03⁴⁴.

42. El 8 de septiembre de 2011, a través de la Resolución 552, la UAESP declaró la "urgencia manifiesta" de dar continuidad a la prestación del servicio público de aseo, por lo que el 12 de septiembre de 2011 celebró los contratos Nos. 157E, 158E, 159E y 160E con las empresas Ciudad Limpia, Aseo Capital, LIME y ATESA, todas operadoras privadas, para la prestación del servicio público de aseo en Bogotá por un término de seis meses⁴⁵. Con ocasión de una solicitud de cumplimiento de la Sentencia T-724/03 y el Auto 268/10⁴⁶, presentada por la Asociación Cooperativa de Recicladores de Bogotá, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional expidió el Auto 275/11 de 19 de diciembre de 2011, mediante el cual dejó sin efecto la licitación pública No. 001 de 2011 y todos los actos administrativos subsecuentes, ordenando a la UAESP que definiera un "esquema de metas" a corto plazo para "la formalización y regularización de la población de recicladores, que contenga acciones concretas, cualificadas, medibles y verificables", a ser entregado a la referida Corte y a la Procuraduría General a más tardar el 31 de marzo de 2012⁴⁷.

43. El 8 de febrero de 2012, con posterioridad a la toma de posesión del señor Petro como Alcalde de Bogotá, a través de la Resolución 065, la UAESP declaró la "urgencia manifiesta" de continuar la prestación del servicio público de aseo. El 7 de marzo de 2012, la UAESP contrató dicho servicio con las empresas LIME, Aseo Capital, Ciudad Limpia y ATESA por un término de seis meses. El 19 de abril de 2012, mediante Auto 084, la Corte Constitucional reconoció que la UAESP había cumplido con el plazo para la entrega del "esquema de metas" solicitado en el Auto 275/11, e "instó a la entidad a continuar el proceso". El 16 de agosto de 2012, la UAESP prorrogó por tres meses los contratos con las operadoras privadas, los cuales se computarían a partir del 18 de septiembre de 2012. El 11 de octubre de 2012, la UAESP suscribió el contrato interadministrativo 017 con la Empresa Acueducto y Alcantarillado de

⁴⁴ En el año 2003, la Asociación de Recicladores de Bogotá presentó una acción de tutela contra el Distrito Capital de Bogotá y la UAESP por la licitación pública No. 001 de 2002. Al respecto, la Corte Constitucional de Colombia expidió la Sentencia No. T-724 de 20 de agosto de 2003, en la que constató que la UAESP no incluyó medida efectiva alguna encaminada al mantenimiento y fortalecimiento de la actividad que la Asociación de Recicladores había realizado como grupo marginado de la sociedad. En consecuencia, en la parte resolutive de la sentencia, la Corte Constitucional ordenó que en futuras ocasiones la UAESP debía incluir acciones afirmativas a favor de los recicladores de Bogotá "cuando se trate de la contratación de servicios públicos de aseo, debido a que la actividad que [los recicladores] desarrollan está ligada con dicho servicio, a fin de lograr condiciones reales de igualdad y de dar cumplimiento a los deberes sociales del Estado, y que por ningún motivo vuelva a reincidir en las omisiones en que incurrió en la Licitación No. 1 de 2002, respecto de los recicladores de Bogotá". *Cfr.* Sentencia No. T-724/03 de la Corte Constitucional de Colombia de 20 de agosto de 2003; Auto No. 183/11 de la Corte Constitucional de Colombia de 18 de agosto de 2011, y Resolución de la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación de 9 de diciembre de 2013 (expediente de prueba, folios del 3 al 486).

⁴⁵ *Cfr.* Resolución de la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación de 9 de diciembre de 2013 (expediente de prueba, folios del 3 al 486).

⁴⁶ El 30 de julio de 2010, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional declaró, mediante Auto No. 268/10, que la UAESP había incumplido con las disposiciones de la Sentencia T-724/03; le otorgó un plazo de tres días para que presentara una adenda "donde se modifiquen las condiciones de la Licitación 01 de 2010, en el sentido de incluir como requisito habilitante que los proponentes se presenten conformados con una organización de segundo nivel de recicladores de Bogotá", y ordenó a la Procuraduría General el seguimiento de lo resuelto. *Cfr.* Auto No. 268/10 de la Corte Constitucional de Colombia de 30 de julio de 2010 (expediente de prueba, folios del 3681 al 3737).

⁴⁷ *Cfr.* Auto No. 275/11 de la Corte Constitucional de Colombia de 19 de diciembre de 2011 (expediente de prueba, folios del 3491 al 3680), y Resolución de la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación de 9 de diciembre de 2013 (expediente de prueba, folios del 3 al 486).

Bogotá (en adelante "EAAB"), cuyo objeto consistía en la "gestión y operación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá D.C."⁴⁸.

44. Con motivo del referido contrato, en el 2012 se suscribieron los contratos Nos. 1-06-263000848 y 1-06-263000851, cuyo objeto fue "la adquisición de maquinaria y equipos para la prestación del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá por parte de la [EAAB]", para lo cual se adelantó "la invitación pública 804 con un presupuesto de \$80.888.107.999". El 4 de diciembre de 2012, la EAAB suscribió con la empresa Aguas de Bogotá, S.A.E.S.P. (en adelante "Aguas de Bogotá") el contrato No. 1-07-10200-0809-2012 (en adelante "contrato 809") para la prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá, con un valor de \$116.000.000.000 por un término de cuatro meses y 14 días a partir del 18 de diciembre de 2012⁴⁹.

45. El 10 de diciembre de 2012, el señor Petro expidió el Decreto 564, mediante el cual "se adopta[ro]n disposiciones para asegurar la prestación del servicio público de aseo en el Distrito Capital en acatamiento de las órdenes impartidas por la Corte Constitucional en la Sentencia T-724/03 y en los autos números 268 de 2010, 275 de 2011 y 084 de 2012" y, de tal manera, "atender la obligación de ejecutar a cabalidad el plan de inclusión de la población recicladora, así como garantizar la prestación del servicio en condiciones de calidad y sin discriminación para la totalidad de los habitantes de la ciudad y asegurar el debido cumplimiento de las obligaciones de prestación, coordinación, supervisión y control del servicio atribuida por la Constitución Política y la ley al Distrito Capital"⁵⁰.

46. El 14 de diciembre de 2012, días antes del vencimiento de los contratos entre la UAESP y las operadoras privadas, el señor Petro expidió el Decreto 570 en el marco de la "transición en el modelo de prestación del servicio público de aseo"⁵¹, mediante el cual se decretó un estado de prevención o alerta amarilla "con el objeto de prevenir y precaver cualquier situación que llegare a amenazar la calidad ambiental o la salud de los habitantes del Distrito Capital por las actividades derivadas de la Gestión Integral de Residuos Sólidos mediante la implementación de las medidas de prevención y control". En virtud de lo anterior, se ordenaron -entre otras- las siguientes medidas: a) autorizar "el uso de vehículos automotores tipo volquetas, con el fin de garantizar la continuidad de la prestación del servicio público de aseo y como medida de precaución para minimizar eventuales impactos ambientales y sanitarios", y b) implementar un "Plan Operativo de Emergencia para el esquema transitorio adoptado por

⁴⁸ En el contrato, se especificó lo siguiente: "[...] El servicio de recolección, barrido y limpieza de vías en áreas públicas y transporte de los residuos al sitio de disposición final en el Distrito Capital de Bogotá, tendrá una cobertura del ciento por ciento (100%), y se prestará a todos los usuarios y elementos del mobiliario urbano de las localidades que hacen parte de las mismas. En el desarrollo del contrato, el CONTRATISTA apoyará a la UAESP además para dar cumplimiento a las órdenes de la H. Corte Constitucional impartidas en el Auto 275 de 2011 y al Plan de Metas presentado por la UAESP y avalado en el Auto 084 de 2012 de la misma Corte, en el sentido de garantizar la inclusión de la población recicladora de oficio en el servicio de aseo- componente de aprovechamiento, según los contratos o convenios que celebre la UAESP para el efecto, y remunerando vía tarifa el trabajo que esta población realiza en los componentes de recolección y transporte de residuos sólidos, y del componente de aprovechamiento como costo evitado de disposición final, con base en los modelos tarifarios vigentes [...]". Resolución de la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación de 9 de diciembre de 2013 (expediente de prueba, folios del 3 al 486).

⁴⁹ Cfr. Resolución de la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación de 9 de diciembre de 2013 (expediente de prueba, folios del 3 al 486).

⁵⁰ Resolución de la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación de 9 de diciembre de 2013 (expediente de prueba, folios del 3 al 486).

⁵¹ Resolución de la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación de 9 de diciembre de 2013 (expediente de prueba, folios del 3 al 486).

el Decreto Distrital 564", por parte de las empresas de servicios públicos pertenecientes al Distrito Capital⁵².

47. El 17 de diciembre de 2012, la UAESP y la EAAB suscribieron una adenda al contrato interadministrativo 017⁵³. El mismo día, la UAESP declaró una "urgencia manifiesta", en virtud de lo cual suscribió a finales de 2012 contratos con operadoras privadas para lograr la prestación del servicio público de aseo en la ciudad⁵⁴. A pesar de la suscripción de estos contratos, el 18, 19 y 20 de diciembre de 2012, la ciudad de Bogotá "enfrentó una crisis y emergencia en la prestación del servicio público de aseo". Durante tales días, aproximadamente 5,841 toneladas de basura no fueron recogidas⁵⁵. Luego de la crisis, los operadores privados continuaron prestando el servicio público de aseo en alrededor del 48% de la ciudad⁵⁶.

B. Proceso disciplinario ante la Procuraduría General por la modificación del esquema de prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá

B.1. Procedimiento

48. En enero de 2013, el Secretario General de la Federación Regional de Trabajadores, un Concejal del Distrito de Bogotá, el Personero del Distrito de Bogotá y el Defensor del Pueblo presentaron una queja contra el Alcalde de Bogotá ante el Procurador General. El 13 de enero del mismo año, dicha autoridad emitió un auto mediante el cual delegó en la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General (en adelante también "Sala Disciplinaria") la competencia para adelantar una investigación disciplinaria contra el señor Petro, en su calidad de Alcalde de Bogotá, "por presuntas irregularidades relacionadas a la prestación del servicio público de

⁵² Cfr. Decreto Distrital No. 570 de 14 de diciembre de 2012 (expediente de prueba, folios del 4414 al 4419).

⁵³ En la adenda, se agregaron –entre otras- las cláusulas siguientes: "[...] PARÁGRAFO: En el evento en que la UAESP decida contratar con personas diferentes de la EAAB, actividades relacionadas con el servicio público de aseo y sus actividades complementarias en la ciudad de Bogotá, se entenderá para todos los efectos legales y contractuales, que tales actividades se sustraen del objeto del presente contrato, reduciendo así de manera proporcional el 100% de la cobertura asignada al contratista, sin que para ello se requiera mayor formalidad que una comunicación de la UAESP, mediante la cual informe a la EAAB sobre el contrato celebrado, su alcance y la fecha a partir de la cual se dará inicio al mismo. (...) CLÁUSULA 35. PERÍODO DE TRANSICIÓN Y AJUSTE. Durante los cuatro (4) primeros meses a partir de la expedición del Decreto Distrital No. 570 del 14 de diciembre de 2012, el CONTRATISTA realizará sus obligaciones contractuales, en aplicación de dicho acto administrativo, término durante el cual deberá ajustar sus labores operativas para la prestación eficiente del servicio, en los términos del reglamento técnico y operativo que hace parte integral del contrato. En todo caso las frecuencias mínimas durante el Reglamento Técnico y Operativo [...]". Resolución de la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación de 9 de diciembre de 2013 (expediente de prueba, folios del 3 al 486).

⁵⁴ En particular, se suscribieron los siguientes contratos: a) contrato No. 257 de 18 de diciembre, celebrado con Ciudad Limpia respecto a la zona 6 de la ciudad; b) contrato No. 260 de 19 de diciembre, celebrado con Aseo Capital respecto a la zona 4 de la ciudad; c) contrato No. 261 de 19 de diciembre, celebrado con LIME respecto a la zona 1 de la ciudad; d) contrato No. 268 de 21 de diciembre, celebrado con ATESA respecto a la zona 2 de la ciudad; e) adenda de 22 de diciembre al contrato No. 260 con Aseo Capital para incluir nuevas localidades, y f) adenda de 22 de diciembre al contrato No. 261 con LIME para que diera "apoyo" en otras localidades. Cfr. Resolución de la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación de 9 de diciembre de 2013 (expediente de prueba, folios del 3 al 486).

⁵⁵ Cfr. Resolución de la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación de 9 de diciembre de 2013 (expediente de prueba, folio del 3 al 486).

⁵⁶ Cfr. Fallo No. 02 de la Dirección de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva de la Contraloría Distrital de Bogotá de 20 de octubre de 2017 (expediente de prueba, folios del 4907 al 4954).

aseo”⁵⁷. El 20 de junio de 2013, la Sala Disciplinaria formuló cargos contra el señor Petro, con fundamento en “tres hechos puntuales”⁵⁸: a) la suscripción de los contratos 017 de 11 de octubre de 2011 y 809 de 4 de diciembre de 2012; b) la expedición del Decreto 564 de 10 de diciembre de 2012, y c) la emisión del Decreto 570 de 14 de diciembre de 2012. En relación con tales hechos, la Sala Disciplinaria formuló los siguientes cargos contra el señor Petro:

Primer cargo: Falta disciplinaria gravísima contenida en el numeral 31 del artículo 48 del Código Disciplinario Único, a título de dolo y bajo la modalidad de determinador, por “[h]aber tomado la decisión, para el segundo semestre de 2012, y en su condición de alcalde mayor de Bogotá y jefe de la administración distrital, de que las empresas del Distrito de Bogotá asumieran la prestación del servicio público de aseo, decisión que conllevó a que el director de la [UAESP] y el gerente de la [EAAB] suscribieran el contrato interadministrativo 017 del 11 de octubre de 2012, sin que esta empresa contara con las más mínima experiencia y capacidad requerida. [Asimismo], la decisión del señor alcalde mayor de Bogotá conllevó a que el gerente de la [EAAB] y el gerente de [Aguas de Bogotá] suscribieran el contrato interadministrativo 809 del 4 de diciembre de 2012, sin que esta empresa contara con la más mínima experiencia y capacidad requerida”.

Segundo cargo: Falta disciplinaria gravísima contenida en el numeral 60 del artículo 48 del Código Disciplinario único, a título de dolo, por “[h]aber expedido el Decreto 564 del 10 de diciembre de 2012, mediante el cual se adoptó un esquema de prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá totalmente contrario al ordenamiento jurídico [...]”.

Tercer cargo: Falta disciplinaria gravísima contenida en el numeral 37 del artículo 48 del Código Disciplinario único, a título de culpa gravísima, por “[h]aber expedido el Decreto 570 del 14 de diciembre de 2012, mediante el cual autorizó el uso de vehículos tipo volquetas, «con el fin de garantizar la continuidad del servicio público de aseo y como medida de precaución para minimizar eventuales impactos ambientales y sanitarios», pues con dicha autorización se violaron disposiciones constitucionales y legales referentes a la protección del medio ambiente, con lo cual se originó un riesgo grave para la salud humana de los habitantes de la ciudad de Bogotá y para el medio ambiente”⁵⁹.

B.2. Sanción disciplinaria

49. El 9 de diciembre de 2013, luego de haber adelantado un procedimiento disciplinario, la Sala Disciplinaria declaró probados los tres cargos formulados contra el señor Petro y lo juzgó “responsable disciplinariamente” por la comisión de las siguientes faltas disciplinarias: a) la falta gravísima contenida en el numeral 31 del artículo 48 del Código Disciplinario Único, consistente en “[p]articipar en la etapa precontractual o en la etapa contractual, en detrimento del patrimonio público, o con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y en la ley”; b) la falta gravísima contenida en el numeral 60 del artículo 48 del mismo Código, consistente en “[e]jercer las potestades que su empleo o función le concedan para una finalidad distinta a la prevista en la norma otorgante”, y c) la falta gravísima contenida en el numeral 37 del artículo

⁵⁷ Resolución de la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación de 9 de diciembre de 2013 (expediente de prueba, folios del 3 al 486).

⁵⁸ Auto de la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación de 20 de junio de 2013 (expediente de prueba, folios del 3231 al 3489).

⁵⁹ Auto de la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación de 20 de junio de 2013 (expediente de prueba, folios del 3231 al 3489).

48 del mismo Código, consistente en “[p]roferir actos administrativos, por fuera del cumplimiento del deber, con violación de las disposiciones constitucionales o legales referentes a la protección [...] del medio ambiente”⁶⁰.

50. En consecuencia, el señor Petro fue sancionado con la pena de destitución como Alcalde de Bogotá e inhabilidad general para ocupar cualquier cargo público por el término de 15 años⁶¹.

B.3. Recursos de recusación y reposición

51. El señor Petro presentó escritos de recusación contra el Procurador General, la Viceprocuradora General, los integrantes de la Sala Disciplinaria y “cualquier otro funcionario de la Procuraduría que pudiera conocer la actuación”⁶². El 2 de enero de 2014, la Viceprocuradora General rechazó la recusación y lo mismo hicieron los miembros de la Sala Disciplinaria mediante auto de la misma fecha. Cinco días después, el Procurador General también rechazó la recusación, ordenando a la Sala Disciplinaria continuar “el respectivo trámite del proceso disciplinario”. Concomitantemente a las solicitudes de recusación, el señor Petro interpuso un recurso de reposición contra la decisión de 9 de diciembre de 2013. En el marco de este recurso, el señor Petro solicitó, mediante escrito de 31 de diciembre de 2013, la práctica de una serie de pruebas sobre sanciones similares impuestas por la Procuraduría General, así como peritajes sobre los posibles riesgos a la salud humana que pudieron haberse producido por exposición a la basura.

52. Mediante resolución de 13 de enero de 2014, la Sala Disciplinaria denegó la práctica de las pruebas solicitadas, confirmando la resolución de 9 de diciembre de 2013. En las motivaciones sobre las diligencias probatorias, la Sala Disciplinaria argumentó que estas “debieron ser solicitadas en el momento procesal oportuno y no después de haberse proferido el fallo de única instancia” y señaló, además, que “no advierte la necesidad de que se practiquen de oficio las pruebas pedidas [...], en la medida en que ellas están relacionadas con situaciones y hechos que han sido ampliamente analizados [...], sobre los cuales existen sobrados elementos de juicio y suficiente ilustración”⁶³. Como consecuencia de lo anterior, la sanción de destitución e inhabilidad quedó en firme.

B.4. Acciones de tutela, sustitución del señor Petro como Alcalde de Bogotá y adopción de medidas cautelares por parte de la Comisión

53. Contra la sanción de la Sala Disciplinaria, tanto el señor Petro como otras personas interpusieron simultáneamente múltiples acciones de tutela ante distintas autoridades jurisdiccionales. Algunos de estos recursos fueron admitidos y otros rechazados.

B.4.1. Acciones ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y destitución del señor Petro mediante decreto presidencial

⁶⁰ Auto de la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación de 20 de junio de 2013 (expediente de prueba, folios del 3231 al 3489).

⁶¹ Cfr. Resolución de la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación de 9 de diciembre de 2013 (expediente de prueba, folios del 484 al 486).

⁶² Resolución de la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación de 13 de enero 2014 (expediente de prueba, folios del 488 al 835).

⁶³ Resolución de la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación de 13 de enero 2014 (expediente de prueba, folios del 488 al 835).

54. El 13 de enero de 2014, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda -Subsección A acogió la acción de tutela interpuesta por el ciudadano JGP, actuando a título personal y como agente oficioso del señor Petro, y ordenó la suspensión provisional de las resoluciones de la Sala Disciplinaria de 9 de diciembre de 2013 y 13 de enero de 2014⁶⁴. A su vez, el 17 de enero del mismo año, la Subsección C de la Sección Segunda del referido tribunal rechazó por "improcedente" otra acción de tutela interpuesta por el señor Petro contra las decisiones de la Sala Disciplinaria. El 5 de marzo de 2014, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado confirmó la sentencia expedida el 17 de enero de 2014 por la Subsección C del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, "en razón de que el afectado dispone de otro medio de defensa judicial"⁶⁵.

55. El 18 de marzo de 2014, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado revocó la sentencia emitida el 13 de enero de 2014 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, consecuentemente rechazando la acción de tutela y levantando la suspensión provisional de los fallos de la Sala Disciplinaria⁶⁶. De esta forma, el 20 de marzo de 2014, mediante el Decreto 570, el Presidente de la República dispuso la destitución del señor Petro⁶⁷. El 11 de junio de 2015, la Corte Constitucional confirmó la sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado de 5 de marzo de 2014⁶⁸.

B.4.2. Acciones ante el Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá

56. El 23 de enero de 2014, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá decidió las acciones intentadas por 368 personas y concedió "el amparo del derecho a elegir y participar en el control político" a 173 de los demandantes y rechazó la tutela de derechos respecto de los 195 restantes. Esta decisión también ordenó la suspensión transitoria de los efectos del fallo proferido por la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General. La sentencia fue impugnada y la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, mediante sentencia de 6 de marzo de 2014, revocó la decisión anterior y en su lugar denegó la protección solicitada por los accionantes⁶⁹. El 30 de abril de 2014, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá rechazó otra acción de tutela contra el fallo disciplinario de la por falta de legitimación activa. Esta decisión

⁶⁴ Cfr. Resolución de Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda -Subsección A de 13 de enero de 2014 (expediente de prueba, folios del 3738 al 3758).

⁶⁵ Resolución de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de 5 de marzo de 2014 (expediente de prueba, folios del 3759 al 3814).

⁶⁶ Cfr. Decreto Presidencial No. 570 de 20 de marzo de 2014, "por el cual se da cumplimiento a una decisión de la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación que ordenó destituir al Alcalde Mayor de Bogotá D.C. y se hace un encargo". Diario Oficial No. 49.098 de 20 de marzo de 2014.

⁶⁷ El Decreto 570 de 2014 señalaba lo siguiente: "Artículo 1°. *Destitución.* Destitúyase en el ejercicio del cargo de Alcalde Mayor de Bogotá D.C, al señor Gustavo Francisco Petro Urrego, identificado con la cédula de ciudadanía número 208079, con el fin de dar cumplimiento al fallo de única instancia del 9 de diciembre de 2013, con número de radicación IUS 2012447489, IUC D 2013-661-576188, confirmado mediante fallo del 13 de enero de 2014, de conformidad con lo señalado en la parte motiva del presente decreto". Decreto Presidencial No. 570 de 20 de marzo de 2014, "por el cual se da cumplimiento a una decisión de la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación que ordenó destituir al Alcalde Mayor de Bogotá D.C. y se hace un encargo". Diario Oficial No. 49.098 de 20 de marzo de 2014.

⁶⁸ Cfr. Sentencia No. SU355-15 de la Corte Constitucional de Colombia de 11 de junio de 2015.

⁶⁹ Cfr. Decreto Presidencial No. 570 de 20 de marzo de 2014, "por el cual se da cumplimiento a una decisión de la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación que ordenó destituir al Alcalde Mayor de Bogotá D.C. y se hace un encargo". Diario Oficial No. 49.098 de 20 de marzo de 2014.

fue confirmada por la Corte Constitucional, mediante sentencia T-976/14 de 18 de diciembre de 2014⁷⁰.

B.4.3. Medidas cautelares de la Comisión y sustitución del señor Petro mediante decreto presidencial

57. De manera paralela a lo antes señalado, el 18 de marzo de 2014, la Comisión Interamericana emitió una resolución de medidas cautelares, mediante la cual solicitó al Estado la suspensión provisional de las decisiones de la Sala Disciplinaria de 9 de diciembre de 2013 y 13 de enero de 2014⁷¹. En razón de ello, entre el 21 y el 30 de marzo de 2014, un grupo de electores del señor Petro presentó varias tutelas con el fin de dar cumplimiento a la medida cautelar.

58. El 20 de marzo de 2014, mediante el Decreto 570, el Presidente de la República, además de disponer la destitución del señor Petro, encargó al señor RPR como Alcalde de Bogotá "mientras se conformaba una terna para proceder a realizar la designación en los términos de la Ley 1475 de 2011"⁷². El 21 de abril de 2014, el Presidente decretó encargar las funciones del empleo de Alcalde Mayor de Bogotá a la señora MMMC, mediante el Decreto 761⁷³.

B.4.4. Acción ante la Sala Civil-Restitución de Tierras y reincorporación del señor Petro mediante decreto presidencial

59. El 21 de abril de 2014, la Sala Civil-Restitución de Tierras del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá acogió la acción de tutela incoada por el ciudadano OAV y ordenó al Presidente de la República que, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de la sentencia, dejara "sin efectos el Decreto 570 del 20 de marzo de 2014, y en consecuencia, tome las decisiones a que haya lugar para el acatamiento de la medida cautelar [...] proferida por la [Comisión] en la Resolución 05 del 18 de marzo de 2014"⁷⁴. El 23 de abril de 2014, el Presidente de la República emitió el Decreto 797 que dejó sin efectos los decretos 570 y 761, en "cumplimiento de la Sentencia de 21 de abril de 2014"⁷⁵. En virtud de ello, el señor Petro fue restituido al cargo de Alcalde de Bogotá.

60. Con ocasión de la impugnación presentada por parte del Presidente de la República y la Procuraduría General, el 6 de junio de 2014, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema

⁷⁰ Cfr. Sentencia No. T-976/14 de la Corte Constitucional de Colombia de 18 de diciembre de 2014.

⁷¹ Cfr. Resolución de medidas cautelares No. 5/2014 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 18 de marzo de 2014 (expediente de prueba, folios del 3180 al 3190).

⁷² Decreto Presidencial 761 de 21 de abril de 2014, por "el cual se encarga Alcalde Mayor de Bogotá, D.C.". Diario Oficial No. 49.129 de 21 de abril de 2014 (expediente de prueba, folios 3226 y 3227), y Decreto Presidencial No. 570 de 20 de marzo de 2014, "por el cual se da cumplimiento a una decisión de la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación que ordenó destituir al Alcalde Mayor de Bogotá D.C. y se hace un encargo". Diario Oficial No. 49.098 de 20 de marzo de 2014.

⁷³ Cfr. Decreto Presidencial 761 de 21 de abril de 2014, por "el cual se encarga Alcalde Mayor de Bogotá, D.C.". Diario Oficial No. 49.129 de 21 de abril de 2014 (expediente de prueba, folios 3226 y 3227).

⁷⁴ Resolución de la Sala Civil-Restitución de Tierras del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. de 21 de abril de 2014 (expediente de prueba, folios del 6864 al 6891).

⁷⁵ Decreto Presidencial 797 de 23 de abril de 2014, por "el cual cesan los efectos de unos decretos en cumplimiento de una sentencia" (expediente de prueba, folios del 3228 al 3230).

de Justicia revocó la sentencia de 21 de abril de 2014 por falta de legitimación activa⁷⁶. El 18 de diciembre de 2014, la Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional confirmó la sentencia de 6 de junio de 2014 y otras decisiones⁷⁷ que habían declarado improcedentes distintas acciones de tutela por parte de ciudadanos para el cumplimiento de las medidas cautelares, al considerar que “no existe una legitimación en la causa activa, en la medida en que el objeto y sujeto de protección de la resolución de medidas cautelares adoptada por la [Comisión] el pasado 18 de marzo de 2014, es específicamente el ejercicio de los derechos políticos del Alcalde Mayor de Bogotá, el señor Gustavo Francisco Petro Urrego, y en ese orden, los ciudadanos que actúan como actores [...] no están legitimados para hacerlo”⁷⁸.

B.5. Medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho

61. El 31 de marzo de 2014, el señor Petro interpuso ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca un medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra las resoluciones emitidas el 9 diciembre de 2013 y 13 de enero de 2014 por la Sala Disciplinaria, y solicitó medidas cautelares de urgencia con el objeto de ser reincorporado a su cargo y de que fueran reestablecidos sus derechos políticos. Ese mismo día, dicho tribunal remitió la demanda a la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado por razones de competencia. El 10 de abril de 2014, la referida Sala admitió la demanda y, el 13 de mayo de 2014, emitió una resolución en la que decretó la suspensión provisional “de los efectos jurídicos” de las decisiones de 9 de diciembre 2013 y 13 de enero de 2014, y ofició a la División de Registro y Control de la Procuraduría General para que tomara “nota de la suspensión de la sanción de inhabilidad que recae sobre el señor [Petro]”⁷⁹. La Procuraduría General interpuso recurso de súplica contra la referida resolución, el cual fue rechazado por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado (en adelante también “el Consejo de Estado”) mediante auto de 17 de marzo de 2015, que confirmó la decisión de 13 de mayo de 2014⁸⁰.

62. El 15 de noviembre de 2017, el Consejo de Estado acogió la demanda y declaró la nulidad de las decisiones de la Sala Disciplinaria de 9 de diciembre de 2013 y 13 de enero de 2014, subsecuentemente ordenando a la Procuraduría General el pago al señor Petro de “los salarios y prestaciones dejados de percibir por el accionante durante el tiempo que estuvo efectivamente separado del servicio”. El Consejo de Estado sostuvo que las resoluciones impugnadas estaban viciadas de nulidad debido a la “(i) falta de competencia del ente que impuso la sanción, garantía mínima del derecho al debido proceso del señor [Petro] y (ii) violación al principio de tipicidad de la falta disciplinaria que guarda relación estricta con el

⁷⁶ Cfr. Sentencia No. T-976/14 de la Corte Constitucional de Colombia de 18 de diciembre de 2014.

⁷⁷ Dentro de las decisiones confirmadas, se encuentran la sentencia de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá de 30 de abril de 2014, y tres decisiones emitidas por la Subsección A de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 9 y 11 de abril de 2014, respectivamente, que también habían rechazado acciones de tutela.

⁷⁸ Cfr. Sentencia No. T-976/14 de la Corte Constitucional de Colombia de 18 de diciembre de 2014.

⁷⁹ Resolución de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de 13 de mayo de 2014 (expediente de prueba, folios del 4959 al 4988).

⁸⁰ Cfr. Resolución de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de 15 de noviembre de 2017 (expediente de prueba, folios del 4990 al 5085).

principio de legalidad de la sanción⁸¹. En cuanto a la solicitud de reintegro en el cargo de Alcalde de Bogotá, el Consejo de Estado adujo que esta “carece de objeto” porque el señor Petro ya había sido reincorporado como consecuencia de la resolución de 13 de mayo de 2014. Asimismo, en la parte dispositiva de su sentencia, el Consejo de Estado dispuso lo siguiente:

[...] EXHORTAR al Gobierno Nacional, al Congreso de la República y a la Procuraduría General de la Nación para que en un plazo, no superior a dos (2) años, contando a partir de la notificación de esta providencia, implemente las reformas a que haya lugar, dirigidas a poner en plena vigencia los preceptos normativos contenidos en el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos en el orden interno, con fundamento en las consideraciones emitidas y la *ratio decidendi* de esta sentencia⁸².

C. Proceso disciplinario ante la Procuraduría General por la modificación del Plan de Ordenamiento Territorial

63. El 26 de agosto de 2013, el señor Petro expidió el Decreto 364 en su condición de Alcalde de Bogotá. Mediante este Decreto, se modificaron “excepcionalmente las normas urbanísticas del Plan de Ordenamiento Territorial de Bogotá, D.C.”, debido a “[c]ambios en las proyecciones y composición de la población de Bogotá” y a la “[n]ecesidad de ejecutar proyectos de impacto en la movilidad de la ciudad”, con el objeto de “[i]ntegrar la gestión del riesgo y la adaptación al cambio climático al ordenamiento territorial” y “[a]rmonizar el ordenamiento del suelo rural con las normas nacionales⁸³.”

64. Con ocasión de una acción de nulidad interpuesta por el ciudadano JJM, el 27 de marzo de 2014, el Consejo de Estado decretó “la suspensión provisional del Decreto Distrital 364 de 26 de agosto de 2013⁸⁴” Con base en una denuncia presentada el 26 de septiembre de 2013, el Procurador General dispuso “la apertura de una investigación disciplinaria” contra el señor Petro, mediante auto de 16 de mayo de 2014⁸⁵. El 19 de agosto de 2014, “se dispuso el cierre de la investigación disciplinaria, advirtiéndose que se otorgaba el recurso de reposición”. El 21 de agosto de 2014, se notificó dicha decisión. El 2 de septiembre de 2014, “el auto de cierre fue objeto de impugnación por el apoderado del disciplinado”, recurso que fue resuelto por auto de 26 del indicado mes y año.

65. El 10 de agosto de 2015, la Procuraduría General formuló pliego de cargos contra el señor Petro por haber incumplido “las normas constitucionales, legales y reglamentarias que le imponían el deber de acatar la decisión del Concejo Distrital en lo que se refiere a la aprobación de los proyectos de acuerdo puestos a consideración del cuerpo colegiado”, como consecuencia de la adopción “de manera excepcional” del Decreto 364 de 26 de agosto de 2013. En función de lo anterior, se acusó al señor Petro de haber violado el numeral 1 del

⁸¹ Resolución de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de 15 de noviembre de 2017 (expediente de prueba, folios del 4990 al 5085).

⁸² Resolución de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de 15 de noviembre de 2017 (expediente de prueba, folios del 4990 al 5085).

⁸³ Decreto Distrital No. 364 de 26 de agosto de 2013, por “el cual se modifican excepcionalmente las normas urbanísticas del Plan de Ordenamiento Territorial de Bogotá D. C., adoptado mediante Decreto Distrital 619 de 2000, revisado por el Decreto Distrital 469 de 2003 y compilado por el Decreto Distrital 190 de 2004”.

⁸⁴ Resolución de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de 27 de marzo de 2014 (expediente de prueba, folios del 6893 al 6933).

⁸⁵ Cfr. Resolución del Procurador General de la Nación de 27 de junio de 2016 (expediente de prueba, folios del 837 al 921).

artículo 34 del Código Disciplinario Único. El 27 de junio de 2016, el Procurador General sancionó al señor Petro “en su condición de Alcalde Mayor de Bogotá, por la falta grave a título de dolo, con DOCE MESES DE SUSPENSIÓN E INHABILIDAD ESPECIAL por el mismo término”⁸⁶.

66. Esta decisión fue impugnada por la defensa del señor Petro. En virtud de dicha impugnación, la Procuraduría General declaró la nulidad de lo actuado a partir del pliego de cargos, con lo cual el fallo disciplinario quedó sin efectos. El plazo para reevaluar los cargos prescribió, por lo que, mediante auto de 16 de septiembre de 2019, la Procuraduría General dispuso el archivo del proceso⁸⁷.

D. Multa de la Superintendencia de Industria y Comercio

67. El 4 de abril de 2013, mediante Resolución No. 14902, la Delegatura para la Protección de la Competencia de la SIC (en adelante también “Delegatura de la SIC”) abrió una investigación y formuló pliego de cargos con base en las denuncias por parte de operadoras privadas del sector de aseo sobre la presunta comisión de prácticas restrictivas de la libre competencia, a fin de determinar si la UAESP, la EAAB y Aguas de Bogotá “actuaron en contravención a lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el numeral 10 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992”⁸⁸. Además de dichas entidades, la investigación involucró al señor Petro y a varios funcionarios de la UAESP, a título personal.

68. A través de la Resolución No. 43307 de 26 de julio de 2013, la Delegatura de la SIC incorporó al proceso a la empresa LIME como tercera interesada. El 27 de diciembre de 2013, mediante Resolución No. 6083, el Ministro de Comercio, Industria y Turismo aceptó “el impedimento” manifestado por el Superintendente de Industria y Comercio para conocer de todos los asuntos vinculados a la investigación. El 16 de enero de 2014, mediante el Decreto 056, se designó al Superintendente de Sociedades, el señor LVC, como Superintendente de Industria y Comercio *Ad-hoc* “para conocer y decidir cualquier asunto relacionado con la investigación”⁸⁹. El 7 de febrero de 2014, el señor Petro presentó una solicitud de nulidad, que amplió mediante comunicación del día 14 del mismo mes y año.

69. En su informe de investigación, la Delegatura de la SIC recomendó “sancionar a la UAESP, la [EAAB] y Aguas de Bogotá, por considerar que sus conductas constituyeron una violación del artículo 1 de la Ley 155 de 1959”, así como que fuera archivado el caso en lo concerniente al cargo por la violación del artículo 47, numeral 10, del Decreto 2153 de 1992. Asimismo, en el informe la Delegatura de la SIC alegó que los investigados “diseñaron e implementaron un esquema de prestación del servicio de aseo en Bogotá, en virtud del cual una empresa distrital [...] asumiría el 100% de la prestación del servicio de aseo en la ciudad [...], impidiendo que cualquier otro prestador del servicio ingresara o se mantuviera en el mercado sin la autorización de la UAESP”. La Delegatura de la SIC argumentó que se impusieron “condiciones injustificadas” para que los operadores privados que antes habían

⁸⁶ Resolución del Procurador General de la Nación de 27 de junio de 2016 (expediente de prueba, folios del 837 al 921).

⁸⁷ Gráficas sobre los procesos fiscales y disciplinarios adelantados contra el señor Petro (expediente de prueba, folios del 7807 al 7812).

⁸⁸ Resolución No. 53788 de la Superintendencia de Industria y Comercio de 3 de septiembre de 2014 (expediente de prueba, folios del 974 al 1078).

⁸⁹ Resolución No. 53788 de la Superintendencia de Industria y Comercio de 3 de septiembre de 2014 (expediente de prueba, folios del 974 al 1078).

prestado el servicio accedieran al mismo, como la necesidad de suscribir un contrato con la UAESP.

70. El 7 de abril de 2014, se escuchó al Consejo Asesor de Competencia del Superintendente de Industria y Comercio, quien recomendó sancionar a los investigados por la violación de la Ley 155 de 1959. El 21 de abril de 2014, el Superintendente de Industria y Comercio *ad-hoc* emitió la Resolución No. 25036 en la que estableció la responsabilidad tanto de la UAESP, la EAAB y Aguas de Bogotá por la transgresión del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 como de las personas naturales involucradas por la violación del artículo 4, numeral 16, del Decreto 2153 de 1992, imponiendo las siguientes multas: a) UAESP (\$17.864.000.000); b) EAAB (\$61.600.000.000); c) Aguas de Bogotá (\$2.217.500.000); d) señor Petro (\$410.256.000), y e) resto de investigados (multas desde \$40.040.000 a \$410.256.000). De igual modo, en la referida resolución se ordenó a la UAESP, la EAAB y Aguas de Bogotá “adecuar el esquema de recolección de basuras vigente” en un plazo de seis meses, y “abstenerse de realizar [...] cualquier conducta encaminada a bloquear o limitar la permanencia de competidores en el mercado de prestación del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá”⁹⁰.

71. El 9 de mayo de 2014, el señor Petro interpuso recurso de reposición contra la Resolución 25036. El 16 de junio de 2014, el señor Petro presentó una solicitud de recusación respecto al Superintendente de Industria y Comercio *ad-hoc*, la cual fue rechazada mediante resoluciones Nos. 32186 y 32896. El señor Petro solicitó la nulidad de dichas resoluciones y presentó además un recurso de revocatoria directa, solicitudes que fueron negadas por el Superintendente de Industria y Comercio *ad-hoc*. El 3 de septiembre de 2014, la SIC emitió la Resolución No. 53788, mediante la cual resolvió el recurso de reposición, confirmando “en todas sus partes la Resolución No. 25036 de 2014”, con la excepción de que bajó los montos de la multa impuesta a dos de las personas investigadas. En su decisión, la SIC ponderó lo siguiente:

“[...] [L]a conducta desplegada por los investigados de no respetar el principio de libre competencia al mercado de prestación del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá, llevó a que varias empresas perdieran la calidad de prestadores, y pasaran a ser operadores, como única alternativa para no verse excluidas totalmente del mismo (por lo menos mientras la UAESP quiera mantenerles el contrato, según su libre albedrío)”.

“[...] [N]o son de recibo para esta Superintendencia los argumentos expuestos por los recurrentes respecto a la ineficiencia de implementar un esquema de libre competencia [...] como causal para exonerar de toda responsabilidad a los Investigados [...]. Nótese que fueron el constituyente y el legislador quienes escogieron los modelos para prestar los servicios públicos en Colombia, sin que sea viable que un ciudadano o una empresa (pública o privada) los desconozca bajo el argumento de que no los consideran eficientes. Si los investigados consideran inadecuado o insuficiente el modelo escogido por el constituyente y el legislador, lo que deben hacer no es incumplirlo o desplegar mecanismos de “autotutela” para apartarse de él, sino promover un debate legislativo que lleve al cambio de modelo escogido por la Constitución y la ley, conforme a las vías democráticas previstas en el régimen legal colombiano”.

⁹⁰ Resolución No. 53788 de la Superintendencia de Industria y Comercio de 3 de septiembre de 2014 (expediente de prueba, folios del 974 al 1078).

1. El 3 de mayo de 2019, el señor Petro interpuso ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca un medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra la multa impuesta por la SIC, cuyo fondo se encuentra pendiente de ser resuelto⁹¹

E. Proceso ante la Contraloría por la modificación de las tarifas del servicio de transporte

72. El 23 de julio de 2012, el señor Petro expidió el Decreto 356 en su condición de Alcalde de Bogotá. Mediante este decreto, se fijó en \$1.700,00 pesos colombianos "la tarifa máxima del servicio de transporte masivo urbano de pasajeros del componente troncal" del Sistema Integrado de Transporte Público y en \$1.400,00 pesos colombianos la tarifa correspondiente al "componente zonal"; adicionalmente, se establecieron descuentos, *inter alia*, para las personas mayores con una edad superior a los 62 años⁹².

73. El 27 de agosto de 2012, el Contralor de Bogotá, D.C. (en adelante "el Contralor") ordenó abrir una indagación preliminar contra el señor Petro debido a "la reducción de tarifas de transporte público en el Sistema Transmilenio, dispuesta a través del Decreto 356"⁹³, ascendente a \$64.063.000.000.00 pesos colombianos. El 26 de diciembre de 2012, se expidió auto de apertura al proceso de responsabilidad fiscal. El 22 de julio de 2013, se agregó al proceso "la reducción de los ingresos en el Sistema Integrado de Transporte Público" desde el 1 de diciembre de 2012 hasta el 28 de abril de 2013, ascendente a \$46.743.160.150.00 pesos colombianos. El 25 de febrero de 2014, se agregó la reducción por el mismo concepto, pero respecto al período del 29 de abril al 30 de octubre de 2013, estimada en \$76.732.822.520.00 pesos colombianos.

74. El 27 de junio de 2016, la Dirección de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva de la Contraloría (en adelante también "Dirección de Responsabilidad Fiscal") emitió el Fallo No. 1, en el que "resolvió fallar con responsabilidad fiscal"⁹⁴ contra el señor Petro, otras personas y algunas compañías aseguradoras, en calidad de garantes solidarios de la suma de \$217.204.847.989 pesos colombianos⁹⁵, con base en el "detrimento patrimonial" causado por la "rebaja generalizada de tarifas del servicio de transporte urbano masivo de pasajeros del Sistema Transmilenio y del componente zonal del Sistema Integrado de Transporte Público"⁹⁶.

75. El 15 y 18 de julio de 2016, el señor Petro y otros investigados solicitaron la nulidad del referido fallo, la cual fue rechazada por la Dirección de Responsabilidad Fiscal el 25 de julio

⁹¹ Gráficas sobre los procesos fiscales y disciplinarios adelantados contra el señor Petro (expediente de prueba, folios del 7807 al 7812).

⁹² Cfr. Decreto No. 356 de 23 de julio de 2012, "por el cual se establece la tarifa del servicio de transporte urbano masivo de pasajeros del Sistema TransMilenio y del componente zonal del Sistema Integrado de Transporte Público "SITP" en el Distrito Capital".

⁹³ Fallo No. 1 de la Dirección de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva de la Contraloría de Bogotá D.C. de 27 de junio de 2016 (expediente de prueba, folios del 5601 al 5956).

⁹⁴ Resolución No. 4501 de la Contraloría de Bogotá D.C. de 29 de noviembre de 2016 (expediente de prueba, folios del 923 al 972).

⁹⁵ Cfr. Fallo No. 1 de la Dirección de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva de la Contraloría de Bogotá D.C. de 27 de junio de 2016 (expediente de prueba, folios del 5601 al 5956).

⁹⁶ Resolución No. 4501 de la Contraloría de Bogotá D.C. de 29 de noviembre de 2016 (expediente de prueba, folios del 923 al 972).

de 2016⁹⁷. Transcurridos dos días, el 27 de julio, el señor Petro presentó otra solicitud de nulidad que también fue rechazada, mediante auto de 3 de agosto de 2016. Con motivo de unos recursos de reposición, el 27 de octubre de 2016, la Dirección de Responsabilidad Fiscal confirmó el Fallo No. 1⁹⁸. El 31 de octubre de 2016, se dio traslado al Contralor de varios recursos de apelación. El 29 de noviembre de 2016, el Contralor expidió la Resolución No. 4501 mediante la cual rechazó los recursos de apelación y confirmó el Auto No. 1⁹⁹. En la Resolución No. 4501, el Contralor señaló lo siguiente:

"[...] El proceso de responsabilidad fiscal que se adelanta en contra del doctor Petro Urrego y otros, no se llevó a cabo por el simple hecho de expedir un decreto, (...) sino por las consecuencias que conllevó la realización del conjunto de actividades económicas y jurídicas, entre otras, que causaron un detrimento durante su gestión.

En efecto [...] la decisión tomada a través del Decreto 356 del 23 de julio de 2012, suscrita por Gustavo Petro Urrego, en calidad de Alcalde Mayor de Bogotá, D.C. [...] sí implicó un detrimento patrimonial al Distrito Capital, por la rebaja generalizada de tarifas del servicio de transporte urbano masivo de pasajeros del Sistema Transmilenio y del componente zonal del Sistema Integrado de Transporte Público [...], sin ajustarse al marco de sostenibilidad financiera del sistema [...].

(...)[E]stá plenamente demostrado que justamente la disminución generalizada de tarifas produjo un detrimento patrimonial en cuantía de \$217.204.847.989 por la transferencia de recursos del Distrito Capital [...] para cubrir el diferencial tarifario ocasionado con la rebaja general de las referidas tarifas"¹⁰⁰.

76. El 31 de marzo de 2017, el señor Petro interpuso un medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Contraloría¹⁰¹. En el marco de este recurso, el señor Petro solicitó la suspensión provisional de las decisiones de la Dirección de Responsabilidad Fiscal de 27 de junio y 27 de octubre de 2016 y de la resolución del Contralor de 29 de noviembre de 2016. Esta solicitud fue negada mediante auto de 21 de julio de 2017. Dicho auto fue recurrido por el señor Petro y, el 3 de noviembre de 2017, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca lo revocó y declaró la suspensión provisional de las indicadas decisiones. Esta sentencia fue revocada por el Consejo de Estado mediante auto del 19 de noviembre de 2018. Sin embargo, mediante sentencia de 31 de enero de 2019, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca otorgó nuevamente las medidas cautelares a favor del señor Petro¹⁰², por lo que los efectos del fallo de responsabilidad fiscal se encuentran actualmente suspendidos y el fondo del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho está pendiente de ser resuelto.

⁹⁷ Auto de la Dirección de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva de la Contraloría de Bogotá D.C. de 25 de julio de 2016 (expediente de prueba, folios del 5957 al 6010).

⁹⁸ Cfr. Auto de la Dirección de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva de la Contraloría de Bogotá D.C. de 27 de octubre de 2016 (expediente de prueba, folios del 6011 al 6123).

⁹⁹ Cfr. Resolución No. 4501 de la Contraloría de Bogotá D.C. de 29 de noviembre de 2016 (expediente de prueba, folios del 923 al 972).

¹⁰⁰ Resolución No. 4501 de la Contraloría de Bogotá D.C. de 29 de noviembre de 2016 (expediente de prueba, folios del 923 al 972).

¹⁰¹ Cfr. Resolución del Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Primera Subsección B de 3 de noviembre de 2017 (expediente de prueba, folios del 6349 al 6427).

¹⁰² Cfr. Resolución del Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Primera Subsección B de 31 de enero de 2019.

F. Marco normativo aplicable

77. En relación con el marco jurídico relevante para el presente caso, la Corte constata los siguientes hechos: a) que el artículo 277.6 de la Constitución Política de Colombia señala que el Procurador General tendrá el poder de “[e]jercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular”, y el artículo 278 señala que podrá ejercer “directamente las siguientes funciones: [...] [d]esvincular del cargo, previa audiencia y mediante decisión motivada, al funcionario público que incurra en alguna de las siguientes faltas: infringir de manera manifiesta la Constitución o la ley; derivar evidente e indebido provecho patrimonial en el ejercicio de su cargo o de sus funciones [...]”¹⁰³; b) que las facultades disciplinarias del Procurador General están reguladas en el Código Disciplinario Único, cuyo artículo 44 establece la destitución e inhabilidad como sanciones y cuyo artículo 45 dispone las implicaciones de dichas sanciones¹⁰⁴; c) que el artículo 38 del referido Código establece que “[h]aber sido declarado responsable fiscalmente” constituye una inhabilidad para ocupar cargos públicos¹⁰⁵; d) que el 24 de octubre de 2018 la Corte Constitucional emitió la sentencia C-101/18, mediante la cual se pronunció sobre el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías y sobre los alcances del artículo 23.2 de la Convención Americana¹⁰⁶; y e) que la Ley 1864 de 2017 modificó el Código Penal para incluir delitos relacionados con los mecanismos de participación

¹⁰³ El artículo 277 dispone expresamente lo siguiente: “El Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes, tendrá las siguientes funciones: [...] 6. Ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley [...]”. Por su parte, el artículo 278 establece lo siguiente: “El Procurador General de la Nación ejercerá directamente las siguientes funciones: 1. Desvincular del cargo, previa audiencia y mediante decisión motivada, al funcionario público que incurra en alguna de las siguientes faltas: infringir de manera manifiesta la Constitución o la ley; derivar evidente e indebido provecho patrimonial en el ejercicio de su cargo o de sus funciones; obstaculizar, en forma grave, las investigaciones que realice la Procuraduría o una autoridad administrativa o jurisdiccional; obrar con manifiesta negligencia en la investigación y sanción de las faltas disciplinarias de los empleados de su dependencia, o en la denuncia de los hechos punibles de que tenga conocimiento en razón del ejercicio de su cargo [...]”. Constitución Política de Colombia. Gaceta Constitucional No. 114 de 4 de julio de 1991.

¹⁰⁴ El artículo 44 del Código Disciplinario Único establece las siguientes clases de sanción: a) destitución e inhabilidad general respecto a las “faltas gravísimas o realizadas con culpa gravísima”; b) suspensión e inhabilidad especial para “las faltas graves dolosas o gravísimas culposas”; c) suspensión para las “faltas graves culposas”; d) multa para las “faltas leves dolosas”, y e) amonestación escrita para las “faltas leves culposas”¹⁰⁴. Asimismo, este artículo señala que la culpa será “gravísima” cuando se incurra en la falta por “ignorancia supina, desatención elemental o violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento”, y será “grave” cuando derive de la “inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones”. Por su parte, el artículo 45 del indicado código define los tipos de sanción: “[...] 1. La destitución e inhabilidad general implica: a) La terminación de la relación del servidor público con la administración, sin que importe que sea de libre nombramiento y remoción, de carrera o elección, o b) La desvinculación del cargo, en los casos previstos en los artículos 110 y 278, numeral 1, de la Constitución, o c) La terminación del contrato de trabajo, y d) En todos los casos anteriores, la imposibilidad de ejercer la función pública en cualquier cargo o función, por el término señalado en el fallo, y la exclusión del escalafón o carrera. 2. La suspensión implica la separación del ejercicio del cargo en cuyo desempeño se originó la falta disciplinaria y la inhabilidad especial, la imposibilidad de ejercer la función pública, en cualquier cargo distinto de aquel, por el término señalado en el fallo. 3. La multa es una sanción de carácter pecuniario. 4. La amonestación escrita implica un llamado de atención formal, por escrito, que debe registrarse en la hoja de vida”. Ley 734 de 2002, por la cual “se expide el Código Disciplinario Único”. Diario Oficial No. 44.708 de 13 de febrero de 2002.

¹⁰⁵ Al respecto, el artículo 60 de la Ley 610 de 2000 dispone que la “Contraloría General de la República publicará con periodicidad trimestral un boletín que contendrá los nombres de las personas naturales o jurídicas a quienes se les haya dictado fallo con responsabilidad fiscal en firme y ejecutoriado y no hayan satisfecho la obligación contenida en él [...]”. Ley 610 de 2000, por la cual “se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías”. Diario Oficial No. 44.133 de 18 de agosto de 2010.

¹⁰⁶ Cfr. Sentencia No. C-101/18 de la Corte Constitucional de Colombia de 24 de octubre de 2018.

democrática, tipificando como delito la “elección ilícita de candidatos”¹⁰⁷. En lo pertinente, el Tribunal se referirá a los aspectos relacionados con dicha normativa.

VII FONDO

78. El Tribunal advierte que la principal controversia planteada en el presente caso es determinar si la destitución e inhabilitación ordenadas por la Procuraduría en el primer proceso disciplinario, el procedimiento y el marco normativo que las sustentan, así como los recursos intentados para combatirlas, constituyeron una violación a los derechos políticos, las garantías judiciales, y la protección judicial del señor Petro en relación la igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación, así como un incumplimiento del deber de adoptar disposiciones de derecho interno por parte del Estado. También corresponde determinar si los efectos de la sanción impuesta contra el señor Petro habrían constituido una violación a su derecho a la integridad personal. El análisis también tomará en cuenta aquellas cuestiones de fondo planteadas por la Comisión y los representantes relacionadas con el proceso ante la SIC, el proceso ante la Contraloría por la reducción de las tarifas del servicio de transporte público Transmilenio, y ante la Procuraduría por los cambios al Plan de Ordenamiento Territorial. En razón de ello, la Corte analizará el fondo del presente caso en dos capítulos. En el primer capítulo, evaluará lo siguiente en relación con la presunta víctima: a) la presunta violación a los derechos políticos, y b) la presunta violación a las garantías judiciales y la protección judicial. En un segundo capítulo, se analizará: c) la presunta violación al derecho a la integridad personal.

VII-1 DERECHOS POLÍTICOS¹⁰⁸, A LAS GARANTÍAS JUDICIALES¹⁰⁹ Y LA PROTECCIÓN JUDICIAL¹¹⁰ EN RELACIÓN CON EL DERECHO A LA IGUALDAD ANTE LA LEY¹¹¹, LA NO DISCRIMINACIÓN Y EL DEBER DE ADOPTAR DISPOSICIONES DE DERECHO INTERNO¹¹²

A. Alegatos de la Comisión y de las partes

79. La **Comisión** consideró que la sanción de destitución e inhabilitación de un funcionario de elección popular por infracciones meramente administrativas que no constituyen delitos, no satisface el estándar de proporcionalidad estricta en virtud del grado de afectación a los derechos políticos, y además constituye una afectación a la libre expresión de la voluntad de los electores mediante el sufragio universal. Asimismo, consideró que del artículo 23.2 se desprende la existencia de una regla clara conforme a la cual la sanción de inhabilitación para

¹⁰⁷ En el artículo 4 de la citada ley se dispuso la modificación del artículo 389 del Código Penal a fin de establecer el tipo penal de elección ilícita de candidatos, que consiste en lo siguiente: “[...] Artículo 389A. Elección ilícita de candidatos. El que sea elegido para un cargo de elección popular estando inhabilitado para desempeñarlo por decisión judicial, disciplinaria o fiscal incurrirá en prisión de cuatro (4) a nueve (9) años y multa de doscientos (200) a ochocientos (800) salarios mínimos legales mensuales vigentes”. Ley 1864 de 2017, por la cual “se modifica la Ley 599 de 2000 y se dictan otras disposiciones para proteger los mecanismos de participación democrática”. Diario Oficial No. 50.328 de 17 de agosto de 2017.

¹⁰⁸ Artículo 23 de la Convención Americana.

¹⁰⁹ Artículo 8 de la Convención Americana.

¹¹⁰ Artículo 25 de la Convención Americana.

¹¹¹ Artículo 24 de la Convención Americana.

¹¹² Artículo 2 de la Convención Americana.

ser elegido en un cargo de elección popular no puede ser impuesta sino a través de una condena penal en firme y no por la vía administrativa. En el caso, la Comisión observó que las sanciones al señor Petro por parte de la Procuraduría no fueron impuestas por un tribunal penal, mediante condena en firme, como lo exigen los estándares de la Convención. Adicionalmente, consideró que la Procuraduría no es la autoridad adecuada para imponer sanciones severas de esa naturaleza, debido a su naturaleza administrativa, y que las faltas disciplinarias en que incurrió el señor Petro no alcanzaron a constituir delito penal.

80. La Comisión alegó que las garantías establecidas en el artículo 8 de la Convención no se limitan a procesos penales, sino que se aplican a procesos de otra naturaleza. De esta forma, sostuvo que las garantías de independencia, competencia e imparcialidad deben ser satisfechas por las autoridades que tengan en su conocimiento procesos disciplinarios sancionatorios, al constituir una función materialmente jurisdiccional. En el caso, la Comisión consideró lo siguiente: a) que el proceso disciplinario que impuso sanciones de inhabilitación y destitución fue realizado de tal forma que el mismo órgano emitió tanto los pliegos de cargos como la sanción, lo cual resultó problemático en relación con la garantía de imparcialidad y la presunción de inocencia; b) que el hecho de que la misma autoridad que resolvió sobre la decisión sancionatoria resolviera el recurso de reposición no satisface los requisitos mínimos previstos por el artículo 8.2.h) de la Convención; c) que el hecho de que transcurrieran más de 3 años y 6 meses desde la interposición de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho del acto administrativo sancionatorio, y que no haya sido resuelto a la fecha de la emisión del Informe de Fondo, implicó una violación a la garantía del plazo razonable; d) finalmente, alegó que el hecho de que el señor Petro no pudiera presentar pruebas luego de la sanción le impidió desarrollar por vía administrativa su alegato de discriminación, por lo que la legislación debía permitir presentar prueba sobre ese extremo.

81. Asimismo, en relación con el artículo 2 de la Convención, la Comisión consideró que la violación al deber de adoptar disposiciones de derecho interno se configura por la vigencia y aplicación al caso de las normas de la Constitución Política y del Código Disciplinario Único que facultan a la Procuraduría General de la Nación para destituir e inhabilitar a funcionarios de elección popular, así como de la reciente penalización de la conducta de ser elegido estando inhabilitado mediante decisión disciplinaria o fiscal. En ese sentido, manifestó que resulta "sumamente preocupante la reciente promulgación del artículo 5 de la Ley 1864", la cual sanciona con pena de prisión a quien sea elegido para un cargo de elección popular estando inhabilitado por decisión "judicial, disciplinaria o fiscal". Finalmente, recordó que aun cuando la Corte Constitucional ya estableció que la facultad del Procurador de inhabilitar por vía disciplinaria no viola la Convención, esta interpretación es incompatible con los estándares fijados por la Corte y la Comisión.

82. En consecuencia, la Comisión concluyó que el Estado es responsable por la violación a los artículos 23.1 y 23.2, 8.1, 8.2, 8.2.h) y 25.1 de la Convención en relación con los artículos 24, 1.1 y 2 del mismo instrumento, en perjuicio del señor Petro.

83. Los **representantes** alegaron que, conforme a la Convención Americana, los derechos políticos están protegidos en toda circunstancia, y solo pueden ser suspendidos o derogados en atención a lo dispuesto por el artículo 23.2 de la Convención. En ese sentido, manifestaron que los requisitos que deben atenderse cuando se trata de una restricción de los derechos políticos por vía de sanción son: a) que exista condena; b) que dicha condena sea impuesta por un juez competente; y c) que la sanción proceda de un proceso penal. Los representantes afirmaron que en la Convención Americana los derechos políticos gozan de una protección reforzada, pues no pueden ser suspendidos ni aún en estados de emergencia y, además, son

derechos esenciales para la consolidación de un régimen democrático. En el caso, los representantes alegaron que el proceso disciplinario que regula el Código Disciplinario Único, y por lo tanto la sanción impuesta al señor Petro por parte de la Procuraduría, atentó contra sus derechos políticos al ser impuesta por una autoridad administrativa, y que su conducta no alcanzar a tener la condición de una infracción penal.

84. Concatenado con lo anterior, los representantes alegaron que el Estado es responsable por la violación al 23 de la Convención en relación con el artículo 2 del mismo instrumento, en razón de la existencia de un régimen legal violatorio de la Convención Americana y una interpretación judicial contraria al régimen convencional. En concreto, expresaron que el Código Disciplinario Único, la Ley 610 de 2000 por la cual se reglamentan los procesos de responsabilidad fiscal, el Código Penal en lo relacionado con la protección de los mecanismos de participación democrática (Ley 1864), y la interpretación de las facultades disciplinarias realizada por la Corte Constitucional, son contrarios a la Convención Americana y al deber de realizar un control de convencionalidad, de conformidad con las interpretaciones de la Corte Interamericana. Asimismo, los representantes manifestaron que las sanciones que fueron impuestas al señor Petro perseguían un fin discriminatorio en razón de su ideología política, pues estas acciones estaban dirigidas a restringir su participación en las elecciones presidenciales de 2018. Además, concluyeron que las acciones discriminatorias seguidas en contra del señor Petro constituyeron un acto de desviación de poder, carecen de los elementos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, y que estos actos discriminatorios continúan ejerciéndose.

85. En relación con las garantías judiciales y la protección judicial, los representantes argumentaron que las violaciones relacionadas con los derechos políticos del señor Petro se enmarcan en las siguientes circunstancias: a) la ausencia de la garantía de imparcialidad y el principio de presunción de inocencia, pues el régimen constitucional permite que los procesos se adelanten en el marco de una única instancia, siendo el Procurador quien investiga, emite la sanción y ante quien se impone un solo recurso; b) se vulneró el derecho a la defensa frente a la ausencia de oportunidad probatoria, pues el señor Petro no tuvo oportunidad de demostrar la motivación discriminatoria del proceso; c) se vulneró el derecho a un recurso adecuado y efectivo, porque el recurso de reposición no satisface los requisitos del artículo 25 ni los parámetros de la jurisprudencia, y d) se vulneró la garantía del plazo razonable ya que a la fecha del Informe de Fondo no se habría resuelto la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, la cual se habría presentado el 31 de marzo de 2014.

86. En consecuencia, alegaron que el Estado es responsable por la violación a los artículos 23.1, 23.2, 8.1, 8.2 y 25, en relación con los artículos 24, 1.1 y 2 de la Convención, en perjuicio del señor Petro.

87. El **Estado** alegó que no existe a nivel internacional un estándar que señale que el único mecanismo legítimo de restricción de derechos políticos como consecuencia del ejercicio del poder sancionatorio del Estado sea el procedimiento penal, pues una interpretación sistemática, teleológica y evolutiva del artículo 23.2 de la Convención admite la restricción legítima de derechos políticos por autoridades distintas a jueces penales siempre que se respeten las garantías inherentes al debido proceso. Por otro lado, el Estado alegó que la limitación del ejercicio del control de la función pública promueve la penalización de conductas que no necesariamente constituyen delitos, y obstaculiza el control de la función pública, la transparencia y el combate a la corrupción. Expresó que estos deberes han sido formulados en una convención de carácter universal y una regional en el marco de las cuales se exige a los Estados adoptar normatividad e implementar mecanismos adecuados y efectivos para

prevenir, identificar y sancionar conductas relacionadas con la corrupción. Asimismo, el Estado alegó que el estándar establecido en el caso de *López Mendoza Vs. Venezuela* no es aplicable al presente caso porque en dicho caso el órgano que sancionó al señor López no era competente, independiente e imparcial, y además en el caso del señor Petro la sanción que le fue impuesta no se concretó en restricción alguna. En razón de ello, el Estado sostuvo que no existen fundamentos de hecho o de derecho para señalar que los derechos políticos del señor Petro fueron restringidos de manera arbitraria como resultado de los procesos disciplinarios y fiscales adelantados en su contra, y que el régimen jurídico existente en Colombia se adecua a las garantías derivadas de la Convención.

88. En relación con las garantías judiciales y la protección judicial, el Estado alegó que el hecho de que misma autoridad que formula el pliego de cargos sea la que posteriormente juzga la responsabilidad del procesado no resulta contrario a las garantías de imparcialidad y presunción de inocencia, ya que la formulación de cargos es una etapa preliminar dentro del proceso en la cual no se hace ninguna apreciación o determinación en relación con la responsabilidad del disciplinante. Asimismo, afirmó que el Código Disciplinario Único es compatible con el derecho a la defensa, y en el caso del proceso seguido en contra del señor Petro fue respetado toda vez que: a) fue notificado de todos los actos adelantados en su contra y gozó de amplias oportunidades para solicitar y controvertir pruebas; b) el fallo disciplinario fue debidamente motivado; c) la decisión de la Procuraduría de negar la prueba solicitada al señor Petro no fue arbitraria, sino que se basó en la legislación aplicable; d) tuvo a su disposición un recurso judicial adecuado y efectivo a través del cual pudo controvertir el fallo, incluyendo la supuesta motivación discriminatoria. Por otro lado, el Estado argumentó que la duración del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho fue razonable, dada su complejidad y alta importancia. Adicionalmente, manifestó que el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, y la acción de tutela, son recursos judiciales efectivos. Asimismo, sostuvo que no se ha demostrado que los actos administrativos sancionatorios hayan sido emitidos como consecuencia de una desviación de poder, toda vez que los representantes no desvirtuaron la presunción de legalidad que los cobija, ni fue demostrada una discriminación por motivo de las opiniones políticas de la presunta víctima.

89. En consecuencia, el Estado concluyó que no es responsable por la violación de los artículos 23.1, 23.2, 8.1, 8.2 y 25 de la Convención Americana, en relación con los artículos 24, 1.1 y 2 del mismo instrumento.

B. Consideraciones de la Corte

B.1. Derechos políticos

B.1.1. Los alcances de los artículos 23.1 y 23.2 de la Convención Americana

90. La Corte ha señalado, en relación con la protección a los derechos políticos, que la democracia representativa es uno de los pilares de todo el sistema del que la Convención forma parte, y constituye un principio reafirmado por los Estados americanos en la Carta de la Organización de los Estados Americanos (en adelante "Carta de la OEA")¹¹³. En este sentido, la Carta de la OEA, tratado constitutivo de la organización de la cual Colombia es Parte desde

¹¹³ Cfr. 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. 34, y *Caso López Lone y otros Vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C No. 302, párr. 149.

el 12 de julio de 1951, establece como uno de sus propósitos esenciales “la promoción y la consolidación de la democracia representativa dentro del respeto al principio de no intervención”¹¹⁴.

91. En el Sistema Interamericano la relación entre derechos humanos, democracia representativa y los derechos políticos en particular, quedó plasmada en la Carta Democrática Interamericana, aprobada en la primera sesión plenaria del 11 de septiembre de 2001, durante el Vigésimo Octavo Período Extraordinario de Sesiones de la Asamblea General de la OEA¹¹⁵. Dicho instrumento señala en sus artículos 1, 2 y 3 que:

Artículo 1

Los pueblos de América tienen derecho a la democracia y sus gobiernos la obligación de promoverla y defenderla. La democracia es esencial para el desarrollo social, político y económico de los pueblos de las Américas.

Artículo 2

El ejercicio efectivo de la democracia representativa es la base del estado de derecho y los regímenes constitucionales de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos. La democracia representativa se refuerza y profundiza con la participación permanente, ética y responsable de la ciudadanía en un marco de legalidad conforme al respectivo orden constitucional.

Artículo 3

Son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos.

92. La Carta Democrática Interamericana hace entonces referencia al derecho de los pueblos a la democracia, al igual que destaca la importancia en una democracia representativa de la participación permanente de la ciudadanía en el marco del orden legal y constitucional vigente, y señala como uno de los elementos constitutivos de la democracia representativa el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de Derecho¹¹⁶. Por su parte, el artículo 23 de la Convención Americana reconoce derechos de los ciudadanos que tienen una dimensión individual y colectiva, pues protegen tanto aquellas personas que participen como candidatos como a sus electores. El párrafo primero de dicho artículo reconoce a todos los ciudadanos los derechos: a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y c) tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a funciones públicas de su país¹¹⁷.

¹¹⁴ Artículo 2.b de la Carta de la Organización de Estados Americanos.

¹¹⁵ Cfr. *Caso Castañeda Gutman Vs. México*, *supra*, párr. 142, y *Caso López Lone y otros Vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C No. 302., párr. 150.

¹¹⁶ Cfr. *Caso López Lone y otros Vs. Honduras*, *supra*, párr. 151.

¹¹⁷ Cfr. *Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párrs. 195 a 200, y *Caso Argüelles y Otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 288, párr. 221.

93. El ejercicio efectivo de los derechos políticos constituye un fin en sí mismo y, a la vez, un medio fundamental que las sociedades democráticas tienen para garantizar los demás derechos humanos previstos en la Convención¹¹⁸. Además, de conformidad con el artículo 23 convencional, sus titulares, es decir, los ciudadanos, no sólo deben gozar de derechos, sino también de "oportunidades". Este último término implica la obligación de garantizar con medidas positivas que toda persona que formalmente sea titular de derechos políticos tenga la oportunidad real para ejercerlos¹¹⁹. Los derechos políticos y su ejercicio propician el fortalecimiento de la democracia y el pluralismo político¹²⁰. Por lo tanto, el Estado debe propiciar las condiciones y mecanismos para que dichos derechos puedan ser ejercidos de forma efectiva, respetando el principio de igualdad y no discriminación¹²¹. La participación política puede incluir amplias y diversas actividades que las personas realizan individualmente u organizadas, con el propósito de intervenir en la designación de quienes gobernarán un Estado o se encargarán de la dirección de los asuntos públicos, así como influir en la formación de la política estatal a través de mecanismos de participación directa o, en general, para intervenir en asuntos de interés público, como por ejemplo la defensa de la democracia¹²².

94. Por otro lado, la Corte recuerda que los derechos políticos no son absolutos, de forma tal que su ejercicio puede estar sujeto a regulaciones o restricciones. Sin embargo, la facultad de regular o restringir los derechos no es discrecional, sino que está limitada por el derecho internacional, el cual requiere el cumplimiento de determinadas exigencias que, de no ser respetadas, transforman la restricción en ilegítima y contraria a la Convención Americana. En este sentido, el párrafo 2 del artículo 23 de la Convención establece que la ley puede reglamentar el ejercicio y las oportunidades a los derechos reconocidos en el párrafo 1 de dicho artículo, "exclusivamente" en razón de la "edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal"¹²³. Asimismo, cabe recordar que, como lo establece el artículo 29 de la Convención, ninguna norma de la Convención puede ser interpretada en sentido de limitar los derechos en mayor medida que la prevista en ella.

95. La Corte advierte que la Comisión y las partes sostienen interpretaciones divergentes respecto al alcance del artículo 23.2 de la Convención, en particular sobre si dicho artículo admite restricciones a los derechos políticos de autoridades democráticamente electas como resultado de sanciones impuestas por autoridades distintas a un "juez competente, en proceso penal", y las condiciones en que dichas restricciones podrían ser válidas. Al respecto, el Tribunal recuerda que en el caso *López Mendoza Vs. Venezuela* se pronunció sobre el alcance de las restricciones que impone el artículo 23.2 respecto de la inhabilitación del señor Leopoldo López Mendoza por parte del Contralor General de la República, mediante la cual le fue prohibida su participación en las elecciones regionales del año 2008 en Venezuela. En aquel precedente, la Corte señaló lo siguiente:

¹¹⁸ Cfr. *Caso Castañeda Gutman Vs. México*, *supra*, párr. 143, y *Caso López Lone y otros Vs. Honduras*, *supra*, párr. 162.

¹¹⁹ Cfr. *Caso Yatama Vs. Nicaragua*, *supra*, párr. 195, y *Caso López Lone y otros Vs. Honduras*, *supra*, párr. 162.

¹²⁰ Cfr. *Caso Yatama Vs. Nicaragua*, *supra*, párr. 192, y *Caso López Lone y otros Vs. Honduras*, *supra*, párr. 162.

¹²¹ Cfr. *Caso Yatama Vs. Nicaragua*, *supra*, párr. 195, y *Caso López Lone y otros Vs. Honduras*, *supra*, párr. 162.

¹²² Cfr. *Caso Yatama Vs. Nicaragua*, *supra*, párr. 195, y *Caso López Lone y otros Vs. Honduras*, *supra*, párr. 162.

¹²³ Cfr. *Caso Yatama Vs. Nicaragua*, *supra*, párrs. 195 a 200, y *Caso Argüelles y Otros Vs. Argentina*, *supra*, párr. 222.

107. El artículo 23.2 de la Convención determina cuáles son las causales que permiten restringir los derechos reconocidos en el artículo 23.1, así como, en su caso, los requisitos que deben cumplirse para que proceda tal restricción. En el presente caso, que se refiere a una restricción impuesta por vía de sanción, debería tratarse de una "condena, por juez competente, en proceso penal". Ninguno de esos requisitos se ha cumplido, pues el órgano que impuso dichas sanciones no era un "juez competente", no hubo "condena" y las sanciones no se aplicaron como resultado de un "proceso penal", en el que tendrían que haberse respetado las garantías judiciales consagradas en el artículo 8 de la Convención Americana¹²⁴.

96. La Corte reitera que el artículo 23.2 de la Convención Americana es claro en el sentido de que dicho instrumento no permite que órgano administrativo alguno pueda aplicar una sanción que implique una restricción (por ejemplo, imponer una pena de inhabilitación o destitución) a una persona por su conducta social (en el ejercicio de la función pública o fuera de ella) para el ejercicio de los derechos políticos a elegir y ser elegido: sólo puede serlo por acto jurisdiccional (sentencia) del juez competente en el correspondiente proceso penal. El Tribunal considera que la interpretación literal de este precepto permite arribar a esta conclusión, pues tanto la destitución como la inhabilitación son restricciones a los derechos políticos, no sólo de aquellos funcionarios públicos elegidos popularmente, sino también de sus electores¹²⁵.

97. Esta interpretación literal resulta corroborada si se acude al objeto y fin de la Convención para comprender los alcances del artículo 23.2 del mismo instrumento. La Corte ha afirmado que el objeto y fin de la Convención es "la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos"¹²⁶, así como la consolidación y protección de un ordenamiento democrático¹²⁷. El artículo 23.2 de la Convención corrobora esa finalidad, pues autoriza la posibilidad de establecer regulaciones que permitan la existencia de condiciones para el goce y ejercicio de los derechos políticos. De igual forma lo hace la Declaración Americana en su artículo XXVIII, en el sentido de que reconoce la posibilidad de establecer restricciones al ejercicio de los derechos políticos cuando estos son "necesarios en una sociedad democrática". Para los mismos efectos, resulta relevante el artículo 32.2 de la Convención en el sentido de que establece que "[l]os 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".

98. La interpretación teleológica permite resaltar que, en las restricciones a los derechos reconocidos por la Convención, debe existir un estricto respeto de las debidas garantías convencionales. La Corte considera que el artículo 23.2 de la Convención, al establecer un listado de posibles causales para la limitación o reglamentación de los derechos políticos, tiene

¹²⁴ *Caso López Mendoza Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C No. 233, párr. 107.

¹²⁵ *Cfr.* Peritaje de Roberto Gargarella rendido durante la audiencia pública del caso (expediente de fondo, folio 1553). El perito Gargarella expresó en este sentido que el artículo 23.2 es "clarísimo" en el sentido que las palabras "condena", por "juez competente" en "proceso penal" "significa exactamente lo que todos entendemos por eso, que es lo que sostuvo contundentemente la Corte en *López Mendoza* (una afirmación perfectamente aplicable a nuestro caso)".

¹²⁶ *Cfr. El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 2, párr. 29, y *Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C No. 359, párr. 91.

¹²⁷ *Cfr. Caso Castañeda Gutman Vs. México, supra*, párrs. 141 y 142.

como objeto determinar criterios claros y regímenes específicos bajo los cuales dichos derechos pueden ser limitados. Lo anterior busca que la limitación de los derechos políticos no quede al arbitrio o voluntad del gobernante de turno, con el fin de proteger que la oposición política pueda ejercer su posición sin restricciones indebidas. De esta forma, el Tribunal considera que las sanciones de destitución e inhabilitación de funcionarios públicos democráticamente electos por parte de una autoridad administrativa disciplinaria, en tanto restricciones a los derechos políticos no contempladas dentro de aquellas permitidas por la Convención Americana, son incompatibles no solo con la literalidad del artículo 23.2 de la Convención, sino también con el objeto y fin del mismo instrumento.

B.1.2. Análisis del caso concreto

99. La Corte recuerda que el 9 de diciembre de 2013 el señor Petro fue sancionado disciplinariamente por la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General con una pena de destitución e inhabilitación general por el término de 15 años, por haber incurrido en: a) falta gravísima contenida en el numeral 31 del artículo 48 del Código Disciplinario Único, consistente en “[p]articipar en la etapa precontractual o en la etapa contractual, en detrimento del patrimonio público, o con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y en la ley”, por la suscripción de los contratos interadministrativos 017 de 11 de octubre de 2012 y 809 de 4 de diciembre de 2012¹²⁸; b) falta gravísima contenida en el numeral 60 del artículo 48 del mismo código, consistente en “[e]jercer las potestades que su empleo o función le concedan para una finalidad distinta a la prevista en la norma otorgante”, por la expedición del Decreto 564 de 10 de diciembre de 2012¹²⁹, y c) falta gravísima contenida en el numeral 60 del artículo 48 del referido Código, consistente en “[p]roferir actos administrativos, por fuera del cumplimiento del deber, con violación de las disposiciones constitucionales o legales referentes a la protección [...] del medio ambiente”, por la adopción del Decreto 570 de 14 de diciembre de 2012¹³⁰. Esta decisión fue confirmada por la Sala Disciplinaria el 13 de enero de 2014.

¹²⁸ La Sala Disciplinaria consideró que este hecho fue “totalmente irregular pues las empresas contratadas para la prestación del servicio público de basura no contaban con la experiencia y la capacidad técnica y operativa para prestar el servicio público de aseo”. La firma de estos contratos habría también constituido un “incumplimiento de varios principios de la contratación estatal”, a saber: el principio de transparencia, principio de economía, principio de selección objetiva, y el principio de responsabilidad. En cuanto al dolo, se calificó que el señor Petro dio instrucciones precisas para que fueran las instituciones del Distrito las que asumieran la prestación del servicio, a pesar de las múltiples advertencias sobre la incapacidad de estas empresas para realizar dicha labor. *Cfr.* Resolución de la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación de 9 de diciembre de 2013 (expediente de prueba, folio 394).

¹²⁹ En concepto de la Sala Disciplinaria, “el señor alcalde mayor de Bogotá utilizó las normas del ordenamiento jurídico, que lo habilitaban para expedir actos administrativos relacionados con el servicio público de aseo, para violar el principio de libertad de empresa, aspecto este último que se constituyó una finalidad totalmente diferente a las normas constitucionales y legales que regían la materia”, así como que “los principios de la función pública como la legalidad e imparcialidad se vieron seriamente afectados por haberse adoptado un esquema de aseo para la ciudad de Bogotá por fuera del ordenamiento jurídico”. La Procuraduría consideró que el señor Petro actuó con dolo pues cuando expidió el Decreto 564 de 2012 conocía que imponer restricciones y limitaciones al principio de libertad de empresa era contrario al ordenamiento jurídico, siendo una prueba de ello las múltiples advertencias que directa e indirectamente le hicieron algunas entidades, entra las que se destacan la Procuraduría, la Contraloría Distrital [...]”. *Cfr.* Resolución de la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación de 9 de diciembre de 2013 (expediente de prueba, folio 399).

¹³⁰ Para la Sala Disciplinaria, al haber autorizado dicho decreto el uso de vehículos tipo volqueta para la prestación del servicio de aseo, “se violaron disposiciones constitucionales y legales referentes a la protección del medio ambiente, originándose un riesgo grave para la salud humana a de los habitantes de la ciudad de Bogotá y para el medio ambiente”. Dichos actos fueron calificados como dolosos por la Procuraduría puesto que “desde antes de adoptar la decisión sabía que para la prestación del servicio de aseo se necesitaban vehículos compactadores, situación que él mismo se la refirió al entonces gerente de la EAAB [...] en los meses de julio y agosto de 2012”, y que “su formación profesional y su ocupación en el cargo en una de las máximas dignidades dentro de la Estructura

100. Tal como fue señalado con anterioridad, del artículo 23.2 de la Convención se desprenden los requisitos para que proceda la restricción de los derechos políticos reconocidos en el artículo 23.1 como consecuencia de una sanción de destitución e inhabilitación de un funcionario público democráticamente electo. En el caso de la sanción impuesta al señor Petro, ninguno de esos requisitos se cumplió, pues el órgano que impuso dicha sanción no era un “juez competente”, no hubo “condena” y las sanciones no se aplicaron como resultado de un “proceso penal”, en el que tendrían que haberse respetado las garantías judiciales consagradas en el artículo 8 de la Convención Americana. Además, la sanción de destitución –aun cuando esta haya ocurrido por un período de un mes- constituyó una restricción a los derechos políticos tanto del funcionario democráticamente electo, que no pudo continuar ejerciendo su cargo, como una afectación a los derechos de aquellas personas que lo eligieron, y en general afecta la dinámica del juego democrático al constituir una alteración de la voluntad de los electores.

B.1.2.1. La aplicación del principio de complementariedad

101. El Estado señaló que los efectos de la sanción de destitución e inhabilitación quedaron suspendidos mientras la demanda de nulidad y reestablecimiento del derecho era fallada de fondo por el Consejo de Estado, por lo que el señor Petro habría podido concluir su mandato como Alcalde de Bogotá. Asimismo, señaló que la decisión del Consejo de Estado de 15 de noviembre de 2017 –en virtud de la cual se falló sobre el fondo del asunto- expulsó del mundo jurídico los actos administrativos sancionarios expedidos por la Procuraduría, por lo que el señor Petro pudo ejercer sus derechos políticos y gozó de todas las garantías para participar en elecciones posteriores. En ese sentido, sostuvo que la declaración de nulidad de las sanciones de destitución e inhabilitación deriva en que el caso carezca de objeto, pues los actos reclamados han dejado de existir en el mundo jurídico. En consecuencia, alegó que no le corresponde a este Tribunal pronunciarse sobre la responsabilidad del Estado por violaciones ocurridas en virtud de las sanciones de la Procuraduría, y por las normas que fueron aplicadas, pues esto constituiría un control en abstracto. El Tribunal procede a analizar dicho alegato en aplicación del principio de complementariedad.

102. En razón de lo anterior, en primer lugar corresponde reiterar que el sistema interamericano comparte con los sistemas nacionales la competencia para garantizar los derechos y libertades previstos en la Convención, e investigar y en su caso juzgar y sancionar las infracciones que se cometieren; y en segundo lugar, que si un caso concreto no es solucionado en la etapa interna o nacional, la Convención prevé un nivel internacional en el que los órganos principales son la Comisión y la Corte. En este sentido, la Corte ha indicado que cuando una cuestión ha sido resuelta en el orden interno, según las cláusulas de la Convención, no es necesario traerla ante el Tribunal Interamericano para su aprobación o confirmación. Lo anterior se asienta en el principio de complementariedad, que informa transversalmente el sistema interamericano de derechos humanos, el cual es, tal como lo expresa el Preámbulo de la Convención Americana, “coadyuvante o complementario de la [protección] que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”¹³¹.

del Estado le hacían saber que era un deber cumplir con las normas contenidas en el ordenamiento jurídico”. Cfr. Resolución de la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación de 9 de diciembre de 2013 (expediente de prueba, folio 480).

¹³¹ Cfr. *Caso Las Palmeras Vs. Colombia. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 4 de febrero de 2000. Serie C No. 67, párr. 33, y *Caso Rodríguez Revolorio y otros Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 14 de octubre de 2019. Serie C No. 387, párr. 57.

103. El referido carácter complementario de la jurisdicción internacional significa que el sistema de protección instaurado por la Convención Americana no sustituye a las jurisdicciones nacionales, sino que las complementa¹³². De tal manera, el Estado es el principal garante de los derechos humanos de la personas, por lo que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es él quien debe de resolver el asunto a nivel interno y, de ser el caso, reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales¹³³. En este sentido, la jurisprudencia reciente ha reconocido que todas las autoridades de un Estado Parte en la Convención, tienen la obligación de ejercer un control de convencionalidad, de forma tal que la interpretación y aplicación del derecho nacional sea consistente con las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos¹³⁴.

104. De lo anterior se desprende que en el sistema interamericano existe un control dinámico y complementario de las obligaciones convencionales de los Estados de respetar y garantizar los derechos humanos, conjuntamente entre las autoridades internas (primariamente obligadas) y las instancias internacionales (en forma complementaria), de modo que los criterios de decisión, y los mecanismos de protección, tanto los nacionales como los internacionales, puedan ser conformados y adecuados entre sí¹³⁵. Así, la jurisprudencia de la Corte muestra casos en que, en forma concordante con las obligaciones internacionales, los órganos, instancias o tribunales internos han adoptado medidas adecuadas para remediar la situación que dio origen al caso¹³⁶; ya han resuelto la violación alegada¹³⁷; han dispuesto reparaciones razonables¹³⁸, o han ejercido un adecuado control de convencionalidad¹³⁹. En este sentido, la Corte ha señalado que la responsabilidad estatal bajo la Convención solo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de reconocer, en su caso, una violación de un derecho, y de reparar por sus propios medios los daños ocasionados¹⁴⁰.

105. En el presente caso, el Tribunal constata que la decisión del Consejo de Estado de 15 de noviembre de 2017 concluyó que los actos administrativos sancionatorios de 9 de diciembre

¹³² Cfr. *Caso Tarazona Arrieta y otros Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de octubre de 2014. Serie C No. 286*, párr. 137, y *Caso Rodríguez Revolorio y otros Vs. Guatemala, supra*, párr. 58.

¹³³ Cfr. *Caso Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 66, y *Caso Rodríguez Revolorio y otros Vs. Guatemala, supra*, párr. 58.

¹³⁴ Cfr. *Caso Andrade Salmón Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de diciembre de 2016. Serie C No. 330.*, párr. 93, y *Caso Rodríguez Revolorio y otros Vs. Guatemala, supra*, párr. 58.

¹³⁵ Cfr. *Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C No. 259*, párr. 143, y *Caso Rodríguez Revolorio y otros Vs. Guatemala, supra*, párr. 59.

¹³⁶ Cfr. *Caso Tarazona Arrieta y otros Vs. Perú, supra*, párrs. 139 a 141, y *Caso Colindres Schonenberg Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de febrero de 2019. Serie C No. 373.*, párr. 80.

¹³⁷ Véase, por ejemplo, *Caso Amrhein y otros Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de abril de 2018. Serie C No. 354*, párrs. 97 a 115, y *Caso Colindres Schonenberg Vs. El Salvador, supra*, párr. 80.

¹³⁸ Véase, por ejemplo, *Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia, supra*, párrs. 334 a 336, y *Caso Colindres Schonenberg Vs. El Salvador, supra*, párr. 80.

¹³⁹ Véase, por ejemplo, *Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221*, párr. 239, y *Caso Andrade Salmón Vs. Bolivia, supra*, párr. 100.

¹⁴⁰ Cfr. *Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia, supra*, párr. 143, y *Caso Rodríguez Revolorio y otros Vs. Guatemala, supra*, párr. 59.

de 2013 y 13 de enero de 2014, proferidos por la Procuraduría, estuvieron viciados de nulidad por la falta de competencia del ente que impuso la sanción, garantía mínima del derecho al debido proceso, y por la violación al principio de tipicidad de la falta disciplinaria que guarda relación estricta con el principio de legalidad de la sanción. En consecuencia, el Consejo de Estado decidió “[d]eclarar la nulidad” de las decisiones de 9 de diciembre de 2013 y 13 de enero de 2014, mediante las cuales se impuso la sanción de destitución e inhabilitación general por el término de 15 años al señor Petro, y ordenó a la Procuraduría que “pague los salarios y prestaciones dejados de percibir por el accionante durante el tiempo que estuvo separado del servicio”¹⁴¹. Asimismo, ordenó que se procediera a la “desanotación de las sanciones impuestas” y exhortó al Gobierno Nacional y al Congreso de la República a implementar las reformas pertinentes en la materia. En palabras del Consejo de Estado:

“PRIMERO. DECLARAR LA NULIDAD de los siguientes actos administrativos: 1. Decisión de única instancia proferida por la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, de fecha 9 de diciembre del 2013, mediante la cual se impuso sanción de destitución e inhabilitación general por el término de 15 años al señor Gustavo Francisco Petro Urrego.

2. Decisión del 13 de enero del 2014, proferida por la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, que resolvió no reponer y en consecuencia confirmar el fallo de única instancia del 9 de diciembre del 2013.

SEGUNDO. A título de restablecimiento del derecho ORDENAR a la Procuraduría General de la Nación que pague los salarios y prestaciones dejados de percibir por el accionante durante el tiempo que estuvo efectivamente separado del servicio, de conformidad con lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

[...]

TERCERO. OFICIAR a la División de Registro y Control de la Procuraduría General de la Nación para que [...] proceda a efectuar la correspondiente desanotación de las sanciones impuestas.

[...]

SEXTO: EXHORTAR al Gobierno Nacional, al Congreso de la República y a la Procuraduría General de la Nación para que en un plazo, no superior a dos (2) años, contado a partir de la notificación de esta providencia, implemente las reformas a que haya lugar, dirigidas a poner en plena vigencia los preceptos normativos contenidos en el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos en el orden interno, con fundamento en las consideraciones emitidas y la *ratio decidendi* de esta sentencia. Para los efectos de este numeral, comuníquese esta decisión al señor Presidente de la República, al señor Presidente del Congreso de la República y al señor Procurador General de la Nación.”

106. El Consejo de Estado expresó que la anterior conclusión obedecía a dos razones: la “primera, porque al no ser sancionado el señor Petro por una conducta que constituyera un acto de corrupción, la Procuraduría General de la Nación contravino una disposición de rango superior (artículo 23.2 convencional) que obliga, por vía del principio *pacta sunt servanda*, a su ineludible observancia por parte de los Estados miembros de la Convención [...]”, y la “segunda, porque el artículo 23.2 convencional supone la preservación del principio

¹⁴¹ Cfr. Sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de 15 de noviembre de 2017 (expediente de prueba, folios del 4990 al 5085).

democrático y la preponderancia del derecho a elegir que tienen los ciudadanos de Bogotá en observancia del principio de soberanía popular”¹⁴². De esta forma, razonó que el Procurador carecía de competencia para imponer una sanción que implicó la destitución y la inhabilidad general del señor Petro debido a que sus acciones u omisiones, si bien podrían ser contrarias a derecho, no constituyeron actos de corrupción¹⁴³. La Corte destaca que el Consejo de Estado consideró que le correspondió “como juez de convencionalidad, examinar, para este proceso, la competencia de la Procuraduría General de la Nación a la luz de las normas convencionales” y en ese sentido manifestó lo siguiente:

“Colombia, como Estado parte del Pacto de San José de Costa Rica celebrado en 1969, se obliga 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”, conforme al artículo 1 de la Convención, de tal manera que “si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

[...]

Al ser la Corte IDH un medio de protección y el intérprete autorizado de las normas convenidas en la CADH, sus decisiones tienen efectos vinculantes y de obligatoria observancia para los Estados Partes, de tal manera que ellos están sometidos a verificar que las normas de su ordenamiento jurídico interno sean compatibles con las normas convenidas multilateralmente y que, en caso de que ello no lo sea, se adopten las medidas necesarias para su cumplimiento. Esto es lo que la jurisprudencia interamericana ha denominado como control de convencionalidad.

[...]

Ahora bien, un control de convencionalidad del artículo 44.1 de la Ley 734 del 2002, fundamento sancionatorio en el presente caso, permite advertir una incompatibilidad entre tal disposición y el artículo 23.2 convencional y concluir, de manera diáfana, que la Procuraduría General de la Nación carecía de competencia para imponer una sanción que restringiera, casi que a perpetuidad, los derechos políticos de una persona para ser elegida en cargos de elección popular, como también para separarlo del cargo de Alcalde Mayor de Bogotá para el que fue elegido mediante sufragio universal, por las siguientes razones:

La primera, porque al no ser sancionado el señor Gustavo Petro por una conducta que constituyera un acto de corrupción, la Procuraduría General de la Nación contravino una disposición de rango superior (artículo 23.2 convencional) que obliga, por vía del

¹⁴² Dentro de sus consideraciones, el Consejo de Estado mencionó lo siguiente: “[...] [A] la luz de las facultades otorgadas por la Constitución de 1991 al poder judicial, y de la integración de estas con la salvaguarda a los derechos políticos que ostentan los servidores públicos de elección popular, es dable establecer que, a la luz del artículo 23 convencional, solo los jueces de la República resultan competentes para imponer las sanciones que impliquen la destitución y la inhabilidad general de derechos políticos cuando quiera que estas provengan de acciones u omisiones que, no obstante ser contrarias a derecho, no constituyan casos de corrupción” Resolución de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de 15 de noviembre de 2017 (expediente de prueba, folio 5023).

¹⁴³ Cfr. Sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de 15 de noviembre de 2017 (expediente de prueba, folios del 5020 y 5021).

principio *pacta sunt servanda*, a su ineludible observancia por parte de los Estados miembros de la Convención, norma que dispone que solo un juez penal, mediante una sentencia condenatoria dictada en un proceso penal, puede restringir los derechos políticos de una persona.

[...]

La [s]egunda, porque el artículo 23.2 convencional supone la preservación del principio democrático y la preponderancia del derecho a elegir que tienen los ciudadanos de Bogotá en observancia del principio de soberanía popular, de tal manera que mantener vigente una sanción que restringe los derechos políticos del elegido no solamente implicaría cercenar derechos del sancionado, sino también hacer nugatorios los derechos políticos de sus electores que, como constituyente primario, han acordado definir los medios y las formas para autodeterminarse, elegir a sus autoridades y establecer los designios y las maneras en los que habrán de ser gobernados.

[...]

Conforme con lo dicho, la Procuraduría General de la Nación mantiene incólume sus funciones de investigación y sanción a servidores públicos de elección popular. No obstante, no le está permitido sancionar con destitución e inhabilidad o suspensión e inhabilidad para el ejercicio de derechos políticos a servidores públicos elegidos popularmente por conductas diferentes a las catalogadas como actos de corrupción, pues, en esos casos, corresponderá a la Procuraduría General de la Nación poner en conocimiento de la justicia penal, para que en un debido proceso se imponga una condena, si el hecho amerita ser sancionado penalmente por la actuación del servidor”.

107. En relación con lo anterior, la Corte recuerda que el control de convencionalidad ha sido concebido como una institución que se utiliza para aplicar el Derecho Internacional, en este caso el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de este Tribunal¹⁴⁴. El control de convencionalidad es una obligación propia de todo poder, órgano o autoridad del Estado Parte en la Convención¹⁴⁵, los cuales deben, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, controlar que los derechos humanos de las personas sometidas a su jurisdicción sean respetados y garantizados¹⁴⁶. Los jueces y órganos judiciales deben prevenir potenciales violaciones a derechos humanos reconocidos en la Convención Americana, o bien solucionarlas a nivel interno cuando ya hayan ocurrido,

¹⁴⁴ Cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo que 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, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes y en esta tarea, 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 Americana. 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 Azul Rojas Marín y otra Vs. Perú, supra*, párr. 269.

¹⁴⁵ Cfr. *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. 225, y *Caso Gelman Vs. Uruguay, supra*, párr. 239.

¹⁴⁶ Cfr. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158, párr. 128, y *Caso Azul Rojas Marín y otra Vs. Perú, supra*, párr. 269.

teniendo en cuenta las interpretaciones de la Corte Interamericana¹⁴⁷. Solo en caso contrario pueden ser considerados por ésta, en cuyo supuesto ejercerá un control complementario de convencionalidad. En ese sentido, un adecuado control de convencionalidad a nivel interno fortalece la complementariedad del Sistema Interamericano y la eficacia de la Convención Americana al garantizar que las autoridades nacionales actúen como garantes de los derechos humanos de fuente internacional¹⁴⁸.

108. En ese sentido, la Corte considera que la decisión del Consejo de Estado constituyó un adecuado y oportuno control de convencionalidad de las sanciones de destitución e inhabilitación impuestas en contra del señor Petro por parte de la Procuraduría, en tanto cesó y reparó las violaciones a los derechos políticos que ocurrieron en perjuicio del señor Petro como resultado de dichas sanciones. El Consejo de Estado tomó debida consideración de los estándares desarrollados por este Tribunal en relación con los límites a las restricciones permitidas por el artículo 23.2 de la Convención, para así garantizar adecuadamente los derechos políticos del señor Petro al: a) declarar la nulidad de dicha sanción; b) ordenar el pago de los salarios dejados de percibir por el tiempo separado de su cargo; c) ordenar la desanotación de las sanciones impuestas; y d) exhortar al gobierno a realizar las reformas dirigidas a lograr la compatibilidad de las facultades del Procurador con el artículo 23 de la Convención Americana. Asimismo, la sentencia del Consejo de Estado reconoció que en el caso concreto no sólo fueron afectados los derechos políticos del señor Petro, sino que la sanción de destitución e inhabilitación impuesta por la Procuraduría vulneraba el principio democrático y los derechos políticos de sus electores, lo cual resultaba contrario al artículo 23.2 convencional. Pese a ello, en coincidencia con lo manifestado en el párrafo 100 (*supra* párr. 100), si bien es encomiable la decisión del Consejo de Estado, la Corte advierte que, por la naturaleza del derecho afectado, no fue subsanada totalmente la violación, pues el derecho al ejercicio de un cargo de elección popular fue interrumpido durante más de un mes por la sanción impuesta por la Procuraduría.

109. Sentado lo anterior, el Tribunal procederá a analizar aquellos hechos que no fueron cubiertos por la sentencia del Consejo de Estado de 15 de noviembre de 2017, pero que, habiendo sido alegados por la Comisión o los representantes ante esta Corte, pudieron constituir violaciones a la Convención Americana en perjuicio del señor Petro. En ese sentido, el Tribunal advierte que el Consejo de Estado exhortó a diversas instancias del gobierno para realizar aquellas reformas legislativas dirigidas a “poner en plena vigencia los preceptos normativos contenidos en el artículo 23 de la Convención Americana” en relación con las facultades del Procurador. De esta forma, si bien cesaron las violaciones a los derechos

¹⁴⁷ Cfr. *Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia*, *supra*, párr. 143, y *Caso Rodríguez Revolorio y otros Vs. Guatemala*, *supra*, párr. 58.

¹⁴⁸ Véase, por ejemplo, la sentencia de la Corte Constitucional de Ecuador de 17 de septiembre de 2014, en la cual se señaló lo siguiente: “En virtud de la irradiación constitucional que experimenta el ordenamiento jurídico ecuatoriano, dentro del cual no solo existe un reconocimiento expreso de la supremacía constitucional, sino también de la jerarquía de los instrumentos internacionales de derechos humanos, el control de convencionalidad se constituye en un mecanismo básico para la garantía de los derechos, en tanto permite que los órganos jurisdiccionales no se limiten a un análisis de sus disposiciones internas, sino que además recurran a los instrumentos internacionales y la interpretación efectuada de estos, a fin de dotar de contenido integral a los derechos, por ende a la dignidad humana, de lo que se deriva un control integral sobre el respeto a los derechos constitucionales/humanos.” Cfr. Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia No. 003-14-SIN-CC, 17 de septiembre de 2014, pág. 20. Véase también, Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia No. 113-14-SEP-CC, 30 de julio de 2014; Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia No. 146-14-SEP-CC, Caso No. 1773-11-EP, 1 de octubre de 2014; Suprema Corte de Justicia de la Nación (México), Jurisprudencia 1ª./J 4/2016, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Tomo 1, publicada el 19 de febrero de 2016; y Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), “Mazzeo, Julio Lilio s/recurso de casación e inconstitucionalidad”, sentencia del 13 de julio de 2007, Fallos 330.3248.

políticos de la presunta víctima en virtud de la sentencia del Consejo de Estado, en definitiva, el Estado no ha reparado integralmente el hecho ilícito, pues no ha modificado las normas jurídicas que permitieron la imposición de dichas sanciones, las cuales se encuentran vigentes en el ordenamiento jurídico colombiano. En razón de lo anterior, en primer lugar, corresponde abordar el alegato de los representantes respecto a la existencia de un régimen legal inconvencional a partir del artículo 23 de la Convención Americana en relación con el artículo 2 del mismo instrumento, por la existencia de diversas disposiciones previstas en el Código Disciplinario Único, la Ley 610 de 2000, la Ley 1864 de 2017 en lo relacionado con la protección de los mecanismos de participación democrática, y la interpretación de las facultades disciplinarias realizadas por la Corte Constitucional. Posteriormente, el Tribunal se abocará a resolver la controversia subsistente respecto a las alegadas violaciones al debido proceso, la protección judicial, la igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación.

B.1.2.2 Las facultades la Procuraduría y la Contraloría, y otras disposiciones legales del ordenamiento jurídico colombiano

110. Los representantes alegaron que el régimen legal que fue aplicado al señor Petro resulta violatorio del artículo 23 en relación con el artículo 2 de la Convención en lo respectivo a: "i) las facultades de la [Procuraduría] para afectar derechos políticos mediante un régimen sancionatorio que incluye la inhabilidad para el ejercicio del poder público; y ii) otro tipo de normas que cumplen el mismo efecto de inhibir la actividad política". En el marco de este alegato, los representantes hicieron referencia a los artículos 277 de la Constitución Política y los artículos 44 y 45 del Código Disciplinario Único respecto de las facultades de destitución e inhabilitación de la Procuraduría, a los artículos 38 y 66 del Código Disciplinario Único en lo que se refiere a los efectos que puede tener una sanción impuesta por órganos de control como la Contraloría o las Personerías, al artículo 60 de la Ley 610 que contempla el boletín de responsables fiscales, y al artículo 4 de la Ley 1864 de 2017 que tipifica la conducta delictiva de "elección ilícita de candidatos". También alegaron que diversas interpretaciones de la Corte Constitucional que consideran que la Procuraduría "estaría facultada para restringir o limitar derechos políticos", se encuentran en contravención con la Convención Americana. La Corte procederá a analizar dichos alegatos.

111. La Corte recuerda que el artículo 2¹⁴⁹ de la Convención contempla el deber general de los Estados Partes de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la misma para garantizar los derechos en ella consagrados. Este deber implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías¹⁵⁰. En relación con los derechos reconocidos en el artículo 23 de la Convención, el deber de adecuar el derecho interno implica que las normas que prevén restricciones a los derechos políticos –o que facultan autoridades para su imposición– deben ajustarse a lo previsto en el artículo 23.2 del mismo instrumento (*supra* párrs. 90 al 98). Asimismo, respecto a la adopción de dichas prácticas, esta Corte ha reconocido que todas las autoridades de un

¹⁴⁹ El artículo 2 de la Convención establece lo siguiente: "Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades".

¹⁵⁰ Cfr. *Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, párr. 207 y *Caso Gorioitia Vs. Argentina, supra*, párr. 55.

Estado Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un control de convencionalidad (*supra* párrs. 103 y 107).

112. En el presente caso, el Tribunal constata que el artículo 277.6 de la Constitución Política de Colombia faculta al Procurador para “ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley”. Por su parte, el artículo 278 del texto constitucional establece que el Procurador ejercerá directamente la función de “1. Desvincular del cargo, previa audiencia y mediante decisión motivada, al funcionario público que incurra en alguna de las siguientes faltas [...]”. La Corte observa que el primer período del inciso 6º del artículo 277 y el numeral primero del artículo 278 de la Constitución de Colombia admiten la posibilidad de ser interpretados de modo compatible con la Convención Americana y con el modelo de Estado de derecho establecido por el artículo 1º de la propia Constitución¹⁵¹, a condición de entender que la referencia a los funcionarios de elección popular está limitada únicamente a la potestad de vigilancia del Procurador. Conforme a la regla de que no debe declararse una norma violatoria de la Convención en tanto admita una interpretación compatible con ésta, la Corte encuentra que el inciso 6º del artículo 277, y el numeral primero del artículo 278 de la Constitución Política de Colombia, no son incompatibles con el artículo 23 de la Convención Americana.

113. Por otro lado, el Código Disciplinario Único prevé en sus artículos 44 y 45 la facultad de la Procuraduría para destituir e inhabilitar funcionarios públicos, y define las implicaciones de dichas sanciones en los siguientes términos: “a) La terminación de la relación del servidor público con la administración, sin que importe que sea de libre nombramiento y remoción, de carrera o elección, o b) La desvinculación del cargo, en los casos previstos en los artículos 110 y 278, numeral 1, de la Constitución, o c) La terminación del contrato de trabajo, y d) En todos los casos anteriores, la imposibilidad de ejercer la función pública en cualquier cargo o función, por el término señalado en el fallo, y la exclusión del escalafón o carrera”. La Corte ya concluyó anteriormente que una sanción de inhabilitación o destitución de un funcionario público democráticamente electo por vía de autoridad administrativa y no por “condena, por juez competente, en proceso penal”, es contraria al artículo 23.2 de la Convención y al objeto y fin de la Convención (*supra* párr. 100). Por las mismas razones, la Corte concluye que el Estado incumplió con sus obligaciones previstas en el artículo 23 de la Convención, en relación con el artículo 2 del mismo instrumento, por la existencia y aplicación de las normas del Código Disciplinario Único que facultan a la Procuraduría a imponer dichas sanciones a funcionarios públicos democráticamente electos, como fue el caso del señor Petro.

114. Por otro lado, el Tribunal constata que el artículo 60 de la Ley 610 de 18 de agosto de 2000 señala que “la Contraloría General de la República publicará con periodicidad trimestral un boletín que contendrá los nombres de las personas naturales o jurídicas a quienes se les haya dictado fallo con responsabilidad fiscal en firme y ejecutoriado y no hayan satisfecho la obligación contenida en él”. Asimismo, dicho artículo señala que no se podrán posesionar en cargos públicos “quienes aparezcan en el boletín de responsables” hasta que se cancele la sanción. Para efectos del presente análisis, esta norma debe ser entendida en su relación con el artículo 38 del Código Disciplinario Único, el cual prevé que “[t]ambién constituyen

¹⁵¹ Cfr. Constitución Política de Colombia, artículo 1. Dicho artículo señala lo siguiente: “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”

inhabilidades para desempeñar cargos públicos, a partir de la ejecutoria del fallo, las siguientes: [...] 4. Haber sido declarado responsable fiscalmente". De lo anterior se concluye que, aun cuando las facultades de la Contraloría no contemplan la atribución directa para destituir o inhabilitar funcionarios públicos de elección popular, las sanciones pecuniarias que pueden imponer, cuando estas resultan en la obligación de realizar el pago de una deuda fiscal de alta cuantía, como sucedió en el caso del señor Petro, pueden tener el efecto práctico de inhabilitarlo en virtud de lo dispuesto en el artículo 38 del Código Disciplinario Único y de la prohibición a los funcionarios competentes de dar posesión a quienes aparezcan en el boletín de responsables fiscales.

115. En relación con lo anterior, la Corte concluye que las sanciones impuestas por la Contraloría pueden tener el efecto práctico de restringir derechos políticos, incumpliendo así las condiciones previstas en el artículo 23.2 de la Convención y que han sido reiteradas en la presente sentencia. En esa medida, el Tribunal considera que el artículo 60 de la Ley 610 de 2010 y el artículo 38 fracción 4 del Código Disciplinario Único son contrarios al artículo 23 de la Convención Americana, en relación con el artículo 2 del mismo instrumento.

116. Asimismo, el Tribunal advierte que la Ley 1864 de 2017 modificó la Ley 599 del 2000 del Código Penal, para incluir delitos relacionados con los mecanismos de participación democrática. En el artículo 5 de la citada ley se dispuso la modificación del artículo 389 del Código Penal a fin de establecer el tipo penal de "elección ilícita de candidatos", que consiste en lo siguiente: "[...] El que sea elegido para un cargo de elección popular estando inhabilitado para desempeñarlo por decisión judicial, disciplinaria o fiscal incurrirá en prisión de cuatro (4) a nueve (9) años y multa de doscientos (200) a ochocientos (800) salarios mínimos legales mensuales vigentes". La Corte nota que esta norma, si bien no reconoce facultades para la restricción de derechos políticos, ni fue aplicada en el caso concreto del señor Petro, puede generar el efecto de inhibir a una persona para postularse a un cargo público cuando haya sido objeto de una sanción disciplinaria o fiscal, constituyendo así un riesgo para sus derechos políticos y los de sus electores. En este sentido, el Tribunal considera que el artículo 5 de la Ley 1864 de 2017, en tanto puede generar el efecto de inhibir a una persona para postularse a un cargo público de elección popular cuando haya sido objeto de una sanción disciplinaria o fiscal, pues podría incurrir en un delito sancionado con una pena de 4 a 9 años de prisión, constituye un incumplimiento del artículo 23 de la Convención Americana en relación con el artículo 2 del mismo instrumento.

117. Finalmente, en lo que respecta al alegato de los representantes sobre la inconventionalidad de las interpretaciones de las facultades disciplinarias por parte de la Corte Constitucional de Colombia, el Tribunal advierte que las mismas no constituyen un riesgo en sí mismo para el ejercicio de los derechos políticos del señor Petro y, por lo tanto, no constituyen una violación al artículo 23 de la Convención en relación con el artículo 2 del mismo instrumento. Sin perjuicio de ello, el Tribunal recuerda que del artículo 2 de la Convención se desprende la obligación estatal de desarrollar prácticas estatales conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en dicho tratado. En consecuencia, es necesario que la interpretación y aplicación de las facultades disciplinarias se encuentren ajustadas al mismo fin que persigue el artículo 2 de la Convención. En términos prácticos, la Corte recuerda que la interpretación de las normas que disponen las facultades de la Procuraduría o la Contraloría por parte de la Corte Constitucional, y de las demás autoridades del Estado colombiano, deben ser coherentes con los principios convencionales en materia de derechos políticos previstos en el artículo 23 de la Convención y que han sido reiterados en el presente caso.

B.2. Derechos a las garantías judiciales y la protección judicial

118. No obstante lo señalado anteriormente, en relación con la falta de competencia de una autoridad administrativa para restringir los derechos políticos de funcionarios públicos democráticamente electos, mediante las sanciones de inhabilitación y destitución, esta Corte considera oportuno entrar al análisis de las garantías aplicadas en el proceso disciplinario seguido contra el señor Petro. Este Tribunal ha señalado que el artículo 8.1 de la Convención reconoce el derecho de toda persona 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 en su contra o para la determinación de sus derechos; todo ello dentro de la obligación general, a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (artículo 1.1)¹⁵². De acuerdo con las disposiciones del artículo 8 de la Convención, para que en un proceso existan verdaderas garantías judiciales es preciso que se observen todos los requisitos que "sirv[a]n para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho"¹⁵³, es decir, las "condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial"¹⁵⁴.

119. En relación con lo anterior, si bien el artículo 8 de la Convención se titula "Garantías Judiciales", su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, "sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales"¹⁵⁵ a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos¹⁵⁶. De este modo, cuando la Convención alude al derecho de toda persona a ser oída por un "juez o tribunal competente" para la "determinación de sus derechos", está refiriéndose a cualquier autoridad pública, ya sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas¹⁵⁷. De esta forma, se desprende que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8.1 de la Convención Americana¹⁵⁸. Por esta razón, en la determinación de los derechos y obligaciones de las personas, de cualquier carácter, se debe observar "las debidas garantías" que aseguren,

¹⁵² Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Excepciones Preliminares*, supra, párr. 91, y *Caso Noguera y Otra Vs. Paraguay*, supra, párr. 78.

¹⁵³ Cfr. *El Hábeas Corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-8/87 de 30 de enero de 1987. Serie A No. 8, párr. 25; *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y Otros Vs. Trinidad y Tobago. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94, párr. 147, y *Caso Montesinos Mejía Vs. Ecuador*, supra, párr. 175.

¹⁵⁴ Cfr. *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de enero de 2001, Serie C No. 71, párr. 69, y *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de febrero de 2020. Serie C No. 400, párr. 294.

¹⁵⁵ Cfr. *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, párr. 27, y *Caso Montesinos Mejía Vs. Ecuador*, supra, párr. 174.

¹⁵⁶ Cfr. *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párr. 69, y *Caso Montesinos Mejía Vs. Ecuador*, supra, párr. 174.

¹⁵⁷ Cfr. *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú*, supra, párr. 71, y *Caso Maldonado Ordoñez Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 3 de mayo de 2016. Serie C No. 311, párr. 26.

¹⁵⁸ Cfr. *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú*, supra, párr. 71, y *Caso Maldonado Ordoñez Vs. Guatemala*, supra, párr. 26.

según el procedimiento de que se trate, el derecho al debido proceso¹⁵⁹. Esto significa que el incumplimiento de una de esas garantías conlleva necesariamente una violación de dicha disposición¹⁶⁰.

120. Por su parte, el artículo 8.2 de la Convención establece adicionalmente las garantías mínimas que deben ser aseguradas por los Estados en función del debido proceso legal¹⁶¹. La Corte ha indicado que estas garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas¹⁶². En otras palabras, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal¹⁶³. Particularmente, en el *caso Maldonado Ordoñez Vs. Guatemala*, la Corte destacó que “el derecho disciplinario forma parte del derecho sancionador [...] en la medida en que está compuesto por un conjunto de normas que permiten imponer sanciones a los destinatarios que realicen una conducta definida como falta disciplinaria”, por lo que “se acerca a las previsiones del derecho penal” y, en razón de su “naturaleza sancionatoria”, las garantías procesales de este “son aplicables *mutatis mutandis* al derecho disciplinario”¹⁶⁴.

121. Tomando en cuenta lo anterior, respecto de la destitución por vía administrativa de funcionarios públicos, la Corte ha señalado que, por su naturaleza sancionatoria y debido a que implica una determinación de derechos, las garantías procesales contempladas en el artículo 8 de la Convención Americana hacen parte del elenco de garantías mínimas que deben ser respetadas para adoptar una decisión no arbitraria y ajustada al debido proceso¹⁶⁵. En atención a ello, el Tribunal analizará si el proceso administrativo seguido por la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General contra el señor Petro cumplió con las garantías del debido proceso establecidas en el artículo 8 de la Convención.

122. La Comisión alegó que el Estado había violado el derecho del señor Petro a ser oído por un juez imparcial debido al “diseño conforme al cual la misma autoridad que formula cargos es la que decide sobre la responsabilidad disciplinaria, y la forma en la que operó en el presente caso, con la imposición de sanciones severas”. Además, señaló que esto “también es contrario al principio de presunción de inocencia”. Los representantes coincidieron con la Comisión y agregaron la violación del derecho de defensa por “la ausencia de oportunidad probatoria”. En cambio, el Estado sostuvo que “el modelo del proceso disciplinario aplicado en el caso [...] es plenamente respetuoso de las garantías de imparcialidad y presunción de

¹⁵⁹ Cfr. *Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párr. 117, y *Caso Montesinos Mejía Vs. Ecuador, supra*, párr. 176.

¹⁶⁰ Cfr. *Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile, supra*, párr. 117, y *Caso Montesinos Mejía Vs. Ecuador, supra*, párr. 176.

¹⁶¹ Cfr. *Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C No. 30, párr. 74, y *Caso Montesinos Mejía Vs. Ecuador, supra*, párr. 176.

¹⁶² Cfr. *Caso Baena Ricardo Vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párr. 127, y *Caso López y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2019. Serie C No. 396, párr. 200.

¹⁶³ Cfr. *Caso Baena Ricardo Vs. Panamá, supra*, párr. 124, y *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282, párr. 349.

¹⁶⁴ Cfr. *Caso Maldonado Ordoñez Vs. Guatemala, supra*, párr. 75.

¹⁶⁵ Cfr. *Caso Maldonado Ordoñez Vs. Guatemala, supra*, párr. 79, y *Caso Rosadio Villavicencio Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 14 de octubre de 2019. Serie C No. 388, párr. 126.

inocencia”, y que “el derecho de defensa del senador Petro fue respetado y garantizado a cabalidad”.

123. De los alegatos de las partes se colige que, en lo que concierne al procedimiento disciplinario ante la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General, el conflicto se centra en las siguientes garantías del debido proceso: la imparcialidad de la autoridad jurisdiccional, el principio de presunción de inocencia y el derecho de defensa. La Corte analizará el caso concreto en el mismo orden, tomando en consideración los alegatos de los representantes respecto a la violación de la igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación en perjuicio del señor Petro.

124. El Tribunal ha señalado que el derecho a ser juzgado por un juez o tribunal imparcial es una garantía fundamental del debido proceso que permite que los tribunales inspiren la confianza necesaria a las partes en el caso, así como a los ciudadanos en una sociedad democrática¹⁶⁶. Esto implica que se debe garantizar que el juez o tribunal en el ejercicio de su función como juzgador cuente con la mayor objetividad para enfrentar el juicio¹⁶⁷ y se aproxime a los hechos de la causa careciendo de todo prejuicio y ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva¹⁶⁸ que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad¹⁶⁹. Así, la imparcialidad del tribunal comporta que sus integrantes no tengan un interés directo, posición predefinida ni preferencia por alguna de las partes y que no se encuentren involucrados en la controversia¹⁷⁰, sino que actúen única y exclusivamente conforme a -y movidos por- el derecho¹⁷¹.

125. Asimismo, la Corte ha indicado que, como fundamento de las garantías judiciales¹⁷², el principio de presunción de inocencia implica que el imputado goza de un estado jurídico de inocencia o no culpabilidad mientras se resuelve acerca de su responsabilidad¹⁷³ y que no recae en él demostrar que no ha cometido la falta que se le atribuye pues el *onus probandi* corresponde a quien acusa¹⁷⁴. La presunción de inocencia guarda un vínculo estrecho con la

¹⁶⁶ Cfr. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 171, y *Caso Rosadio Villavicencio Vs. Perú, supra*, párr. 186.

¹⁶⁷ Cfr. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, supra*, párr. 171, y *Caso Rosadio Villavicencio Vs. Perú, supra*, párr. 186.

¹⁶⁸ Cfr. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, supra*, párr. 171, y *Caso Rosadio Villavicencio Vs. Perú, supra*, párr. 186.

¹⁶⁹ Cfr. *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, párr. 56, y *Caso Rico Vs. Argentina. Excepción Preliminar y Fondo*. Sentencia de 2 de septiembre de 2019. Serie C No. 383, párr. 70.

¹⁷⁰ Cfr. *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 146, y *Caso Rosadio Villavicencio Vs. Perú, supra*, párr. 186.

¹⁷¹ Cfr. *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") Vs. Venezuela, supra*, párr. 56, y *Caso Rosadio Villavicencio Vs. Perú, supra*, párr. 186.

¹⁷² Cfr. *Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Fondo*. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35, párr. 77, y *Caso Rodríguez Revolorio y Otros Vs. Guatemala, supra*, párr. 109.

¹⁷³ Cfr. *Cfr. Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Fondo, supra*, párrs. 76 y 77, y *Caso Rodríguez Revolorio y Otros Vs. Guatemala, supra*, párr. 109.

¹⁷⁴ Cfr. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 154, y *Caso Valenzuela Ávila Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 11 de octubre de 2019. Serie C No. 386, párr. 113.

imparcialidad en la medida en que implica que los juzgadores no inicien el proceso con una idea preconcebida de que el acusado ha cometido el delito que se le imputa¹⁷⁵. De tal suerte, esta garantía se vulnera si antes de que el acusado sea encontrado culpable una decisión judicial a él concerniente refleja que lo es¹⁷⁶. Además, el Tribunal ha señalado que la institución de la recusación tiene como finalidad actuar como garantía para las partes en el proceso, y por el otro, busca otorgar credibilidad a la función que desarrolla la jurisdicción¹⁷⁷.

126. Los representantes sostuvieron que en el proceso disciplinario contra el señor Petro no se respetó la garantía de la imparcialidad por dos razones: primero, porque al haber emitido el pliego de cargos, al momento de resolver el fallo disciplinario, la Sala Disciplinaria ya “tenía una posición tomada sobre la responsabilidad disciplinaria del señor Petro”, y segundo, porque “estamos ante un escenario de discriminación que responde a la ideología política de Gustavo Petro, toda vez que el tipo de sanción aplicado carece de una justificación objetiva y razonable, tomando en consideración que fue extremadamente lesiva con respecto a otros casos en los que existía un proceso un proceso penal en curso o incluso condenas que establecían la responsabilidad penal de los exfuncionarios”. La Corte observa que los alegatos de los representantes cuestionan, por un lado, la falta de imparcialidad objetiva por las deficiencias en el diseño normativo del proceso disciplinario seguido contra el señor Petro y, por otro, la ausencia de imparcialidad subjetiva por los motivos discriminatorios con base a los cuales fue iniciada la investigación disciplinaria.

127. En cuanto a la ausencia de imparcialidad objetiva, este Tribunal recuerda que el proceso administrativo seguido contra el señor Petro está contemplado en el Código Disciplinario Único. Este código dispone como principios rectores la legalidad¹⁷⁸, el debido proceso¹⁷⁹, la presunción de inocencia¹⁸⁰ y la motivación del fallo¹⁸¹. En concreto, su artículo 9 consagra el principio de presunción de inocencia en los siguientes términos: “[a] quien se atribuya una falta disciplinaria se presume inocente mientras no se declare su responsabilidad en fallo ejecutoriado. Durante la actuación toda duda razonable se resolverá a favor del investigado cuando no haya modo de eliminarla”¹⁸². De igual modo, el artículo 94 establece que en la actuación disciplinaria se observarán, *inter alia*, los principios de contradicción e imparcialidad, mientras que el artículo 129 señala expresamente lo siguiente: “[e]l funcionario buscará la verdad real. Para ello deberá investigar con igual rigor los hechos y circunstancias que

¹⁷⁵ Cfr. *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*, *supra*, párr. 184, y *Caso Rodríguez Revolorio y Otros Vs. Guatemala*, *supra*, párr. 109.

¹⁷⁶ Cfr. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 154, y *Caso López Mendoza Vs. Venezuela*, *supra*, párr. 128.

¹⁷⁷ Cfr. *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela*, *supra*, párrs. 63-64; *Caso Acosta y otros Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de marzo de 2017. Serie C No. 334, párr. 172, y *Caso Rico Vs. Argentina*, *supra*, párr. 70.

¹⁷⁸ Ley 734 de 2002, por la cual “se expide el Código Disciplinario Único”. Diario Oficial No. 44.708 de 13 de febrero de 2002. Artículo 4.

¹⁷⁹ Ley 734 de 2002, por la cual “se expide el Código Disciplinario Único”. Diario Oficial No. 44.708 de 13 de febrero de 2002. Artículo 6.

¹⁸⁰ Ley 734 de 2002, por la cual “se expide el Código Disciplinario Único”. Diario Oficial No. 44.708 de 13 de febrero de 2002. Artículo 9.

¹⁸¹ Ley 734 de 2002, por la cual “se expide el Código Disciplinario Único”. Diario Oficial No. 44.708 de 13 de febrero de 2002. Artículo 19.

¹⁸² Ley 734 de 2002, por la cual “se expide el Código Disciplinario Único”. Diario Oficial No. 44.708 de 13 de febrero de 2002. Artículo 9.

demuestren la existencia de la falta disciplinaria y la responsabilidad del investigado, y los que tiendan a demostrar su inexistencia o lo eximan de responsabilidad. Para tal efecto, el funcionario podrá decretar pruebas de oficio¹⁸³.

128. La Corte observa que, en la fase de instrucción del proceso, el señor Petro presentó solicitudes de nulidad debido, *inter alia*, a la falta de imparcialidad de las autoridades disciplinarias, por considerar que “todo el andamiaje jurídico legal y constitucional que sustenta la defensa del señor alcalde será inútil si desde la misma Procuraduría se impone, como hasta el momento ha sucedido, un prejuzgamiento de su conducta por el sólo hecho de no hacer caso a consideraciones de la misma Procuraduría, sobre una materia que corresponde a la función propia y autónoma del alcalde¹⁸⁴. Estas solicitudes fueron rechazadas por la Sala Disciplinaria mediante resoluciones de 25 de julio de 2013 y 12 de agosto de 2013, en la primera de las cuales sostuvo lo siguiente:

El señor defensor parte de un error, el cual consiste en equiparar la demostración de algunos hechos con la comprobación de la responsabilidad disciplinaria. En efecto, una cosa es que a partir de las pruebas recaudadas en la actuación el juez disciplinario determine la comprobación de ciertos hechos, los cuales son comunes a las circunstancias de tiempo, modo y lugar de la conducta cometida y otra muy diferente es que se dé por cierta la demostración de la responsabilidad disciplinaria, aspecto que comprende no solo la conducta, sino las categorías de la tipicidad, la ilicitud sustancial y la culpabilidad¹⁸⁵.

129. No obstante las garantías contempladas en el Código Disciplinario Único, y las citadas consideraciones de la Sala Disciplinaria, la Corte constata que dicha autoridad emitió el pliego de cargos que inició el proceso disciplinario contra el señor Petro y al mismo tiempo decidió sobre su procedencia. La Corte advierte que la concentración de las facultades investigativas y sancionadoras en una misma entidad, característica común en los procesos administrativos disciplinarios, no es sí misma incompatible con el artículo 8.1 de la Convención, siempre que dichas atribuciones recaigan en distintas instancias o dependencias de la entidad de que se trate, cuya composición varíe de manera que tal que los funcionarios que resuelvan sobre los méritos de los cargos formulados sean diferentes a quienes hayan formulado la acusación disciplinaria y no estén subordinados a estos últimos.

130. Esta condición no se cumple en el presente caso, pues la Sala Disciplinaria formuló el pliego de cargos el 20 de junio de 2013 y, el 9 de diciembre del mismo año, emitió el fallo disciplinario que encontró probados tales cargos, estableciendo la responsabilidad administrativa del señor Petro y, en consecuencia, ordenando su destitución e inhabilitación. En razón de lo anterior, este Tribunal advierte que el diseño particular del proceso seguido contra el señor Petro evidencia una falta de imparcialidad desde el punto de vista objetivo pues resulta lógico que, al haber formulado los cargos contra el señor Petro, la Sala Disciplinaria tenía una idea preconcebida sobre su responsabilidad disciplinaria. Esto así, puesto que el Código Disciplinario Único establece como requisito para la procedencia de la formulación de cargos que “esté objetivamente demostrada la falta y exista prueba que

¹⁸³ Ley 734 de 2002, por la cual “se expide el Código Disciplinario Único”. Diario Oficial No. 44.708 de 13 de febrero de 2002. Artículo 129.

¹⁸⁴ Resolución de la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación de 9 de diciembre de 2013 (expediente de prueba, folios del 3 al 486).

¹⁸⁵ Auto de la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación de 25 de julio de 2013 (expediente de fondo, folios 520 y 521).

comprometa la responsabilidad del investigado”¹⁸⁶. Por otro lado, el Tribunal no cuenta con elementos probatorios suficientes que permitan analizar si las acciones del Procurador General respondieron a una motivación discriminatoria.

131. En lo que respecta a los alegatos de los representantes sobre la violación del derecho a la defensa, el Tribunal observa que, si bien el señor Petro participó activamente en las diferentes fases del proceso disciplinario, y que en su curso se le ofrecieron oportunidades para la presentación de alegatos y pruebas, el hecho de que la Sala Disciplinaria no actuara con imparcialidad implicó una violación a su derecho a la defensa. La Corte recuerda que el derecho a la defensa debe poder ejercerse desde que se señala a una persona como posible autor o partícipe de un hecho punible y sólo culmina cuando finaliza el proceso. Impedir que la persona ejerza su derecho de defensa es potenciar los poderes investigativos del Estado en desmedro de los derechos fundamentales de la persona investigada. El derecho a la defensa obliga al Estado a tratar al individuo en todo momento como un verdadero sujeto del proceso, en el más amplio sentido de este concepto, y no simplemente como objeto del mismo¹⁸⁷.

132. El Tribunal recuerda que el artículo 8.1 de la Convención garantiza el derecho a ser juzgado por “un tribunal competente [...] establecido con anterioridad a la ley”¹⁸⁸. En este caso, conforme a lo previamente señalado, el señor Petro fue destituido como alcalde e inhabilitado para ocupar cargos públicos mediante un proceso administrativo disciplinario ante la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General. En tanto la destitución e inhabilitación solo puede ser impuesta por un juez competente previa condena en proceso penal, la Corte advierte en este caso una violación al principio de jurisdiccionalidad. Esto es así puesto que la sanción contra el señor Petro fue ordenada por una autoridad de naturaleza administrativa que, de conformidad con las disposiciones del artículo 23.2 de la Convención en los términos desarrollados por la jurisprudencia de este Tribunal¹⁸⁹, carece de competencia al respecto.

133. Por consiguiente, la Corte considera que en el proceso disciplinario contra el señor Petro se vulneró el principio de jurisdiccionalidad, la garantía de la imparcialidad, el principio de presunción de inocencia, y el derecho a la defensa, en los términos de los artículos 8.1 y 8.2.d) de la Convención Americana en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento.

134. En razón de lo anterior, y en vista de las violaciones previamente declaradas, la Corte no considera necesario entrar a analizar las violaciones alegadas por la Comisión y los representantes relativas a otras garantías procesales y a la protección judicial.

C. Conclusión del capítulo

135. La Corte concluye que los derechos políticos del señor Petro se vieron afectados por la sanción de destitución e inhabilitación impuesta por la Procuraduría General el 9 de diciembre de 2013 y que fue confirmada el 13 de enero de 2014. Si bien el Consejo de Estado declaró la nulidad de dicha sanción, ordenó el pago de salarios dejados de percibir, y ordenó la desanotación de las sanciones impuestas mediante sentencia de 15 de noviembre de 2017, la

¹⁸⁶ Ley 734 de 2002, por la cual “se expide el Código Disciplinario Único”. Diario Oficial No. 44.708 de 13 de febrero de 2002. Artículo 162.

¹⁸⁷ Cfr. *Caso López Mendoza Vs. Venezuela*, *supra*, párr. 117, y *Caso López y otros Vs. Argentina*, *supra*, párr. 206.

¹⁸⁸ Cfr. *Barreto Leiva Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206, párr. 75, y *Caso Amrhein y Otros Vs. Costa Rica*, *supra*, párr. 383.

¹⁸⁹ Cfr. *Caso López Mendoza Vs. Venezuela*, *supra*, párr.107.

Corte concluye que dicha decisión no ha reparado integralmente el hecho ilícito que constituyó la violación del derecho al ejercicio de una función de elección popular del señor Petro, pues su mandato fue interrumpido por algo más de un mes mientras estuvo separado de su cargo en virtud de la decisión de la Procuraduría, lo cual también constituyó una afectación de los derechos políticos de sus electores y del principio democrático, y no se han modificado las normas que permitieron la imposición de dichas sanciones.

136. Adicionalmente, la Corte concluye que la vigencia de las normas que facultan a la Procuraduría a imponer sanciones de inhabilitación o destitución de funcionarios democráticamente electos previstas en general en el ordenamiento jurídico colombiano, y en particular en el Código Disciplinario Único, así como las normas que pueden tener como efecto que las decisiones de la Contraloría produzcan una inhabilitación para el ejercicio de los derechos políticos, y que fueron mencionadas en el presente capítulo, constituyen un incumplimiento del deber de adoptar disposiciones de derecho interno.

137. Asimismo, la Corte concluye que el proceso disciplinario seguido contra el señor Petro no respetó la garantía de la imparcialidad ni el principio de presunción de inocencia, pues el diseño del proceso implicó que la Sala Disciplinaria fuera la encargada de emitir el pliego de cargos y al mismo tiempo juzgar sobre la procedencia de los mismos, concentrando así las facultades investigativas, acusatorias y sancionatorias. La Corte estima que la falta de imparcialidad objetiva afectó transversalmente el proceso, tornando en ilusorio el derecho de defensa del señor Petro. Además, el Tribunal advirtió que en el caso existió una violación al principio de jurisdiccionalidad puesto que la sanción contra el señor Petro fue ordenada por una autoridad de naturaleza administrativa.

138. En consecuencia, la Corte concluye que el Estado es responsable por la violación al artículo 23 de la Convención Americana en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento, y por la violación a los artículos 8.1 y 8.2.d) de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio del señor Gustavo Francisco Petro Urrego.

VII-2 DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL¹⁹⁰

A. Alegatos de la Comisión y de las partes

139. Los **representantes** alegaron la violación al derecho a la integridad personal del señor Petro como resultado de la afectación moral que habría sufrido al ser víctima de estigmatización y como consecuencia de la alegada persecución política, y que culminó en una serie de sanciones de índole disciplinaria y de responsabilidad fiscal que fueron difundidas ampliamente en los medios de comunicación. Ello habría generado que, a través de redes sociales, se lanzaran comentarios y opiniones agresivas en su contra, atentando así contra su buen nombre y dignidad. Adicionalmente, alegaron que los efectos de las decisiones adoptadas por la Contraloría y la SIC por el supuesto detrimento patrimonial sufrido, generaron sentimientos de angustia en el señor Petro. Asimismo, como consecuencia de las decisiones antes mencionadas, expresaron que sus cuentas bancarias fueron embargadas, incluyendo su salario, privándolo así de sus medios de subsistencia. De igual modo, la existencia de información sobre planes para atentar contra su vida habría generado un sentimiento de temor del riesgo que pesaba sobre él. Alegaron que, de hecho, durante la

¹⁹⁰ Artículo 5 de la Convención Americana.

campana presidencial, sufrió un atentado a su vida. Los representantes sostuvieron que lo anterior demuestra que el señor Petro ha sido víctima de constante persecución en razón de su ideología política, y que el Estado es responsable por la violación del artículo 5 de la Convención. La **Comisión** no formuló alegatos al respecto.

140. El **Estado** alegó que ninguna de las tres alegaciones específicas presentadas por los representantes en relación con la violación del derecho a la integridad personal compromete la responsabilidad del Estado. Primero, por la falta de existencia de prueba respecto de la persecución política en contra del señor Petro en virtud de los procesos adelantados por los órganos de control del Estado, lo cual además quedaría demostrado por el respeto al debido proceso. El Estado sostuvo que el único objetivo perseguido por dichos procesos fue asegurar la sujeción del ejercicio del poder a la legalidad. Segundo, porque tal como se expuso en el apartado de excepciones preliminares, resulta totalmente infundado que el señor Petro haya sido privado de sus medios de subsistencia. Tercero, porque no ha sido demostrado cómo los hostigamientos y amenazas de que habría sido víctima el señor Petro son atribuibles al Estado. Afirmó que lo que sí está demostrado es que ha adoptado múltiples medidas de seguridad a favor del señor Petro, las cuales le han permitido ejercer varios cargos públicos a lo largo de su carrera. Expresó que el señor Petro actualmente es beneficiario de fuertes medidas de protección a cargo de la Unidad Nacional de Protección, y que como Senador de la República goza de protección por parte de la Policía.

B. Consideraciones de la Corte

141. La Convención Americana reconoce en su artículo 5 que toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral, prevé que nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, y establece que toda persona privada de libertad deberá ser tratada con el respeto debido a la dignidad inherente del ser humano. La Corte ha establecido que la infracción a la integridad personal es una clase de violación que tiene diversas connotaciones de grado y cuyas secuelas físicas y psíquicas varían de intensidad según los factores endógenos y exógenos que deberán ser demostrados en cada situación concreta¹⁹¹. El Tribunal también ha señalado que el derecho a la integridad personal es de tal importancia que no puede ser suspendido bajo ninguna circunstancia¹⁹². Asimismo, la Corte ha señalado que de las obligaciones generales de respetar y garantizar los derechos que establece el artículo 1.1 de la Convención Americana derivan deberes especiales determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre¹⁹³.

142. La Corte ha sostenido que la mera amenaza de que ocurra una conducta prohibida por el artículo 5 de la Convención, cuando sea suficientemente real e inminente, puede en sí misma estar en conflicto con el derecho a la integridad personal. Asimismo, crear una situación amenazante o amenazar a un individuo con quitarle la vida puede constituir, en algunas

¹⁹¹ Cfr. *Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Fondo*. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C No. 33, párr. 57, y *Caso Azul Rojas Marín y otra Vs. Perú, supra*, párr. 139.

¹⁹² Cfr. *Caso "Instituto de Reeducación del Menor" Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 157, y *Caso Hernández Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de noviembre de 2019. Serie C No. 395, párr. 55.

¹⁹³ Cfr. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 111, y *Caso Hernández Vs. Argentina, supra*, párr. 55.

circunstancias, al menos, tratamiento inhumano¹⁹⁴. Sin embargo, en el caso no ha sido acreditada la participación estatal -ya sea de manera directa o por aquiescencia- en las supuestas amenazas que el señor Petro recibió después de que le fueran impuestas las sanciones disciplinarias por la Procuraduría, lo que podría haber constituido un hecho con la suficiente entidad para considerar una afectación a su integridad personal atribuible al Estado. Tampoco es posible establecer un nexo causal entre la imposición de la sanción disciplinaria de 9 de diciembre de 2013 y las reacciones presuntamente amenazantes que dicha sanción pudo haber generado en redes sociales por parte de terceros.

143. En relación con el alegato de los representantes respecto a que el señor Petro habría sido privado de sus medios de subsistencia debido a las decisiones de la Contraloría y la SIC, el Tribunal constata que no existe controversia respecto a que el salario del señor Petro fue objeto de una medida cautelar de embargo con el fin de garantizar el pago de la sanción impuesta por la SIC. Sin embargo, el Tribunal advierte que, de conformidad con el artículo 155 del Código Sustantivo de Trabajo, “[e]l excedente del salario mínimo mensual solo es embargable en una quinta parte”¹⁹⁵. De lo anterior se desprende que la posible afectación a los ingresos del señor Petro solo podría haber alcanzado el 20% de su salario. Tal como fue mencionado anteriormente, el señor Petro dejó de ocupar su cargo como Alcalde de Bogotá entre el 20 de marzo de 2014 y el 23 de abril de 2014. Asimismo, según información aportada al Tribunal, debido a que el señor Petro actualmente ejerce el cargo de Senador de la República, motivo por el cual recibe un salario, no es posible afirmar que la medida de embargo haya privado a la presunta víctima de sus medios de subsistencia. En este sentido, la Corte advierte que en el expediente no consta ningún elemento probatorio tendiente a demostrar que el tiempo que dejó de percibir su salario como Alcalde de Bogotá, o el embargo del que ha sido objeto, hayan ocasionado al señor Petro un grado de angustia tal que habría vulnerado su integridad personal, y esto no puede inferirse de la aplicación de las medidas en sí mismas.

144. Sin perjuicio de lo anterior, la Corte recuerda que, por su carácter alimentario¹⁹⁶, la provisión del salario guarda una estrecha relación con la protección del derecho a la vida digna, por cuanto permite procurar los medios para garantizar la propia subsistencia, de manera que no debe ser objeto de restricciones ilegales, arbitrarias o desproporcionadas. La Corte advierte que en ese sentido se pronuncia la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, cuyo artículo 10 dispone expresamente que el “salario y las prestaciones sociales en la cuantía que determine la Ley, son inembargables”¹⁹⁷, y recuerda que el Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por Colombia el 7 de junio de 1963, establece en su artículo 10.2 que “el salario deberá estar protegido contra su embargo o cesión en la proporción que se considere necesaria para garantizar el mantenimiento del trabajador y de su familia”¹⁹⁸. De esta forma, los Estados deberán evitar el embargo de salarios en una proporción mayor que aquella que permita a una persona gozar de una vida digna, y además siempre deberá estar prevista por la ley y ser proporcional.

¹⁹⁴ Cfr. *Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas, supra*, párr. 109, y *Caso Familia Barrios Vs. Venezuela, supra*, párr. 82.

¹⁹⁵ Código Sustantivo del Trabajo, adoptado mediante Decreto 2663 de 5 de agosto de 1950. Diario Oficial No. 27.407 de 9 de septiembre de 1950. Modificado por la Ley 11 de 1984.

¹⁹⁶ Cfr. *Mutatis mutandis, caso Muelle Flores Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de marzo de 2019. Serie C No. 375, párr. 137.*

¹⁹⁷ Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana celebrada en Bogotá, 1948.

¹⁹⁸ OIT. Convenio sobre la protección del salario, 1949 (núm. 95), adoptado el 1° de julio de 1949 en la trigésima segunda reunión de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo.

145. En consecuencia, el Tribunal concluye que el Estado no es responsable por la violación al artículo 5 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio del señor Petro.

VIII REPARACIONES

146. Sobre la base de lo dispuesto en el artículo 63.1 de la Convención Americana, la Corte ha indicado que toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente, y que esa disposición recoge una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre responsabilidad de un Estado¹⁹⁹. Además, este Tribunal ha establecido que las reparaciones deben tener un nexo causal con los hechos del caso, las violaciones declaradas, los daños acreditados, así como las medidas solicitadas para reparar los daños respectivos. Por tanto, la Corte deberá analizar dicha concurrencia para pronunciarse debidamente y conforme a derecho²⁰⁰.

147. En consecuencia, sin perjuicio de cualquier forma de reparación que se acuerde posteriormente entre el Estado y la víctima, y de acuerdo con las consideraciones expuestas sobre el fondo y las violaciones a la Convención declaradas en la presente Sentencia, el Tribunal procederá a analizar las pretensiones presentadas por la Comisión y los representantes de la víctima, así como las observaciones del Estado a las mismas, a la luz de los criterios fijados en su jurisprudencia en relación con la naturaleza y alcance de la obligación de reparar, con el objeto de disponer las medidas dirigidas a reparar los daños ocasionados²⁰¹.

A. Parte Lesionada

148. Este Tribunal considera parte lesionada, en los términos del artículo 63.1 de la Convención, a quien ha sido declarada víctima de la violación de algún derecho reconocido en la misma. Por lo tanto, esta Corte considera como “parte lesionada” a Gustavo Francisco Petro Urrego, quien en su carácter de víctima de las violaciones declaradas en el capítulo VII, será considerado beneficiario de las reparaciones que la Corte ordene.

B. Medidas de restitución, satisfacción y garantías de no repetición

B.1. Medidas de satisfacción

149. Los **representantes** solicitaron que la Corte ordenara al Estado la publicación de: i) el resumen oficial de la Sentencia en un Diario Oficial; ii) el resumen oficial de la Sentencia en un diario de amplia circulación nacional, y iii) la Sentencia en su integridad en el sitio web de la Presidencia de la República, de la Alcaldía Mayor de Bogotá y de la Procuraduría General de la Nación por un año. El **Estado** no se refirió a esta medida.

¹⁹⁹ Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 7, párrs. 24 y 25, y *Caso Roche Azaña y otros Vs. Nicaragua, supra*, párr. 103.

²⁰⁰ Cfr. *Caso Ticona Estrada y otros Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 191, párr. 110, y *Caso Roche Azaña y otros Vs. Nicaragua, supra*, párr. 105.

²⁰¹ Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones y Costas, supra*, párrs. 25 y 26, y *Caso Roche Azaña y otros Vs. Nicaragua, supra*, párr. 106.

150. La Corte dispone, como lo ha hecho en otros casos²⁰², que el Estado publique, en el plazo de seis meses, contado a partir de la notificación de la presente Sentencia, en un tamaño de letra legible y adecuado: a) el resumen oficial de la presente Sentencia elaborado por la Corte, por una sola vez, en el Diario Oficial; b) el resumen oficial de la presente Sentencia elaborado por la Corte, por una sola vez, en un diario de amplia circulación nacional, y c) la presente Sentencia en su integridad, disponible por un período de un año, en el sitio web oficial de la Procuraduría General de la Nación. El Estado deberá informar de forma inmediata a este Tribunal una vez que proceda a realizar cada una de las publicaciones dispuestas, independientemente del plazo de un año para presentar su primer informe dispuesto en el punto resolutivo 7 de la presente Sentencia.

B.2. Garantías de no repetición

151. La **Comisión** solicitó que el Estado adecúe la legislación interna, en particular, las disposiciones de la Constitución Política y del Código Disciplinario Único, que contemplan respectivamente la facultad de destituir e inhabilitar a funcionarios de elección popular por parte de la Procuraduría General de la Nación en el ejercicio de su potestad disciplinaria. Asimismo, solicitó que el Estado adecúe la normativa penal para asegurar que no se incluyan las referencias a la vía disciplinaria o fiscal en los tipos penales relacionados con la elección de personas inhabilitadas. En tal sentido, solicitó que Colombia se abstenga de aplicar el tipo penal previsto en el artículo 5 de la Ley 1834 de 2017, tomando en cuenta las determinaciones sobre la inconventionalidad de la destitución disciplinaria o fiscal, sin condena penal en firme.

152. Los **representantes** solicitaron que el Estado realice una reforma de las facultades sancionatorias de la Procuraduría General de la Nación con respecto a los funcionarios electos por voto popular. En tal sentido, afirmaron que el riesgo de abrir investigaciones disciplinarias en contra del señor Petro está latente, reiterando las infracciones dadas al debido proceso y a la regulación convencional en materia de derechos políticos. Asimismo, solicitaron que el Estado derogue el artículo 5 de la Ley 1864 de 2017, el cual modifica el Código Penal colombiano introduciendo como conducta punible ser elegido para un cargo de elección popular estando inhabilitado 'por decisión judicial, disciplinaria o fiscal', tomando en cuenta los parámetros convencionales sobre la restricción a los derechos políticos.

153. El **Estado** alegó que la Corte carece de competencia para pronunciarse y ordenar la modificación de las normas constitucionales y legales que consagran las facultades sancionatorias de la Procuraduría, así como la derogación del artículo 5 de la Ley 1864, ya que ello constituiría un control de convencionalidad en abstracto e iría en contradicción con la autonomía de los Estados democráticos de definir, bajo estándares internacionales, su ordenamiento jurídico. Asimismo, el Estado afirmó que a lo largo del proceso quedó demostrada la convencionalidad del ordenamiento jurídico colombiano en lo relacionado con las facultades de la Procuraduría General de la Nación para sancionar funcionarios de elección popular y destacó la promulgación del nuevo Código General Disciplinario que amplía las garantías concedidas a los procesados.

154. Este Tribunal encontró que el Estado incumplió con sus obligaciones previstas en el artículo 23 de la Convención en relación con el artículo 2 del mismo instrumento, por la existencia de diversos dispositivos del ordenamiento jurídico colombiano. En consecuencia, la

²⁰² Cfr. *Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Fondo*. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69., párr. 79, y *Caso Roche Azaña y otros Vs. Nicaragua, supra*, párr. 118.

Corte considera que, como garantía de no repetición, el Estado deberá, en un plazo razonable, adecuar su ordenamiento interno de acuerdo a lo señalado en los párrafos 111 a 116 de la presente Sentencia.

C. Otras medidas solicitadas

155. La **Comisión** solicitó que la Corte ordenara al Estado que: a) deje sin efecto los actos administrativos sancionatorios que impusieron sanciones de inhabilitación al señor Petro Urrego; b) adopte las medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias para asegurar la imparcialidad de la autoridad disciplinaria, de forma tal que la autoridad que establece los cargos no sea la misma llamada a determinar la responsabilidad disciplinaria; c) adopte las medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias para garantizar la posibilidad efectiva de recurrir fallos disciplinarios ante autoridad distinta de la que determinó la responsabilidad disciplinaria, asegurando que se permita una revisión integral de los fallos sancionatorios, y d) adopte las medidas necesarias para asegurar que las acciones judiciales de nulidad y restablecimiento del derecho sean resueltas en un plazo razonable, incluyendo aquellas de competencia directa del Consejo de Estado.

156. Los **representantes** solicitaron a la Corte que ordenara al Estado: a) dejar sin efecto la Sentencia de la Corte Constitucional que permite el “desborde de la facultad sancionatoria respecto de los funcionarios de elección popular”; b) ordenar al Estado que ofrezca disculpas públicas; c) cesar los efectos de las decisiones fiscales emitidas por la Contraloría Distrital y las consecuencias de las sanciones de la Superintendencia de Industria y Comercio; d) abstenerse de continuar refiriéndose al caso del señor Petro Urrego en el contexto de la lucha contra la corrupción por la Procuraduría General de la Nación; y e) abstenerse de usar los medios legales como mecanismo de persecución y exclusión política del señor Petro Urrego que encarna en un proyecto político alternativo progresista y de izquierda; f) formule e implemente una política pública que defina los lineamientos de la potestad sancionatoria dirigida a funcionarios públicos elegidos popularmente; g) realice jornadas de sensibilización dirigidas a los funcionarios públicos sobre el derecho a la oposición y a profesar ideologías políticas diferentes.

157. El **Estado** reiteró que la potestad sancionatoria de la Procuraduría sobre funcionarios de elección popular es acorde a la Constitución, y no ha sido ejercida de manera arbitraria ni con fines de persecución política. Asimismo, destacó que las reparaciones solicitadas por los representantes referentes a reformas legales y constitucionales tocan de fondo la arquitectura constitucional colombiana y el sistema de defensa de la legalidad adoptado por Colombia. Al respecto, afirmó que todos estos instrumentos han sido adoptados por un sistema democrático y participativo e incluso el señor Petro votó a favor del Código Disciplinario Único. Asimismo, alegó que no existe ninguna prueba en el presente caso de que se haya vulnerado el derecho del señor Petro a la oposición y a profesar ideologías diferentes. Por estas razones, solicitó el rechazo de las solicitudes de la Comisión y los representantes.

158. Este Tribunal considera que el presente caso no permite concluir la necesidad de ordenar una medida de restitución en favor del señor Petro, pues ya el mandato del señor Petro como Alcalde de Bogotá ha concluido y se declaró la nulidad de las sanciones de destitución e inhabilidad impuestas por la Procuraduría a través de sentencia del Consejo de Estado. Tampoco resulta procedente ordenar la adopción de medidas legislativas o de otra índole respecto del procedimiento disciplinario previsto en el Código Disciplinario Único, o respecto al tiempo en que deben ser resueltas las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho en Colombia, pues no existen elementos para concluir la existencia de un problema

de carácter estructural que amerite la modificación de dicho procedimiento, o la necesidad de implementar políticas públicas dirigidas a la sensibilización de los funcionarios de la Procuraduría. Por otro lado, el Tribunal considera que no es procedente ordenar el cese de las de las decisiones fiscales emitidas por la Contraloría y la multa de la SIC, en tanto no existe nexo causal entre las violaciones declaradas en la presente sentencia y la solicitud de los representantes. En ese sentido, la Corte considera que la emisión de la presente Sentencia y las reparaciones ordenadas en este capítulo, en especial las medidas de satisfacción y las garantías de no repetición previamente mencionadas, resultan suficientes y adecuadas por lo que no procede ordenar las medidas de reparación solicitadas por los representantes en el presente acápite. Sin perjuicio de ello, el Estado puede adoptarlas y otorgarlas a nivel interno.

D. Indemnizaciones compensatorias

D.1. Daño material

159. La **Comisión** solicitó que el Estado reparara integralmente las violaciones de derechos declaradas en el informe de Fondo, incluyendo el aspecto material e inmaterial. Los **representantes** consideraron que la indemnización fijada en la sentencia del Consejo de Estado de 15 de noviembre de 2017, en la que se ordenó el restablecimiento de los salarios y prestaciones dejados de percibir por la presunta víctima, son suficientes en lo que respecta al lucro cesante. Por otro lado, los representantes solicitaron que la Corte fijara una suma en equidad, como daño emergente, que reconozca los recursos materiales, en tiempo y transporte, invertidos por el señor Petro Urrego para procurar su defensa en los procedimientos disciplinarios y fiscales iniciados en su contra. El **Estado** alegó que, al no haber una violación de la Convención Americana, es improcedente cualquier condena a la indemnización de daños.

160. Este Tribunal ha desarrollado en su jurisprudencia que el daño material supone la pérdida o detrimento de los ingresos de las víctimas, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso²⁰³. En el presente caso, la Corte ordena al Estado que garantice el pago efectivo e inmediato de los salarios y prestaciones dejados de percibir durante el tiempo que fue destituido de su cargo como Alcalde de Bogotá, en los términos fijados en la sentencia del Consejo de Estado de 15 de noviembre de 2017. Por otro lado, el Tribunal rechaza la solicitud de los representantes respecto al daño emergente, puesto que los recursos de tiempo, recursos materiales y transporte en que el señor Petro pudo incurrir en el curso normal de un proceso administrativo y judicial no constituyeron un daño que sea objeto de reparación en el presente caso.

D.2. Daño inmaterial

161. La **Comisión** solicitó que el Estado reparara integralmente las violaciones de derechos declaradas en el Informe de Fondo, incluyendo el aspecto material e inmaterial. Los **representantes** solicitaron que la Corte tomara en cuenta los daños morales ocasionados por las preocupaciones y aflicciones causados en el señor Petro Urrego y su familia a partir de las decisiones de la Contraloría Distrital de Bogotá, como consecuencia de las cuales fueron embargadas sus cuentas bancarias. Asimismo, solicitaron que el Tribunal tenga en consideración el daño moral causado por la multa impuesta por la SIC como consecuencia de

²⁰³ Cfr. *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C No. 91, párr. 43, y *Caso Roche Azaña y otros Vs. Nicaragua, supra*, párr. 123.

la cual fue embargado su salario y aquellos ocasionados en perjuicio del señor Petro Urrego y de sus familiares en razón de las violaciones de sus derechos humanos, incluyendo afectaciones al buen nombre, a la honra y a su tranquilidad. En virtud de lo anterior, solicitaron que la Corte fije una compensación económica por concepto de daño inmaterial en la suma de USD \$40.000 (cuarenta mil dólares de los Estados Unidos de América). El **Estado** alegó que al no haber una violación de la Convención Americana es improcedente cualquier condena a la indemnización de daños. Asimismo, señaló que los argumentos de los representantes respecto a las supuestas afectaciones morales sufridas por el señor Petro y su familia son infundadas.

162. En el presente caso, y en vista de las violaciones declaradas a los derechos políticos y las garantías judiciales del señor Petro, la Corte decide otorgarle, en equidad, la cantidad de USD \$ 10.000,00 (diez mil dólares de los Estados Unidos de América) como compensación por el daño inmaterial sufrido.

E. Costas y gastos

163. Los **representantes** solicitaron el pago de las costas y gastos incurridos por a) la Asociación para la Promoción Social Alternativa (MINGA) y b) el Colectivo de Abogados 'José Alvear Restrepo' (CCAJAR). Como anexos a su escrito de solicitudes y argumentos, los representantes presentaron comprobantes de pago por los siguientes montos: a) USD \$14.889,82 (catorce mil ochocientos ochenta y nueve dólares con ochenta y dos centavos de los Estados Unidos de América) por los gastos incurridos por CCAJAR, y c) USD \$3.858 (tres mil ochocientos cincuenta y ocho dólares de los Estados Unidos de América) por los gastos incurridos por MINGA. Posteriormente, en sus alegatos finales los representantes presentaron comprobantes de pago referentes a su participación en la audiencia pública del caso por los siguientes montos: d) USD \$2.944,62 (dos mil novecientos cuarenta y cuatro dólares con sesenta y dos centavos de los Estados Unidos de América) por los gastos de transporte, alimentación y hospedaje de dos abogadas y abogado de CCAJAR; e) USD \$900 (novecientos dólares de los Estados Unidos de América) por los gastos de transporte, alimentación y hospedaje de un abogado de MINGA, y f) USD \$388.91 (trecientos ochenta y ocho dólares con noventa y un centavos de los Estados Unidos de América) por los gastos de transporte y hospedaje del señor Petro Urrego.

164. La Corte reitera que, conforme a su jurisprudencia²⁰⁴, las costas y gastos hacen parte del concepto de reparación, toda vez que la actividad desplegada por las víctimas con el fin de obtener justicia, tanto a nivel nacional como internacional, implica erogaciones que deben ser compensadas cuando la responsabilidad internacional del Estado es declarada mediante una sentencia condenatoria. En cuanto al reembolso de las costas y gastos, corresponde al Tribunal apreciar prudentemente su alcance, el cual comprende los gastos generados ante las autoridades de la jurisdicción interna, así como los generados en el curso del proceso ante el Sistema Interamericano, teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto y la naturaleza de la jurisdicción internacional de protección de los derechos humanos. Esta apreciación puede ser realizada con base en el principio de equidad y tomando en cuenta los gastos señalados por las partes, siempre que su *quantum* sea razonable²⁰⁵.

²⁰⁴ Cfr. *Caso Garrido y Baigorria Vs. Argentina. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C No. 39, párr. 82, y *Caso Azul Rojas Marín y otra Vs. Perú, supra*, párr. 274.

²⁰⁵ Cfr. *Caso Garrido y Baigorria Vs. Argentina, supra*, párr. 82, y *Caso Azul Rojas Marín y otra Vs. Perú, supra*, párr. 274.

165. Tomando en cuenta los montos solicitados por cada una de las organizaciones y los comprobantes de gastos presentados, la Corte dispone fijar el pago de: a) un monto total de USD \$17.834,44 (diecisiete mil ochocientos treinta y cuatro dólares con cuarenta y cuatro centavos de los Estados Unidos de América) por concepto de costas y gastos a favor de la Asociación para la Promoción Social Alternativa (MINGA); b) un monto total de USD \$5.146,91 (cinco mil ciento cuarenta y seis dólares de los Estados Unidos de América) por concepto de costas y gastos a favor del Colectivo de Abogados 'José Alvear Restrepo' (CCAJAR). El monto fijado en favor del CCAJAR incluye aquellos gastos de transporte y hospedaje del señor Petro por su participación en la audiencia pública. Dichas cantidades deberán ser entregadas directamente a dichas organizaciones. En la etapa de supervisión del cumplimiento de la presente Sentencia, la Corte podrá disponer que el Estado reembolse a la víctima o sus representantes los gastos razonables en que incurran en dicha etapa procesal²⁰⁶.

F. Modalidad de cumplimiento de los pagos ordenados

166. El Estado deberá efectuar el pago de las indemnizaciones por concepto de daño inmaterial y el reintegro de costas y gastos establecidos en la presente Sentencia directamente a la persona indicada en la misma, dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de la presente Sentencia, sin perjuicio de que pueda adelantar el pago completo en un plazo menor, en los términos de los siguientes párrafos.

167. En caso de que el beneficiario haya fallecido o fallezca antes de que le sea entregada la cantidad respectiva, esta se entregará directamente a sus derechohabientes, conforme al derecho interno aplicable.

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

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

170. Las cantidades asignadas en la presente Sentencia como indemnización por daños inmateriales, y como reintegro de costas y gastos, deberán ser entregadas a las personas y organizaciones indicadas en forma íntegra, conforme a lo establecido en esta Sentencia, sin reducciones derivadas de eventuales cargas fiscales.

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

²⁰⁶ Cfr. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de septiembre de 2010. Serie C No. 217, párr. 29, y *Caso Azul Rojas Marín y otra Vs. Perú, supra*, párr. 275.

**IX
PUNTOS RESOLUTIVOS**

172. Por tanto,

LA CORTE

DECIDE,

Por unanimidad:

1. Desestimar la excepción preliminar relativa a la alegada falta de agotamiento de recursos internos, de conformidad con los párrafos 21 a 28 de esta Sentencia.
2. Desestimar las excepciones preliminares relativas a la falta de competencia para realizar un control de convencionalidad en abstracto; la falta de fundamento de los alegatos concernientes a la integridad persona; y la caracterización de hechos que no exponen una violación a la Convención, de conformidad con los párrafos 32 a 33 de esta Sentencia.

DECLARA,

Por unanimidad, que:

3. El Estado es responsable por la violación del derecho contenido en el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo tratado, en perjuicio de Gustavo Petro Urrego, en los términos de los párrafos 90 a 117 y de los párrafos 135 a 138 de la presente Sentencia.
4. El Estado es responsable por la violación de los derechos reconocidos en los artículos 8.1 y 8.2.d) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con las obligaciones de respetar y garantizar dichos derechos, consagradas en los artículos 1.1 del mismo tratado, en perjuicio de Gustavo Petro Urrego, en los términos de los párrafos 118 a 133.

Por cuatro votos a favor y dos en contra, que:

5. El Estado no es responsable por la violación del derecho consagrado en el artículo 5.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con las obligaciones de respetar y garantizar dichos derechos sin discriminación, en perjuicio de Gustavo Petro Urrego, en los términos de los párrafos 141 a 145 de la presente Sentencia.

Disienten los jueces Patricio Pazmiño Freire y Raúl Zaffaroni.

Y DISPONE:

Por unanimidad, que:

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

7. El Estado realizará las publicaciones indicadas en el párrafo 150 de la presente Sentencia.

8. El Estado adecuará, en un plazo razonable, su ordenamiento jurídico interno a los parámetros establecidos en la presente Sentencia, en los términos de lo dispuesto en el párrafo 154 de la presente Sentencia.

9. El Estado pagará las cantidades fijadas en el párrafo 162 de la presente Sentencia por concepto de indemnización de daño inmaterial, y por el reintegro de costas y gastos, en los términos del párrafo 165 y de los párrafos 166 a 171 de la presente Sentencia.

10. El Estado, dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de esta Sentencia, rendirá al Tribunal un informe sobre las medidas adoptadas para cumplir con la misma, sin perjuicio de lo establecido en el párrafo 150 de la presente Sentencia.

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

Los jueces L. Patricio Pazmiño Freire y Eugenio Raúl Zaffaroni dieron a conocer sus votos individuales parcialmente disidentes.

Redactada en español en San José, Costa Rica, el 8 de julio de 2020.

Corte IDH. Caso *Petro Urrego Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 8 de julio de 2020.

Elizabeth Odio Benito
Presidenta

L. Patricio Pazmiño Freire

Eduardo Vio Grossi

Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot

Eugenio Raúl Zaffaroni

Ricardo C. Pérez Manrique

Pablo Saavedra Alessandri
Secretario

Comuníquese y ejecútese,

Elizabeth Odio Benito
Presidenta

Pablo Saavedra Alessandri
Secretario

VOTO PARCIALMENTE DISIDENTE
JUEZ L. PATRICIO PAZMIÑO FREIRE
SENTENCIA DE 8 DE JULIO DE 2020. CASO PETRO URREGO VS. COLOMBIA

I. La violación de los derechos políticos y las garantías judiciales de Gustavo Petro Urrego

En la Sentencia del caso *Petro Urrego Vs. Colombia*, la Corte reiteró la interpretación establecida en el precedente *López Mendoza Vs. Venezuela* respecto a los alcances del artículo 23.2 de la Convención Americana, en el sentido de que la inhabilitación de funcionarios públicos democráticamente electos, por parte de una autoridad administrativa disciplinaria resulta incompatible con la literalidad, el objeto y el fin de la referida disposición. Es pertinente recordar que el señor Petro fue destituido como Alcalde Mayor de Bogotá el 9 de diciembre de 2013, como resultado de un proceso disciplinario seguido en su contra por la Procuraduría General de la Nación, cuya sanción también le inhabilitó para ocupar cargos públicos por un periodo de 15 años.

La Corte concluyó que dicha sanción constituyó una violación a los derechos políticos del señor Petro en los términos del artículo 23 de la Convención porque no fue impuesta por un juez competente en un proceso penal, con arreglo a las garantías judiciales contempladas en el artículo 8 del mismo instrumento. En tal sentido, la Corte precisó que la destitución de un funcionario de elección popular, en tanto representa una afectación de los derechos políticos en su dimensión individual como colectiva, tampoco puede ser ordenada por una autoridad administrativa de naturaleza disciplinaria. No hay duda entonces que existió una violación a los derechos políticos del señor Petro con la decisión de la Procuraduría.

La Corte estimó adecuadamente que el diseño del proceso disciplinario que culminó en la imposición de la aludida sanción resultó violatorio de la garantía de imparcialidad porque la misma autoridad que presentó los cargos fue la que resolvió respecto a la responsabilidad del señor Petro, concentrándose en la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General las atribuciones investigativas, acusatorias y sancionatorias, lo que conllevó a que esta instancia albergue y alimente una idea preconcebida y a la vez consistente, que surge con la denuncia de la propia autoridad que a posteriori investiga, ratifica la acusación y finalmente emite la sanción acerca de la responsabilidad disciplinaria del señor Petro. Estas violaciones al debido proceso tornaron en ilusorio el derecho de defensa del señor Petro.

II. La ausencia de condena al Estado por los actos de discriminación en perjuicio de la víctima

Conuerdo con el razonamiento central de la mayoría en lo que respecta a los derechos políticos y las garantías judiciales, en este caso, principalmente por que esta decisión ratifica y reafirma de manera nítida y fuera de toda duda que los derechos políticos están protegidos en su integralidad por el sistema convencional e internacional de los derechos humanos, quedando manifiesto que está impedida su restricción o limitación por decisiones adoptadas al margen de esta normativa, sean estas políticas, judiciales o administrativas que no rindan tributo a las garantías del debido proceso.

Sin embargo, la decisión de la mayoría, siendo la adecuada, conforme lo dicho, se torna en insuficiente y limitada, ya que en mi razonamiento, lamentablemente no alcanzó a cubrir un derecho de inmensas consecuencias: la discriminación en razón de las ideas o credo político.

En circunstancias del contexto, regional e internacional, donde la academia, la justicia, así como actores sociales y políticos, están encendiendo sus preocupaciones frente a eventuales y no aisladas prácticas de injerencia en la dinámica del debate democrático, bajo modalidades en apariencia revestidas de legalidad, es imprescindible que volvamos a reafirmar algunas de las fuentes originarias que alimentan y sostienen un estado republicano: el derecho a disentir, a la diversidad de opiniones y credos y a la participación política en el marco de un régimen de democracia electoral representativa. Principios, valores y reglas que al asumirlos ya incorporados en la praxis institucional, hemos dado por sentado su cómoda existencia, sin percatarnos que lenta, pero sistemáticamente, se van diluyendo, al calor de prácticas, sea de carácter violeto o explícito, o, por el uso, cada vez menos soterrado, de actuaciones formalizadas en marcos institucionales, que de no ser oportunamente identificadas y contenidas jurídicamente, podrían favorecer a un progresivo e irreparable deterioro de los principios fundacionales del sistema interamericano y su orden público, poniendo en serio entredicho el modelo republicano de derecho.

III. Razones para la disidencia

En este punto, es menester cuestionarse si es posible superar la rigidez del análisis procesal constreñido a los hechos y pruebas actuadas y reconocidas en el Informe de Fondo de la Comisión, para considerarlas como concluyentes y por tanto excluyentes. En ese sentido, lo primero que hay que recordar es que el artículo 58 del Reglamento de la Corte faculta al Tribunal a que “en cualquier estado de la causa”, procure “de oficio toda prueba que considere útil y necesaria. En particular, podrá oír en calidad de presunta víctima, testigo, perito o por otro título, a cualquier persona cuya declaración, testimonio, u opinión estime pertinente”. De este artículo se desprende con claridad que, como juzgadores, estamos facultados a mirar distintos elementos que nos permitan obtener información verificable para lograr una justa decisión. De hecho, la Corte ha llevado a cabo esta práctica en diversas ocasiones, cuando realiza investigaciones propias o convoca declarantes de oficio para tener una mejor apreciación de los elementos de prueba aún cuando estos no hayan sido aportados por las partes o por la Comisión¹.

En este caso, era necesario hacer uso de las facultades que el propio reglamento reconoce y acudir a otros medios de evaluación y ponderación para así poder recabar elementos, hechos y pruebas que permitieran descartar o aceptar los alegatos de los representantes respecto de su afirmación que la pluralidad de procesos disciplinarios abiertos, contra el señor Petro, no constituían meras actuaciones aisladas de la Procuraduría y otros órganos de control dentro del sistema jurídico colombiano, sino que eran parte de un contexto más amplio. En ese sentido, es pertinente reflexionar sobre la veracidad, o no, de lo señalado por los representantes durante el proceso respecto que en este caso del señor Petro se puede evidenciar que “las personas con ideologías políticas distintas y con una perspectiva de cambio social han sido silenciadas de diferentes maneras, incluso imponiendo desde la institucionalidad obstáculos que resultan afectando en medidas desproporcionadas su activismo político y social”².

¹ Veáse, por ejemplo, *Caso Véliz Franco y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C No. 277, párr. 53, y *Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C No. 261, párr. 37.

² Cfr. Escrito de solicitudes, argumentos y pruebas de 2 de noviembre de 2018 (expediente de fondo, folio 164)

Hay que recordar que el señor Petro expresó en la audiencia pública su filiación como “un dirigente político de izquierda”. Respecto de los procesos seguidos en su contra por la Procuraduría, aseveró que en virtud de los ejes democráticos propuestos por su gobierno cuando fue Alcalde de Bogotá “vino una resistencia institucional no de la sociedad sino del Estado mismo contra esa administración. Los procesos disciplinarios de autoridades administrativas como el procurador o de los contralores se circunscribieron a perseguir la política pública que yo agenciaba a través de los decretos que expedía”³, manifestó.

Una lectura “ramificada y relacional” de las declaraciones públicas que ha realizado el entonces Procurador General, quien se presentó como precandidato presidencial a las elecciones de 2018, a las que también concurrió el señor Petro, habría permitido tener una mayor comprensión acerca de los motivos detrás de las decisiones sancionatorias que emitió la Procuraduría. Desde esa lectura posible, no pueden pasar desapercibidas las expresiones públicas del entonces Procurador cuando se refirió a la necesidad de “recuperar el país y alejarlo de la amenaza del socialismo del siglo XXI que encarna la izquierda”⁴. O, cuando refiriéndose en concreto al señor Petro, y específicamente al proceso disciplinario adelantado en su contra, expresó públicamente lo siguiente: “Hablando de fanáticos: Gustavo Petro asesinó colombianos, quemó el Palacio de Justicia y no pagó por sus crímenes. Ahora pretende victimizarse porque sancionamos su probada ineficiencia como alcalde de Bogotá”⁵. En otras declaraciones, el entonces Procurador General acusó al señor Petro de haber negociado políticamente la resolución del Consejo de Estado de 15 de noviembre de 2017⁶.

También es importante recordar que en su declaración escrita ante la Corte, el actual Senador Iván Cepeda, quien al igual que el señor Petro se identifica como un político de oposición y que fue sujeto a procesos de investigación por parte de la Procuraduría General, expuso ante la Corte hechos del entonces Procurador en el marco de los procesos disciplinarios seguidos en su contra que en su opinión tenían una “intencionalidad política”, dirigida a “limitar [su] ejercicio de [sus] funciones como congresista, en especial, el derecho a ejercer control político y [su] labor de defensa de la paz y de los derechos humanos”. En particular, manifestó que “es evidente la intensión de menoscabar mis derechos y el ejercicio de mi actividad parlamentaria, y el interés que tuvo el entonces Procurador (...), quien (...) violentó mis derechos a la presunción de inocencia, al debido proceso y al derecho a la defensa durante las actuaciones”.

El uso por parte del entonces Procurador General del adjetivo descalificador y despectivo de “fanático”, para referirse al señor Petro, en declaraciones específicas respecto al proceso disciplinario iniciado en su contra, así como la imputación pública del cometimiento de graves

³ Cfr. Declaración rendida por Gustavo Francisco Petro Urrego ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la audiencia pública celebrada el 6 de febrero de 2020.

⁴ ‘La realidad del país demanda la unidad’ (consultado en línea). En: El Tiempo, 27 de enero de 2018. Disponible en:

<https://www.eltiempo.com/elecciones-colombia-2018/presidenciales/alejandro-ordonez-habla-sobre-candidatura-presidencial-en-coalicion-uribe-pastrana-175998>.

⁵ Tweet publicado el 15 de noviembre de 2017 por AOM desde su cuenta de Twitter (consultado en línea). En: Las 2 Orillas, 16 de noviembre de 2017. Disponible en: <https://www.las2orillas.co/gustavo-petro-asesino-colombianos-quemo-el-palacio-de-justicia-y-no-pago-por-sus-crimenes-alejandro-ordonez/>

⁶ Tweet publicado el 16 de noviembre de 2017 por AOM desde su cuenta de Twitter (consultado en línea). En: Las 2 Orillas, 16 de noviembre de 2017. Disponible en: <https://www.las2orillas.co/gustavo-petro-asesino-colombianos-quemo-el-palacio-de-justicia-y-no-pago-por-sus-crimenes-alejandro-ordonez/>

ilícitos penales, sumado a los cuestionamientos de la defensa sobre la falta de imparcialidad subjetiva en el referido proceso, y, por último, las declaraciones del Senador Iván Cepeda acerca de los motivos políticos subyacentes en las actuaciones disciplinarias de la Procuraduría, permitían inferir que el proceso disciplinario y los actos y resoluciones derivados, no solo que no estuvieron amparados en derecho, conforme lo declara la Sentencia, sino que, adicionalmente, estas actuaciones se agravaban en perjuicio del recurrente por que estaban claramente alimentadas y obedecieron a prejuicios sobre el credo, la ideología política del señor Petro y por lo tanto constituyeron actos de discriminación encubierta y una desviación de poder.

La Corte ha hecho ya una reflexión en los casos de *Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela* y *San Miguel Sosa y otras Vs. Venezuela* sobre procesos que gozan de una apariencia de legalidad, pero que en realidad tienen una motivación discriminatoria⁷. En esos casos, la Corte se ha referido a 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 personas⁸.

También ha destacado 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 ha dispuesto 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, que 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 misma⁹. También ha señalado que el incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional. Es por ello que existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación¹⁰.

En razón de dicho precedente jurisdiccional, en el caso de Petro correspondía determinar si, más allá de la formalidad o potestad invocadas por la autoridad estatal para actuar, existían evidencias para considerar que la motivación o propósito real del proceso disciplinario seguido en contra suya fue ejercer alguna forma de represalia, persecución o discriminación encubiertas. En este sentido, la Corte ha estimado que, en la medida en que se alega un acto de persecución, discriminación o represalia encubiertos o una interferencia arbitraria o indirecta en el ejercicio de un derecho, es relevante tomar en cuenta que el motivo o propósito de un determinado acto de las autoridades estatales cobra significación para el análisis

⁷ Cfr. *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de junio de 2015. Serie C No. 293, párr. 189, y *Caso San Miguel Sosa y otras Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 8 de febrero de 2018. Serie C No. 348, párr. 190.

⁸ Cfr. *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de febrero de 2012, párr. 81, y *Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 9 de marzo de 2018. Serie C No. 351, párr. 269.

⁹ Cfr. *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párr. 53, y *Caso I.V. Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 329, párr. 239.

¹⁰ Cfr. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, párr. 85, y *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318, párr. 335.

jurídico de un caso¹¹, por cuanto una motivación o un propósito distinto al de la norma que otorga las potestades a la autoridad estatal para actuar, puede llegar a demostrar si la acción puede ser considerada como actuación arbitraria¹² o una desviación de poder¹³.

La Corte pudo haber tomado como punto de partida que las actuaciones de las autoridades estatales están cubiertas por una presunción de comportamiento conforme a derecho¹⁴, por lo cual, para desvirtuar esta presunción de buena fe, una actuación irregular por parte de aquéllas tiene que aparecer probada¹⁵. Para tales efectos, la Corte pudo haber procedido a realizar el recuento de la prueba obrante en el expediente –y aquella que considerara pertinente recabar de oficio, alguna de las que han sido mencionadas en este voto- sobre la alegada finalidad no declarada y a examinar dicha prueba¹⁶.

En ese sentido, en mi opinión, al proponerse realizar un análisis conglobado de los diferentes elementos probatorios, la Corte pudo haber advertido que, valorados todos estos, más, los hechos a los que los representantes hicieron referencia para demostrar que la actuación de la Procuraduría estuvo motivada por claros e indudables desafectos con la opción política que manifiesta y defiende el señor Petro, claramente se configuraron elementos suficientes para desvirtuar la presunción de legalidad de los actos de la Procuraduría en tanto existieron elementos fehacientes de prueba que superan el nivel de las conjeturas alegadas por los representantes. Estos elementos, tomados en su conjunto, en mi opinión, son lo suficientemente consistentes para demostrar que las acciones del Estado colombiano, en sus distintos niveles, estuvieron afectadas por estas percepciones de discriminación que concluyeron violando los derechos políticos del señor Petro, para afectar su continuidad en el ejercicio del gobierno de la ciudad y eventualmente su participación en las elecciones presidenciales del año 2018.

El contexto de acoso institucional contra el señor Petro, además de configurar una violación a sus derechos políticos y al debido proceso, también generó una afectación a su integridad personal por la angustia y sensación de inseguridad que implica el saberse blanco constante de las autoridades y no poder desarrollar democráticamente su proyecto político, en nombre y representación de sus electores. La Corte tuvo la oportunidad de abordar todos estos elementos en la Sentencia y calificar adecuadamente las consecuencias que tuvieron en la integridad personal de Petro y de su familia. Haberlo hecho así habría demostrado cómo el actuar discriminatorio del Estado afectó de manera transversal los derechos políticos, las garantías judiciales, la protección judicial y la integridad personal de la víctima.

¹¹ Cfr. *Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de agosto de 2013. Serie C No. 266, párr. 173, y *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Serie C No. 268, párr. 210.

¹² Cfr. *Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) Vs. Ecuador, supra*, párr. 173. Al respecto, el Tribunal Europeo ha tenido en cuenta el propósito o motivación que las autoridades estatales mostraron a la hora de ejercer sus funciones, para determinar si existió o no una violación al Convenio Europeo de Derechos Humanos. Ver TEDH, *Caso Gusinskiy Vs. Rusia*, (No. 70276/01), Sentencia de 19 de mayo de 2004, párrs. 71 a 78; *Caso Cebotari Vs. Moldavia*, (No. 35615/06), Sentencia de 13 de noviembre de 2007, párrs. 46 a 53, y *Caso Lutsenko Vs. Ucrania*, (No. 6492/11), Sentencia de 3 de julio de 2012, párrs. 100 a 110.

¹³ Cfr. *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela, supra* nota 7, párr. 189.

¹⁴ Cfr. *Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) Vs. Ecuador, supra* nota 12, párr. 173, y *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) Vs. Ecuador, supra* nota 11, párr. 210.

¹⁵ Cfr. *Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) Vs. Ecuador, supra*, párr. 173, y *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) Vs. Ecuador, supra*, párr. 210. La Corte Interamericana ha señalado que “la prueba directa, ya sea testimonial o documental, no es la única que puede legítimamente considerarse para fundar la sentencia. La prueba circunstancial, los indicios y las presunciones, pueden utilizarse, siempre que de ellos puedan inferirse conclusiones consistentes sobre los hechos”. Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 130.

¹⁶ Cfr. *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela, supra*, párr. 189., y *Caso San Miguel Sosa*

IV. Consideraciones finales

La Corte, en el caso en comento, optó por dejar de lado esta oportunidad para reflexionar lo que en las actuales circunstancias, en la región y el mundo, ha provocado múltiples publicaciones y es objeto de escrutinio académico, inclusive judicial, como lo destaca Telma Luzanni al referir lo expuesto por el politólogo Ernesto Calvo, de la Universidad de Maryland, en el artículo "Gaslighting y las FF.AA.", quien al analizar las "transgresiones" a las reglas de la democracia, hace un llamado de atención respecto de los nuevos ensayos de laboratorio que se están realizando en Sudamérica y de los que tenemos que estar muy alertas, puesto que se trata del atropello al sistema institucional y el ninguneo al Estado de derecho... No hay límites que no puedan ser obviados si el poder quiere obtener un resultado... Así se pueden deconstruir los principios de tolerancia política y dañar los pilares de la democracia, como la libertad de expresión, la independencia de los distintos poderes, la santidad del voto y el estatus constitucional del derecho de ciudadanía. Así como las premonitorias reflexiones al respecto de que el "[s]e trata de un nuevo campo de ensayo en Sudamérica que podría ser utilizado luego en otras partes del mundo"¹⁷.

En estos tiempos que parecería se está alentando, por acción u omisión, la transgresión del orden jerárquico superior que protege los derechos humanos universales, interdependientes e indivisibles, así como los principios fundacionales de la Carta de la OEA, de la Carta Democrática y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte, estoy convencido, no aprovechó la oportunidad histórica y decisiva para contener de manera enérgica toda práctica, abierta o velada, que implica la discriminación en razón de ideas, confesiones o credos en contra de políticos que ejercen en paz, democracia y derecho, su opción legítima de estatus opositor, como se ha revelado en el caso del señor Gustavo Petro vs Colombia.

En consecuencia, estimo que existían elementos suficientes y razones de peso para declarar la responsabilidad del Estado por la violación del artículo 5 de la Convención, en relación con la prohibición de discriminación consagrada en su artículo 1.1, razón por la cual expreso mi voto parcialmente disidente.

Patricio Pazmiño Freire
Juez

Pablo Saavedra Alessandri
Secretario

¹⁷ Cfr. Luzzani, Telma, *Lawfare, el nuevo ensayo neoliberal*, disponible en <https://cronicon.net/wp/lawfare-el-nuevo-ensayo-neoliberal/>.

**VOTO DISIDENTE EN CUANTO AL PUNTO 5 DEL RESOLUTORIO DEL
JUEZ EUGENIO RAÚL ZAFFARONI**

**EN LA SENTENCIA DE 8 DE JULIO DE 2020
DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

EN EL CASO PETRO VS. COLOMBIA

Es de público y notorio que el señor Petro es un político, incluso un candidato a la Presidencia de la República. También que ha sido sometido a un proceso irregular, al punto de ser revertida la decisión que interrumpió el cumplimiento de su mandato popular del propio Estado. No se trató en el caso de una absolución o sobreseimiento en un proceso regular ante autoridad judicial. Es claro que esta nulidad y reparación le exigió un trámite con la consiguiente molestia de acudir a las instancias del caso y haber debido soportar las consecuencias negativas de la ejecutoriedad propia de un acto administrativo.

Hay marcados indicios de parcialidad en la primera decisión, pero, aunque no se tomasen en cuenta, queda claro que fue arbitraria y ejercida en función de un pretendido poder disciplinario administrativo que, conforme a una separación elemental de poderes, no incumbe a esa rama del orden jurídico. Las consecuencias de un proceso son siempre limitadoras de derechos y, por ende, sólo son admisibles como deber del ciudadano de cargar con ellas en casos de procedimientos regulares llevados a cabo por autoridades constitucional y convencionalmente competentes.

Si bien tuvo lugar una reparación de orden patrimonial y la restitución al cargo, lo cierto es que, salvo en los procesos de derecho privado -donde rigen contracautelas y el daño es patrimonial y reparable en la misma especie-, en ningún otro proceso sancionatorio es posible reparar en forma integral las consecuencias de las medidas cautelares impuestas y, menos aún, las sanciones de ejecución inmediata. Si bien en el caso no se trató de una privación de libertad, lo cierto es que una decisión nula

provocó una interrupción de mandato popular, recaído sobre una persona que desempeña un importante papel político en el Estado.

Sería caer en el desconocimiento de un elemental dato de la realidad pasar por alto o pretender ignorar que, una imputación política de corrupción, mediante un procedimiento nulo, tratándose de una persona con actividad política, siempre en alguna medida importa una lesión al honor objetivo, es decir, en cuanto a sus efectos respecto de terceros y del propio electorado, cuando es sabido que, al margen de lo jurídico, todo proceso es susceptible de generar una duda o dejar una mancha en la opinión pública, o sea, en cuanto al crédito o confianza que en la persona depositen sus conciudadanos.

Es conocida la antigua regla atribuida a Göbbels, pero que parece originaria de Fouché o de un revolucionario de la época a este respecto. Es obvio que, en tales condiciones, todo Estado tiene el deber de impedir procedimientos arbitrarios y nulos, aunque luego, el propio Estado declare la nulidad, puesto que una parte del daño está consumado y no es reparable.

Entiendo que los datos del caso deben ser evaluados en contexto, como reiteradamente lo ha decidido esta Corte. El contexto nacional es el de un panorama de lucha política en que la persona desempeña prácticamente el papel de principal opositor.

El contexto regional, por su parte, es también de público y notorio que se está expandiendo por los países de la región la modalidad de la siempre lamentable persecución política por medio de un uso perverso del derecho, que se ha dado en llamar "lawfare", tan conocido y preocupante que su práctica ha pasado a ser materia de estudio e investigación en los ámbitos académicos (por ejemplo, Dale Stepehns, *The age of Lawfare*, *International Law Studies*, vol. 87; David M. Crane, *The Take Down: Case Studies Regarding "Lawfare" in International Criminal Justice: The West African Experience*, *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 43, issue 1; en el mismo, Michael P. Scharf - Shannon Pagano, *Foreward: Lawfare!*; etc.).

Fuera de este contexto nacional y regional y tratándose de un proceso regular, no sería ajustado a derecho condenar al Estado, pero tomando en consideración que no se trata de un proceso regular sino nulo, que el afectado tiene un principalísimo papel político en el contexto nacional y que se expande por la región la mencionada práctica de manipular perversamente el derecho, es decir, en el marco de los referidos contextos, estimo que los indicios de persecución política resultan suficientemente graves, precisos y concordantes como para concluir que se trató de una decisión estatal discriminatoria, por más que sea de ponderar la conducta del propio Estado al minimizar la lesión mediante la anulación de la medida sancionatoria.

En atención a la gravedad que implica la persecución por vía de procedimientos arbitrarios y con imputaciones de corrupción, teniendo en cuenta la extensión, reiteración y creciente frecuencia de la llamada *guerra de derecho*, corresponde exigir a los Estados el máximo de cuidado, transparencia y prudencia posibles cuando se trata de personas con alto protagonismo político, puesto que, de lo contrario, en lugar de la racional lucha contra cualquier forma de corrupción, se estaría restableciendo un marco inquisitorial apto para menoscabar la sana y democrática lucha política.

Por las expuestas razones entiendo que el Estado es responsable por la violación al artículo 5 de la Convención en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento en perjuicio del señor Petro.

Así lo voto.

Eugenio Raúl Zaffaroni
Juez

Pablo Saavedra Alessandri
Secretario



Corte Suprema de Justicia de la Nación

Buenos Aires, 10 de septiembre de 2020.-

Autos y Vistos; Considerando:

1º) Que el señor Mariano Maggi, con domicilio en la ciudad de Resistencia (Provincia del Chaco), promovió una medida autosatisfactiva contra la Provincia de Corrientes ante la jurisdicción provincial de su lugar de residencia, a fin de obtener una autorización judicial que le permita ingresar a la ciudad de Corrientes a efectos de asistir diariamente a su madre, Eulalia Benítez, quien se encuentra en dicha ciudad para someterse a un tratamiento oncológico de radioterapia tridimensional por padecer un carcinoma mamario.

Explicó que la obra social "PAMI" (Instituto de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados) dispuso que el tratamiento oncológico debía realizarse en un centro médico situado en la ciudad de Corrientes, el cual comenzó el 6 de julio e implica la realización de cinco sesiones semanales de radioterapia de 20 minutos cada una, cuyos efectos secundarios son vómitos y dolores punzantes que, según los médicos tratantes, tienden a volverse más intensos a medida que se desarrolló el tratamiento.

Señaló que, en una primera etapa, madre e hijo se trasladaban en automóvil particular hasta la ciudad de Corrientes, para lo cual gestionaron los permisos provinciales necesarios en el marco del aislamiento social, preventivo y obligatorio (ASPO); Eulalia Benítez como paciente oncológica y el actor como acompañante de su madre, situación que los

obligaba a realizarse un hisopado cada siete días como requisito para poder pasar a la ciudad vecina.

Expuso que, frente a la dificultad que ello suponía, decidieron alquilar un departamento en Corrientes para que la señora Benítez se quedara allí durante el tratamiento, mientras que él volvió a Resistencia y viajaría para acompañarla en cada sesión y asistirle posteriormente.

Relató que, al querer ingresar a Corrientes, los policías destinados en el puente General Manuel Belgrano, con intervención del Ministerio de Salud de la Nación, le impidieron hacerlo con fundamento en que no viajaba como acompañante, sino que iba solo, a pesar de haber insistido en que su madre se encontraba sola en aquella ciudad y que él, como único familiar, debía asistirle en su tratamiento.

Adujo que los derechos a la salud y bienestar consagrados en los tratados de derechos humanos internacionales (artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional) se encuentran cercenados y arbitrariamente limitados por actos de los funcionarios provinciales y municipales que impiden su traslado para cuidar de la salud de su madre.

El juez a cargo del Juzgado en lo Civil y Comercial n° 8 de Resistencia se declaró incompetente para entender en la controversia y ordenó la remisión de la causa a la justicia federal con asiento en la misma ciudad.

Las actuaciones fueron asignadas al Juzgado Federal de Resistencia n° 1, cuya titular resolvió declarar que la


Corte Suprema de Justicia de la Nación

cuestión era de competencia originaria de esta Corte, por ser demandada la Provincia de Corrientes en una causa de estricto contenido federal.

2°) Que los hechos que se denuncian exigen que esta Corte —como custodio de las garantías constitucionales— requiera a la Provincia de Corrientes los informes que estima necesarios al objeto del pleito (artículo 36, inciso 4°, apartado a, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

3°) Que, sin perjuicio de ello, las excepcionalísimas circunstancias que rodean al presente caso, habilitan que este Tribunal examine la medida cautelar solicitada (art. 196 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, cfr. Fallos: 341:1854 y su cita).

4°) Que, en ese sentido, esta Corte ha considerado a la medida cautelar innovativa como una decisión excepcional porque altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado, y por configurar un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, por lo que resulta justificada una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión (Fallos: 331:2889 y sus citas, entre otros). Cabe agregar que, en el caso, ese criterio restrictivo cobra mayor intensidad en razón de que la cautela ha sido deducida de manera autónoma, de modo que no accede a una pretensión de fondo cuya procedencia sustancial pueda ser esclarecida en un proceso de conocimiento. En esas condiciones, la concesión de la medida cautelar constituye una suerte de

decisión de mérito sobre cuestiones que no hallarán, en principio, otro espacio para su debate (Fallos: 323:3075).

5°) Que, asimismo, es de la esencia de esos institutos procesales de orden excepcional enfocar sus proyecciones sobre el fondo mismo de la controversia, ya sea para impedir un acto o para llevarlo a cabo, porque dichas medidas precautorias se encuentran enderezadas a evitar la producción de perjuicios que se podrían producir en caso de inactividad del magistrado y podrían tornarse de muy dificultosa o imposible reparación ulterior (Fallos: 330:1261).

6°) Que el examen de este tipo de medidas cautelares, lleva ínsita una evaluación del peligro de permanencia en la situación actual a fin de habilitar una resolución que concilie -según el grado de verosimilitud- los probados intereses del demandante y el derecho constitucional de defensa del demandado (Fallos: 334:1691).

7°) Que, en ese marco, corresponde acceder a la medida cautelar innovativa solicitada. En efecto, en el estrecho marco de conocimiento que ofrece el estudio de la cuestión, aparece con suficiente claridad que la situación del actor encuadra en el supuesto de excepción al aislamiento social, preventivo y obligatorio (ASPO) previsto por el art. 6°, inc. 5°, del decreto 297/20 (prorrogado sucesivamente -y modificado- por los decretos 325/20, 355/20, 408/20, 459/20, 493/20, 520/20, 576/20, 605/20, 641/20 y 677/20) por tratarse de una persona que debe asistir a un familiar (su madre) que se encuentra realizando un tratamiento oncológico en la ciudad de Corrientes.


Corte Suprema de Justicia de la Nación

Si bien el artículo 10 del decreto 297/20 establece que "Las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los municipios dictarán las medidas necesarias para implementar lo dispuesto en el presente decreto, como delegados del gobierno federal, conforme lo establece el artículo 128 de la Constitución Nacional, sin perjuicio de otras medidas que deban adoptar tanto las provincias, como la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, como los Municipios, en ejercicio de sus competencias propias", e incluso se encuentran facultadas para disponer "los procedimientos de fiscalización necesarios para garantizar el cumplimiento del aislamiento social, preventivo y obligatorio, de los protocolos vigentes y de las normas dispuestas en el marco de la emergencia sanitaria y de sus normas complementarias" (artículo 3° del decreto 355/20), como así también para establecer los requisitos que deben cumplirse para acreditar aquella condición de exceptuado (v. art. 2°, inc. a, de la decisión administrativa 446/20 y decisión administrativa 897/20), y, en la actualidad, para decidir los lugares alcanzados por el distanciamiento social, preventivo y obligatorio (DISPO), como es el caso de las Provincias del Chaco y de Corrientes, para verificar el cumplimiento de lo dispuesto por el art. 4° del decreto 677/20, en cuanto exige poseer el "Certificado único habilitante para la circulación - Covid 19" para transitar por fuera del límite del departamento o partido donde se resida, lo cierto es que, en las excepcionales y específicas circunstancias del caso, aparece como un exceso en las atribuciones de las autoridades provinciales (en coordinación con las nacionales, según se denuncia) que se le impida al señor Mariano Maggi su traslado a la ciudad de

Corrientes para asistir a su madre durante el tratamiento al que debe someterse por la enfermedad que padece, con fundamento en que viaja solo y no acompañado por su familiar que necesita asistencia.

8°) Que la Corte Interamericana de Derechos Humanos el pasado jueves 9 de abril de 2020 emitió una Declaración titulada "COVID-19 y Derechos Humanos: Los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de Derechos Humanos y respetando las obligaciones internacionales", a fin de instar a que la adopción y la implementación de medidas, dentro de la estrategia y esfuerzos que los Estados Parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos están realizando para abordar y contener esta situación que concierne a la vida y salud pública, se efectúe en el marco del Estado de Derecho, con el pleno respeto a los instrumentos interamericanos de protección de los derechos humanos y los estándares desarrollados en la jurisprudencia de ese Tribunal.

Entre las consideraciones particulares incluidas en dicha declaración, cabe destacar, por su atinencia al caso y en tanto esta Corte la comparte, que: "Todas aquellas medidas que los Estados adopten para hacer frente a esta pandemia y puedan afectar o restringir el goce y ejercicio de derechos humanos deben ser limitadas temporalmente, legales, ajustadas a los objetivos definidos conforme a criterios científicos, razonables, estrictamente necesarias y proporcionales, y acordes con los demás requisitos desarrollados en el derecho interamericano de los derechos humanos".


Corte Suprema de Justicia de la Nación

9°) Que frente a la evidencia que surge de la documentación acompañada por el interesado, con la que se ha acreditado adecuadamente el vínculo de parentesco con su madre mediante la respectiva partida de nacimiento, como así también la afección que sufre su progenitora y el tratamiento al que debe someterse en la ciudad de Corrientes (ver historia clínica), y frente a la clara necesidad de asistencia que requiere la señora Eulalia Benítez, las restricciones a la circulación que las autoridades encargadas de la fiscalización pretenden imponerle no resultan razonables, estrictamente necesarias, ni proporcionales, y tampoco se ajustan a los objetivos legales definidos en la regulación nacional que rige en la materia.

Que el juez Lorenzetti suscribe la presente en la localidad de Rafaela, Provincia de Santa Fe, y el juez Rosatti lo hace en la localidad de Santa Fe, provincia homónima, en virtud de las medidas de aislamiento social preventivas dispuestas por las autoridades nacionales.

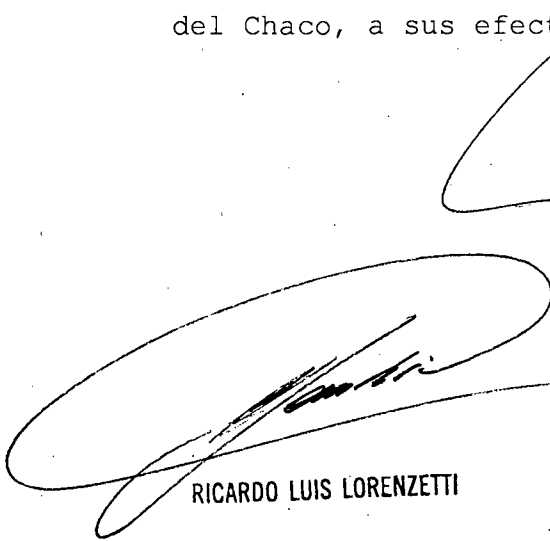
Por ello, y sin perjuicio de lo que en definitiva se decida respecto de la competencia originaria, se resuelve: I. Requerir a la Provincia de Corrientes que informe al Tribunal en el plazo de tres (3) días cuáles son las medidas y protocolos adoptados por las autoridades provinciales en el marco del aislamiento social, preventivo y obligatorio (ASPO) previsto por el decreto 297/20 (prorrogado sucesivamente -y modificado- por los decretos 325/20, 355/20, 408/20, 459/20, 493/20, 520/20, 576/20, 605/20, 641/20 y 677/20), que rigen en la actualidad, particularmente en lo que concierne al señor Mariano Maggi, DNI 37.757.634, quien

reside en la ciudad de Resistencia, Provincia del Chaco, y debe trasladarse a la ciudad de Corrientes, a efectos de asistir diariamente a su madre, Eulalia Benítez, quien se encuentra en dicha ciudad para someterse a un tratamiento oncológico de radioterapia y, en su caso, cuáles serían las razones que podrían justificar que se le impida el ingreso al territorio correntino por el Puente General Belgrano. A tal fin líbrense oficio por medios electrónicos al señor Gobernador provincial.

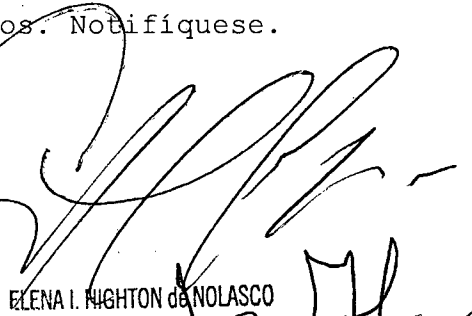
II. Hacer lugar a la medida cautelar innovativa solicitada y ordenar a la Provincia de Corrientes que arbitre las medidas necesarias para permitir al señor Mariano Maggi, DNI 37.757.634, el ingreso al territorio provincial por el puente General Belgrano para asistir diariamente a su madre, Eulalia Benítez, durante el tratamiento oncológico que debe realizarse en la ciudad de Corrientes, y el regreso a su domicilio en la ciudad de Resistencia, Provincia del Chaco, dejándose constancia de que el desplazamiento que se autoriza -alcanzado por las excepciones al "aislamiento social, preventivo y obligatorio" y a la prohibición de circular (conf. artículo 6°, inciso 5°, del decreto 297/20, prorrogado sucesivamente -y modificado- por los decretos 325/20, 355/20, 408/20, 459/20, 493/20, 520/20, 576/20, 605/20, 641/20 y 677/20)- deberá limitarse al estricto cumplimiento de la actividad autorizada, en tanto la persona no revista la condición de "caso sospechoso" o de "caso confirmado" de COVID-19, conforme definiciones establecidas por la autoridad sanitaria nacional, ni deba cumplir aislamiento en los términos del decreto 260/20, su modificatorio y normas complementarias (artículos 17 y 24 del decreto 677/20). A los efectos de su comunicación, líbrense oficios por medios electrónicos con

Corte Suprema de Justicia de la Nación

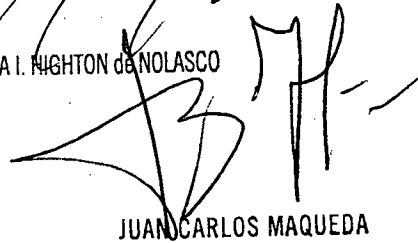
carácter urgente al señor Gobernador y al señor Fiscal de Estado de la Provincia de Corrientes. Asimismo, comuníquese la medida adoptada, por la misma vía, al señor Gobernador de la Provincia del Chaco, a sus efectos. Notifíquese.



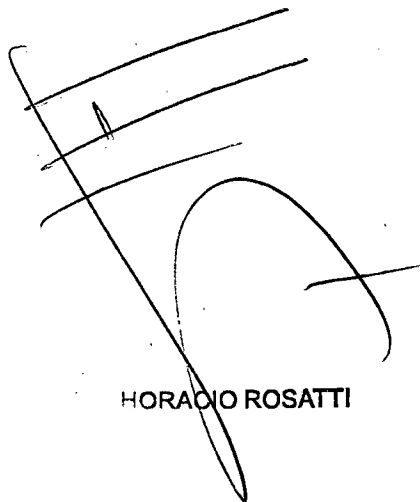
RICARDO LUIS LORENZETTI



ELENA I. NIGHTON de NOLASCO



JUAN CARLOS MAQUEDA



HORACIO ROSATTI

Parte actora: **Mariano Maggi**, asistido por su letrado apoderado, **Dr. Darío Javier Testi**.

Parte demandada: **Provincia de Corrientes**, no presentada en autos.



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CONTENCIOSO

ADMINISTRATIVO FEDERAL, SALA I.

Causa n° 38.028/2005 “C. C. y otro c/ EN- M° Economía- Secretaria de Transporte y otros s/ daños y perjuicios” [juzgado n° 8].

En Buenos Aires, a los 5 días del mes de noviembre de 2020, reunidos en acuerdo los señores jueces de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, para resolver en los autos “C. C. y otro c/ EN- M° Economía- Secretaria de Transporte y otros s/ daños y perjuicios”,

El juez Rodolfo Eduardo Facio dijo:

I. La señora F.J.E. promovió demanda, por derecho propio y en representación de sus hijas —menores de edad en ese momento: C.C. y C.C.¹—, contra el Estado Nacional -Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos de la Nación -Secretaría de Transporte (Estado Nacional), el Organismo Nacional de Administración de Bienes del Estado (ONABE), la Comisión Nacional de Regulación del Transporte (CNRT), la Municipalidad de Morón, y las firmas Trenes de Buenos Aires SA (TBA SA) y América Latina Logística Central SA (ALL Central SA), con la pretensión de obtener un resarcimiento patrimonial por los daños y perjuicios sufridos a raíz de los hechos delictivos de los que fueron víctimas ambas hermanas el 1º de agosto de 2003 (fs. 38/46).

Las hermanas C.C. y C.C. ratificaron todas las actuaciones que fueron realizadas en su nombre (fs. 401).

II. La sentencia de primera instancia (883/896 vta.) resolvió: (i) hacer lugar parcialmente a la demanda y condenar a la firma ALL Central SA y a la CNRT a abonar las sumas de \$60.000 en concepto de daño psicológico, de \$33.600 en concepto de gastos por tratamiento psicológico y de \$200.000 en concepto de daño moral para

¹ Las identidades de las tres mujeres, muy especialmente las identidades de ambas hermanas, quedarán resguardadas en este voto en los términos de los artículos 3º, inciso ‘k’, y 16, inciso ‘h’, de la ley 26.485.



cada una de las hermanas; (ii) rechazar la demanda en tanto fue dirigida contra el Estado Nacional y contra la Municipalidad de Morón; (iii) admitir la defensa de falta de legitimación pasiva planteada por la firma TBA SA y por el ONABE, y desestimar esa misma defensa planteada por la firma ALL Central SA y por la CNRT; (iv) declarar abstracto el tratamiento de la defensa de falta de legitimación pasiva formulada por la Provincia de Buenos Aires²; (v) aplicar la tasa activa de interés sobre los montos reconocidos; y (vi) distribuir las costas en el orden causado.

Y estableció los honorarios de la experta en psiquiatría en la suma de \$10.000.

III. Los fundamentos desarrollados en la sentencia de primera instancia pueden ser enunciados de la siguiente manera:

i. En el momento en que ocurrieron los hechos que dieron lugar a la demanda “no se encontraba vigente la ley 26.944; por lo cual la acción resarcitoria será analizada a la luz del Código Civil (conf. argumento art. 3, del C.C. y 7 del C. C. y C.)”.

ii. Está probado que cuando tenían quince años de edad las hermanas C.C. y C.C. fueron víctimas del delito de abuso sexual agravado con acceso carnal y que esos hechos delictivos fueron cometidos en el predio conocido como “Viejos Talleres”³ del ex Ferrocarril Sarmiento, ubicado detrás del predio de la Unidad de Gestión II de la Municipalidad de Morón.

iii. No se pudo individualizar al agresor; los daños “fueron causados por un desconocido, ajeno a la órbita de las codemandadas[...] y por lo tanto no ha podido ser traído a juicio. Por lo cual la procedencia de la acción resarcitoria requiere acreditar que los daños sufridos por

² Es útil señalar que la Provincia de Buenos Aires, que fue citada por la Municipalidad de Morón (fs. 254/261), en los términos del artículo 94 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, contestó la citación y opuso la excepción de incompetencia (fs. 350/363), que fue admitida por la jueza de primera instancia y, luego, por esta sala (causa n° 22.780/2012).

³ De acuerdo con lo que surge de las diversas constancias de la causa, “Talleres Haedo” es otra denominación referente a ese predio.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CONTENCIOSO

ADMINISTRATIVO FEDERAL, SALA I.

Causa n° 38.028/2005 “C. C. y otro c/ EN- M° Economía- Secretaria de Transporte y otros s/ daños y perjuicios” [juzgado n° 8].

las actoras por el accionar del delincuente, resultaron agravados por la acción u omisión de alguna de las co demandadas”.

iv. Debe determinarse “a quién correspondía en la fecha en que ocurrió el hecho dañoso, ejercer la guarda del predio en que se consumó el delito”.

v. En tanto la demanda se fundó “en la deficiente iluminación, limpieza, higiene y conservación [...] y la falta de vigilancia del lugar donde ocurrió el hecho; debe determinarse a quién correspondí[a] dichas tareas”.

vi. En el “Pliego de Bases y Condiciones de la Licitación Pública Nacional e Internacional para la concesión integral del sector de la red ferroviaria nacional integrada por la línea San Martín y el remanente de la línea Sarmiento”, aprobado por la resolución 5/1991 del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos, “se determinó como una de las obligaciones del concesionario, la conservación y mantenimiento en buen estado del predio concesionado, incluyendo cercos y veredas”.

vii. Al momento de producirse los hechos ilícitos el predio se encontraba concesionado a la firma ALL Central SA, y el ONABE no tenía jurisdicción sobre aquél.

viii. La firma TBA SA no era concesionaria del predio en el que se produjeron los hechos ilícitos, tal como se desprende del plano original que fue firmado por el personal técnico del ONABE, del ENABIEF y de TBA SA, cotejado “con el croquis elaborado en sede penal”.

ix. El estatuto de la CNRT, aprobado por el decreto 1388/1996, previó, en su artículo 8º, el deber, a su cargo, de **“la vigilancia y conservación de todos los bienes integrantes de la concesión”**.



x. El “Estado Nacional —más allá de la mera titularidad del bien—, no revestía el carácter de guardián de la cosa, en los términos del art. 1113 del C.C.”, lo que “impide atribuir responsabilidad [...] por omisión en el ejercicio del poder de policía; como pretende la actora. En efecto, conforme lo dispone el art. 1074 del CC; tal omisión sólo podría serle atribuida a la CNRT, quien normativamente se encontraba obligad[a] a ejercer la fiscalización regulatoria. Asimismo, de la causa penal surge que el autor del daño no fue identificado, por lo cual su accionar no puede ser imputado al Estado Nacional en los términos del art. 1113 del C.C.”.

xi. “Tampoco resulta imputable el daño al Estado Nacional por aplicación de la doctrina de falta de servicio [...] pues [...] no ha sido ocasionado por uno de sus agentes, no era el prestador del servicio, ni debía ejercer su control”.

xii. La CNRT “sólo puede ser objeto de reproche generador de responsabilidad cuando, encontrándose normativamente obligad[a] a ejecutar una o más conductas cuyo oportuno ejercicio podría haber impedido que se verificara el daño causado por un tercero, no diere como en el caso, cabal cumplimiento a la conducta que era adecuada a tal fin, incurriendo así en una omisión antijurídica”.

xiii. Se “encuentra acreditado en autos el estado de total abandono que presentaba el predio en la fecha en que sucedieron los hechos; siendo contractualmente responsable el concesionario del mantenimiento y vigilancia del predio”.

xiv. La “obligación contractual de la firma concesionaria [...] la coloca en posición de garante de evitar que se cometan delitos en el predio concesionado; pues la falta de vigilancia, cercamiento, iluminación, desmalezamiento y limpieza y mantenimiento en general convirtieron al predio en un escenario riesgoso”.

xv. “Lo dicho descarta la existencia de caso fortuito o fuerza mayor, como eximente de responsabilidad; pues era un hecho previsible y evitable [...] con el mero cumplimiento de sus obligaciones





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CONTENCIOSO

ADMINISTRATIVO FEDERAL, SALA I.

Causa n° 38.028/2005 “C. C. y otro c/ EN- M° Economía- Secretaria de Transporte y otros s/ daños y perjuicios” [juzgado n° 8].

contractuales. Ello lleva a declarar civilmente responsable al concesionario —ALL SA—, de conformidad al art. 1107” del Código Civil.

xvi. “[E]l predio ferroviario, en el que se consumó el delito; no se encontraba en jurisdicción de la Municipalidad de Morón”. Sólo “con posterioridad a la consumación del delito; la Municipalidad de Morón fue autorizada por la concesionaria ALL SA, a acceder al predio para efectuar las tareas de limpieza y de conservación”, por “lo cual no existió omisión en el ejercicio del poder de policía imputable la Municipalidad de Morón”.

xvii. La experta en psiquiatría: (i) determinó que las hermanas C.C. y C.C. “presentan una incapacidad parcial y permanente que determina en el 35%”, por lo que debe fijarse la indemnización en la suma de \$60.000 para cada una de ellas; y (ii) aconsejó un tratamiento psicoterapéutico de tres años de duración, “con periodicidad semanal el primer año y quincenal los otros dos; con un costo de \$400 la sesión”, de manera que la indemnización debe ser fijada en la suma de \$33.600 para cada una de las hermanas.

xviii. El daño moral debe ser fijado en la suma de \$200.000 para cada una de las hermanas.

xix. El “grado de responsabilidad de cada uno de los demandados condenados es diferente, más allá de tratarse de responsabilidad concurrente, pues fue el encadenamiento causal de la comisión del delito por parte de un tercero, en un predio sin vigilancia ni mantenimiento concesionado a la firma ALL SA y sin suficiente control por parte del organismo regulador, todos jurídicamente relevantes, resultaron causas eficientes en la producción del daño; sin que pueda considerarse la existencia de culpa de las víctimas por contar en ese entonces con tan solo 15 años. En consecuencia, [C.C y C.C.],



podrán reclamar el 65% del monto indemnizatorio a ALL SA y el 35% a la CNRT”.

IV. La sentencia fue apelada por el Estado Nacional (fs. 897), por la CNRT (fs. 901), por la parte actora (fs. 908) y por la firma ALL Central SA (fs. 910). Expresaron agravios (fs. 927/929, fs. 914/924, fs. 939/944, fs. 945/950, respectivamente), que fueron replicados por la parte actora (fs. 952/953), por la CNRT (fs. 955/962) y por la firma ALL Central SA (fs. 945/950). La experta en psiquiatría apeló por bajos los honorarios regulados (fs. 899).

V. Los agravios ofrecidos por las partes recurrentes pueden ser compendiados de la siguiente manera:

1. La parte actora.

i. El predio presentaba “todas las condiciones para que se pudiera cometer semejante aberración por [...] el estado de abandono en el que se encontraba”.

ii. El Estado Nacional es responsable por su obrar omisivo dado que “jamás perdió la obligación, el deber jurídico de otorgar la seguridad al ciudadano por el hecho de concesionar el inmueble de su propiedad. El poder de policía de seguridad es una prerrogativa que se mantiene en cabeza del estado, haya o no concesionado el inmueble” y “retiene la prerrogativa exclusiva de regular y controlar el funcionamiento de los servicios de transporte concesionados [...] bajo su jurisdicción”.

iii. El ONABE también es responsable: (i) según el artículo 19.3 del contrato de concesión, ante el concurso o quiebra del concesionario quedaba resuelto y resurgía la órbita de su jurisdicción, (ii) tuvo una intervención activa en el expediente administrativo tramitado ante la Municipalidad de Morón referido en el “acápite 7) del resulta y en los considerandos XIV a) y f)” de la sentencia de primera





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CONTENCIOSO

ADMINISTRATIVO FEDERAL, SALA I.

Causa n° 38.028/2005 “C. C. y otro c/ EN- M° Economía- Secretaria de Transporte y otros s/ daños y perjuicios” [juzgado n° 8].

instancia, (iii) así surge de la interpretación del acuerdo suscripto el 6 de agosto de 2003.

iv. La Municipalidad de Morón es responsable ya que: (a) el expediente administrativo tuvo impulso después de los hechos delictivos y todas las presentaciones y actuaciones fueron dirigidas a señalar únicamente la responsabilidad de la firma ALL Central SA; (b) no carecía de competencia en materia de seguridad pública y tampoco estaba imposibilitada de ejercerla en el predio; (c) al contestar la demanda reconoció su competencia en la prevención del delito.

v. Debe admitirse la pretensión respecto de la firma TBA SA, por su condición de concesionaria del ramal Sarmiento, que circula diariamente por el predio denominado “Talleres Haedo” y porque del expediente penal se desprende que las hermanas C.C. y C.C., luego de haber sido interceptadas por el delincuente, “fueron obligadas a caminar y a cruzar las vías (concesionadas a TBA), y llevadas al lugar donde finalmente se consumó el delito”. Ese espacio único debió ser mantenido por ambas empresas del mismo grupo económico.

vi. El monto reconocido en concepto de daño psicológico debe ser incrementado, ya que la demora en requerir ayuda profesional es propia del trauma padecido.

vii. Debe aumentarse el monto reconocido por el tratamiento psicológico, porque fue establecido sobre la base de un erróneo cálculo aritmético que no tuvo en cuenta que un año contiene 52 semanas, y, además, es exiguo.

viii. También debe acrecentarse la suma reconocida en concepto de daño moral, ya que corresponde considerar “no sólo el dolor, padecimiento o sufrimiento espiritual [...], sino también [...] la privación de momentos de satisfacción y felicidad en la vida de las reclamantes y que en definitiva influyen negativamente en la calidad de vida”.



ix. Si la sentencia estimó que hubo responsabilidad concurrente, no debió sostener que el grado de responsabilidad atribuible a la CNRT y a la firma ALL Central SA es diferente, “ya que considerando el estado falencial de la concesionaria, ésta distribución de responsabilidades se torna en los hechos a la hora de la ejecución, en una reducción de los montos de la condena en un 35%”.

2. América Latina Logística Central SA.

i. “Asumiendo por vía de hipótesis que el hecho ilícito —violación de dos menores de edad en el predio ferroviario de Morón — hubiera ocurrido tal como lo presentan las actoras”, la sentencia apelada “coloca a mi mandante en la posición de un agente del orden público, confundiendo [el] cuidado de los bienes que integran la concesión con la prevención de hechos ilícitos ajenos a su funcionamiento dentro de sus límites”, como “surge expresamente de la Resolución 5/91 del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos de fecha 23/1/1991 y del artículo 8 del decreto 1388/96”.

ii. El concesionario no es responsable “por dos violaciones porque el predio en el que supuestamente sucedieron no tenía iluminación suficiente —no está previsto en ningún lado qué clase de iluminación debe tener) ni se encontraba en buen estado” y mucho menos se le puede atribuir “responsabilidad por ilícitos penales. Como si el estado de conservación de los bienes hubiera impedido que se cometiera el delito. Una cosa no tiene nada que ver con la otra”.

iii. El “hecho dañoso no se produce por el estado de conservación en que se encontraba el lugar. El mal estado del predio no provocó la violación de las menores”.

iv. “Aunque el lugar estuviese en buenas condiciones, esto no hubiera impedido que se llevara a cabo el ilícito”.

v. “El deber de vigilancia que según el a quo correspondía a mi mandante, es respecto de los bienes y no sobre terceros como este considera. No existe un deber legal de seguridad de terceros ajenos [...]”.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CONTENCIOSO

ADMINISTRATIVO FEDERAL, SALA I.

Causa n° 38.028/2005 “C. C. y otro c/ EN- M° Economía- Secretaria de Transporte y otros s/ daños y perjuicios” [juzgado n° 8].

vi. La sentencia no puede “eximir de responsabilidad a la Municipalidad de Morón, a la Provincia de Buenos Aires y al Estado Nacional, porque sí existió omisión del ejercicio de poder de policía por parte de ellos, debido a que el hecho ilícito no comenzó en el predio, si no que las menores estaban caminando por la calle cuando fueron interceptadas por el violador. En todo caso, [...] ellos son [...] responsables de velar por la seguridad pública de las personas”.

vii. El “daño sufrido por las menores no tiene relación de causalidad con la obligación contractual de mi mandante de conservar el estado de los bienes que integran la concesión”.

viii. La sentencia está fundada en una contradicción: “Por un lado, considera a mi mandante como guardián de la cosa en los términos del artículo 1113 del Código Civil dentro de la órbita de responsabilidad objetiva [...] Luego, lo enmarca dentro del incumplimiento contractual. Pero entonces si existe una responsabilidad contractual, también debe haber un deber por parte de quien contrata con mi mandante, que en este caso, es el Estado Nacional por ser quien le otorga la concesión el predio”.

ix. La “sentencia exime de culpa a las víctimas por contar tan sólo con 15 años de edad. Pero entonces, da a entender que alguien sí era responsable por las menores. No podemos dejar de lado que las dos chicas se encontraban caminando solas por la calle a las 3 de la mañana”.

x. No corresponde aplicar la tasa activa a las sumas reconocidas en concepto de indemnización.

3. La CNRT.

i. La sentencia apelada, con “[...] fundamento magro y errado, rechaza la excepción de falta de legitimación pasiva oportunamente planteada [...]”.



ii. No concurre “ninguno de los requisitos que hacen a la procedencia de la responsabilidad del Estado por su actividad ilícita omisiva”.

iii. La atribución de responsabilidad es defectuosa en tanto, por un lado, en la producción del daño “no ha intervenido ningún sujeto dependiente” del ente, y, por otro lado, “respecto a la atribución por riesgo de la cosa (responsabilidad objetiva) [...] mi mandante al momento del accidente NO tenía la guarda de la cosa supuestamente riesgosa”.

iv. La sentencia apelada es contradictoria ya que le atribuye responsabilidad y al mismo tiempo afirma que “el hecho fue cometido por un tercero” por quien no debe responder.

v. No existe un nexo de causalidad entre los daños alegados y la actividad del ente; “el resarcimiento de los daños e intereses sólo comprenderá los que fueren consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento de la obligación”.

vi. Si bien las previsiones contenidas en el contrato de concesión nada dicen sobre responsabilidades, ellas revelan la intención que tuvieron ambas partes al acordar dicho contrato; de tales previsiones “surge claramente cómo han decidido las partes [...] la responsabilidad de cada una de ellas en caso de daños y perjuicios ocasionados”.

vii. La competencia del ente “se agota al verificar que las obligaciones asumidas por la concesionaria y pactadas en el Contrato de Concesión se cumplan, y que no es mi representada el Organismo responsable en la provisión de las medidas de seguridad a las que alude la actora, y que según ella habrían evitado el hecho de autos”.

viii. Aun cuando el ente tiene a su cargo la fiscalización y el control del transporte ferroviario de jurisdicción nacional, no es responsable por los hechos aquí examinados puesto que era responsabilidad de la empresa concesionaria mantener el “buen estado





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CONTENCIOSO

ADMINISTRATIVO FEDERAL, SALA I.

Causa n° 38.028/2005 “C. C. y otro c/ EN- M° Economía- Secretaria de Transporte y otros s/ daños y perjuicios” [juzgado n° 8].

de servicios, trenes, como así también los espacios físicos que le corresponden según el contrato existente”.

ix. Es “materialmente imposible controlar y estar presente en todos los ámbitos del territorio nacional todo el tiempo y aún así, aunque ello fuera posible, no se podría evitar que se produzcan situaciones como la que nos ocupa, por cuanto el hecho de autos reviste para esta parte las características de imprevisibilidad, inevitabilidad y ajenidad que caracterizan al caso fortuito”.

x. “Estamos ante un supuesto hecho acaecido a dos menores de quince años, quienes se encontraban solas durante un día de semana en horas de la madrugada. Y su progenitora ha iniciado estas actuaciones a fin de responsabilizar lo sucedido a sus hijas a mi mandante, por no ejercer el correspondiente control y poder de policía sobre sus personas, cuando es la propia madre de las adolescentes la primera responsable de lo sucedido al no ejercer debida vigilancia que todo padre debe tener con sus hijos menores”.

xi. Cabe “dejar de resalto lo poco creíble del relato de la actora”; “[...] en virtud de confirmarse la equívoca sentencia [...] se generaría un enriquecimiento sin causa al condenar en forma solidaria a quienes supuestamente debieron velar por la seguridad de las menores”.

xii. No debe perderse de vista que “el hecho [...] se inicia en la vía pública cuando un sujeto (tercero) intercepta a las menores y las dirige hacia terrenos del ferrocarril a fin de consumar el delito”; el deber de seguridad sobre las personas no es competencia del ente.

xiii. Si se repara en la numerosa cantidad de infracciones que aplicó a la firma concesionaria, debe considerarse que la labor de control sobre la contratista fue efectivamente realizada.

Cuestiona, asimismo, la procedencia y la cuantía de los diversos ítems indemnizatorios reconocidos en la sentencia apelada.



4. El Estado Nacional.

Critica la distribución de las costas en el orden causado, alegando la falta de fundamentación adecuada de la sentencia recurrida y una afectación a su derecho de propiedad.

VI. La deliberada extensión en el relato de los argumentos expuestos en la sentencia apelada y en los memoriales, y también — como se verá— en la reproducción de varias piezas de las actuaciones en el tratamiento de los numerosos agravios, tiene la finalidad de exponer del modo más claro y preciso posible el alcance de las pretensiones y la dimensión de los derechos y de los valores, así como de los deberes, que aquí se encuentran involucrados, palmariamente significativos, para ofrecer su mejor comprensión.

VII. Pongo énfasis, desde esa mirada, en que aquí están implicadas la integridad, física y moral, y la dignidad de dos mujeres, que en el momento en que fueron víctimas de los aberrantes hechos delictivos explicados en la demanda y rememorados en la sentencia apelada, eran dos adolescentes —niñas, en términos convencionales de los derechos humanos⁴— de quince años.

Estas circunstancias configuran inequívocamente un contexto particular que exhibe una enorme trascendencia en el ámbito de la tutela que la Constitución Nacional, en su artículo 75, incisos 22 y 23, diversos tratados internacionales —algunos de ellos, como se sabe, enunciados en ese inciso 22—, varios instrumentos internacionales y las leyes nacionales aseguran determinadamente a la mujer.

Por su singular y definida relevancia aquí destaco:

—La Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, 1979; aprobada mediante la ley 23.179, 1985).

⁴ Convención sobre los Derechos del Niño; artículo 1.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CONTENCIOSO

ADMINISTRATIVO FEDERAL, SALA I.

Causa n° 38.028/2005 “C. C. y otro c/ EN- M° Economía- Secretaria de Transporte y otros s/ daños y perjuicios” [juzgado n° 8].

—La Convención sobre los Derechos del Niño (1989; aprobada mediante la ley 23.849, 1990).

—La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará, 1994; aprobada mediante la ley 24.632, 1996).

—La Declaración y Plataforma de Acción de Beijing (1995).

—La ONU Mujeres: Organización de las Naciones Unidas dedicada a promover la igualdad de género y el empoderamiento de las mujeres (2010).

—La ley 25.087, modificatoria de las previsiones del Código Penal concernientes a los delitos contra la integridad sexual (1999).

—La ley 26.485, ley de protección integral a las mujeres (2009).

—La ley 27.499, ley Micaela de capacitación obligatoria en género para todas las personas que integran los tres poderes del Estado (2018).

VIII. El derecho internacional de los derechos humanos construye normas, reglas y principios, en una evolución continua, en favor de la igualdad de género, como el resultado de una lucha incesante por alcanzar y consolidar esa meta.

En una síntesis, breve como tal, pero consolidada, puede resumirse los mandatos expresos que surgen desde esas normas, esas reglas y esos principios hacia el Estado, de la siguiente manera:

—“Los Estados Partes [...] convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas, orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente: [...] b. actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer” (Convención de Belém do Pará, artículo 7).



—“La falta de sensibilización de los órganos judiciales respecto de los derechos humanos de la mujer [...] perpetúan la desigualdad de facto de la mujer” (Declaración y Plataforma de Acción de Beijing; 219).

—“Para lograr la meta de la realización universal de los derechos humanos de todos, los instrumentos internacionales de derechos humanos deben aplicarse de forma de tener en cuenta con más claridad el carácter sistemático y sistémico de la discriminación contra la mujer, indicado patentemente por los análisis de género” (Declaración y Plataforma de Acción de Beijing; 222).

—“Se acepta [...] que los Estados tienen la obligación de actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y castigar actos de violencia, ya sean perpetrados por el Estado o por particulares, y de prestar protección a las víctimas” (Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, Capítulo II, Logros y obstáculos en la consecución de los objetivos en las doce esferas de especial preocupación de la Plataforma de Acción; 13).

IX. Con ese marco jurídico internacional, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos:

1. La Relatoría sobre los Derechos de la Mujer elaboró, en el ámbito de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el informe “Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas”, del 20 de enero de 2007 (OEA/Ser.L/V/II., Doc 68), en el que observó “con preocupación la ineficacia de los sistemas de justicia para juzgar y sancionar los casos de violencia contra las mujeres” y formuló varias recomendaciones.

Me interesa remarcar, con especial énfasis, las siguientes:

—“La influencia de patrones socioculturales discriminatorios puede dar como resultado una descalificación de la credibilidad de la víctima durante el proceso penal en casos de violencia y una solución tácita de responsabilidad de ella por los hechos, ya sea





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CONTENCIOSO

ADMINISTRATIVO FEDERAL, SALA I.

Causa n° 38.028/2005 “C. C. y otro c/ EN- M° Economía- Secretaria de Transporte y otros s/ daños y perjuicios” [juzgado n° 8].

por su forma de vestir, por su ocupación laboral, conducta sexual, relación o parentesco con el agresor, lo cual se traduce en inacción por parte de los fiscales, policías y jueces ante denuncias de hechos violentos. Esta influencia también puede afectar en forma negativa la investigación de los casos y la valoración de la prueba subsiguiente que puede verse marcada por nociones estereotipadas sobre cuál debe ser el comportamiento de las mujeres en sus relaciones interpersonales” (párrafo 155).

—Se “ha afirmado internacionalmente el derecho de las víctimas de violaciones de sus derechos humanos a obtener una reparación ‘adecuada, efectiva y rápida’ ante los actos perpetrados, proporcional al daño sufrido, que debe ser integral y debe incluir las garantías de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y no repetición” (párrafo 58).

—“Las recomendaciones contenidas en este informe están orientadas al diseño de intervenciones y acciones estatales para garantizar una respuesta judicial idónea, inmediata, oportuna, exhaustiva, seria e imparcial, frente a actos de violencia contra las mujeres. Las recomendaciones tienen tres objetivos específicos. En primer lugar, están destinadas a que los Estados diseñen una política estatal integral, respaldada por recursos públicos adecuados, para garantizar que las mujeres víctimas de violencia cuenten con un acceso oportuno a la justicia y que los actos de violencia sean adecuadamente prevenidos, investigados, sancionados y reparados. En segundo lugar, exhortar a los Estados a crear las condiciones necesarias para que las mujeres puedan utilizar el sistema de administración de la justicia para remediar los actos de violencia sufridos y puedan recibir un trato digno por parte de los funcionarios públicos. Por último, tienen por finalidad motivar a los Estados a que adopten políticas públicas destinadas a reestructurar las concepciones estereotipadas acerca del rol de las



mujeres en la sociedad y promover la erradicación de patrones socioculturales discriminatorios que impiden su acceso pleno a la justicia” (párrafo 296).

2. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, con explícito fundamento en la Convención de Belém do Pará, señaló categóricamente:

—“[L]a violencia contra la mujer no sólo constituye una violación de los derechos humanos, sino que es una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres, que trasciende todos los sectores independientemente de su clase, raza o grupo étnico, nivel de ingresos, cultura, nivel educacional, edad o religión y afecta negativamente sus propias bases” (caso “Fernández Ortega y otros vs. México”, sentencia del 30 de agosto de 2010, párrafo 118).

—“Los Estados deben adoptar medidas integrales para cumplir con la debida diligencia en casos de violencia contra las mujeres. En particular, deben contar con un adecuado marco jurídico de protección, con una aplicación efectiva del mismo y con políticas de prevención y prácticas [...] La estrategia de prevención debe ser integral, es decir, debe prevenir los factores de riesgo y a la vez fortalecer las instituciones para que puedan proporcionar una respuesta efectiva a los casos de violencia contra la mujer. Asimismo, los Estados deben adoptar medidas preventivas en casos específicos en los que es evidente que determinadas mujeres y niñas pueden ser víctimas de violencia” (caso “González y otras (Campo Algodonero) vs. México”, sentencia del 16 de noviembre de 2009, párrafo 258).

X. Una solución justa y adecuada de esta causa requiere, ciertamente, su ponderación desde una perspectiva de género, a la luz de las señaladas pautas rectoras.

Esta perspectiva “reconoce la diversidad de géneros y la existencia de las mujeres y los hombres, como un principio esencial en





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CONTENCIOSO

ADMINISTRATIVO FEDERAL, SALA I.

Causa n° 38.028/2005 “C. C. y otro c/ EN- M° Economía- Secretaria de Transporte y otros s/ daños y perjuicios” [juzgado n° 8].

la construcción de una humanidad diversa y democrática” e implica “una mirada ética del desarrollo y la democracia como contenidos de vida para enfrentar la inequidad, la desigualdad y los oprobios de género prevalecientes”, con la finalidad de “lograr un orden igualitario, equitativo y justo de géneros” (Lagarde, Marcela, *“El Género. La perspectiva de género”*, en “Género y feminismo. Desarrollo humano y democracia”, Editorial Horas y Horas, España, 1996, páginas 13 a 38).

Desde ese enfoque se ha expuesto en nuestros tribunales que “al valorar elementos probatorios —particularmente pero no excluyentemente en la esfera penal— debe ponderar[se] los patrones socioculturales y estereotipos sobre los que se construye esta problemática, a fin de tener una verdadera comprensión del fenómeno de violencia de género y, de esta manera, poder lograr desde el Derecho aportar soluciones que contribuyan a atacar el flagelo de la violencia y trabajar en pos de la igualdad de género” (Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, causa “*F Y Q. C/ G. C. M. P/ abuso sexual agravado p/ recurso ext. de casación*”, pronunciamiento del 4 de octubre de 2018, voto del juez Mario D. Adaro).

XI. Para comenzar a examinar los múltiples agravios, es conveniente exponer varios datos que se encuentran probados, que conciernen: (i) a los hechos delictivos de los que fueron víctimas las hermanas C.C. y C.C., (ii) a la titularidad del terreno al momento en que se llevaron a cabo esos hechos, y (iii) a la concesión de dicho terreno a ese momento.

XII. Con relación a los hechos delictivos de los que fueron víctimas ambas hermanas, en la IPP (investigación penal preparatoria) n° 189.668, caratulada “Abuso sexual con acceso carnal” (la causa penal) —que fue acompañada en copias—, consta que el día 1º de



agosto de 2003 las hermanas C.C. y C.C. formularon una denuncia ante la Policía de la Provincia de Buenos Aires, en la que relataron: que alrededor de las 2:25 hs. de la madrugada de ese día fueron “interceptadas en la intersección de las calle Fasola y Lavallol, por un sujeto del sexo masculino de unos 28 o 30 años de edad, 1.60 metros de estatura, el cual se movilizaba en bicicleta”; que, tras golpearlas y amenazarlas, las obligó a dirigirse hasta los terrenos “lindantes con el túnel de Haedo, sito en las calles Rivadavia y Estrada”; que esa persona abusó sexualmente de ellas, y luego de haber cometido esos delitos se fugó; y que las dejó abandonadas. Dicha persona no pudo ser identificada durante el trámite de la investigación penal.

Como bien dijo la jueza de primera instancia —tras haber enunciado los aspectos más sobresalientes de la causa penal, que doy por reproducidos—, quedó acreditado que las hermanas C.C. y C.C. fueron víctimas, el 1º de agosto de 2003, cuando tenían quince años, de aquellas conductas delictivas.

Sin embargo, la CNRT pone en seria duda que esos hechos hayan ocurrido del modo en que fueron expuestos en la demanda.

En efecto, en su memorial, dicha entidad estatal realiza, con invocación de la causa penal, las siguientes afirmaciones:

—“Debemos recordar el testimonio de uno de los amigos de las hermanas [L.L.M.B] quien manifiesta: *‘...Estaban chateando con dos chicos, primero con uno y después con otro. Uno de ellos vio que era “[M]” y el otro no alcanzó a verlo porque no lo dejaron, cuando fue a leer y le dijeron que salga que no se podía leer. Con [M] estaban hablando de encontrarse, [C] buscaba encontrarse con [M] y ya desde hace tiempo tenían relaciones cuando se veían. El mismo [M] le contó que tenían relaciones en la misma casa de ellas, porque estaban solas siempre, de día y de noche siempre estaban solas (sic). Más adelante continúa diciendo: Cuando eran chiquitas, le contó la madre del que habla, fueron abandonadas, su madre se fue por años de la casa y el padre se fue con los abuelos. Una de las abuelas las cuidó por mucho tiempo (sic).-’*”.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CONTENCIOSO

ADMINISTRATIVO FEDERAL, SALA I.

Causa n° 38.028/2005 “C. C. y otro c/ EN- M° Economía- Secretaria de Transporte y otros s/ daños y perjuicios” [juzgado n° 8].

—“Asimismo, se acompañó el testimonio de otro amigo [S.H.D.] quien manifiesta: *‘...Que recuerda a otras preguntas que [C y C] se fueron del ciber a las 3.15hs. Esto me dice que la responsabilidad de los padres no vale nada que no tiene persona que le ponga límite. Lo que le ocurrió es un peligro que estaban expuestas siempre, me contó [M.M.], que nunca la madre le ponía horario para llegar ya que la pasaba a buscar a las 23.00 horas y la regresaban a las 6.00hs... (sic)’*”.

—“Así también encontramos el testimonio de otro testigo [B.G.D.] quien manifiesta: *‘[C] estuvo chateando con un chico de aproximadamente 24 años, y quedaron en encontrarse. Que [C] acompañó a su hermana y supuestamente, cuando se encontraron el tipo las amenazó y las llevó a los vagones de trenes como todos dicen, sino a un lugar tranquilo porque no tenían la ropa manchada ni nada... (sic)’*”.

—“Lo expuesto coincide con el testimonio [...] de [S.H.D.] que expresa: *‘...Por el conocimiento que tengo de estas chicas no creo que las cosas fueron así, lo hacen para cubrirse de algo que hicieron, o la identidad de los que fueron’*”.

—“Nótese asimismo, que de la pericia médica surge que fueron penetradas, pero no se hallaron signos de violencia típicos en casos como éstos”.

—“Tenga presente que mi parte, no trata de poner en tela de juicio la moral de las niñas, simplemente [...] dejar de resalto lo poco creíble del relato de la actora, y cómo a raíz de este juicio y en virtud de confirmarse la equívoca sentencia de autos, se generaría un enriquecimiento sin causa al condenar en forma solidaria a quienes supuestamente debieron velar por la seguridad de las menores”.

No concuerdo con dichas afirmaciones.

En primer lugar, no armonizan con la perspectiva de género desde la que, como dije, debe ponderarse esta causa.



Desconocen que la Corte Interamericana de Derechos Humanos definió categóricamente que “resulta evidente que la violación sexual es un tipo particular de agresión que, en general, se caracteriza por producirse en ausencia de otras personas más allá de la víctima y el agresor o los agresores. Dada la naturaleza de esta forma de violencia, no se puede esperar la existencia de pruebas gráficas o documentales y, por ello, la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental sobre el hecho” (caso “Fernández Ortega y otros vs. México”, citado, párrafo 100).

En segundo lugar, no tienen en cuenta —o, cuanto menos, no logran refutar— las diversas piezas contenidas en la causa penal que corroboran de una manera contundente el acontecimiento de los hechos delictivos de los que fueron víctimas ambas hermanas:

i. Los exámenes médicos, en los que se expresó que “los signos constatados en el examen son compatibles a los producidos por la penetración forzada de [un] objeto cilíndrico [...] compatible a pene en erección...” (fs. 10 y 11 de la causa penal).

ii. El agente fiscal a cargo de la Unidad Funcional de Investigación (UFI) n° 1 del Departamento Judicial de Morón, Provincia de Buenos Aires, señaló, cuando solicitó al Juzgado de Garantías n° 1 del Departamento Judicial de Morón una orden de allanamiento, registro y secuestro, que “en lo que hace a la materialidad ilícita [...] descripta [...], destaca el Suscripto que contamos como ítems probatorios acreditantes [...] reconocimientos médicos legales de las menores victimizadas...” (fs. 35/41 vta. de la causa penal). La orden de allanamiento, cabe añadir, fue otorgada por la jueza de garantías (fs. 44 vta. de dicha causa penal).

iii. En la entrevista que se realizó a C.C. el 12 de agosto de 2003 y fue presentada ante el Tribunal de Menores n° 4 del Departamento Judicial de Morón el 13 de agosto, la experta en psicología señaló que “Los dichos de la joven fueron coherentes, con sentimientos correspondientes a la situación traumática que dijo haber sufrido, siendo sus palabras creíbles” (fs. 105/107 de la causa penal).





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CONTENCIOSO

ADMINISTRATIVO FEDERAL, SALA I.

Causa n° 38.028/2005 “C. C. y otro c/ EN- M° Economía- Secretaria de Transporte y otros s/ daños y perjuicios” [juzgado n° 8].

iv. En la entrevista que se realizó a C.C. el 12 de agosto de 2003 y fue presentada ante el Tribunal de Menores n° 4 del Departamento Judicial de Morón el 13 de agosto, la experta en psicología expresó que “al igual que [...] su hermana, su relato fue coherente, creíble y sus sentimientos acordes a la experiencia traumática que relataron” (fs. 108/110 de la causa penal).

v. Por lo demás, en el informe elaborado por el perito asistente social en el hogar de las hermanas, presentado ante el Tribunal de Menores n° 4 del Departamento Judicial de Morón el 12 de agosto de 2003, se dejó constancia de que “una vecina adolescente de [C.C. y C.C.] y a diferencia de días fue atacada sexualmente en el mismo trayecto barrial” (fs. 111/115 de la causa penal).

En tercer lugar, las declaraciones testimoniales aludidas por la CNRT contienen, en lo que aquí interesa destacar, expresiones que se corresponden más con apreciaciones “de concepto”, esencialmente subjetivas, que con manifestaciones que hayan explicado la percepción de los hechos por medio de los sentidos, circunstancia que limita notablemente la proyección de tales expresiones a esta causa.

Estas conclusiones cancelan, paralelamente, las dudas que, en ese mismo sentido, exteriorizan las restantes partes demandadas, tanto en sus memoriales cuanto en sus contestaciones.

XIII. La titularidad del terreno identificado como el lugar donde se llevaron a cabo los hechos delictivos correspondía ciertamente al Estado Nacional, tal como manifestó el ONABE en la contestación de la demanda (fs. 271).

XIV. Dicho terreno, al momento en que se produjeron los hechos delictivos, había sido dado en concesión a la firma ALL Central



SA, según se desprende tanto de las normas que la regularon cuanto de la prueba documental aportada a la causa.

A. Las normas concernientes a la concesión.

En el marco de la ley 23.696 y del decreto 666/1989 —en el que para hacer efectiva la privatización, en lo aquí interesa, del servicio de transporte de cargas, se previó la utilización de la figura de la “concesión integral”—, el Poder Ejecutivo Nacional, mediante el decreto 41/1993, aprobó el contrato de concesión suscripto, el 29 de diciembre de 1992, entre el Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos y la firma Buenos Aires Al Pacífico San Martín (B.A.P. SA; que se hallaba en formación), con el objeto de explotar el sector de la red ferroviaria nacional integrado por el “remanente de la línea D. F. SARMIENTO” con exclusión del tramo urbano “Once de Setiembre-Mercedes”.

En el anexo 4.1 de dicho contrato está contenida la “Nómina de Estaciones, Patios de Maniobras y demás instalaciones de propiedad de FEMESA que integran la Concesión y son de uso exclusivo del Concesionario”. En esa nómina está comprendido el predio correspondiente a la estación “Haedo Cargas” (ver “Adjunto D”).

En el anexo 6.3, “Estaciones Habilitadas para el Servicio de Cargas”, de ese mismo contrato, figura la estación “M. J. HAEDO” bajo el “código 1027” de la “NOMINA DE ESTACIONES HABILITADAS PARA LOS SERVICIOS DE CARGA”.

Es útil señalar que la asamblea general extraordinaria de la firma Buenos Aires Al Pacífico San Martín aprobó, el 17 de octubre de 2001, el cambio de su denominación social por América Latina Logística – Central SA (fs. 83/84 del expediente administrativo de la Municipalidad de Morón nº 4079-38714/02), cambio que fue aprobado por la resolución nº 409/2001 del Ministerio de Infraestructura y Vivienda (ver la resolución nº 469/2013 del Ministerio de Transporte).

B. La prueba documental.

i. El plano del “Límite físico de la concesión” de la estación Haedo confeccionado por el ONABE (fs. 83 de esta causa) y su cotejo





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CONTENCIOSO

ADMINISTRATIVO FEDERAL, SALA I.

Causa n° 38.028/2005 “C. C. y otro c/ EN- M° Economía- Secretaria de Transporte y otros s/ daños y perjuicios” [juzgado n° 8].

con las declaraciones de las hermanas C.C y C.C. y con la inspección ocular realizada por la Policía de la Provincia de Buenos Aires contenidas en la causa penal (ver el acta elaborada por el comisario Jorge Mariano García y croquis, a fs. 12/14 de la causa penal, y punto **XXII** de este voto).

ii. El croquis policial que consta en la causa penal (fs. 14 de esa causa).

iii. La nota, del 5 de diciembre de 2000, remitida por el ONABE al Intendente de la Municipalidad de Morón, en la que se hizo referencia a los inmuebles concesionados a la firma B.A.P. SA en la localidad de Haedo (fs. 34/35 del expediente administrativo de la Municipalidad de Morón n° 4079-38714/02).

iv. La nota, que lleva fecha del 5 de octubre de 2001, dirigida por el ONABE al Intendente de la Municipalidad de Morón, con “relación a las gestiones iniciadas por ese Municipio ante este Organismo solicitando los inmuebles ferroviarios en jurisdicción de los TALLERES HAEDO, en el marco de la Ley n° 24.146”, en la que se precisó que “los inmuebles en cuestión se encuentran concesionados a la Empresa B.A.P S.A., por lo tanto se solicita tener un compás de espera, ya que se está tramitando la correspondiente desafectación ante la CNRT” (fs. 6 y 57 del expediente administrativo de la Municipalidad de Morón n° 4079-38714/02).

v. La nota interna elaborada, el 1° de julio de 2002, por la Secretaría General de Gobierno de la Municipalidad de Morón, en la que, tras ponerse de resalto que “el inmueble de los Talleres Haedo, ha sido concesionado a la Empresa B.A.P. S.A. (actualmente América Latina Logística – Central S.A.)”, se propuso firmar un convenio de uso con la firma ALL Central SA (fs. 1 del expediente administrativo de la Municipalidad de Morón n° 4079-38714/02).



vi. La nota, fechada el 20 de agosto de 2002, que la Municipalidad de Morón, en el marco del convenio de uso a suscribirse “sobre los terrenos correspondientes a los inmuebles de los Talleres Haedo”, envió a la firma América Latina Logística - Central SA para que le remitiera “la información y documentación necesarias para la tramitación del correspondiente expediente administrativo” (fs. 58 del expediente administrativo de la Municipalidad de Morón n° 4079-38714/02). Una nota idéntica fue cursada a dicha empresa el 12 de septiembre de 2002 (fs. 60 de ese expediente administrativo).

vii. La nota, fechada también el 20 de agosto de 2002, que la Municipalidad de Morón remitió al ONABE para que informara “si se ha concretado la desafectación de los inmuebles de los Talleres Haedo de la concesión a la empresa B.A.P. S.A.” (fs. 59 del expediente administrativo de la Municipalidad de Morón n° 4079-38714/02).

viii. La nota interna elaborada, el 9 de octubre de 2002, por la Secretaría General de Gobierno de la Municipalidad de Morón, en la que se dejó constancia de que no se habían “iniciado trámites de desafectación de la concesión otorgada a BAP del inmueble objeto de autos” (fs. 82 del expediente administrativo de la Municipalidad de Morón n° 4079-38714/02).

ix. La nota interna elaborada, el 20 de noviembre de 2002, por la Dirección de Asuntos Legales de la Municipalidad de Morón, en la que señaló que no existían “objeciones de índole legal que formular” para la firma del convenio (fs. 86/87 del expediente administrativo de la Municipalidad de Morón n° 4079-38714/02). Dos notas más relativas a ese mismo convenio fueron elaboradas posteriormente, el 3 de marzo y el 29 de julio de 2003, a raíz de las modificaciones propuestas por la firma concesionaria (fs. 112/113 y 156 de ese expediente administrativo).

x. La providencia del 18 de julio de 2003 de la Dirección de Inspección General de la Municipalidad de Morón en la que se dejó constancia de que “los predios corresponden al Estado Nacional





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CONTENCIOSO

ADMINISTRATIVO FEDERAL, SALA I.

Causa n° 38.028/2005 “C. C. y otro c/ EN- M° Economía- Secretaria de Transporte y otros s/ daños y perjuicios” [juzgado n° 8].

argentino, concesionados a la empresa ALL” (fs. 101 del expediente administrativo de la Municipalidad de Morón n° 4079-42475/98).

xi. La carta documento, fechada el 5 de agosto de 2003, por la cual la Municipalidad de Morón intimó a la firma concesionaria ALL Central SA a que fijara el lugar, la fecha y la hora para la suscripción del referido convenio de uso (fs. 162/163 del expediente administrativo de la Municipalidad de Morón n° 4079-38714/02).

xii. El convenio firmado, el 6 de agosto de 2003, por el Secretario de Seguridad Interior de la Nación, el Ministro de Seguridad de la Provincia Buenos Aires, el Intendente de la Municipalidad de Morón, la Secretaría de Transporte de la Nación, el ONABE y la empresa concesionaria América Latina Logística - Central SA, en el que se acordó, en cuanto ahora más interesa⁵, las siguientes estipulaciones:

“PRIMERA. La empresa ALL autoriza a las fuerzas de seguridad nacionales y provinciales a partir de la fecha de suscripción del presente a ingresar al predio en cuestión con el objeto de preservar la seguridad pública.

SEGUNDA. La empresa ALL autoriza al Municipio de Morón a realizar tareas de desmalezamiento y limpieza en el área en cuestión” (fs. 189 del expediente administrativo de la Municipalidad de Morón n° 4079-38714/02).

xiii. La nota, fechada el 12 de agosto de 2003, que el Intendente de la Municipalidad de Morón dirigió a la CNRT solicitándole que se procediera “a la inmediata y definitiva resolución del trámite de desafectación del predio ubicado en la jurisdicción de los talleres de Haedo [...] cuya concesión fuera otorgada a BAP S.A., actualmente América Latina Logística S.A. (ALL S.A.) [...]” (fs. 226/228 del expediente administrativo Municipalidad de Morón n° 4079-38714/02).

⁵ En el punto **XXII**, se transcribirá el convenio con mayor extensión.



—Nota, que también lleva fecha del 12 de agosto de 2003, remitida por el Intendente de la Municipalidad de Morón al ONABE, “con relación al predio ubicado en la jurisdicción de los talleres Haedo”, requiriéndole que diera “curso al trámite de desafectación de dicho predio de la concesión otorgada a B.A.P. S.A., actualmente América Latina Logística S.A. (ALL S.A.), con el objeto de obtener la tenencia [...]” (fs. 229/231 del expediente administrativo de la Municipalidad de Morón nº 4079-38714/02).

XV. Dado que las partes condenadas patrimonialmente — esto es, la firma ALL Central SA y la CNRT— apelaron la sentencia de primera instancia y que la parte actora apeló el rechazo de la demanda respecto de las restantes partes codemandadas —es decir, el Estado Nacional, el ONABE, la Municipalidad de Morón y la firma TBA SA—, por razones lógicas debe examinarse, en primer lugar, la responsabilidad de cada una de las partes codemandadas.

XVI. Es conveniente, a mi modo de ver, comenzar ese examen por la firma ALL Central SA.

XVII. Preliminarmente resulta necesario dar respuesta a la objeción que la firma recurrente ofrece en el sentido de que la sentencia apelada es contradictoria porque la consideró como “guardián de la cosa en los términos del artículo 1113 del Código Civil dentro de la órbita de [la] responsabilidad objetiva” y al mismo tiempo la “enmarca dentro del incumplimiento contractual”.

Esa contradicción no está configurada.

Las referencias a la condición de “guardián” del predio y al “escenario riesgoso” que se hizo en la sentencia apelada están vinculadas con la línea argumentativa allí desarrollada a partir del incumplimiento de diversas obligaciones contractuales relativas a la concesión, anudada a la invocación del artículo 1107 del Código Civil.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CONTENCIOSO

ADMINISTRATIVO FEDERAL, SALA I.

Causa n° 38.028/2005 “C. C. y otro c/ EN- M° Economía- Secretaria de Transporte y otros s/ daños y perjuicios” [juzgado n° 8].

Dichas referencias no se relacionan, como alega la firma apelante, con el esquema de la responsabilidad extracontractual objetiva. Puede advertirse, en ese sentido, que la jueza de primera instancia señaló expresamente que “la responsabilidad del concesionario no puede fundarse en el art. 1113 del C.C.”.

XVIII. Una vez desestimada esa alegada contradicción, debe ponerse de relieve que la firma recurrente no controvierte la aplicación del artículo 1107 del Código Civil, que, cabe aclarar—como bien lo hizo la jueza de primera instancia— se hallaba vigente al momento en que se produjeron los daños y por tanto es aplicable en este juicio.

Empero, dicha parte sí controvierte: (i) que haya existido un incumplimiento de las obligaciones contractuales; y (ii) que se encuentre configurado un “nexo causal entre la obligación de mantenimiento y conservación de los bienes del predio de mi mandante y el daño ocasionado a las menores”.

XIX. Corresponde, por tanto, en primer término, examinar si la asignación de antijuridicidad a la conducta de la firma apelante, a la luz del artículo 1107 del Código Civil, fue correctamente decidida en la sentencia de primera instancia sobre la base de diversos incumplimientos contractuales allí anotados.

XX. Con esa finalidad, es imprescindible acudir a las normas referentes a la concesión:

—De acuerdo con el pliego de bases y condiciones de la licitación pública nacional e internacional para la concesión integral del sector de la red ferroviaria nacional integrada por la línea San Martín y el remanente de la línea Sarmiento —aprobado, como se dijo, mediante la resolución n° 5/1991 del Ministerio de Economía y Obras y Servicios



Públicos—, el “Concesionario será el único responsable por el buen estado de conservación de todos los edificios y obras complementarias de los que tome posesión y tomará todos los recaudos necesarios para entregarlos en condiciones de uso normal al finalizar la Concesión. Dentro del rubro ‘Edificios y obras complementarias’ se incluyen entre otros: a) Estaciones y apeaderos; b) Plataformas y andenes; c) Edificios de oficinas; d) Viviendas; e) Galpones; f) Talleres, Depósitos de locomotoras y Estaciones de Servicio; g) Desvíos para material remolcado y Estaciones Revisoras; h) Tinglados; i) Cobertizos; j) Cabinas de señales; k) Cercos y veredas; l) Depósitos y Almacenes” (artículo 32.6.3).

—En el contrato de concesión suscripto entre el Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos y la firma Buenos Aires Al Pacífico San Martín —aprobado, como se dijo, mediante el decreto 41/1993 del Poder Ejecutivo Nacional— se previó, dentro del “RÉGIMEN DE INTERCAMBIO DE CARGA EN PUNTOS LÍMITES DE LA CONCESIÓN” acordado entre Ferrocarriles Argentinos y la empresa Buenos Aires al Pacífico – San Martín SA, que la “Tenedora empleará en el mantenimiento de la infraestructura, vías férreas e instalaciones complementarias a su cargo, una atención, idoneidad, eficiencia y diligencia suficiente” (anexo 6.1.1, cláusula “DÉCIMO SEGUNDA – MANTENIMIENTO DE LA INFRAESTRUCTURA”).

XXI. Es innegable, pues, que existía una exigencia contractual de mantener el buen estado de conservación de todos los edificios y de todas las obras e instalaciones complementarias, y que ese mantenimiento requería, en términos concretos, “atención, idoneidad, eficiencia y diligencia suficiente”.

Tal como afirmó la CNRT al contestar la demanda: (i) “corresponde a la empresa concesionaria mantener el buen estado del servicio, trenes, como así también los espacios físicos que le corresponden según el contrato existente”; (ii) del contrato de





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CONTENCIOSO

ADMINISTRATIVO FEDERAL, SALA I.

Causa n° 38.028/2005 “C. C. y otro c/ EN- M° Economía- Secretaria de Transporte y otros s/ daños y perjuicios” [juzgado n° 8].

concesión surge “un principio genérico sobre la responsabilidad de los bienes muebles e inmuebles incluidos en la Concesión, entre los cuales se encuentran, evidentemente, los elementos que hacen a la señalización, el espacio físico y terrenal que [...] abarcan, como así también en lo que hace a las cercas y rejas para impedir el acceso a personas o automóviles a las vías”.

No es dudosa, por tanto, la razonabilidad de interpretar, como lo hizo la jueza de primera instancia, que, en el marco normativo enunciado, esos deberes se traducían, cabalmente, en la obligación de hacer efectivo el cercamiento, la iluminación, el desmalezamiento y la limpieza, en orden al buen mantenimiento del predio.

Y ello es así, sobre todo, si se repara en las características propias de la noción jurídica de la concesión.

En efecto:

—La Corte Suprema de Justicia de la Nación, al referirse a la naturaleza de la concesión —en términos generales—, consideró que comporta “un acto jurídico de derecho público que tiene por fin esencial organizar *un servicio de utilidad general*. Y partiendo de la realización de tal propósito, su rasgo característico consiste en delegar en un concesionario, aquella parte de la autoridad del Estado o de sus cuerpos administrativos, reputada indispensable para hacer efectiva, dentro de ciertas bases establecidas por la misma concesión o por los principios del derecho administrativo, la remuneración de los capitales puestos a contribución en la realización de la empresa pública” (Fallos: 141:190; esa definición fue reproducida por Rodolfo Bullrich, en “La naturaleza jurídica de la concesión de los servicios públicos”, J. Menéndez, 1936, páginas 65 y siguientes; el destacado no aparece en el texto original).

—La doctrina ha señalado, con referencia a la concesión de servicios públicos, que “[...] las cláusulas de la concesión son pactadas también en beneficio de los *usuarios* del servicio público, quienes



pueden invocarlas o prevalerse de ellas, tanto para obtener el servicio público (que es general y uniforme) como para obligar al concesionario a prestar ese servicio en forma regular, continua [...]” y que “el servicio público cuya explotación se concede *debe ser realizado en la forma convenida y exigida por el interés público* [...] tal es el objeto principal y, en sentido estricto, el *fin* de la concesión” (Bielsa, Rafael, “Derecho Administrativo”, La Ley, 1964, Tomo II, páginas 261/262 y 274).

Y ha indicado que “[...] determinados contratos ‘administrativos’ surten efectos, o pueden surtirlos, con relación a ‘terceros’. Es lo que ocurre en las concesiones de servicios públicos [...] donde el objeto o contenido del contrato repercute principal y esencialmente en la esfera jurídica de terceros”, enfatizando que “[...] el fundamento que justifica jurídicamente extender a terceros los efectos de contratos administrativos como [concesión de servicios públicos] consiste en que esas concesiones las conviene u otorga la Administración Pública —“Estado”, lato sensu— en *beneficio público*, en interés *público*, para el ‘pueblo’” (Marienhoff, Miguel S., “Tratado de Derecho Administrativo”, Abeledo Perrot, 1994, Tomo III-A, páginas 333 y siguientes).

—Esta cámara consideró que el deber de control común a todas las concesiones consiste en que el concesionario, como entidad técnica especializada, vele por el estado de conservación, mantenimiento y señalización (Sala V, causa “*Cerda Miguez Gustavo Fabián y otros c/ EN -Mº y OSPyT -OCRABA y otros s/ daños y perjuicios*”, pronunciamiento del 22 de agosto de 2005).

XXII. Las condiciones defectuosas, o, como se dice con total claridad en varias piezas de las actuaciones administrativas, el estado de abandono en el que se hallaba el predio en el momento en que se produjeron los hechos delictivos —desde un prolongado tiempo hacia atrás—, encuentra suficientes pruebas en la documentación que se detalla a continuación:





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CONTENCIOSO

ADMINISTRATIVO FEDERAL, SALA I.

Causa n° 38.028/2005 “C. C. y otro c/ EN- M° Economía- Secretaria de Transporte y otros s/ daños y perjuicios” [juzgado n° 8].

—Nota, del 23 de octubre de 2000, remitida por el Intendente de la Municipalidad de Morón al ONABE, en la que solicitó que *“se resuelva con carácter previo y hasta se concrete la Cesión de Dominio, la tenencia precaria del predio sito en la Ciudad de Haedo, Partido de Morón, identificado catastralmente como Circunscripción III, Sección J; sobre la calle Intendente Eliseo Goría. Ello pues resulta indispensable que el aludido predio sea cedido a la Municipalidad de Morón, por cuestiones que hacen a la [...] seguridad pública, ello en razón que, el citado predio, conforma un baldío que genera inseguridad para el vecindario [...] En este contexto se entiende que el Municipio arbitra las medidas de rigor, con el fin de asegurar la satisfacción de las necesidades de la población, entre las que se encuentran la seguridad y la salubridad. Por ello se solicita que [...] se permita al Municipio administrar y poseer físicamente al predio, ello a fin de instrumentar medidas que garanticen la seguridad, la higiene y la salubridad de los vecinos”* (fs. 32 del expediente administrativo de la Municipalidad de Morón n° 4079-38714/02).

—Nota, que lleva fecha del 22 de enero de 2001, enviada por varios vecinos de Haedo a la Secretaría de Gobierno del Municipio de Morón, en la que expresaron: “El vecindario de Haedo Norte abajo firmantes le solicitamos tenga la bondad, de disponer la custodia urgente durante las 24 horas del predio ubicado en la calle Intendente Goría 780 entre General Actis y Vuelta de Obligado, recientemente desocupado y en peligro inminente de ser objeto de hurtos de su frente de chapas metálicas y de ser invadido por intrusos, circunstancia peligrosa y previsible”. Con esa nota adjuntaron diversas fotos del lugar (fs. 45/49 del expediente administrativo de la Municipalidad de Morón n° 4079-38714/02).

—Nota, fechada el 9 de abril de 2001, dirigida por la Municipalidad de Morón al ONABE, en el marco de “la solicitud de



transmisión de dominio” a favor de ese municipio, en la que adjuntó documentación que le había sido requerida, y solicitó “que tenga a bien imprimirle, a la solicitud que tramita [...] carácter de Pronto Despacho, ello debido a que el actual estado de abandono del predio atenta contra el interés general [...] En este sentido importante es destacar que de las fotos que, en original se adjuntan, de la nota remitida por los vecinos [...] emerge claramente, el estado de abandono que acomete al predio que nos ocupa, circunstancia que atenta contra la higiene y la seguridad pública, con los consecuentes perjuicios que esto genera [...] en la comunidad. Es en este marco de situación donde, el Municipio, con el fin de velar por la seguridad pública [...] solicita, sin perjuicio del trámite de transmisión de dominio ya iniciado, que, en un plazo de treinta días [...] se lo autorice, expresa o tácitamente [...], a tomar la tenencia precaria del inmueble y a proceder a la limpieza del predio, a su parquización, uso y cuidado, esto con el objeto de evitar que posibles daños o perjuicios se originen como consecuencia del estado de situación actual” (fs. 40/41 del expediente administrativo de la Municipalidad de Morón nº 4079-38714/02).

—Nota, que lleva fecha del 20 de agosto de 2002, que la Municipalidad de Morón remitió al ONABE para que informara “si se ha concretado la desafectación de los inmuebles de los Talleres Haedo de la concesión a la empresa B.A.P. S.A.”, y en la que manifestó “la necesidad de los vecinos de la zona de contar con dichos espacios para [...] mantenerlos en óptimas condiciones de higiene y salubridad para evitar situaciones que afectan a la seguridad del barrio”, por lo cual “en el caso de no haberse concretado la desafectación, el Municipio celebraría un convenio de uso con la concesionaria para asegurar el cumplimiento de los objetivos señalados precedentemente” (fs. 59 del expediente administrativo de la Municipalidad de Morón nº 4079-38714/02 y punto **XIV** de este voto).

—Nota interna elaborada, el 9 de octubre de 2002, por la Secretaría General de Gobierno de la Municipalidad de Morón, en la que





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CONTENCIOSO

ADMINISTRATIVO FEDERAL, SALA I.

Causa n° 38.028/2005 “C. C. y otro c/ EN- M° Economía- Secretaria de Transporte y otros s/ daños y perjuicios” [juzgado n° 8].

se dejó constancia de que no se habían “iniciado trámites de desafectación de la concesión otorgada a BAP del inmueble objeto de autos” (fs. 82 del expediente administrativo de la Municipalidad de Morón n° 4079-38714/02 y punto **XIV** de este voto).

—Carta documento, fechada el 5 de agosto de 2003, por la cual el Intendente de la Municipalidad de Morón intimó a la firma concesionaria ALL Central SA a que fijara el lugar, la fecha y la hora para la suscripción del referido convenio de uso. Allí el Intendente puso de resalto que “el inmueble referido se encuentra en toda su extensión en absoluto estado de abandono por parte de ALL, en pésimas condiciones sanitarias y de higiene, sin iluminación, y creando un ámbito propicio para el delito que ya ha cobrado víctimas, sin perjuicio de lo que no hemos hallado sino pasividad y obstáculos a la hora de concretar el convenio aludido”; y al mismo tiempo enfatizó que “por las consideraciones expuestas estimo imprescindible se transfiera al Municipio la tenencia del inmueble en cuestión a los efectos de librar a los vecinos de Haedo del foco de peligro para su seguridad y salubridad que el bien a ALL concesionado representa dada las condiciones en las que se halla y las que fueran materia de conversaciones con el Sr. Ministro de Seguridad de la Provincia” (fs. 162/163 del expediente administrativo de la Municipalidad de Morón n° 4079-38714/02 y punto **XIV** de este voto).

—Notas firmadas por los vecinos de Haedo, el 5 de agosto de 2003, en las que “ante el **ESTADO GENERAL DE INSEGURIDAD** que vivimos”, exigieron: “Regularizar la situación de **PRECARIEDAD E INHUMANIDAD** en que se encuentran los conciudadanos que [...] ocupan los terrenos ferroviarios linderos a la UNIDAD DE GESTIÓN COMUNITARIA NÚMERO DOS de Haedo”; “Limpieza total de dichos predios, su iluminación, cercado, retiro de vagones y/o de todo otro elemento existente que atente contra la seguridad y salud del lugar y de



los vecinos”; y “A partir de allí tomar las medidas tendientes al control permanente de la zona, a fin de evitar que las circunstancias actuales [...] vuelvan a suceder” (fs. 168/188 vta. del expediente administrativo de la Municipalidad de Morón n° 4079-38714/02).

—Convenio —transcripto parcialmente en el punto **XIV** de este voto— firmado, el 6 de agosto de 2003 por el Secretario de Seguridad Interior de la Nación, el Ministro de Seguridad de la Provincia Buenos Aires, el Intendente de la Municipalidad de Morón, la Secretaría de Transporte de la Nación, el ONABE y la empresa concesionaria América Latina Logística - Central S.A., en el que acordaron, en cuanto aquí más interesa, las siguientes estipulaciones:

“PRIMERA. La empresa ALL autoriza a las fuerzas de seguridad nacionales y provinciales a partir de la fecha de suscripción del presente a ingresar al predio en cuestión con el objeto de preservar la seguridad pública.

SEGUNDA. La empresa ALL autoriza al Municipio de Morón a realizar tareas de desmalezamiento y limpieza en el área en cuestión.

TERCERA. La empresa ALL se compromete al traslado de los vagones que se encuentran en los predios concesionados que estén en condiciones de ser traccionados sobre vías. Asimismo, se compromete a traccionar aquellos vagones que no le hayan sido concesionados y que cuenten con la autorización correspondiente del tenedor legítimo. Asimismo, trasladará los vagones que le hayan sido concesionados y no se hallaren en condiciones de ser traccionados.

CUARTA. El ONABE presta en este acto su conformidad para la remoción de los vagones que, siendo de su dominio, se encontraren en condiciones de ser traccionados por vía. Asimismo, asume el compromiso de prestar colaboración para el traslado del material de su dominio que no pudiere ser traccionado.

QUINTA. ALL asume la responsabilidad en las tareas de coordinación para el traslado y la remoción de los vagones.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CONTENCIOSO

ADMINISTRATIVO FEDERAL, SALA I.

Causa n° 38.028/2005 “C. C. y otro c/ EN- M° Economía- Secretaria de Transporte y otros s/ daños y perjuicios” [juzgado n° 8].

SEXTA. A los efectos de la remoción de aquellos vagones que no fueren susceptibles de ser traccionados por vía, la Secretaría de Transporte de la Nación intimará a los tenedores a la remoción perentoria de los mismos.

SEPTIMA. A los efectos del traslado y remoción de los vagones la empresa ALL procederá a realizar un relevamiento del estado de los mismos lo que se concretará entre los días 7 y 9 de agosto de 2003, procediendo a notificar al ONABE, la Secretaría de Transporte de la Nación y al Municipio de Morón del resultado obtenido” (fs. 189 del expediente administrativo de la Municipalidad de Morón n° 4079-38714/02).

Al 11 de agosto de 2003 —como dato complementario— la empresa ALL Central SA no había cumplido la estipulación contenida en la cláusula SÉPTIMA del convenio, omisión que dio lugar a la carta documento remitida por el municipio en esa misma fecha (fs. 215 y 220 del expediente administrativo de la Municipalidad de Morón n° 4079-38714/02).

—Nota, fechada el 12 de agosto de 2003, que el Intendente de la Municipalidad de Morón dirigió a la CNRT solicitándole que procediera “a la inmediata y definitiva resolución del trámite de desafectación del predio ubicado en la jurisdicción de los talleres de Haedo [...] cuya concesión fuera otorgada a BAP S.A., actualmente América Latina Logística S.A. (ALL S.A.), con el objeto de obtener la tenencia [...] en el marco de la Ley 24.146. En efecto, el Municipio de Morón, a través del Expediente ONABE N° 027/00 -ENABIEF N° 1044/00, inició las actuaciones pertinentes ante el Organismo Nacional de Administración de Bienes del Estado a fin de obtener la tenencia del predio y su posterior transferencia en los términos y condiciones establecidos por la Ley mencionada precedentemente [...] No obstante ello, dicha desafectación no se ha concretado; por lo cual, y con el objeto



de garantizar el mantenimiento del bien y su aprovechamiento, se iniciaron las gestiones pertinentes ante ALL S.A. a fin de conseguir el permiso para poder ingresar a los terrenos, proceder a su limpieza y obtener un espacio digno y seguro para la comunidad [...] Sin embargo, no obtuvimos a cambio más que prácticas dilatorias que impidieron el actuar oportuno del Municipio, con el que se hubieren evitado los hechos lamentables que ocurrieron en el ámbito de dicho predio y que son de público y notorio conocimiento [...] En fecha 6 de agosto [...] se celebró un acuerdo con A.L.L. SA por el cual el Municipio obtuvo autorización para ingresar al predio, al solo efecto de ‘...realizar tareas de desmalezamiento y limpieza en el área en cuestión...’. Al día de la fecha el Municipio ha realizado dichas tareas procediendo también a su iluminación, mejorando de este modo las condiciones en que el mismo se hallaba [...] Resulta indispensable que dicho inmueble sea cedido a la Municipalidad de Morón por razones que hacen a la satisfacción de las necesidades de los vecinos, seguridad, salubridad [...]” (fs. 226/228 del expediente administrativo de la Municipalidad de Morón nº 4079-38714/02 y punto **XIV** de este voto).

—Nota, que también lleva fecha del 12 de agosto de 2003, remitida por el Intendente de la Municipalidad de Morón al ONABE, “con relación al predio ubicado en la jurisdicción de los talleres Haedo”, requiriéndole que diera “curso al trámite de desafectación de dicho predio de la concesión otorgada a B.A.P. S.A., actualmente América Latina Logística S.A. (ALL S.A.), con el objeto de obtener la tenencia [...] en el marco de la Ley 24146 [...] Cabe destacar que el Municipio [...], a través de las actuaciones incoadas ante ese organismo ya hace largo tiempo, ha demostrado interés en tener la tenencia de dichos inmuebles [...] Así con el objeto de garantizar el mantenimiento del bien y su aprovechamiento, se iniciaron las gestiones pertinentes ante ALL S.A. a fin de conseguir el permiso para poder ingresar a los terrenos, proceder a su limpieza y obtener un espacio digno y seguro para la comunidad [...] Sin embargo, no obtuvimos a cambio más que prácticas dilatorias





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CONTENCIOSO

ADMINISTRATIVO FEDERAL, SALA I.

Causa n° 38.028/2005 “C. C. y otro c/ EN- M° Economía- Secretaria de Transporte y otros s/ daños y perjuicios” [juzgado n° 8].

que impidieron el actuar oportuno del Municipio, con el que se habrían evitado los hechos lamentables que ocurrieron en el ámbito de dicho predio y que son de público y notorio conocimiento. Al día de la fecha el Municipio ha realizado tareas de desmalezamiento, limpieza general del predio e iluminación mejorando de este modo las condiciones en que el mismo se encontraba [...] Considerando el estado de abandono de los terrenos, debe advertirse que los mismos no han sido ni son utilizados por la concesionaria en el marco del objeto de la concesión oportunamente otorgada” (fs. 229/231 del expediente administrativo de la Municipalidad de Morón n° 4079-38714/02 y punto XIV de este voto).

—En la inspección ocular efectuada por la policía de la Provincia de Buenos Aires el día en que se produjeron los hechos delictivos, es decir el 1º de agosto de 2003 —a raíz de la denuncia formulada por ambas hermanas—, se constató —una vez que se llegó “al lugar donde se ha producido el hecho materia de investigación”— que “existe un tejido de alambre el cual se halla caído en uno de sus extremos, lugar por el cual se puede entrar y salir sin dificultad al predio donde nos hallamos” y que “el lugar en horario nocturno se halla totalmente a oscuras, no existiendo en el predio iluminación artificial” (ver el acta elaborada por el comisario Jorge Mariano García y croquis, a fs. 12/14 de la causa penal).

—En la inspección pericial realizada, también el 1º de agosto de 2003, “a los fines de verificar la existencia de rastros papilares y/o huellas indiciarias que configuren una prueba de determinación u orientación para el esclarecimiento del hecho que se investiga”, se puso de relieve que en el lugar —“tratándose de un lote baldío”— se visualizaba “un montículo de bloques de material concreto, con árboles y abundante maleza, y desnivel del terreno, donde se



encuentra un tanque de color azul, levemente aplastado, con signos de oxidación” (ver informe y fotos, a fs. 61/65 vta. de la causa penal).

XXIII. Cobra importancia, por su comprobado acierto, la afirmación que la parte actora hizo en la demanda en el sentido de que sólo “con posterioridad a los hechos que motivan la presente demanda” se cercó el perímetro del inmueble, se desmalezó, se limpió y se iluminó el predio.

XXIV. La firma recurrente, que admite explícitamente que tenía a su cargo “[el] cuidado de los bienes que integran la concesión”, intenta refutar la antijuridicidad de su conducta por medio de las siguientes expresiones: (i) El “estado de conservación de los bienes no generó el daño causado a las menores [...] no impidió que el violador las ultrajara sexualmente”; (ii) No “está previsto en ningún lado qué clase de iluminación debe tener” el predio; (iii) “¿[D]e dónde surge la obligatoriedad de vigilancia de los terrenos de ferrocarriles las 24 horas del día?”; “¿Por qué sería necesaria la iluminación de una zona en la que ni siquiera tienen que transitar los peatones?”.

XXV. Esas expresiones no tienen idoneidad para rebatir las conclusiones precedentes acerca de esa antijuridicidad, en atención a las razones que expuse al fundarlas.

En cuanto, particularmente, a la aseveración concerniente a que el “estado de conservación de los bienes [...] no impidió que el violador las ultrajara sexualmente”, a mi modo de ver el razonamiento es inverso: precisamente se le atribuye y se le imputa responsabilidad patrimonial a partir del estado de abandono del predio como un incumplimiento contractual que ya fue examinado.

XXVI. A la par la firma recurrente dice: “[N]o estamos aquí ante un caso de lesiones propias del alegado mal estado del predio,





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CONTENCIOSO

ADMINISTRATIVO FEDERAL, SALA I.

Causa n° 38.028/2005 “C. C. y otro c/ EN- M° Economía- Secretaria de Transporte y otros s/ daños y perjuicios” [juzgado n° 8].

como podría haber sido el de una persona lastimada al tropezar con una piedra o al rozar un alambre o hierro sobresaliente. En este caso, sí se podría discutir una posible responsabilidad de mi mandante por un daño derivado del mal estado de conservación de las cosas que integran el predio. Y entonces el daño se habría producido ‘con la cosa’ y no por un tercero, como es el caso de autos”.

Empero, no alcanzo a comprender por qué razón si en ese predio “no tenían que transitar los peatones” —según alega la firma apelante—, sí podría discutirse una posible responsabilidad de la firma en el caso en que una persona hubiera sufrido un daño al tropezar con una piedra o al rozar un alambre o hierro sobresaliente en ese mismo predio.

XXVII. Es ineludible atender a la gran cantidad de sanciones que la CNRT impuso a la firma ALL Central SA a raíz de los innúmeros incumplimientos relativos a “la falta de mantenimiento en playas de carga de estaciones [...] entre la que se encuentra la correspondiente a la estación Haedo” (ver, a fs. 126/144, la nota del 16 de julio de 2006 confeccionada en el ámbito interno de la CNRT por la Gerencia de Concesiones Ferroviarias y la planilla anexa, aportadas como prueba documental por ese ente).

XXVIII. Dichos incumplimientos, y sus correlativas sanciones, debieron intensificar la obligación de la firma apelante —que ya tenía en su condición de empresa dedicada a la explotación del servicio concesionado— de obrar con prudencia y con pleno conocimiento de las cosas, de acuerdo con las circunstancias de tiempo y lugar, conforme a los artículos 512 y 902 del Código Civil (Fallos 342:1011; y esta sala, causa “Castro Jorge Adrián y otro c/ PEN- Ley



25561- DTOS 1570/01, 214/02 (RIO) s/ daños y perjuicios”, pronunciamiento del 6 de noviembre de 2014).

XXIX. La sentencia de primera instancia, en suma, decidió correctamente la determinación del incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de la firma ALL Central SA —respecto del mantenimiento y de la conservación del predio— y la asignación de antijuridicidad a su conducta.

XXX. En segundo término, corresponde examinar si hay un nexo de causalidad entre la conducta antijurídica de la firma recurrente y los daños sufridos por las hermanas C.C. y C.C.

Con ese propósito, debe acudirse, tal como lo ha hecho esta sala, a las reglas vigentes en el momento en que aquéllos se produjeron, es decir a las disposiciones de los artículos 901 a 906 del Código Civil que, como es sabido, receptaron la llamada tesis de la causalidad adecuada, según lo ha expresado la Corte Suprema (Fallos: 308:2095; 313:284; 330:2748; y esta sala, causa “*Castro*”, citada).

XXXI. El Máximo Tribunal, en el precedente de Fallos: 330:563 (“*Mosca*”), al referirse al esquema que establecían los artículos 901 a 906 del Código Civil (en el capítulo relativo a la responsabilidad del Club Atlético Lanús), y tras haber destacado que no había “un testigo directo que haya observado la secuencia completa de los hechos” (en ese caso, cabe recordar, “quién lanzó la piedra”) y que “verdaderamente esa prueba es no sólo difícil sino casi imposible”, definió claramente que el “régimen causal exige el curso normal y ordinario de las cosas [...] y, por lo tanto, la regla es que, demostradas varias posibilidades, hay que estar a la más probable, si se ha demostrado claramente esa probabilidad” (considerando 7º).

A la luz de esas reglas, aquí no resulta discutible razonablemente, como propone la firma ALL Central SA, la conclusión





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CONTENCIOSO

ADMINISTRATIVO FEDERAL, SALA I.

Causa n° 38.028/2005 “C. C. y otro c/ EN- M° Economía- Secretaria de Transporte y otros s/ daños y perjuicios” [juzgado n° 8].

de que en un terreno caracterizado por el abandono era previsible la comisión de hechos ilícitos como los que sufrieron las hermanas C.C y C.C. Puede decirse, bien por el contrario, que dicho lugar, por desolado, era proclive a la comisión de hechos semejantes, y que “la aparición de forajidos no es un hecho imprevisible para el empresario transportista” (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H, causa “P., M. R. c/ *Metrovías S.A.*”, pronunciamiento del 24 de febrero de 2012).

Desde una mirada experta en urbanismo con perspectiva de género se ha descrito claramente la necesidad de visibilizar los escenarios de riesgo para las mujeres:

—“En 2008, UN-Habitat, WICI y otras organizaciones definían seguridad de las mujeres como estrategias, prácticas y políticas públicas que tienen como objetivo reducir la violencia de género. Incluyendo el miedo o la percepción de inseguridad de las mujeres. Seguridad de las mujeres se refiere a [...] Espacios seguros: El espacio no es neutro. Hay espacios que causan miedo y eso limita el movimiento y su uso por parte de las mujeres, lo que es una forma de exclusión social. Por lo tanto, el diseño del espacio puede contribuir a incrementar la sensación de seguridad y a reducir la posibilidad de violencia en un lugar determinado” (Ortiz Escalante, Sara, *“Espacio público, género e (in)seguridad. Teorías y experiencias”*, en Carmen Cortés Zaborras (coord.) *“Jornadas Urbanismo y Género. Ciudades en Construcción”*. Perséfone. Ediciones electrónicas de la AEHM/UMA, 2014, páginas 48 y siguientes).

—“La inseguridad es un obstáculo para que las mujeres sean ciudadanas totalmente activas, ya que impide que participen de la vida pública cuando el lugar y la hora no son las ‘convenientes’” (Kolektiboa Hiria, *“Repensando el proyecto urbano desde la perspectiva de género. Mapas de la Ciudad Prohibida para las Mujeres”*, en Blanca Gutiérrez Valdivia & Adriana Ciocoletto (coordinación), *“Estudios*



urbanos, género y feminismo”, Col·lectiu Punt 6, 2012, páginas 367 y siguientes).

—“En concreto, las mujeres han sido excluidas de la noche debido a cómo sus cuerpos han sido definidos y controlados socialmente. La noche ha sido históricamente conceptualizada como un tiempo y espacio peligroso y prohibido para las mujeres (Wilson, 1991; Hooper, 1998). En consecuencia, las mujeres que transgreden este imaginario y utilizan el espacio público en la noche son aún vistas como fuera de lugar en muchos contextos” (Ortiz Escalante, Sara, *“El lado nocturno de la vida cotidiana: un análisis feminista de la planificación urbana nocturna”*, kultur - Revista interdisciplinària sobre la cultura de la ciutat, vol. 4, n°7, 2017, páginas 55 y siguientes).

—Las violencias que se ejercen en los espacios públicos, como aquellas que tienen lugar puertas adentro, avasallan los cuerpos de las mujeres (Falú, Ana, *“Violencia y discriminaciones en las ciudades”*, en A. FALÚ (ed.), *“Mujeres en la Ciudad. De Violencias y Derechos”*. Santiago de Chile: Red Mujer y Hábitat de América Latina y Ediciones Sur, 2009; citada por Ortiz Escalante, en *“Espacio público, género e (in)seguridad”*).

—“[T]iene que garantizar[se] que no existan esas zonas inhóspitas entre las casas y el tejido urbano. Es decir: si quedan territorios vacantes hay que garantizar que estén limpios, iluminados y que exista algún tipo de control, ya que sabemos que implican algún peligro adicional”; “Los recorridos por lugares inhóspitos, descampados, o calles oscuras; esos lugares abandonados o residuales se tornan en paisaje urbano que son trampas para las mujeres y potencian oportunidades para las violencias de género” (Ana Falú, nota publicada en www.clarin.com, 3 de junio de 2016, Sección Arquitectura).

XXXII. Adquiere pleno sentido, pues, la afirmación que la parte actora expuso en la demanda relativamente a que las violaciones





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CONTENCIOSO

ADMINISTRATIVO FEDERAL, SALA I.

Causa n° 38.028/2005 “C. C. y otro c/ EN- M° Economía- Secretaria de Transporte y otros s/ daños y perjuicios” [juzgado n° 8].

que sufrieron las dos hermanas adolescentes, “no podría haber ocurrido del modo que aconteció” si el inmueble entregado en concesión pública no hubiera sido convertido, como consecuencia de los diversos incumplimientos, “en un reducto propicio al delito”.

Una prueba elocuente de esa afirmación es el hecho de que las hermanas fueron conducidas obligadamente hasta el predio involucrado. En la inspección ocular realizada en la causa penal —cabe recordar: el 1º de agosto de 2003— se hizo una clara descripción del trayecto final de ese recorrido: “[...] se halla el túnel o cruce bajo nivel de Haedo, ingresando al cruce peatonal del túnel por su lado derecho, sin cruzarlo por debajo de las vías, sino (...) por la parte superior, produciendo el cruce de las vías férreas por sobre estas; que una vez traspuestas, hacia el lado sur, llegamos a un amplio terreno [...] donde se puede observar caminos hechos sobre el pastizal, que nos indica que por el lugar asiduamente suelen caminar personas; continuando con el recorrido y tras recorrer unos treinta metros (...) llegamos al lugar donde se ha producido el hecho materia de investigación” (fs. 12/13 de la causa penal).

La alegación planteada por la firma ALL Central SA relativamente a que “las obligaciones de conservación y estado de los bienes del predio no hicieron que se produjera el hecho ilícito, ya que el violador igualmente hubiera cometido el delito”, se exhibe, pues, absolutamente conjetural e inconsistente, y, por ello, no resulta atendible.

Por tanto, el grado suficiente de probabilidad, según el “curso normal y ordinario”, normativamente previsto, quedó suficientemente demostrado (Fallos: 330:563), de modo que la conducta antijurídica de la firma ALL Central SA tiene una relación de causalidad adecuada con la producción de los daños sufridos por las hermanas C.C. y C.C.



XXXIII. Consiguientemente, corresponde rechazar las críticas ofrecidas por la firma recurrente y confirmar la sentencia apelada en tanto la condenó patrimonialmente.

XXXIV. El examen de los agravios debe continuar con la situación de la CNRT.

En primer lugar, es conveniente tratar la atribución de responsabilidad que se decidió en la sentencia recurrida a partir de la verificación de una omisión antijurídica.

XXXV. Es útil poner en claro que la parte actora presenta un caso de responsabilidad estatal por la conducta ilícita de la administración, con invocación de los artículos 1074 y 1112 del Código Civil.

XXXVI. Las cuestiones planteadas, y debatidas, en ese sentido, serán examinadas a partir del esquema de responsabilidad extracontractual del Estado por sus conductas ilícitas que la Corte Suprema construyó en torno de las nociones de la falta de servicio y de la teoría del órgano con apoyo normativo en el artículo 1112 del Código Civil.

Y ese examen, que naturalmente requiere la ponderación de las específicas circunstancias del caso, debe ser realizado con una mirada que tutele adecuadamente los derechos y los valores en juego, es decir, con perspectiva de género (puntos **VII** a **X** de este voto).

XXXVII. La Corte Suprema ha dicho, de una manera invariable en los últimos treinta años, que la configuración de la responsabilidad estatal está inescindiblemente vinculada con la comprobación de una “falta de servicio”, de un daño cierto, de una relación de causalidad entre la conducta estatal impugnada y el daño





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CONTENCIOSO

ADMINISTRATIVO FEDERAL, SALA I.

Causa n° 38.028/2005 “C. C. y otro c/ EN- M° Economía- Secretaria de Transporte y otros s/ daños y perjuicios” [juzgado n° 8].

cuya reparación se persigue, y de la posibilidad de imputar jurídicamente el daño al órgano estatal (Fallos: 306:2030; 318:77; 319:2824; 321:1776; 323:3973; 324:1243 y 3699; 327:1780; 330:563; 331:1690; 334:376; 341:1555; y causa CSJ 001568/2016/RH00117/03/2020 “*Rea, Segunda Manuela y otros s/ daños y perjuicios*”, pronunciamiento del 17 de marzo de 2020).

Al convalidar explícitamente el concepto de falta de servicio como factor de atribución, en una larga línea de pronunciamientos dictados a partir del conocido precedente “*Vadell*” (Fallos: 306:2030), construyó su fundamento en el artículo 1112 del Código Civil, como una noción que implica “una violación o anormalidad frente a las obligaciones del servicio regular”, y lo anudó: (i) a una concepción objetiva y (ii) a un factor de imputación directo, por la recepción de la “teoría del órgano”, toda vez que la actividad de los agentes, funcionarios u órganos “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” (Fallos: 321:1124; 328:2546; 330:563; 330:2748; 330:3447; 331:1690; 332:2328; 333:1404 y 1623; 334:376; y causa “*Rea, Segunda*”).

En ese sentido indicó que la idea objetiva de la falta de servicio, fundada —como se vio— en la aplicación del art. 1112 del Código Civil, traduce una responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito del derecho público, 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; y enfatizó ese aspecto al decir que “no se trata de un juicio sobre la conducta de los agentes sino sobre la prestación del servicio y, por ello, la responsabilidad involucrada no es subjetiva, sino objetiva” (Fallos: 329:2737; 330:563 y 3447; 331:1690; 341:1555).



Puso de relieve, por un lado, que la apreciación acerca de la “falta de servicio” comporta una evaluación en concreto que toma en cuenta la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño, de manera que el factor de atribución genérico deberá ser examinado en función de los cuatro elementos antes mencionados, mediante los que será posible aplicar en el caso concreto aquella regla general (Fallos: 321:1124 y 330:563; 332:2328; 334:376, voto de los jueces Lorenzetti y Petracchi; y causa “*Rea, Segunda*”).

Y explicó, por otro lado, que quien demanda tiene la carga de individualizar y probar, del modo más claro y concreto posible, cuál ha sido la actividad que específicamente se reputa como ejercicio irregular de la función, sin que baste al efecto con hacer referencia a una secuencia genérica de hechos y actos, sin calificarlos singularmente tanto desde la perspectiva de su idoneidad como factor causal en la producción de los perjuicios, como en lo atinente a su falta de legitimidad (Fallos: 318:74; 324:1243 y 3699; 329:3168; 330:563; 331:1730; 335:1433; 336:1642; 341:1555).

En esa misma senda se ha pronunciado esta sala de una manera constante (causas “*Escobar Aldao, Martín Adolfo c/ Cossio Ricardo Juan Alfredo s/ daños y perjuicios*”, “*Cruz Suiza Cia. de Seguros SA. c/ EN-SS resol. 28.431/01 s/ proceso de conocimiento*”, “*Gamarra, Viviana Jorgelina c/ DNV s/ daños y perjuicios*” y “*Chacón, Marina Araceli c/ EN – Mº Interior – PFA –Superintendencia de Bomberos y otros s/ daños y perjuicios*”, pronunciamientos del 20 de marzo de 2012, del 25 de junio de 2013, del 20 de octubre de 2016 y del 13 de marzo de 2018, respectivamente, entre muchas otras).

XXXVIII. La parte actora, al individualizar la conducta que reputa como ejercicio irregular de la función, reprocha a la CNRT no haber realizado un control adecuado del modo en que la empresa concesionaria llevaba a cabo sus obligaciones contractuales.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CONTENCIOSO

ADMINISTRATIVO FEDERAL, SALA I.

Causa n° 38.028/2005 “C. C. y otro c/ EN- M° Economía- Secretaria de Transporte y otros s/ daños y perjuicios” [juzgado n° 8].

Concretamente, señala que, pese a la condición de abandono en que se encontraba el predio concesionado y del consecuente peligro que esa condición proyectaba hacia la comunidad, el ente no prestó de un modo regular el servicio normativamente asignado de regulación y control sobre las obligaciones contractuales de la firma concesionaria ALL Central SA. Esa omisión antijurídica estatal, según la mirada de la parte actora, contribuyó a que no se haya evitado la comisión de los hechos delictivos que dieron origen a esta causa.

XXXIX. El factor de atribución general, la falta de servicio, debe ser aplicado en función de los cuatro elementos mencionados para hacer concreta la regla general (Fallos: 330:563; 332:2328; 334:376, voto de los jueces Lorenzetti y Petracchi; y causa “*Rea, Segunda*”).

Corresponde examinar —como primer elemento— la naturaleza de la actividad involucrada (ídem).

En ese sentido, el Máximo Tribunal esclareció que “resulta relevante diferenciar las acciones de las omisiones, ya que si bien esta Corte ha admitido con frecuencia la responsabilidad derivada de las primeras, no ha ocurrido lo mismo con las segundas. Respecto del último supuesto corresponde distinguir entre los casos de omisiones a mandatos expresos y determinados en una regla de derecho, en los que puede identificarse una clara falta del servicio, de aquellos otros casos en los que el Estado está obligado a cumplir una serie de objetivos fijados por la ley sólo de un modo general e indeterminado, como propósitos a lograr en la mejor medida posible. La determinación de la responsabilidad civil del Estado por omisión de mandatos jurídicos indeterminados debe ser motivo de un juicio estricto y basado en la ponderación de los bienes jurídicos protegidos y las consecuencias generalizables de la decisión a tomar” (Fallos: 330:563; 332:2328; 333:2426; 334:376, voto de los jueces Lorenzetti y Petracchi).



XL. Dentro de este marco, normativo y jurisprudencial, es imprescindible, ante todo, poner de relieve que el examen de la conducta de la CNRT no involucra la responsabilidad estatal por la conducta antijurídica y dañosa de la firma ALL Central SA.

Y ello es así habida cuenta de la naturaleza propia de la técnica de la concesión.

Por un lado, según recordé —punto **XXI** de este voto—, la concesión comporta “un acto jurídico de derecho público que tiene por fin esencial organizar un servicio de utilidad general [...] partiendo de la realización de tal propósito, su rasgo característico consiste en delegar en un concesionario, aquella parte de la autoridad del Estado o de sus cuerpos administrativos, reputada indispensable para hacer efectiva, dentro de ciertas bases establecidas por la misma concesión o por los principios del derecho administrativo, la remuneración de los capitales puestos a contribución de la realización de la empresa pública” (Fallos: 141:190); esa organización es, pues, externa a la administración, ya que la gestión del servicio es encomendada a personas privadas o particulares (Bullrich, Rodolfo, “Nociones de Derecho Administrativo”, Restoy & Doeste, 1925, páginas 266 y siguientes).

Por otro lado, la explotación del servicio es realizada por el concesionario a su propia costa y riesgo, es decir que corresponde a éste la responsabilidad que pueda tener origen a raíz de los daños producidos en el ejercicio o en la prestación del servicio (Marienhoff, Miguel S., “Tratado de Derecho Administrativo”, Abeledo-Perrot, 1994, Tomo III-B, página 595).

XLI. Sí se encuentra en examen, en cambio, la responsabilidad estatal que según afirma la parte actora fue originada por la conducta irregular de la CNRT en el cumplimiento de las obligaciones que le fueron normativamente asignadas.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CONTENCIOSO

ADMINISTRATIVO FEDERAL, SALA I.

Causa n° 38.028/2005 “C. C. y otro c/ EN- M° Economía- Secretaria de Transporte y otros s/ daños y perjuicios” [juzgado n° 8].

Concretamente, como se vio, se le atribuye haber incurrido en una “omisión irregular”.

Resulta incontrastable, a mi juicio, que los entes reguladores o de control —como indudablemente es la CNRT—, en su condición de personas jurídicas estatales descentralizadas, pueden generar daños a terceros —usuarios y no usuarios— con su conducta irregular.

Puede hallarse en la doctrina una idea semejante: “La misión de los entes [...] es *vigilar* que el servicio o la actividad a cargo de sus regulados, sea prestada en las condiciones que fijan las normas contractuales, reglamentarias y legales aplicables”. Los “destinatarios de ese *deber de vigilancia* son los usuarios y [...] los terceros en general”; “[a]un cuando sobre los terceros no recaen tan directamente los efectos de los actos u omisiones de los entes, no menos cierto es que hay algunas actividades que éstos deben realizar y cuyo incumplimiento puede ocasionar perjuicios en aquéllos [...], por ejemplo, a la protección del ambiente, la propiedad y la seguridad pública, como obligación específicamente prevista en algunos marcos regulatorios. Ya no se trata aquí de intereses específicos de los usuarios como tales, sino de la tutela de la población en general que puede resultar eventualmente perjudicada por la negligencia del ente”; “[h]acia los terceros, a su vez, los entes tienen la obligación de proveer a la protección del ambiente, la propiedad y la seguridad pública” (Bianchi, Alberto B., “*La responsabilidad de los entes reguladores*”, en la obra colectiva “*Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público*”, Editorial Ciencias de la Administración, 2001, páginas 149/168).

También es irrefutable que la responsabilidad de los entes reguladores puede configurarse tanto por los daños provocados derechamente por ellos cuanto por los daños ocasionados por una empresa concesionaria debido a la falta de vigilancia que aquéllos



deberían ejercer. La doctrina se ha expresado en ese sentido (Bianchi, obra y lugar citados).

La responsabilidad que aquí se halla en juego es una responsabilidad directa —y objetiva— que tiene un preciso encuadramiento en el esquema de responsabilidad por actividad irregular construido por la Corte Suprema y aplicado por esta cámara, en una larga línea de precedentes citados en los puntos **XXXVII** y **XXXIX** de este voto (en un sentido similar, ver Bianchi, obra citada, página 164, punto 3.3.).

Dicho con otras palabras —en un sentido concorde al que ha expresado la doctrina—, el Estado puede ser condenado a responder patrimonialmente si los daños sufridos por terceros, en el marco de la concesión, son consecuencias directas del ejercicio irregular del poder de control sobre el servicio y siempre que la conducta estatal sea jurídicamente relevante en la producción del evento dañoso (Balbín, Carlos Francisco, “Tratado de Derecho Administrativo”, Thomson Reuters – La Ley, 2015, Tomo IV, páginas 492 y siguientes).

XLII. Sobre la base de esas consideraciones, pues, para hacer concreta la regla general de la falta de servicio como factor de atribución —punto **XXXVII** de este voto— es necesario retener las normas concernientes a la CNRT.

Mediante el decreto 1388/1996, el Poder Ejecutivo Nacional asignó a la CNRT —creada por decreto 660/1996—, para llevar adelante su actividad, “objetivos”, “deberes”, “facultades” y “funciones”.

En el estatuto, contenido en el anexo I —según el texto vigente en el momento en que ocurrieron los hechos delictivos—, la CNRT fue diseñada como un ente autárquico, en el ámbito de la Secretaría de Transporte del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos (artículo 1º).





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CONTENCIOSO

ADMINISTRATIVO FEDERAL, SALA I.

Causa n° 38.028/2005 “C. C. y otro c/ EN- M° Economía- Secretaria de Transporte y otros s/ daños y perjuicios” [juzgado n° 8].

Allí se asignó a la CNRT, como dije recién, “objetivos”, “deberes”, “facultades” y “funciones”, en ese orden, en los artículos 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º y 9º.

Por su relevancia para este caso, me interesa poner de relieve —extensamente, por esa misma razón— ahora:

i. “Lograr mayor seguridad, mejor operación, confiabilidad, igualdad y uso generalizado del sistema de transporte automotor y ferroviario, de pasajeros y de carga, asegurando un adecuado desenvolvimiento en todas sus modalidades” (artículo 3º, inciso ‘c’).

ii. “Intervenir sin demora cuando, como consecuencia de procedimientos iniciados de oficio o por denuncia, considera que algún acto o procedimiento de una empresa sujeta a su jurisdicción es violatorio de normas vigentes, o de algún modo afectan a la seguridad, ordenando a las empresas involucradas a disponer lo necesario para corregir o hacer cesar inmediatamente las condiciones o acciones contrarias a la seguridad” (artículo 5º, inciso ‘c’).

iii. “Proponer a la SECRETARIA DE OBRAS PUBLICAS Y TRANSPORTE del MINISTERIO DE ECONOMIA Y OBRAS Y SERVICIOS PUBLICOS el dictado de normas reglamentarias referidas a aspectos técnicos, operativos, de seguridad y funcionales del transporte” (artículo 5º, inciso ‘e’).

iv. “Aplicar y hacer cumplir las leyes, decretos y demás normas reglamentarias en materia de transporte” (artículo 6º, inciso ‘a’).

v. “Fiscalizar las actividades de las empresas de transporte automotor y ferroviario...” (artículo 6º, inciso ‘b’).

vi. “Aplicar las sanciones previstas en las distintas normas legales relacionadas con el transporte y las penalidades fijadas en los contratos de concesión, en caso de incumplimiento de las condiciones allí establecidas” (artículo 6º, inciso ‘d’).



vii. “Velar dentro del alcance de sus funciones por la protección del medio ambiente y la seguridad pública” (artículo 6º, inciso ‘g’).

viii. “Promover ante los tribunales competentes, las acciones civiles o penales incluyendo las medidas cautelares, para asegurar el cumplimiento de sus funciones y de los fines de este decreto” (artículo 6º, inciso ‘h’).

ix. “En general, realizar todos los demás actos que sean necesarios para el cumplimiento de las funciones del organismo” (artículo 6º, inciso ‘j’).

x. “En materia de transporte automotor, para el cumplimiento de sus funciones, tendrán las siguientes facultades: [...] “Propiciar, en su caso, la suspensión y caducidad de los permisos y licencias para la ulterior resolución del señor Secretario de Obras Públicas y Transporte” (artículo 7º, inciso ‘f’).

xi. “A los fines del control del transporte ferroviario bajo su jurisdicción, tendrá las siguientes funciones: a) Aplicar y hacer cumplir los contratos de concesión de transporte ferroviario metropolitano e interurbano de pasajeros y de cargas de acuerdo a lo establecido en la normativa vigente. b) Fiscalizar las actividades de las empresas a cuyo cargo se encuentre la operación de los servicios ferroviarios, en cuanto al cumplimiento de las obligaciones que surgen de la normativa aplicable, en los siguientes aspectos: [...] II) La ejecución de los programas de mantenimiento de la infraestructura y del material rodante. III) La vigilancia y conservación de todos los bienes integrantes de la concesión según los estándares y criterios convenidos. IV) El cumplimiento de los contratos en cuanto a la explotación de los bienes afectados a la concesión” (artículo 8º).

xii. “En lo relativo a la seguridad del transporte por vía férrea, tendrá como objetivo controlar el cumplimiento de las normas vigentes, respecto de la vía e instalaciones fijas, del material rodante y de los materiales y repuestos correspondientes, así como de las obras y





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CONTENCIOSO

ADMINISTRATIVO FEDERAL, SALA I.

Causa n° 38.028/2005 “C. C. y otro c/ EN- M° Economía- Secretaria de Transporte y otros s/ daños y perjuicios” [juzgado n° 8].

provisiones que integran el plan de inversiones del concesionario [...] A los efectos [...] tendrá las siguientes facultades: a) Fiscalizar [...] la adopción por parte de las empresas ferroviarias de las medidas conducentes a la seguridad de los bienes afectados a la prestación de los servicios ferroviarios a fin de garantizar su normal prestación y a la protección de las personas y cosas transportadas [...] c) Habilitar o rehabilitar el establecimiento de líneas, ramales y estaciones, en cuanto afecte a la seguridad ferroviaria. d) Requerir información a las empresas ferroviarias y efectuar inspecciones ‘in situ’ para determinar el grado de cumplimiento dado por ellos a las normas relativas a la seguridad en la operación, en los materiales de vía, material rodante, estructuras y equipamientos de seguridad incorporados y al mantenimiento de los mismos. e) Ordenar a las empresas ferroviarias las acciones necesarias para dar cumplimiento a las normas sobre seguridad ferroviaria, cuando se comprueben deficiencias u omisiones en su aplicación. f) Emitir órdenes de emergencia dirigidas a las empresas ferroviarias, disponiendo medidas de aplicación inmediata [...] cuando compruebe situaciones de peligro que justifiquen dicha actitud, y emitir órdenes de emergencia que tiendan a evitar [...] riesgos. g) Llamar la atención, apercibir o imponer multas a todo concesionario bajo su jurisdicción que no cumpla con las disposiciones relativas a la seguridad [...]. j) Emitir cuando lo estime necesario boletines técnicos informativos y recomendaciones relativos a la seguridad [...]. l) Requerir el auxilio de la fuerza pública cuando sea necesario al ejercicio de sus funciones, bajo su exclusiva responsabilidad” (artículo 9º).

xiii. Como otros objetivos, se enuncia los dos siguientes: 1. “Instrumentar los mecanismos necesarios para garantizar la fiscalización y el control de la operación del sistema de transporte automotor y ferroviario, de pasajeros y carga de Jurisdicción Nacional,



con el objetivo de garantizar la adecuada protección de los derechos de los usuarios y promover la competitividad de los mercados”; 2. “Ejercer el poder de policía en materia de transporte de su competencia, controlando el cumplimiento efectivo de las leyes, decretos y reglamentaciones vigentes, así como la ejecución de los contratos de concesión; y fiscalizar la actividad realizada por los operadores de transporte” (anexo III).

XLIII. Las previsiones recién transcriptas contienen de una manera inequívoca, con independencia de sus denominaciones, diversos mandatos expresos y determinados que comportan deberes jurídicos de obrar.

Esa comprensión es lógica en tanto se considere —como lo ha hecho la doctrina— que “los entes reguladores o de control existen bajo la premisa del mandato expreso y determinado de vigilar y controlar que la prestación del servicio garantice los derechos de los usuarios y de los consumidores de dicho servicio pues ello atañe a su propia finalidad, a la razón de su creación” (Mertehikian, Eduardo, *“La responsabilidad del Estado por la actuación de concesionarios y contratistas de servicios públicos”*, en la obra *“Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegético”*, Rubinzal-Culzoni, 2014, página 190).

XLIV. Paralelamente es necesario retener también las normas, las reglas y los principios que el derecho internacional de los derechos humanos establece como estándares expresos directamente aplicables.

Aquí emerge, en términos convencionales, el deber estatal de actuar con la debida diligencia en la tutela de la mujer (punto **VIII** de este voto).

En el plano jurisprudencial, el deber de diligencia fue receptado por esta cámara en su directa aplicación, con expreso





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CONTENCIOSO

ADMINISTRATIVO FEDERAL, SALA I.

Causa n° 38.028/2005 “C. C. y otro c/ EN- M° Economía- Secretaria de Transporte y otros s/ daños y perjuicios” [juzgado n° 8].

fundamento en la Convención de Belém do Pará, en dos casos en los que se hallaba en discusión, precisamente, la responsabilidad estatal (Sala IV, causa “L.L.A. y otros c/ Estado Nacional s/ daños y perjuicios”, pronunciamiento del 29 de marzo de 2012, y Sala II, causa “A., R. H. y otra c/ E.N. M Seguridad -P.F.A. y otros s/ daños y perjuicios”, pronunciamiento del 11 de julio de 2017), y también en un caso en el que examinó la impugnación dirigida a una orden de expulsión en el marco de la ley 25.871 (Sala II, causa “Hatamleh, Ahmad Mahmoud Fayyad c/ EN-M. Interior OP y V -DNM s/ Recurso directo DNM”, pronunciamiento del 8 de marzo de 2018). Con la mirada puesta en la efectiva tutela de las mujeres en el marco de la protección de las trabajadoras embarazadas, esta sala hizo hincapié en la importancia que tiene la CEDAW como instrumento del Sistema Universal de Derechos Humanos con jerarquía constitucional (causa “R.W., N.V. c/ EN -M° Defensa -Armada s/ empleo público”, pronunciamiento del 22 de septiembre de 2020, con cita de la Sala II, causa “B., S. M. c/ EN -DNM s/ empleo público”, pronunciamiento del 2 de febrero de 2017).

En el ámbito doctrinario, al proponerse una nueva mirada con perspectiva de género sobre diversos aspectos del derecho administrativo, y al interrogarse con particular referencia a la observancia de la *debida diligencia* en los ámbitos nacional, provincial y comunal, apuntada al derecho a la vida y a la integridad psicofísica, se ha afirmado que “sería recomendable dirigir la mirada al orden local, poniendo la lupa sobre los rasgos del ordenamiento urbano. Ello incluye [...] *la instalación de luces y desmalezamiento de pastizales para evitar zonas de inseguridad en el escenario comunal*” (Caputi, Claudia María, “*El derecho administrativo frente a los desafíos de la igualdad de género*”, en la obra colectiva “IGUALDAD Y GÉNERO”, Directora Dra. Miriam Ivanega, La Ley, 2019, Capítulo IV, páginas 75 y siguientes; el destacado no aparece en el texto original).



Dichas consideraciones jurisprudenciales y doctrinarias, que comparto plenamente, fortalecen, pues, la aplicación directa del estándar de exigencia reforzado establecido por el derecho internacional de los derechos humanos, que obliga al Estado a actuar con la debida diligencia en la tutela de la mujer, por lo que puede afirmarse que existe un expreso deber estatal de obrar hacia esa tutela.

XLV. Debe examinarse, luego —como segundo elemento—, si se dispusieron los medios razonables para el cumplimiento del servicio (punto **XXXVII** de este voto).

Un dato preliminar de relevancia, en este sentido, es que la CNRT tuvo un pleno conocimiento de los variados y reiterados incumplimientos contractuales de la firma ALL Central SA relativamente a las playas de carga de estaciones. Tanto es así, que por esa razón le aplicó sucesivas multas.

Dichas circunstancias fueron reconocidas en la nota confeccionada en el ámbito interno de la CNRT, que lleva fecha 16 de julio de 2006, dirigida por la Gerencia de Concesiones Ferroviarias a la Gerencia de Asuntos Jurídicos (fs. 126/127 y punto **XXVII** de este voto):

“Es de hacer notar que la mencionada empresa ha sido sancionada por la falta de mantenimiento en playas de carga de estaciones del área metropolitana, entre la que se encuentra la correspondiente a la estación Haedo [...] La desafectación y posterior transferencia de la playa de cargas de Haedo al Organismo Nacional de Administración de Bienes, tramita bajo Expediente S01:27930/04, encontrándose en el mismo una serie de informes que dan cuenta de la problemática planteada respecto de la efectiva materialización de la transferencia definitiva de los predios [...]. En este sentido cabe destacar que América Latina Logística Central S.A. resulta ser, dentro de las concesionarias ferroviarias de carga, la que más apartamientos contractuales registra, prueba de ello son el alto grado de sanciones que le han sido aplicadas, situación ésta que ha sido puesta en conocimiento





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CONTENCIOSO

ADMINISTRATIVO FEDERAL, SALA I.

Causa n° 38.028/2005 “C. C. y otro c/ EN- M° Economía- Secretaria de Transporte y otros s/ daños y perjuicios” [juzgado n° 8].

de la Subsecretaría de Transporte Ferroviario y de la Unidad de Renegociación y Análisis de Contratos de Servicios Públicos, en varias ocasiones. Lo expuesto puede resumirse en el sentido que, frente a un incumplimiento por parte de la concesionaria América Latina Logística Central S.A., nuestra Comisión aplicó las sanciones pertinentes e informó a su Superior el accionar expuesto, no logrando que, una empresa asiduamente incumplidora de sus obligaciones contractuales, normalizara su conducta frente a las falencias detectadas”.

De la planilla acompañada a la nota aludida surge que un alto porcentaje de los incumplimientos detectados —y sancionados— por la CNRT presentaron una relación directa con la obligación de conservar en buenas condiciones diversas playas de carga (fs. 128/144).

En lo que atañe, puntualmente, al predio de la “Playa de Carga de Haedo”, la CNRT impuso a la firma ALL Central SA una sanción de multa (\$44.000) mediante la resolución n° 2948/2002 (del 10 de diciembre de 2002). Dicha resolución fue confirmada por la resolución de la CNRT n° 1909/2003 (del 22 de mayo de 2003). El Ministerio de Planificación, mediante las resoluciones n° 163/2005 y n° 50/2006 (del 31 de enero de 2005 y del 4 de enero de 2006), desestimó el recurso de alzada y “el recurso previsto en el Art. 100 del RPA” (fs. 139).

XLVI. En términos de una conducta regular, a partir del entorno descrito, la CNRT debió desplegar los medios necesarios (i) para detectar (a) el estado de abandono en el que se encontraba el predio al tiempo en que se produjeron los hechos delictivos, y (b) el escenario de riesgo real que ese estado implicaba hacia las mujeres, ya que, según se vio, el predio componía claramente un lugar “proclive a la comisión de delitos semejantes” a los que se produjeron en este caso



(punto **XXXI** de este voto), y (ii) para prevenir la materialización de ese riesgo real.

XLVII. Ante la comprobable y comprobada magnitud del estado de abandono del predio y el escenario de riesgo real que esa situación implicaba para las mujeres, la CNRT contaba con una serie de mandatos expresos y determinados que su estatuto, como señalé (puntos **XLII** y **XLIII** de este voto), le asigna inequívocamente, más allá de sus denominaciones.

Ciertamente:

Además de la atribución de imponer sanciones (artículo 6º, inciso 'd'), en la que hace hincapié la CNRT, ésta tenía a su alcance, también, las “facultades”: de “Promover ante los tribunales competentes, las acciones civiles o penales incluyendo las medidas cautelares, para asegurar el cumplimiento de sus funciones y de los fines de este decreto” (artículo 6º, inciso 'h'); “En general [de] realizar todos los demás actos que sean necesarios para el cumplimiento de las funciones del organismo” (artículo 6º, inciso 'j'); y de “Propiciar, en su caso, la suspensión y caducidad de los permisos y licencias para la ulterior resolución del señor Secretario de Obras Públicas y Transporte” (artículo 7º, inciso 'f') —previsión, esta última, que, aun cuando está contemplada explícitamente respecto del transporte automotor, no deja de involucrar, en el marco integral de la concesión, el ejercicio potencial de las atribuciones propias de la administración centralizada para disponer tanto la suspensión cuanto la caducidad de permisos y licencias.

En la hipótesis de que esas “facultades” fueran comprendidas sólo como “facultades discrecionales”, y no como mandatos expresos y determinados de obrar, se llegaría a la inadmisibles conclusión de que todas esas previsiones son disponibles, y, con ella, a la redundancia de su enunciado. Por ejemplo, “Aplicar y hacer cumplir las leyes, decretos y demás normas reglamentarias en materia de





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CONTENCIOSO

ADMINISTRATIVO FEDERAL, SALA I.

Causa n° 38.028/2005 “C. C. y otro c/ EN- M° Economía- Secretaria de Transporte y otros s/ daños y perjuicios” [juzgado n° 8].

transporte” (artículo 6º, inciso ‘a’) sería sólo una posibilidad y no un deber expreso y determinado.

Con todo, si la CNRT entendía que la imposición de sanciones era insuficiente para que la empresa concesionaria modificara su conducta, tenía el deber expreso y determinado, en términos literales, de “[...] disponer lo necesario para corregir o hacer cesar inmediatamente las condiciones o acciones contrarias a la seguridad” (artículo 5º, inciso ‘c’).

Y, más aún, si la CNRT consideraba que el régimen normativo no era idóneo para dar solución a esa situación de abandono y riesgo para las mujeres, tenía el deber expreso y determinado de “proponer a la SECRETARIA DE OBRAS PUBLICAS Y TRANSPORTE del MINISTERIO DE ECONOMIA Y OBRAS Y SERVICIOS PUBLICOS el dictado de normas reglamentarias referidas a aspectos técnicos, operativos, de seguridad y funcionales del transporte” (artículo 5º, inciso ‘e’).

Como puede apreciarse, el deber jurídico de obrar a cargo de la CNRT no se agotaba en la constatación de los incumplimientos contractuales y la consiguiente imposición de las respectivas sanciones patrimoniales, sino que era más extenso.

XLVIII. El deber jurídico de obrar, de acuerdo con esos mandatos expresos y determinados, exigía su cumplimiento concreto y eficiente, de un modo consistente con dos aspectos centrales para este caso:

1. La consistencia con todas las competencias propias de ese control, razón de la creación de los entes reguladores (puntos **XLII** y **XLIII** de este voto).

2. La consistencia con la severidad del incumplimiento contractual por parte de la firma concesionaria sobre el predio.



Sólo mediante una tarea de control concreta y eficiente que hubiese desplegado razonablemente los medios disponibles para el cumplimiento del servicio, se habría observado, por un lado, el estándar convencional reforzado de la debida diligencia en la tutela de la mujer, y se habría alcanzado, por otro lado, uno de los claros objetivos que el estatuto prevé como es “Lograr mayor seguridad, mejor operación, confiabilidad, igualdad y uso generalizado del sistema de transporte automotor y ferroviario, de pasajeros y de carga, asegurando un adecuado desenvolvimiento en todas sus modalidades” (artículo 3º, inciso ‘c’).

Empero, de las constancias de la causa —propias y anexas a ella—, surge únicamente que la CNRT:

i. Impuso diversas sanciones patrimoniales a la empresa concesionaria All Central SA, como se observa en la planilla acompañada a dicha nota interna (puntos **XXVII** y **XLV** de este voto).

ii. Habría comunicado los incumplimientos a la administración central, como surge de la nota interna de la CNRT, del 16 de julio de 2006, ya referida, en la que se puso de resalto que los apartamientos contractuales fueron puestos “en conocimiento de la Subsecretaría de Transporte Ferroviario y de la Unidad de Renegociación y Análisis de Contratos de Servicios Públicos en varias ocasiones” (puntos **XXVII** y **XLV** de este voto). No explicó, ni probó, sin embargo, en qué fechas habría realizado esas comunicaciones.

En cambio, con un claro contraste, de los considerandos de la resolución 469/2013 del Ministerio del Interior y Transporte —en la que rescindió el contrato de concesión suscripto con la firma ALL Central SA— se desprende que a partir de 2008 la CNRT: (i) objetó “las gestiones del concesionario correspondientes a los años 2009, 2010, 2011 y 2012, lo que ha motivado la aplicación de sanciones”, que fueron impuestas entre 2010 y 2013, (ii) informó “los graves incumplimientos de las obligaciones a cargo de la Empresa AMERICA LATINA LOGISTICA CENTRAL SOCIEDAD ANONIMA [...] lo que dio lugar a graves e





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CONTENCIOSO

ADMINISTRATIVO FEDERAL, SALA I.

Causa n° 38.028/2005 “C. C. y otro c/ EN- M° Economía- Secretaria de Transporte y otros s/ daños y perjuicios” [juzgado n° 8].

innumerables sanciones aplicadas por falta de mantenimiento adecuado”, (iii) informó el “inicio de una acción de daños y perjuicios por incumplimiento contractual, entablada ante la justicia por el desmantelamiento de la infraestructura ferroviaria, la cual estaba afectando a los dos ramales concesionados”; y (iv) expresó que “ALL Central S.A. [...] presentan críticas situaciones respecto al nivel de cumplimiento de sus obligaciones contractuales y el mayor grado de incumplimiento en relación con sus planes de mantenimiento, circunstancias que se vienen evidenciando desde hace varios años y que motivaron la aplicación de numerosas multas por distintas causas...”.

El Ministerio, en dichos considerandos, puso de resalto que (i) la finalidad correctiva de las multas “no pudo generar que la concesionaria modificara su conducta, cumplimentando sus obligaciones, a fin de adecuar el servicio a las condiciones establecidas en la normativa vigente”, (ii) “[En] este grave estado de situación contractual, se dicta la Resolución N° 749 de fecha 13 de noviembre de 2012 del MINISTERIO DEL INTERIOR Y TRANSPORTE, por la cual se dispuso la realización de Auditorías Integrales a [la empresa] AMERICA LATINA LOGISTICA CENTRAL SOCIEDAD ANONIMA [...]”, y (iii) “la auditoría instruida concluyó en su Informe Preliminar que las concesionarias han incumplido reiteradamente y gravemente sus obligaciones contractuales”.

XLIX. La alegación expuesta por la CNRT en el sentido de que es “materialmente imposible controlar y estar presente en todos los ámbitos del territorio nacional todo el tiempo” es inadmisibile.

Una presunta e hipotética limitación fáctica —ni siquiera mínimamente acreditada— no puede constituir una razón válida para justificar el cumplimiento irregular, por omisión, de las obligaciones que las normas le adjudican.



Si explícitamente la CNRT afirma que era “materialmente imposible controlar y estar presente en todos los ámbitos del territorio nacional todo el tiempo”, no hay margen para poner en duda, francamente, que si “materialmente” hubiese controlado, de manera concreta y eficiente, el cumplimiento contractual de la firma concesionaria All Central SA en punto a la conservación del predio involucrado, pudo y debió haber advertido, como dije, la magnitud de la situación de abandono y, por tanto, el escenario de riesgo hacia las mujeres.

L. Corresponde examinar —como tercer elemento— el lazo que une a las víctimas con el servicio (punto **XXXVII** de este voto).

Para ello, es necesario verificar, como lo ha hecho la Corte Suprema, si se hallaba configurado un deber jurídico determinado basado en una obligación preexistente o si sólo se encontraba presente un deber jurídico indeterminado para la generalidad de los ciudadanos quienes no tienen sino un interés legítimo subjetivamente indiferenciado a la seguridad (Fallos: 330:563; 332:2328 y 336:1642).

LI. A mi juicio, existía un claro deber jurídico de obrar determinado basado en obligaciones preexistentes.

Ese deber surgía tanto de las normas que regulan el funcionamiento de la CNRT cuanto de las normas, las reglas y los principios del derecho internacional de los derechos humanos que establecen el estándar reforzado de la debida diligencia en la tutela de la mujer.

Efectivamente, por un lado existía en el caso un deber jurídico expreso y determinado de respetar y observar, por una parte, las disposiciones normativas que fueron elaboradas —por el Poder Ejecutivo Nacional— con el claro y explícito propósito de que la CNRT, como ente de control, preste de una manera adecuada el servicio para el que fue creado.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CONTENCIOSO

ADMINISTRATIVO FEDERAL, SALA I.

Causa n° 38.028/2005 “C. C. y otro c/ EN- M° Economía- Secretaria de Transporte y otros s/ daños y perjuicios” [juzgado n° 8].

Por otro lado, si queda claro, pues, que resulta aplicable directamente el estándar reforzado establecido por el derecho internacional de los derechos humanos que obliga al Estado a actuar con la debida diligencia en la tutela de la mujer, y que existe un expreso deber estatal de obrar en orden a esa tutela (puntos **XLIV** de este voto), encuentro allí una fuerte razón para proyectar ese deber, por medio de un control concreto y eficiente, como el que examiné, a los supuestos en que, como ocurre en este caso, el Estado Nacional ha concesionado un predio en el que se produjeron graves hechos delictivos de los que fueron víctimas dos hermanas adolescentes.

En esa dirección, debo recordar que —como ha dicho esta cámara— el arco normativo de protección a la mujer implica el reconocimiento de una situación de vulnerabilidad y traduce la necesidad de tomar medidas, y que gran parte de esas medidas se concreta en “la asunción de deberes por parte del Estado Argentino (...) para contener las vulneraciones a los derechos del colectivo tutelado” (Sala II, causa “A., R. H.”, citada).

Con esa comprensión, queda descartada toda línea argumentativa que intente identificar la situación de las hermanas C.C. y C.C. con “un deber jurídico indeterminado para la generalidad de los ciudadanos” o “un interés legítimo subjetivamente indiferenciado a la seguridad”.

LII. Debe examinarse —como cuarto elemento— el grado de previsibilidad del daño, conforme a la capacidad razonable de prever el curso normal y ordinario de las cosas (punto **XXXVII** de este voto).

El estado de abandono en el que se encontraba el predio en el momento en que se produjeron los hechos delictivos constituye un dato determinante.



No es discutible, sensatamente, que la comisión de los delitos ultrajantes en el predio era previsible:

i. De un lado, se encuentra ampliamente demostrado el factor de riesgo que el predio abandonado comportaba hacia las mujeres (puntos **XLVII** y **XLIX**).

ii. De otro lado, como bien dice la parte actora en la demanda, los hechos delictivos no podrían haberse producido de ese modo si el inmueble entregado en concesión no hubiera sido convertido, como consecuencia de los diversos incumplimientos, “en un reducto propicio al delito” (puntos **XXXI** y **XXXII** de este voto).

En ese sentido, esta cámara ha explicado que en supuestos de omisión en el cumplimiento de deberes legales, la relación o nexo causal asume el formato de *relación de evitación*, “en tanto no se trata de sucesos que acontecieron fenomenológicamente, sino que el análisis discurre sobre la representación de lo que podría haber sucedido si la conducta debida hubiera sido cumplida” y que “la omisión es causal cuando la acción esperada hubiere probablemente evitado el resultado; en otros términos, la relación causal se establece juzgando la incidencia que el acto debido, de ser realizado, hubiera tenido con respecto al resultado o a su evitación” (Sala II, causa “A., R. H.”, citada).

LIII. Por tanto, es inaceptable la mirada que propone la CNRT en el sentido de que en el caso ocurrió “una fatalidad” o un “accidente” [**sic**] con sustento en que los hechos delictivos, según se alega, exhibirían “las características de imprevisibilidad, inevitabilidad y ajenidad”.

LIV. En las condiciones enunciadas, puede concluirse en que la CNRT no actuó conforme a la capacidad razonable de prever el curso normal y ordinario de las cosas, lo cual genera su responsabilidad según el Código Civil (artículos 901 a 906).





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CONTENCIOSO

ADMINISTRATIVO FEDERAL, SALA I.

Causa n° 38.028/2005 “C. C. y otro c/ EN- M° Economía- Secretaria de Transporte y otros s/ daños y perjuicios” [juzgado n° 8].

LV. Como acertadamente señala, por otro lado, la parte actora al replicar el memorial, la ausencia de una intervención directa de un “sujeto dependiente” de la CNRT no es un dato relevante jurídicamente, del modo que pretende el ente regulador.

Ello es así en tanto, precisamente, la imputación de responsabilidad que formula se afinca en la omisión de la entidad estatal en haber cumplido regularmente el deber jurídico que tenía a su cargo.

LVI. La referencia que la CNRT hace en cuanto a que “[...] al momento del accidente *[sic]* NO tenía la guarda de la cosa supuestamente riesgosa” es inapropiada, ya que, como dije —punto **XVII** de este voto—, la sentencia apelada no le atribuyó responsabilidad con fundamento en la teoría del riesgo (el destacado no aparece en el texto original).

LVII. También es inadecuada la idea procurada por la CNRT en el sentido de que, “contrato mediante”, cuando “por las modalidades fácticas del negocio jurídico se impone la sustitución [del] ejercicio del poder administrador, tiene lugar la intervención del particular y, en consecuencia, el deber de responder que le atañe”.

Por una parte, la relación de causalidad existente entre la conducta antijurídica de la firma concesionaria y los daños no excluye, de ninguna manera, el nexo causal existente entre esos daños y la conducta irregular de la CNRT. Es decir, la relevancia del incumplimiento de los deberes contractuales por parte de la firma concesionaria en la producción de los daños no desplaza la importancia que la conducta irregular de la CNRT tuvo en ese resultado dañoso. Por otra parte, el contrato de concesión, de conformidad con el artículo 1195 del Código Civil, es inoponible a los terceros damnificados, en este



caso a las hermanas C.C. y C.C. (Cámara Federal de apelaciones de La Plata, Sala II, causa "*B. A., S. y otra c/ C. J. y otros s/ daños y perjuicios*", pronunciamiento del 11 de mayo de 2006).

LVIII. Asimismo, otros dos cuestionamientos que la CNRT formula hacia la sentencia apelada resultan inconsistentes.

El primero de ellos apunta a la contradicción que se configuraría porque le atribuye responsabilidad y al mismo tiempo afirma que el hecho fue cometido por un tercero por quien no debe responder.

Dicho planteo debe ser desestimado puesto que, más allá de la posible identificación con la alegada aplicación de la teoría del riesgo, que ya fue descartada, pasa por alto que es jurídicamente posible que varias conductas concurren a un mismo resultado dañoso con independencia del dato que remarca. Así lo demuestra, por lo demás, la jurisprudencia de los tribunales federales (esta sala, causa "*Castro*", citada).

El segundo se dirige a la presunta responsabilidad de la madre de las hermanas C.C. y C.C.

Este planteo también debe ser desechado, toda vez que no fue acompañado de mayores precisiones argumentativas, de modo, tiempo y lugar, ni enerva la responsabilidad atribuida a la CNRT, de manera que más que centrar el eje de la discusión sobre las conductas que debería haber asumido la madre de las menores, debe precisarse en qué medida las circunstancias que hicieron posible la producción de los hechos delictivos habrían podido ser evitadas si la administración hubiera prestado regularmente el servicio (Fallos: 333:1623, voto del juez Lorenzetti).

Las condiciones del predio en el que se llevaron a cabo los hechos delictivos, que ya fueron descriptas suficientemente, impiden eximir de responsabilidad a la CNRT con fundamento en el obrar negligente de las personas que tenían la guarda de las hermanas C.C y





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CONTENCIOSO

ADMINISTRATIVO FEDERAL, SALA I.

Causa n° 38.028/2005 “C. C. y otro c/ EN- M° Economía- Secretaria de Transporte y otros s/ daños y perjuicios” [juzgado n° 8].

C.C. Recientemente, la Corte Suprema expresó que “[E]n este sentido, cabe recordar que la culpa de la víctima con aptitud para cortar totalmente el nexo de causalidad entre el hecho y el perjuicio, debe aparecer como la única causa del daño y revestir las características de imprevisibilidad e inevitabilidad propias del caso fortuito o fuerza mayor” (causa “*Rea, Segunda*”).

LIX. Tengo bien presente la jurisprudencia de la Corte Suprema que veda “instituir al Estado en un asegurador anónimo de indemnidad frente a cualquier perjuicio ocasionado por la conducta ilícita de terceros, por quienes no está obligado a responder” (Fallos: 323:318; 3599; 329:2088).

Empero, esa prevención, formulada de un modo categórico por el Máximo Tribunal, tiene razón de ser cuando se intenta dilatar la responsabilidad del Estado a los supuestos en que los mandatos alegados exhiben una marcada generalidad.

Dicha circunstancia aquí no se revela.

Según se vio, el incumplimiento estatal constatado refiere a mandatos expresos y determinados contemplados en las normas que rigen el funcionamiento de la CNRT y al estándar convencional reforzado de la debida diligencia. Es innegable que, como se dijo, esa entidad estatal, exhibiendo una conducta irregular, no tomó las medidas idóneas y necesarias para revertir el estado de abandono del predio, y, con ello, el escenario de riesgo real que presentaba hacia las mujeres, y prevenir su materialización.

LX. En síntesis, debe confirmarse la sentencia apelada en tanto atribuyó responsabilidad a la CNRT con sustento en la falta de servicio por omisión antijurídica.



LXI. La parte actora se agravia de que la demanda haya sido rechazada en cuanto fue dirigida al Estado Nacional.

Dice, primordialmente, al fundar ese capítulo del memorial: “Nada menos cierto, el Estado jamás perdió la obligación, el deber jurídico de otorgar la seguridad al ciudadano, por el hecho de concesionar el inmueble de su propiedad. El poder policía de seguridad, es una prerrogativa que se mantiene en cabeza del estado, haya o no concesionado el inmueble. Y en tal sentido, el deber de reparación permanece en cabeza del estado. La responsabilidad del Estado nace del obrar omisivo del poder de policía de seguridad de las personas respecto de los inmuebles del estado, y de la población en general”.

LXII. Identifico, a partir de aquella transcripción, dos líneas argumentativas, que se encuentran estrechamente relacionadas: una que refiere al rol del Estado como garante de la seguridad y otra que alude al rol del Estado como titular concedente del inmueble concesionado. Ambas involucran una alegada falta de servicio.

Ese factor de atribución genérico debe ser examinado también, como lo hice respecto de la CNRT, a partir de los cuatro elementos ya mencionados para hacer concreta la regla general (punto **XXXVII** de este voto).

LXIII. Relativamente al deber de seguridad —primera línea argumentativa de la parte actora—, la Corte Suprema ha dicho que:

—La mera existencia de un poder de policía que corresponde al Estado no resulta suficiente para atribuirle responsabilidad, toda vez que no parece razonable pretender que su responsabilidad general en orden a la prevención de los delitos pueda llegar a involucrarlo a tal extremo en las consecuencias dañosas (Fallos: 312:2138; 313:1636; 325:1265 y 3023; 326:608, 1530 y 2706; 330:4113; 341:1555).





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CONTENCIOSO

ADMINISTRATIVO FEDERAL, SALA I.

Causa n° 38.028/2005 “C. C. y otro c/ EN- M° Economía- Secretaria de Transporte y otros s/ daños y perjuicios” [juzgado n° 8].

—La “obligación del servicio de policía y seguridad se satisface con haber aplicado la diligencia y la previsión adecuadas a las circunstancias de tiempo y lugar” (Fallos: 321:1124 y 336:1642).

—El deber de seguridad “no está legalmente definido de modo expreso y determinado, y mucho menos se identifica con una garantía absoluta de que los ciudadanos no sufran perjuicio alguno derivado de la acción de terceros. Consagrar una regla de este tipo es una decisión que el legislador no ha tomado, y que no registra antecedentes en el derecho comparado. Por lo demás, sería irrazonable que el Estado sea obligado a que ningún habitante sufra daños de ningún tipo, porque ello requeriría una previsión extrema que sería no sólo insoportablemente costosa para la comunidad, sino que haría que se lesionaran severamente las libertades de los mismos ciudadanos a proteger. Como conclusión, no puede afirmarse, como lo pretende el actor, que exista un deber de evitar todo daño, sino en la medida una protección compatible con la tutela de las libertades y la disposición de medios razonables” (Fallos: 330:563).

—El deber genérico de proveer al bienestar y a la seguridad general no se traduce automáticamente en la existencia de una obligación positiva de obrar de un modo tal que evite cualquier resultado dañoso, ni la circunstancia de que éste haya tenido lugar autoriza *per se* a presumir que ha mediado una omisión culposa en materializar el deber indicado (Fallos: 329:2088).

LXIV. Esa interpretación realizada por el Máximo Tribunal lleva a desestimar los planteos referentes a la omisión en el cumplimiento del deber de seguridad de “la población en general”, en tanto la parte actora no cumplió la carga de individualizar, concretamente, cuál ha sido la conducta que reputa como ejercicio irregular de la función (punto **LXI** de este voto).



Es útil añadir que, como señalé (punto **LIX** de este voto), ese Tribunal veda “instituir al Estado en un asegurador anónimo de indemnidad frente a cualquier perjuicio ocasionado por la conducta ilícita de terceros, por quienes no está obligado a responder” (Fallos: 323:318; 3599; 329:2088; 341:1055), cuando se pretende extender la responsabilidad del Estado a supuestos de una marcada generalidad.

LXV. Respecto del rol del Estado como titular concedente del predio dado en concesión —segunda línea argumentativa—, el enfoque es bien distinto, y, por tanto, la conclusión será diferente.

Como punto de partida, cabe subrayar que la parte actora cumplió, aquí sí, la carga de individualizar, concretamente, cuál ha sido la conducta que reputa como ejercicio irregular de la función (punto **LXI** de este voto).

Sostiene, en efecto, que la irregularidad está configurada por el obrar omisivo en tanto “el Estado Nacional retiene la prerrogativa exclusiva de regular y controlar el funcionamiento de los servicios de transporte concesionados [...] bajo su jurisdicción”.

LXVI. En el examen de la naturaleza de la actividad involucrada —como primer elemento (punto **XXXIX** de este voto)— es necesario retener las normas que gobernaron el marco de la concesión.

Es correcta, conceptualmente, la afirmación que expone la parte actora en el sentido de que “el Estado Nacional retiene la prerrogativa exclusiva de regular y controlar el funcionamiento de los servicios de transporte concesionados o no bajo su jurisdicción”.

La Corte Suprema ha definido que “la concesión de una línea férrea es sin duda un acto de soberanía del Estado, excluyente de toda voluntad extraña” (Fallos: 183:429) y ha precisado que la concesión de servicios públicos implica la prestación indirecta de tales servicios (Fallos: 262:555; 339:1077).





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CONTENCIOSO

ADMINISTRATIVO FEDERAL, SALA I.

Causa n° 38.028/2005 “C. C. y otro c/ EN- M° Economía- Secretaria de Transporte y otros s/ daños y perjuicios” [juzgado n° 8].

Ciertamente —como ha dicho la doctrina—, el “Estado, por el hecho de la concesión, no puede desentenderse de aquél. La concesión representa una delegación, constituye un medio de gestión indirecta; pero no equivale a un abandono” (Bullrich, “Nociones de Derecho Administrativo”, página 273). Si “el Estado reconoce la estrecha vinculación de una actividad con la satisfacción de los derechos fundamentales, y como consecuencia de ello es calificada como servicio público, puede optar por prestarlo de manera directa o concesionarlo. Pero resulta claro que, de inclinarse por la segunda alternativa, no puede desentenderse del ejercicio de ordenación, regulación y control sobre la actividad del concesionario (incluso por mandato constitucional, conf. el art. 42)” (Balbín, Carlos F., *“Sobre los otros factores de imputación de la responsabilidad estatal el estado responsable por los daños causados por los concesionarios de servicios públicos; las personas públicas no estatales; el ejercicio de funciones administrativas por terceros y las actividades privadas”*, Revista “Temas de Derecho Administrativo”, Erreius, 2018).

Desde esa perspectiva, el Estado Nacional, en su condición de autoridad concedente y titular del predio, conservó expresamente sus potestades de ordenación, regulación y control sobre la actividad de la firma concesionaria.

Esas potestades estaban expresamente contempladas en el pliego de bases y condiciones:

—“El Concedente se encuentra facultado para requerir información, realizar inspecciones y auditorías a efectos de constatar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el presente Pliego y en el Contrato de Concesión. A tales efectos labrará las correspondientes actas donde consten las novedades verificadas y los aspectos que el concesionario deberá corregir” (artículo 32.16)



—“Los incumplimientos del Contrato verificados por el Concedente a través de sus inspecciones y auditorías darán lugar a la aplicación de sanciones que se graduarán en función de la gravedad de la infracción cometida, desde un apercibimiento hasta multas...” (artículo 39).

Dichas potestades comportaban mandatos expresos y determinados de obrar, puesto que, más allá de su denominación en términos literales (“facultades”), su verdadera dimensión estaba dada por su razón de ser y por sus consecuencias. Sólo por medio de inspecciones y auditorías, es decir, mediante un control concreto y eficiente, podía verificarse el cumplimiento de las obligaciones contractuales. Y sólo de ese modo podía imponerse sanciones, hasta llegar, en situaciones extremas, a la finalización del contrato de concesión “cuando el Concesionario incumpliese reiterada y gravemente sus obligaciones contractuales y, habiendo sido intimado, fehacientemente por el ME y OSP no las cumpliera”, como lo contemplaba el pliego de bases y condiciones (artículos 39 y 40.2).

Por tanto, dado este marco jurídico, en el que el Estado concedente se reservaba un amplio poder de control (Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, causa “*B. A., S.*”, citada), la asignación a la CNRT —por medio de una regulación presidencial como es el decreto 1388/1996— de la actividad de control del cumplimiento del contrato de concesión —bajo el formato textual de “objetivos”, “deberes”, “facultades” y “funciones”— no pudo significar la exclusión de las potestades —recién examinadas— que se hallaban explícitamente previstas a cargo de la autoridad concedente en las normas que componían el marco regulatorio de la concesión.

LXVII. Corresponde, seguidamente, examinar —como segundo elemento— si se dispusieron los medios razonables para el cumplimiento del servicio.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CONTENCIOSO

ADMINISTRATIVO FEDERAL, SALA I.

Causa n° 38.028/2005 “C. C. y otro c/ EN- M° Economía- Secretaria de Transporte y otros s/ daños y perjuicios” [juzgado n° 8].

Según se vio, el Estado Nacional contaba con competencia expresa para “realizar inspecciones y auditorías a efectos de constatar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el presente Pliego y en el Contrato de Concesión” (artículos 32.16 y 39).

El propio Ministerio del Interior y Transporte, en la resolución 469/2013, por medio de la cual —como se dijo— rescindió el contrato de concesión firmado con la empresa ALL Central SA, reconoció expresamente sus potestades de ordenación, regulación y control sobre la actividad del concesionario, en sus considerandos:

—El concedente tiene una posición de “garante del servicio público de transporte ferroviario de cargas y de la infraestructura ferroviaria que es un bien del dominio público estatal inalienable” y se encuentra “en una posición inequívoca respecto al ejercicio de su facultad rescisoria”.

—“[E]l cúmulo de sanciones aplicadas a las concesionarias, sin haber modificado su conducta, dan lugar a la aplicación de la máxima sanción, ello es la rescisión”.

—“[E]l artículo 40.2 de los Pliegos de Bases y Condiciones mencionados expresan que el MINISTERIO DE ECONOMIA Y OBRAS Y SERVICIOS PUBLICOS podrá resolver la concesión por culpa del concesionario con pérdida de garantía de cumplimiento del contrato, entre otros casos, cuando el Concesionario incumpliese reiterada y gravemente sus obligaciones contractuales y, habiendo sido intimado fehacientemente por el MINISTERIO DE ECONOMIA Y OBRAS Y SERVICIOS PUBLICOS no las cumpliera. Que en virtud del dictado de los Decretos Nros. 874 y 875, ambos de fecha 6 de junio de 2012, la potestad aludida en el considerando anterior corresponde ahora al MINISTERIO DEL INTERIOR Y TRANSPORTE”.

Empero, el Estado Nacional codemandado no alegó ni probó haber ejercido ninguna de esas potestades con anterioridad a la



ejecución de los hechos delictivos de los que fueron víctimas las hermanas C.C. y C.C. Es decir, no alegó ni probó haber cumplido de un modo regular su deber jurídico de obrar.

LXVIII. En lo que atañe al lazo que unía a las víctimas — como tercer elemento— es necesario verificar, según lo señalé, si se hallaba configurado un deber jurídico determinado basado en una obligación preexistente o si sólo se encontraba presente un deber jurídico indeterminado para la generalidad de los ciudadanos (punto **L** de este voto).

LXIX. A mi modo de ver, existía un claro deber jurídico de obrar determinado basado en obligaciones preexistentes.

Dicho deber emergía de las examinadas previsiones contenidas en el pliego de bases y condiciones, y, asimismo, de las normas, las reglas y los principios del derecho internacional de los derechos humanos que establecen el estándar reforzado de la debida diligencia en la tutela de la mujer.

Ciertamente, había un deber jurídico expreso y determinado de cumplir y observar las disposiciones normativas que fueron elaboradas en el ámbito del Poder Ejecutivo Nacional (el pliego), con una evidente y precisa finalidad de controlar el cumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo de la firma concesionaria.

Y paralelamente resultaba aplicable el estándar reforzado de la debida diligencia en la tutela de la mujer, ya que este estándar no era únicamente exigible a la CNRT, si se retiene que los Estados —y no sólo algunas dependencias dentro de la esfera estatal— deben “adoptar [...] todos los medios apropiados” para “prevenir [...] la violencia contra la mujer”, cuando se trata de actos de violencia “perpetrados por el Estado o por particulares” (Convención de Belém do Pará, artículo 7, y Declaración y plataforma de acción de Beijing, Capítulo II; punto **VIII**, **XLIV** y **LI** de este voto).





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CONTENCIOSO

ADMINISTRATIVO FEDERAL, SALA I.

Causa n° 38.028/2005 “C. C. y otro c/ EN- M° Economía- Secretaria de Transporte y otros s/ daños y perjuicios” [juzgado n° 8].

Queda descartada, pues, cualquier identificación de la situación de las hermanas C.C. y C.C. con “un deber jurídico indeterminado para la generalidad de los ciudadanos” o “un interés legítimo subjetivamente indiferenciado a la seguridad”.

LXX. Relativamente al grado de previsibilidad del daño —como cuarto elemento—, puede afirmarse, por las mismas razones examinadas respecto de la situación de la CNRT, que el Estado Nacional no actuó conforme a la capacidad razonable de prever el curso normal y ordinario de las cosas, lo cual genera su responsabilidad según el Código Civil (artículos 901 a 906; punto **LIV** de este voto).

LXXI. En suma, toda vez que resulta verificada la omisión irregular en la prestación del servicio por parte del Estado Nacional, debe revocarse la sentencia de primera instancia en cuanto lo eximió de responsabilidad y condenárselo patrimonialmente.

LXXII. La parte actora critica la sentencia apelada porque admitió la defensa de falta de legitimación pasiva planteada por la empresa TBA SA.

Esa crítica debe ser desestimada, sobre la base de las siguientes circunstancias:

i. La empresa, en la contestación de la demanda, señaló correctamente que en el escrito de demanda “se hace mención, de manera muy genérica”, acerca de que “TBA y un grupo empresario habrían celebrado un contrato con el Estado Nacional por medio del cual se les entregaba la concesión del ‘sistema ferroviario’”.

ii. Como se dijo en el punto **XIV** de este voto, el predio en el que se cometieron los hechos delictivos se hallaba dado en concesión a la firma ALL Central SA.



LXXIII. La parte actora objeta, asimismo, el rechazo de la demanda en cuanto fue dirigida al ONABE.

Para examinar esa objeción, debe retenerse las normas aplicables.

A. El decreto 1383/1996.

i. Creó el Ente Nacional de Administración de Bienes Ferroviarios (ENABIEF), al que se transfirió, “en afectación, los bienes ferroviarios no concesionados” (artículo 1º).

ii. Definió los conceptos “bienes concesionados” y “bienes no concesionados” (artículo 2º) en los términos siguientes:

“a) Los bienes concesionados: El conjunto de bienes muebles e inmuebles, pertenecientes al ESTADO NACIONAL, en poder de las empresas concesionarias, o que en tal carácter se otorgue en el futuro en virtud de los contratos de concesión de servicios de transportes de pasajeros y cargas en todo el ámbito de la REPUBLICA ARGENTINA, incluido el servicio metropolitano. Los futuros contratos de concesión establecerán las facultades que el ESTADO NACIONAL se reservará sobre dicho patrimonio;

b) Bienes no concesionados: El conjunto de bienes que no se hubieren otorgado contractualmente en virtud del concesionamiento del sistema ferroviario de transporte de personas y cargas, que se encuentren en poder de FERROCARRILES ARGENTINOS (e.l.) o FERROCARRILES METROPOLITANOS SOCIEDAD ANONIMA, más aquellos que, habiendo sido concesionados, se hayan resuelto desafectar de la explotación o se decida hacerlo en el futuro, menos aquellos que se haya resuelto, o se resuelva en el futuro, incorporar a las concesiones de servicios ferroviarios de transporte de personas y carga”.

iii. Dispuso la transferencia de “los bienes concesionados, en afectación, a la jurisdicción de la COMISION NACIONAL DE REGULACION DEL TRANSPORTE [...]” (artículo 3º).





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CONTENCIOSO

ADMINISTRATIVO FEDERAL, SALA I.

Causa n° 38.028/2005 “C. C. y otro c/ EN- M° Economía- Secretaria de Transporte y otros s/ daños y perjuicios” [juzgado n° 8].

B. El decreto 443/2000.

i. Dispuso: “Disuélvese el ENTE NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN DE BIENES FERROVIARIOS, organismo autárquico en el ámbito del MINISTERIO DE INFRAESTRUCTURA Y VIVIENDA y suprímese la DIRECCIÓN NACIONAL DE BIENES DEL ESTADO”.

ii. Creó “el ORGANISMO NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN DE BIENES, como órgano desconcentrado, en el ámbito del MINISTERIO DE INFRAESTRUCTURA Y VIVIENDA” (artículo 2º).

iii. Previo que “El ORGANISMO NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN DE BIENES tendrá las misiones y funciones del ENTE NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN DE BIENES FERROVIARIOS establecidas por el Decreto N° 1383/96 y las correspondientes a la DIRECCIÓN NACIONAL DE BIENES DEL ESTADO, establecidas por el Decreto N° 1450/96, con excepción del Registro Patrimonial, que se mantendrá en la órbita del MINISTERIO DE ECONOMÍA” (artículo 3º).

LXXIV. A partir de esas normas, resulta claro que las competencias del ENABIEF, primero, y del ONABE, con posterioridad, sólo podían ser desplegadas sobre los bienes que no habían sido objeto de concesión por parte del Estado Nacional.

Por ello, toda vez que el predio en el que se cometieron los hechos delictivos estaba concesionado, en ese momento, a la firma ALL Central SA —aspecto que ya quedó claramente establecido—, el ONABE no tenía ninguna atribución concerniente al control sobre el mantenimiento de dicho predio.

En ese sentido, la sentencia apelada señaló correctamente que como al tiempo en que se produjeron los hechos delictivos el predio se hallaba concesionado el ONABE no tenía jurisdicción sobre él.

Ciertamente, el ONABE —como señaló al contestar la demanda— no podía ejercer ninguna jurisdicción sobre los bienes hasta



que fueran desafectados del servicio ferroviario; y “aún desafectados, para que [...] se haga cargo [...] deberá producirse la entrega por parte de la Autoridad de Aplicación del contrato de concesión, mediante acta” (fs. 272).

Esa conclusión no cambia con la invocación de los incisos “f” y “g” del artículo 9º del decreto 1383/96⁶ que hace la parte actora, puesto que, por un lado, como recién se dijo, las competencias del ONABE se proyectaban únicamente a los bienes no concesionados, supuesto que aquí no se dio, y, por otro lado, de los incisos ‘a’, ‘b’, ‘d’ y ‘e’ de ese mismo artículo 9º surge nítidamente que las atribuciones allí previstas refieren a los bienes que el ente estatal tenía “a su cargo”⁷, situación que, valga repetir, en este caso no se configuró.

No se advierte, pues, ningún deber normativo de obrar en juego, ni, consiguientemente, su incumplimiento irregular por parte del ONABE.

LXXV. En su memorial la parte actora expone que la responsabilidad del ONABE “se desprende de su intervención activa en el expediente administrativo tramitado ante la municipalidad de Morón [...] Del mismo, surge un acuerdo firmado entre el ONABE, el Secretario de Seguridad Interior de la Nación, el Ministro de Seguridad de la

⁶ El artículo 9º del decreto previó: “A los efectos del cumplimiento de su misión, el ENTE NACIONAL DE ADMINISTRACION DE BIENES FERROVIARIOS (ENABIEF) tendrá las siguientes funciones: [...] f): “Efectuar el parcelamiento de bienes inmuebles, de acuerdo a los criterios que en la materia imparta la SECRETARIA DE OBRAS PUBLICAS Y TRANSPORTE” [...] g): “Continuar con la delimitación de los espacios físicos afectados a las concesiones ferroviarias por las empresas FERROCARRILES ARGENTINOS (e.l.) y FERROCARRILES METROPOLITANOS SOCIEDAD ANONIMA en el marco de las funciones determinadas por el inciso f) del presente artículo”.

⁷ “a) Constituir y mantener actualizado el inventario de todos los bienes a su cargo”; “b) Realizar todas las acciones necesarias relativas a la preservación del patrimonio a su cargo...”; “d) Intervenir en el ámbito de su competencia, en: I - Los proyectos de normativa que puedan incidir sobre la obsolescencia y/o vigencia técnica u operativa de los bienes a su cargo”; “e) Planificar y efectuar el saneamiento catastral, dominial y registral de los bienes a su cargo”.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CONTENCIOSO

ADMINISTRATIVO FEDERAL, SALA I.

Causa n° 38.028/2005 “C. C. y otro c/ EN- M° Economía- Secretaria de Transporte y otros s/ daños y perjuicios” [juzgado n° 8].

Provincia de Buenos Aires, el Intendente de Morón, un representante de la Secretaría de Transporte de la Nación (léase CNRT) y el Director de relaciones institucionales de ALL SA, donde todos los firmantes reconocen el estado de abandono del predio y la inseguridad que esta situación provocaba y se comprometen a adoptar medidas para revertir dicha situación, incluido el ONABE, quién se obligó a la remoción de los vagones de su dominio ubicados en el predio, cuya existencia contribuía a generar el escenario propicio para el ilícito incrementando el índice de inseguridad en la zona. Este reconocimiento a posteriori del ilícito, revela necesariamente la existencia de una obligación ‘de hacer’ previa que evidentemente fue incumplida”.

Sin embargo, esas circunstancias alegadas no generan la consecuencia que se les adjudica.

En primer lugar, en lo que atañe a la participación del ONABE en el expediente administrativo de la Municipalidad de Morón n° 4079-38714/02, puede apreciarse, como surge de las diversas notas que intercambiaron con esa municipalidad, el 5 de diciembre de 2000, el 5 de octubre de 2001 y el 20 de agosto de 2002, que esa participación tuvo lugar en los términos de la ley 24.146 (fs. 6, 31, 34, 35 y 56 de ese expediente administrativo y puntos **XIV** y **XXII** de este voto).

Esa ley —cabe recordar— estableció un régimen jurídico específico tendiente a posibilitar la transferencia, por el Poder Ejecutivo Nacional, “a título gratuito en favor de las provincias, los municipios y las comunas”, de los “bienes inmuebles innecesarios para el cumplimiento de sus fines o gestión de la Administración Pública nacional, sus empresas o entes descentralizados o de otro ente donde el Estado nacional tenga participación total o mayoritaria de capital o en la formación de las decisiones societarias” (artículo 1º).

En ese contexto, en el referido expediente administrativo el ONABE, al responder a la Municipalidad de Morón, puso de resalto —en



la referida nota del 5 de octubre de 2001— que “los inmuebles en cuestión se encuentran concesionados a la Empresa BAP SA” y propició “un compás de espera, ya que se está tramitando la correspondiente desafectación ante la CNRT”.

Es decir, el ONABE no tenía competencia para hacer lugar a la solicitud formulada reiteradamente por la Municipalidad de Morón con la finalidad de obtener la tenencia de “los inmuebles ferroviarios en jurisdicción de los TALLERES HAEDO, en el marco de la Ley nº 24.146”, sin antes haberse dispuesto la pertinente desafectación, que, según se dijo, tramitaba ante la CNRT.

En segundo lugar, en lo que concierne al acuerdo firmado el 6 de agosto de 2003 —que fue transcrito en los puntos **XIV** y **XXII** de este voto—, la obligación que el ONABE asumió en la cláusula CUARTA en el sentido de remover diversos vagones de su propiedad que se encontraban en el inmueble concesionado, no refleja un reconocimiento, ni expreso ni tácito, de que haya omitido irregularmente cumplir algún deber normativamente asignado.

Es cierto, sí, que el ONABE conocía el estado de abandono del predio con anterioridad a los hechos delictivos y a la firma del referido convenio el 6 de agosto de 2003, tal como surge de las notas contenidas en el expediente administrativo de la Municipalidad de Morón nº 4079-38714/02.

Sin embargo, ese solo dato no es apto jurídicamente para tener por configurada una omisión irregular, si, en los términos de la recordada jurisprudencia del Máximo Tribunal —punto **XXXVII** de este voto—, no ha sido acompañado de la carga de “individualizar del modo más claro y concreto posible cuál ha sido la actividad que específicamente se reputa como irregular”.

Además, no se demostró que la mera presencia de los vagones de propiedad del ONABE dentro del predio haya contribuido al estado de abandono del terreno ni, por consiguiente, a la situación de





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CONTENCIOSO

ADMINISTRATIVO FEDERAL, SALA I.

Causa n° 38.028/2005 “C. C. y otro c/ EN- M° Economía- Secretaria de Transporte y otros s/ daños y perjuicios” [juzgado n° 8].

riesgo que ello generaba hacia las mujeres, sin disociarla del control que sobre el predio concernía, como se vio, a la CNRT y al Estado Nacional.

LXXVI. En la expresión de agravios la parte actora invoca, simultáneamente, el contenido del artículo 19.3 del “contrato de concesión” en cuanto prescribiría —en la interpretación que propone— que al resolverse el contrato por el “concurso o quiebra” del concesionario “la órbita de jurisdicción que tenía restringida, jurídicamente, ha retornado a la ONABE” y, por esa razón, ese organismo sería responsable “en virtud de que el inmueble donde han ocurrido los hechos, se encuentra bajo la órbita de su jurisdicción [o] administración”.

El planteo debe ser desestimado en tanto no encuentra fundamento ni expreso ni implícito en la formulación textual de esa disposición contractual.

LXXVII. La parte actora critica la sentencia apelada en cuanto rechazó la demanda dirigida contra la Municipalidad de Morón, y lo hace afirmando que no es cierto que dicha municipalidad “carecía de competencia en materia de seguridad pública y mucho menos que se veía imposibilitada de ejercerlo en un predio ferroviario, concesionado a la firma ALL SA”.

Distingo un doble orden de argumentación, en tanto se adjudica a la Municipalidad de Morón un deber de seguridad general sobre la comunidad y un deber de seguridad específico sobre el predio involucrado.

LXXVIII. Acerca del alegado deber de seguridad relativo al predio concesionado —empiezo por la segunda línea argumentativa—, me remito, para desestimar ese punto de vista, a las consideraciones



desarrolladas al examinar las conductas de la CNRT —puntos **XL** a **LX** de este voto— y del Estado Nacional —puntos **LXV** a **LXXI**—, toda vez que, como se vio, tenían a su cargo el control del cumplimiento de las obligaciones contractuales concernientes al mantenimiento del predio por parte de la firma concesionaria ALL Central SA.

Justamente porque no tenía jurisdicción sobre ese predio —un dato complementario que sostiene esa afirmación es la cláusula segunda del convenio firmado el 6 de agosto de 2003 (puntos **XIV** y **XXII** de este voto)— la municipalidad intentó, durante un tiempo prolongado, concretar un convenio de uso con la firma concesionaria, en los términos de la nota n° 25/1998 de la CNRT (del 7 de enero de 1998), sin resultado favorable. Según se tratará en el punto **LXXVIII**, la Municipalidad de Morón puso de resalto “las prácticas dilatorias” de la firma concesionaria “que impidieron el actuar oportuno del Municipio, con el que se hubieren evitado los hechos lamentables que ocurrieron en el ámbito de dicho predio y que son de público y notorio conocimiento” (fs. 226/227 del expediente administrativo n° 4079-38714/02).

LXXIX. Relativamente al deber de seguridad general de la población —primera línea argumentativa—, es necesario acudir a las normas aplicables, toda vez que, en el memorial, la parte actora se apoya en la ley 13.482 de la Provincia de Buenos Aires y destaca que “al contestar demanda, la propia Municipalidad reconoce que, se encuentra dentro del ámbito de su competencia, ocuparse de la prevención del delito y a la protección de la comunidad, de conformidad a [dicha] Ley”.

La ley provincial 12.154 establecía, al tiempo en que ocurrieron los hechos delictivos que dieron lugar a esta demanda, que “La seguridad pública es materia de competencia exclusiva del Estado y su mantenimiento le corresponde al Gobierno de la Provincia de Buenos Aires. La seguridad pública importa para los ciudadanos, el goce y





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CONTENCIOSO

ADMINISTRATIVO FEDERAL, SALA I.

Causa n° 38.028/2005 “C. C. y otro c/ EN- M° Economía- Secretaria de Transporte y otros s/ daños y perjuicios” [juzgado n° 8].

ejercicio de sus derechos, libertades y garantías constitucionales” (artículo 2º).

Ese texto no cambió con las sucesivas modificaciones (según las leyes 13.210 —publicada en 2004—, 13.482 —publicada en junio de 2006— y 14.024 —publicada en 2009).

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, al examinar una demanda promovida contra un municipio por los daños provocados “en las inmediaciones del predio municipal en que habría de realizarse [un] concierto”, estableció que “La policía de seguridad, en lo concerniente a la preservación de la integridad física de las personas y sus bienes así como el aseguramiento de la tranquilidad ciudadana, no corresponde a la esfera de competencias comunal (conf. arts. 191, 192, Const. prov., dec. ley 6769/58 y art. 3, Ord. Gral., 267; doct. C.S.J.N., Fallos 321:1124, cons. 4º). Las disposiciones de la ley 12.154 definen ese cometido público como asunto de competencia exclusiva del Estado provincial (art. 2º)” (causa “*Vega, Agustín José y otros contra Municipalidad de General Pueyrredón y otros. Daños y Perjuicios*”, pronunciamiento del 22 de diciembre de 2010).

En ese mismo sentido —y distinto al que postula la parte actora—, al contestar la demanda la Municipalidad de Morón aseveró que el poder de policía del municipio se extiende a las faltas y a las contravenciones, “PERO EN NINGÚN MODO A LA PREVENCIÓN DEL DELITO EN GENERAL”, ya que “el poder de policía de seguridad de las personas no es una función inherente al Municipio [...], toda vez que [...] pertenece [...] conforme Art. 10 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires [...] al ámbito del Ministerio de Seguridad Provincial [...] a través de la policía bonaerense, quienes tienen a su cargo la prevención y represión de los delitos comunes”.

A partir de las consideraciones normativas y jurisprudenciales expuestas, cabe concluir en que el deber de seguridad



sobre la comunidad no constituyó una competencia que hubiera sido adjudicada a la Municipalidad de Morón.

Con todo, la parte actora, al criticar que la sentencia apelada consideró erróneamente que el predio ferroviario no se encontraba en jurisdicción de la Municipalidad de Morón, expresó que “éste hecho pudo haber sido subsanado con la intervención policial provincial o nacional de haber sido requerida en su oportunidad”. Esta manifestación, por un lado, remite, en definitiva, a las competencias del Estado Nacional y del Estado Provincial, ajenas, por tanto, a las atribuciones municipales en materia de seguridad de la comunidad, y, por otro lado, no identifica “del modo más claro y concreto posible cuál ha sido la actividad que específicamente se reputa como irregular” como exige la remorada jurisprudencia de la Corte Suprema (puntos XXXVII y LXXV de este voto).

LXXX. Desestimada esa doble argumentación relativa a los alegados deberes de seguridad a cargo de la Municipalidad de Morón, corresponde tratar los agravios basados en que la jueza de primera instancia “infiera que la actuación de la Municipalidad de Morón en el expediente 4079/42475 fuera diligente, esto es, efectuando un ejercicio razonable del poder de policía”.

En un sentido distinto al que alude la parte actora, la jueza de primera instancia ponderó las constancias del expediente administrativo de la Municipalidad de Morón n° 4079-38714/02; y sobre esa ponderación, llegó a la conclusión de que “no existió omisión en el ejercicio del poder de policía imputable” a dicha municipalidad.

Coincido con esa conclusión.

Es relevante poner de resalto diversas piezas documentales que están contenidas en aquel expediente administrativo, algunas de las cuales, como se verá, ya fueron citadas en este voto:

—Nota remitida por la Municipalidad de Morón al ONABE, que lleva fecha del 23 de octubre de 2000, en la que el Intendente





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CONTENCIOSO

ADMINISTRATIVO FEDERAL, SALA I.

Causa n° 38.028/2005 “C. C. y otro c/ EN- M° Economía- Secretaria de Transporte y otros s/ daños y perjuicios” [juzgado n° 8].

solicitó: *“se resuelva con carácter previo y hasta se concrete la Cesión de Dominio, la tenencia precaria del predio sito en la Ciudad de Haedo, Partido de Morón, identificado catastralmente como circunscripción III, Sección J; sobre la calle Intendente Eliseo Gorla. Ello pues resulta indispensable que el aludido predio sea cedido a la Municipalidad de Morón, por cuestiones que hacen a la [...] seguridad pública, ello en razón que, el citado predio, conforma un baldío que genera inseguridad para el vecindario [...] En este contexto [...] el Municipio [...] arbitra las medidas de rigor con el fin de asegurar la satisfacción de necesidades de la población, entre las que se encuentran la seguridad y la salubridad. Por ello se solicita que [...] se permita al Municipio administrar y poseer físicamente al predio, ello a fin de instrumentar medidas que garanticen la seguridad, la higiene y la salubridad de los vecinos”* (fs. 32 del expediente administrativo y punto **XXII** de este voto).

—Nota, fechada el 9 de abril de 2001, dirigida por la Municipalidad de Morón al ONABE, en el marco de “la solicitud de transmisión de dominio” a favor de ese municipio, en la que adjuntó documentación que le había sido requerida, y solicitó “que tenga a bien imprimirle, a la solicitud que tramita [...] carácter de Pronto Despacho, ello debido a que el actual estado de abandono del predio atenta contra el interés general [...] En este sentido importante es destacar que de las fotos que, en original se adjuntan, de la nota remitida por los vecinos [...] emerge claramente, el estado de abandono que acomete al predio que nos ocupa, circunstancia que atenta contra la higiene y la seguridad pública, con los consecuentes perjuicios que esto genera [...] en la comunidad. Es en este marco de situación donde, el Municipio, con el fin de velar por la seguridad pública [...] solicita, sin perjuicio del trámite de transmisión de dominio ya iniciado, que, en un plazo de treinta días [...] se lo autorice, expresa o tácitamente [...], a tomar la tenencia precaria del inmueble y a proceder a la limpieza del predio, a su



parquización, uso y cuidado, esto con el objeto de evitar que posibles daños o perjuicios se originen como consecuencia del estado de situación actual” (fs. 40/41 del expediente administrativo de la Municipalidad de Morón n° 4079-38714/02 y punto **XXII** de este voto).

—Nota dirigida por el ONABE al intendente de la Municipalidad de Morón, fechada el 5 de octubre de 2001, con “relación a las gestiones iniciadas por ese Municipio ante este Organismo solicitando los inmuebles ferroviarios en jurisdicción de los TALLERES HAEDO, en el marco de la Ley n° 24.146” (fs. 6 y 57 del expediente administrativo; puntos **XIV** y **LXXV** de este voto).

—Nota de la Municipalidad de Morón, del 20 de agosto de 2002, dirigida a la firma ALL Central SA en la que le solicitó que aportara diversos datos necesarios para la firma del convenio de uso “que se suscribirá” (fs. 58 del expediente administrativo; punto **XIV** de este voto).

—Nota de la Municipalidad de Morón, también del 20 de agosto de 2002, remitida al ONABE para que le informara si se “ha concretado la desafectación de los inmuebles de los talleres Haedo de la concesión a la empresa B.A.P. S.A.” (fs. 59 del expediente administrativo; puntos **XIV**, **XXII** y **LXXV** de este voto).

—Nota de la Municipalidad de Morón, fechada el 12 de septiembre de 2002, en la que reiteró a la firma ALL Central SA la solicitud contenida en la nota del 20 de agosto (fs. 60 del expediente administrativo; punto **XIV** de este voto).

—La Dirección de Asuntos Legales de la municipalidad, el 20 de noviembre de 2002, manifestó que no tenía “objeciones de índole legal que formular” al convenio (fs. 86 del expediente administrativo y punto **XIV** de este voto).

—Texto del proyecto de convenio (fs. 90/92 del expediente administrativo).





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CONTENCIOSO

ADMINISTRATIVO FEDERAL, SALA I.

Causa n° 38.028/2005 “C. C. y otro c/ EN- M° Economía- Secretaria de Transporte y otros s/ daños y perjuicios” [juzgado n° 8].

—La Secretaría General de Gobierno de la municipalidad dio su conformidad, el 12 de diciembre de 2002, para que se firmara el convenio (fs. 93 del expediente administrativo).

—Nuevo texto del proyecto de convenio propuesto por ALL central SA, el 15 de enero de 2003 (fs. 105/108 del expediente administrativo).

—La Dirección de Asuntos Legales de la municipalidad, el 3 de marzo de 2003, señaló que no hallaba observaciones al convenio (fs. 112/113 del expediente administrativo).

—Nuevo texto del proyecto de convenio propuesto por ALL Central SA, el 21 de julio de de 2003 (fs. 148/151 del expediente administrativo).

—La Dirección de Asuntos Legales de la municipalidad manifestó que no advertía objeciones a la firma del convenio (fs. 156 del expediente administrativo).

—La Secretaría General de Gobierno de la municipalidad, teniendo en cuenta que la firma ALL Central SA no había integrado el contrato decidió, el 1º de agosto de 2003, enviarle una carta documento intimándola a que fijara la fecha de suscripción (fs. 157 del expediente administrativo y puntos **XIV** y **XXII** de este voto).

LXXXI. A partir de la documentación reseñada, puede afirmarse que el comportamiento de la Municipalidad de Morón, de acuerdo con las consideraciones de tiempo, modo y lugar (Fallos: 341:1287) fue regular, tal como lo demuestran sus constantes e insistentes gestiones dirigidas a obtener la tenencia del inmueble, a título precario, como consecuencia del comprobado estado de abandono en el que se hallaba y del escenario de riesgo que éste proyectaba hacia las mujeres.

Por tanto, los agravios deben ser desestimados.



LXXXII. Una vez examinados los múltiples agravios referentes a la responsabilidad de las diversas personas demandadas, corresponde tratar las apelaciones relativas a la procedencia de los ítems y a los montos que componen la indemnización reconocida.

LXXXIII. Relativamente al ítem “daño moral”, la Corte Suprema ha dicho que implica un detrimento de índole espiritual, una lesión a los sentimientos, que involucra angustias, inquietudes, miedos, padecimientos y tristeza propios de la situación vivida por la víctima (Fallos: 334:1821; 342:2198).

Tiene que tratarse —según ha recordado esta sala— de una lesión espiritual seria y que debe presentar cierta entidad para resultar susceptible de resarcimiento, toda vez que no cualquier inquietud o perturbación del ánimo —como la simple invocación de molestias, aflicciones, fatigas, etc.— justifica por sí la reparación del daño moral, máxime si se tiene como norte que ella “no puede ser fuente de un beneficio inesperado ni de enriquecimiento injusto” (causas *“Pato”*, citada, *“Catri Damian Uriel c/EN M Interior PFA y otro s/ daños y perjuicios”*, *“Montillo Jorge Federico c/ EN M Interior PFA y otro s/ daños y perjuicios”* y *“Uchima Carmen Daniela c/ EN M Interior PFA Superintendencia de Bomberos y otro s/ daños y perjuicios”*, pronunciamientos del 19 de diciembre de 2019, y del 3 y 13 de marzo y 12 de junio de 2020, respectivamente, entre muchas otras).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado “que la violación sexual es una experiencia sumamente traumática que tiene severas consecuencias y causa gran daño [...] que deja a la víctima humillada física y emocionalmente”; que “es inherente a la violación sexual el sufrimiento severo de la víctima”; y que [L]as mujeres víctimas de violación sexual también experimentan severos daños y secuelas” (caso “Fernández Ortega y otros vs. México”, citado, párrafo 124).





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CONTENCIOSO

ADMINISTRATIVO FEDERAL, SALA I.

Causa n° 38.028/2005 “C. C. y otro c/ EN- M° Economía- Secretaria de Transporte y otros s/ daños y perjuicios” [juzgado n° 8].

No hay dudas acerca de que los hechos delictivos padecidos por las hermanas C.C. y C.C. tuvieron, por su magnitud, una entidad apta para generarles daños de índole espiritual que deben ser resarcidos.

Dada la incuestionable magnitud de esos hechos, la procedencia de este ítem se encuentra configurada *in re ipsa*, es decir, por la sola producción del episodio dañoso (Fallos: 334:376; y esta sala, causas “*Garat Oscar Ernesto y otros c/ EN -PJM -Cpo Médico Forense - Morgue Judicial y otros y otros s/ daños y perjuicios*” y “*Temer Pablo Fabian c/ EN -PJM y otro s/daños y perjuicios*”, pronunciamientos del 3 de abril de 2014 y del 30 de diciembre de 2015, respectivamente, y “*Castro*”, citada).

Por tanto, los agravios que la CNRT dirige a la procedencia de este ítem deben ser desestimados.

LXXXIV. En lo que atañe a la fijación de su cuantía, el Máximo Tribunal ha formulado las siguientes pautas:

— “[E]l dolor humano es apreciable y la tarea del juez es realizar la justicia humana; no se trata de una especulación ilícita con los sentimientos sino de darle a la víctima la posibilidad de procurarse satisfacciones equivalentes a lo que ha perdido. Aun cuando el dinero sea un factor muy inadecuado de reparación, puede procurar algunas satisfacciones de orden moral, susceptibles, en cierto grado, de reemplazar en el patrimonio moral el valor que del mismo ha desaparecido. Se trata de compensar, en la medida de lo posible, un daño consumado. En este orden de ideas, el dinero es un medio de obtener satisfacción, goces y distracciones para restablecer el equilibrio en los bienes extrapatrimoniales” (Fallos: 334:376).

— “La evaluación del perjuicio moral es tarea delicada, pues no se puede pretender dar un equivalente y reponer las cosas a su estado anterior [...] El dinero no cumple una función valorativa exacta,



el dolor no puede medirse o tasarse, sino que se trata solamente de dar algunos medios de satisfacción, lo cual no es igual a la equivalencia. Empero, la dificultad en calcular los dolores no impide apreciarlos en su intensidad y grado por lo que cabe sostener que es posible justipreciar la satisfacción que procede para resarcir dentro de lo humanamente posible, las angustias, inquietudes, miedos, padecimientos y tristeza propios de la situación vivida” (ídem).

—Debe repararse el carácter resarcitorio de este rubro, la índole del hecho generador de la responsabilidad y la entidad del sufrimiento causado, que no tiene necesariamente que guardar relación con el daño material, ya que no se trata de un daño accesorio a éste (Fallos: 321:1117; 325:1156; 329:3403; 330:563; 332:2159; 334:376 y 1821; 338:652; en el mismo sentido, esta sala, causas “*Piris Diego Daniel c/ Delgado, Carbone, Cardell, Vázquez, Torres y Fontanet y otros s/ daños y perjuicios*” y “*Villaamil Aldana Soledad c/ GCBA y otros s/ daños y perjuicios*” pronunciamientos del 22 de octubre de 2019 y del 12 de junio de 2020, respectivamente, y causas “*Gamarra*”, “*Pato*” y “*Montillo*”, citadas, entre muchas otras).

Esta sala, en la misma orientación, ha dicho que la valoración no está sujeta a cánones estrictos, sino que corresponde a los jueces de la causa establecer prudentemente el monto de la indemnización, tomando como base —además de la gravitación del daño sufrido, el hecho generador de la responsabilidad y su función resarcitoria— el principio de reparación integral (causas “*Procaccini, Luis María y otro c/ EN -M°E Y OSP s/ daños y perjuicios*” y “*Oliver Brian c/ EN M Justicia PFA Superintendencia de Bomberos y otros s/ daños y perjuicios*”, pronunciamientos del 1º de febrero de 2012 y del 31 de julio de 2018, respectivamente, y “*Pato*”, “*Piris*”, “*Montillo*” y “*Uchima*”, citadas, entre muchas otras).





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CONTENCIOSO

ADMINISTRATIVO FEDERAL, SALA I.

Causa n° 38.028/2005 “C. C. y otro c/ EN- M° Economía- Secretaria de Transporte y otros s/ daños y perjuicios” [juzgado n° 8].

LXXXV. Con fundamento en las consideraciones enunciadas, considero que la suma reconocida en este concepto debe ser elevada a \$700.000 para cada una de las hermanas demandantes.

LXXXVI. En relación con el ítem “daño psicológico”, creo que es apropiado volver a decir que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha explicado que “la violación [...] causa gran daño físico y psicológico [...], situación difícilmente superable por el paso del tiempo, a diferencia de lo que acontece en otras experiencias traumáticas. De ello se desprende que es inherente a la violación sexual el sufrimiento severo de la víctima [...] Las mujeres víctimas de violación sexual también experimentan severos daños y secuelas psicológicas y aun sociales” (caso “Fernández Ortega y otros vs. México”, citado, párrafo 124).

La Corte Suprema ha exigido que para que su indemnización sea autónoma del ítem “daño moral”, “la incapacidad a resarcir es la permanente y no la transitoria, y debe producir una alteración a nivel psíquico que guarde adecuado nexo causal con el hecho dañoso” (Fallos: 327:2722; en el mismo sentido, esta sala, causas “Acuña, Celso Federico c/E.N. –M° Justicia, Seguridad y DDHH s/daños y perjuicios”, “Wright Alan y otro c/ EN M Justicia PFA Superintendencia de Bomberos y otros s/ daños y perjuicios” y “Gómez Casadidio María Soledad y otros c/GCBA s/daños y perjuicios”, sentencias del 3 de febrero de 2012, del 6 de diciembre de 2018 y del 26 de marzo de 2019, respectivamente, y “Suazo”, “Montillo”, “Catri” y “Uchima”, citadas, entre muchas otras).

LXXXVII. Es conveniente examinar separadamente este punto respecto de cada una de las hermanas demandantes.



A. De los informes elaborados por la experta psiquiatra se desprende:

I.C.C. (fs. 750/755):

(i) “Su actividad está disminuida en forma global con importante disminución de su actividad laboral y abolida para la personal, social y recreativa presentando marcada hipobulia con importante enlentecimiento psicomotor.”

(ii) “Presenta ideas de culpa, desvalorización, minusvalía, inutilidad, vergüenza, rabia, y temor, sin ideación francamente delirante. Se pone de manifiesto vivencia de tristeza y angustia, de contenido depresivo, reactiva a la situación vivencial ocurrida, que se prolonga en el tiempo”.

(iii) “Pensamiento: se ponen de manifiesto fenómenos de flashback y recuerdos intrusivos que perturban y limitan la vida de la peritada”.

(iv) “Afectividad: Hipertimia displacentera con sentimientos de tristeza y angustia irreductible que resultan detonados por la situación traumática, pero con intensidad y permanencia hasta la actualidad, frente a lo cual utiliza mecanismos defensivos que no resultan eficaces para lograr la elaboración del duelo”.

(v) “Sueño: dificultad en la conciliación y mantenimiento con despertar nocturno perturbador y angustioso”.

(vi) “Sexualidad: [...] severamente perturbada con abolición del deseo, temor, y actitud evitativa que resulta en deterioro de la relación de pareja”.

(vii) “Presenta síntomas de Ansiedad, Depresión y empobrecimiento yoico originados en factores traumáticos y las vivencias posteriores al episodio con estresantes intensos como ha sido el ataque personal y sexual sufrido a temprana edad, presentado al momento actual un Síndrome Depresivo con incapacidad de elaboración de la situación traumática consecutivo a un Trastorno de Estrés Postraumático”.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CONTENCIOSO

ADMINISTRATIVO FEDERAL, SALA I.

Causa n° 38.028/2005 “C. C. y otro c/ EN- M° Economía- Secretaria de Transporte y otros s/ daños y perjuicios” [juzgado n° 8].

(viii) “[L]a imposibilidad de elaboración de un abuso sexual, cuanto más en condiciones altamente traumáticas, como las padecidas, origina la persistencia de los síntomas e incremento de la ideación depresiva y/o de culpabilidad”.

(ix) “Se observa afectación de las áreas afectiva y volitiva con deterioro global de las funciones psíquicas que afectan su vida personal, laboral, social y familiar con importantes restricciones”.

Concluyó en que “[p]resenta un daño psíquico por estrés postraumático y depresión mayor relacionado con la temática de autos que se ha cristalizado evolucionando hacia un trastorno depresivo mayor y le genera una incapacidad equivalente al 35% en forma parcial y permanente”.

Y estimó necesaria “la realización de tratamiento Psiquiátrico, Psicofarmacológico y Psicoterapéutico por tiempo prolongado, sin contar con garantía de mejoría o resolución”.

II. C.C. (fs. 756/761):

(i) “Se evidencian sentimientos de tristeza y de intensa angustia reactivos a la situación traumática vivida y a la situación judicial que atraviesa”.

(ii) “Disminución global de la actividad y del área volitiva, con importante disminución de su actividad laboral, personal, social y recreativa presentando marcada hipobulia con importante entorpecimiento psicomotor”.

(iii) “Presenta ideas de desvalorización, culpa, minusvalía, inutilidad, vergüenza y temor, sin detectarse ideación delirante. Se pone de manifiesto vivencia de tristeza y angustia, de contenido depresivo, reactiva a la situación vivencial ocurrida, que se prolonga en el tiempo”.

(iv) “El curso del pensamiento se encuentra enlentecido, contenido ideatorio depresivo y paranoide, con intenso temor a la



reviviscencia del suceso traumático. Se ponen de manifiesto flashbacks y recuerdos intrusivos que perturban y limitan la vida de la peritada”.

(v) “Hipertimia displacentera, labilidad afectiva, tendencia al llanto, con sentimientos de angustia y tristeza irreductible que resultan detonados por la situación traumática, su intensidad permanece intacta hasta la actualidad, frente a lo cual utiliza mecanismos defensivos que no resultan eficaces para lograr la elaboración del trauma psíquico”.

(vi) “Sexualidad: [...] perturbada con intensa disminución del deseo, temor, y actitud evitativa que resulta en detrimento de la relación de pareja”.

(vii) “[P]resenta síntomas de Ansiedad, Angustia, Depresión y temor con empobrecimiento yoico, originados en factores traumáticos frente a un ataque sexual a la temprana edad y las vivencias posteriores al episodio con estresantes intensos, que han generado un Trastorno por Estrés Postraumático y concomitante Síndrome Depresivo presentando incapacidad de elaboración de la situación intensamente traumática sufrida”.

(viii) “[H]a presentado una sintomatología importante de angustia, temor, culpabilidad, inhibición, etc, desarrollando una evolución característica de un Episodio Depresivo Mayor con importante limitación funcional, afectando su desempeño en lo social, laboral, familiar e intelectual”.

(ix) “[L]a imposibilidad de elaboración de un abuso sexual, cuanto más en condiciones altamente traumáticas, como las padecidas, origina la persistencia de los síntomas e incremento de la ideación depresiva y/o de culpabilidad”.

(x) “Al igual que su hermana [...] padece una afección crónica e irreversible, no habiendo logrado elaborar el trauma psíquico careciendo de recursos eficaces para la protección de su psiquismo”.

(xi) “Se observa afectación de todas las áreas psíquicas, afectiva y volitiva con deterioro global de las funciones psíquicas que





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CONTENCIOSO

ADMINISTRATIVO FEDERAL, SALA I.

Causa n° 38.028/2005 “C. C. y otro c/ EN- M° Economía- Secretaria de Transporte y otros s/ daños y perjuicios” [juzgado n° 8].

afectan su vida personal, laboral, social y familiar con importantes restricciones”.

Concluyó en que “Presenta un daño psíquico por estrés postraumático y depresión mayor relacionado con el episodio de agresión personal y sexual reiterado, que se ha cristalizado evolucionando hacia un trastorno depresivo mayor y le genera una incapacidad equivalente al 35% en forma parcial y permanente”.

Y estimó necesaria “la realización de tratamiento Psiquiátrico, Psicofarmacológico y Psicoterapéutico para prevenir la profundización y agravamiento de la sintomatología, estimando que requerirá un tiempo prolongado, sin contar con garantía de mejoría o resolución”.

Al dar respuesta, concretamente, a los puntos de peritaje propuestos por el Estado Nacional, la experta indicó que “[e]n el caso de las niñas [...], al sufrir un trauma intenso, a temprana edad, cuando aún no se ha conformado la personalidad, no puede evaluarse la ‘personalidad de base’ previa, ni considerar la actual personalidad como una ‘personalidad de base’ ya que es por todos los profesionales aceptado que traumas psíquicos de magnitud como el sufrido por las niñas interfiere, cambia, o transforma la personalidad que se venía gestando” y que “no se constata ningún hecho traumático con anterioridad al suceso descrito [...] que hubiera podido incidir negativamente en la psiquis de [C.] ni de [C.C.]” (fs. 762/764).

B. En el “Informe Psicodiagnóstico”.

I.C.C. (fs. 765/772):

El perito psicólogo concluyó en que el daño psíquico padecido no responde a un “hecho aislado” sino que es la “cadena de acontecimientos que se fueron sucediendo en la medida en que la mencionada fue padeciendo los momentos narrados. Los mismos se caracterizan por ser sorpresivos, acumulativos y producir un impacto



fuerte en el psiquismo, ser angustiante para casi toda persona e implicando el rearmado del aparato psíquico”.

Puso de resalto que “al momento de la evaluación psicodiagnóstica, se observa un estado de angustia que inunda la personalidad. En primera instancia la sensación de descontento, presencia de sintomatología depresiva, como el desgano, falta de interés, disminución de autoestima, y sintomatología fóbica, sensación de estar lejos y alejado de los demás, desconfianza, estado de hiperalerta y la dificultad de un proyecto personal. Posee escasa autoestima e hipersensibilidad a la evaluación negativa. Presentan sentimientos constantes de tensión reflejando evitación de actividades sociales o laborales que impliquen contactos personales íntimos. En la esfera sexual signos postraumáticos. La vivencia de su esquema corporal (vergüenza, culpa) y la imposibilidad de una sexualidad plena. Esta área se encuentra teñida por los acontecimientos vividos”.

Finalmente señaló que el “evento traumático que [...] detalla durante la entrevista se vio reflejado en el correr de las diferentes técnicas. Por lo expuesto, se indica un tratamiento psicológico y psiquiátrico, teniendo en cuenta que la mencionada tiene prescripta medicación psicofarmacológica”.

II. C.C. (fs. 777/783):

El experto dijo que padeció un trauma psíquico, de carácter intenso, imprevisible, y que ha irrumpido en la organización psíquica de la joven, desbordando sus capacidades defensivas y rompiendo el equilibrio que la misma presentaba. Se trata de hechos que al no haber sido anticipados “son experimentados de una manera más violenta que aquellos para los que hubo una preparación previa; las probabilidades que tiene un incidente determinado de producir un efecto traumático se hallan en razón directa con su carácter imprevisto”.

“Por lo expuesto, se indica un tratamiento psicológico y seguimiento psiquiátrico, dado que la examinada se encuentra medicada”.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CONTENCIOSO

ADMINISTRATIVO FEDERAL, SALA I.

Causa n° 38.028/2005 “C. C. y otro c/ EN- M° Economía- Secretaria de Transporte y otros s/ daños y perjuicios” [juzgado n° 8].

LXXXVIII. Como puede apreciarse, de los peritajes reseñados surge, con total claridad, de qué modo los hechos traumáticos que vivieron las hermanas C.C. y C.C. repercutieron en sus psiquis y el impacto negativo que representa para sus vidas en relación.

De esos informes profesionales también se desprende que las consecuencias dañosas y traumáticas sólo podrán ser, en todo caso, mitigadas pero nunca superadas, proyectándose, de ese modo, un daño de carácter permanente.

La contundencia probatoria de esos informes, cuyos pasajes más relevantes fueron transcritos en toda su extensión, es suficientemente explicativa del daño psíquico padecido.

Por esas razones, las objeciones que la parte actora ofrece acerca de la cuantía de este ítem deben ser admitidas y, por tanto, las sumas reconocidas en ese concepto deben ser elevadas a \$450.000 para cada una de las hermanas demandantes.

LXXXIX. La CNRT se agravia de que la sentencia de primera instancia haya reconocido el ítem “tratamiento psicológico”.

Esa queja debe ser desestimada, ya que la importancia y la necesidad de que las actoras realicen un tratamiento terapéutico tendiente a evitar el agravamiento de las consecuencias dañosas padecidas son categóricas y surgen de forma inexpugnable de los peritajes reseñados (esta sala, causas “*Fernández Claudio Daniel y otros c/ GCBA y otro s/ daños y perjuicios*”, pronunciamiento del 31 de octubre de 2019, y “*Villaamil*”, citada).

XC. La parte actora impugna el cálculo de la cantidad de sesiones efectuado en la sentencia apelada.



Es útil indicar que allí se fijó 84 sesiones para cada una de las hermanas teniendo en cuenta que “la perito psicóloga aconsejó un tratamiento psicoterapéutico durante tres años, con periodicidad semanal en el primer año y quincenal los otros dos”.

La crítica apunta a que debería fijarse “al menos 104 sesiones en total, y no 84 sesiones”. Esa impugnación debe ser admitida y, por tanto, la cantidad de sesiones debe ser fijada en 104 (52 sesiones para el primer año y 26 sesiones para cada uno de los años restantes) dado que esa modalidad fue recomendada por la experta y no fue objetada por las partes.

XCI. Tanto la parte actora como la CNRT se agravian acerca de la cuantía reconocida por el ítem “tratamiento psicológico”.

Corresponde admitir los planteos de la parte actora y fijar en \$900 el valor de cada sesión de acuerdo con el criterio que aplica esta sala (causa “*Villaamil*”, citada).

Por consiguiente, dada la extensión del tratamiento terapéutico (104 sesiones), su frecuencia (una sesión por semana durante el primer año y quincenal para el segundo y tercer año) y el valor fijado por cada sesión fijado (\$900), la suma reconocida por el ítem “tratamiento psicológico” debe elevarse a \$93.600 para cada una de las hermanas demandantes.

XCII. La parte actora se agravia de la distribución de las responsabilidades establecida en la sentencia apelada ya que, según sostiene, el estado falencial de la concesionaria ALL Central S.A. implicaría, “a la hora de la ejecución”, una reducción de los montos de la condena.

XCIII. Dado ese cuestionamiento y que el Estado Nacional también es responsable, debe readecuarse el “grado de





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CONTENCIOSO

ADMINISTRATIVO FEDERAL, SALA I.

Causa n° 38.028/2005 “C. C. y otro c/ EN- M° Economía- Secretaria de Transporte y otros s/ daños y perjuicios” [juzgado n° 8].

responsabilidad” que corresponde a cada parte condenada patrimonialmente.

Está probado el incumplimiento grave, por su magnitud, de la firma ALL Central SA a su obligación contractual de mantener en buenas condiciones los bienes que integraban la concesión, y entre ellos, en cuanto más importa, el predio en el que se produjeron los hechos delictivos que padecieron las hermanas C.C. y C.C. Y también está demostrada la indudable gravedad en la conducta irregular, por omisión, de la CNRT y del Estado Nacional en el cumplimiento de sus funciones de control.

Por esas razones, considero que es justo y prudente asignar los porcentajes de responsabilidad de la siguiente manera: a la firma ALL Central S.A. en un 40%, a la CNRT en un 30% y al Estado Nacional en un 30%.

XCIV. Tiene razón la parte actora al criticar los efectos que la sentencia de primera instancia adjudicó a las obligaciones de reparar los daños, a las que calificó como concurrentes, en el sentido de que dicha parte tiene derecho a reclamar “el 65% del monto indemnizatorio a ALL SA y el 35% a la CNRT”.

XCV. No hay cuestionamiento de las partes sobre la calificación como concurrentes de las obligaciones de reparación, de modo que quedó firme.

XCVI. Las obligaciones concurrentes así son denominadas, de acuerdo con la opinión de la doctrina, porque las diversas obligaciones están conectadas entre sí por el hecho de concurrir respecto de un mismo objeto y acreedor (Norma Olga Silvestre, en “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Ricardo Luis



Lorenzetti Director, Tomo V, Rubinzal – Culzoni Editores, 2015, páginas 312 y siguientes; comentario a los artículos 805 a 864, con citas de doctrina; esta sala, causas “*Pato*” y “*Chacón*”, citadas).

Sobre dichas obligaciones, la Corte Suprema ha expresado:

i. Las obligaciones concurrentes —también denominadas *in solidum*— se caracterizan por la existencia de un solo acreedor, un mismo objeto, pero distintas causas en relación a cada uno de los deudores (Fallos: 307:1507, 312:2481, 320:536; 323:3564; 324:2972; 325:1585, 329:1881; 330:2748; y esta sala, causas “*Bottini, Nélide Elsa y otro c/ EN-RENAPI s/ daños y perjuicios*”, pronunciamiento del 31 de mayo de 2016, y “*Pato*” y “*Chacón*”, ya citadas).

ii. Entre los deudores concurrentes si bien no juega el principio de contribución de las obligaciones solidarias, debe admitirse que el obligado concurrente que ha satisfecho el objeto —común— de la deuda no puede verse privado del derecho de probar cuál ha sido la real causalidad de la conducta de cada uno de ellos en la producción del daño (Fallos: 312:2481 y 323:3564; y esta sala, causas “*Pato*” y “*Chacón*”, citadas).

iii. “[L]as diferentes culpas de los obligados concurrentes bastan, indistintamente, para darle derecho al damnificado a la obtención del resarcimiento total del daño contra cualquiera de los responsables *in solidum*. Pero después de ser desinteresado aquél, queda en pie una eventual responsabilidad compartida que puede ser alegada por cualquiera de los deudores, a fin de que el monto de la indemnización sea cubierto, en definitiva, por todos los deudores concurrentes, en la medida, desde luego, en que cada cual contribuyó a causar el daño” (Fallos: 312:2481; y esta sala, causas “*Pato*” y “*Chacón*”, citadas).

iv. En este tipo de obligaciones las responsabilidades corresponden a cada uno de los codemandados, sin perjuicio de que ulteriormente puedan ejercer las acciones de regreso destinadas a





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CONTENCIOSO

ADMINISTRATIVO FEDERAL, SALA I.

Causa n° 38.028/2005 “C. C. y otro c/ EN- M° Economía- Secretaria de Transporte y otros s/ daños y perjuicios” [juzgado n° 8].

obtener la contribución de cada uno en la obligación solventada (Fallos: 329:1881; y esta sala, causas “Pato” y “Chacón”, citadas).

XCVII. Desde ese enfoque, corresponde reconocer el derecho de las hermanas C.C. y C.C. a reclamar el monto debido a todas y/o a cualquiera de las personas a las que se atribuyó e imputó responsabilidad patrimonial, sin perjuicio de que cada una de ellas puede ulteriormente ejercer las acciones de regreso destinadas a obtener la contribución de cada una en la obligación solventada de acuerdo con el grado de responsabilidad fijado (Fallos: 307:1507, 312:2481, 320:536, 323:3564, 329:1881, y causa M.31XXXVII “*Molina Alejandro Agustín c/ Santa Fe, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios*”, pronunciamiento del 4 de septiembre de 2012; y esta sala, causas “*Robledo Hugo Rolando y otros c/ GCBA y otros s/ daños y perjuicios*”, pronunciamiento del 19 de septiembre de 2019, y “*Castro*”, “*Pato*”, “*Chacón*”, “*Catri*”, “*Montillo*” y “*Uchima*”, citadas).

XCVIII. Debe determinarse el modo de cobro de los créditos —que no se encuentran consolidados— por parte de las hermanas demandantes.

Es útil recordar que la ejecución de las sentencias contra el Estado Nacional, que se apoya en un bloque de legalidad que forma parte del derecho presupuestario (Sala II, causa “*A., R. H.*”, citada), se encuentra regulada en el artículo 22 de la ley 23.982 y en el artículo 170 de la ley 11.672.

La Corte Suprema ha dicho en ese sentido, recientemente (causa “*C., J. C. c/ EN -M° Defensa -Ejército s/ daños y perjuicios*”, pronunciamiento del 30 de abril de 2020), que “el régimen de ejecución de sentencias de condena dineraria contra el Estado procura armonizar



la administración racional de los fondos públicos y los derechos patrimoniales de los particulares debatidos en el ámbito de la justicia [...]. Se trata de un procedimiento que pretende que la administración pueda adoptar los recaudos de orden contable o presupuestario y evitar así ser sorprendida por un mandato judicial perentorio que la coloque en una circunstancia que podría llegar a perturbar el funcionamiento de algún servicio esencial que deba brindar el Estado”.

Esas pautas normativas, empero, deben ser concebidas en equilibrio con los derechos en juego (Sala II, causa “A., R. H.”, citada).

Ciertamente, el Máximo Tribunal enfatizó —en el precedente recién citado— que el ser humano “*es el eje y centro de todo el sistema jurídico* y, en tanto fin en sí mismo, la inviolabilidad de la persona constituye un valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental”. En definitiva —remarcó—, “la armonización del interés público con la salvaguarda de las garantías constitucionales impone recordar que la *racionalización* de los recursos del Estado debe ceder, en casos concretos y singulares, ante la *razonabilidad* de la decisión judicial. Un criterio ponderado de la ejecución de sentencias judiciales debe incorporar la posibilidad de analizar en concreto la incidencia de la decisión y su ejecución en el desarrollo regular de las prestaciones estatales, evitando convalidar la impunidad gubernamental como *modus operandi* en su relación con la comunidad. Se ha de procurar entonces un marco equidistante, que evite caer en los extremos de la irresponsabilidad estatal por un lado y la falta de una visión solidaria por el otro” (causa “C., J. C.”, citada).

Por tanto, sujetar la percepción de la indemnización a un plazo de espera implicaría la frustración de la sustancia de los derechos reconocidos, ya que “puede encontrar sustento formal en la letra de la ley pero jamás en la impronta humana y realista que exige la Constitución Nacional” (ídem).





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CONTENCIOSO

ADMINISTRATIVO FEDERAL, SALA I.

Causa n° 38.028/2005 “C. C. y otro c/ EN- M° Economía- Secretaria de Transporte y otros s/ daños y perjuicios” [juzgado n° 8].

En resguardo, pues, de la integridad psicofísica — gravemente afectada— de las hermanas C.C. y C.C. se hace prioritaria la satisfacción de sus acreencias. Esa prioridad conduce a afirmar que la doctrina del precedente “*Curti*” (Fallos: 339:1812) no resultaría válidamente aplicable en este caso, dados los particulares ribetes que exhibe, en el entendimiento de que la postergación en la percepción de los créditos reconocidos importaría una nueva lesión que se suma a la que ya padecen ambas hermanas, eventualidad que resulta improponible desde una perspectiva convencional y constitucional (Sala II, causa “*A., R. H.*”, citada).

Consiguientemente, cabe precisar que el Estado Nacional —esto es, aquí, la administración centralizada y/o la CNRT—, dada la naturaleza de los hechos y las características de los daños cuya indemnización ha sido reconocida, deberá realizar el pago correspondiente —en el caso en que la parte actora se lo reclame—, con celeridad y rapidez, excluyendo el crédito del régimen previsto en el artículo 22 de la ley 23.982, evitando así que las hermanas demandantes —víctimas de delitos aborrecibles cuando eran dos adolescentes— se vean obligadas a promover la ejecución forzada de esta sentencia.

Las precisiones recién formuladas sólo atañen a la situación jurídica del Estado Nacional —con la comprensión señalada en el párrafo precedente—, de modo que no rigen sobre la condena patrimonial concurrente a la firma All Central SA, ya que se trata de una persona ajena al sistema de pago previsto en la ley 23.982, pago que, en todo caso, queda regulado por el derecho común.

XCIX. La firma ALL Central SA impugna la tasa de interés aplicada en la sentencia apelada.



Esa impugnación debe ser admitida, toda vez que resulta aplicable la tasa pasiva promedio mensual que publica el Banco Central de la República Argentina, ya que el decreto 941/91 faculta a los jueces a aplicarla y ha sido utilizada por la Corte Suprema (Fallos: 329:4826 y 331:2210; y esta sala, causas “*Domanico, Eduardo Tomas c/ EN -M° Defensa -Ejército Argentino s/ daños y perjuicios*” y “*Barilari, Nadia c/ EN-M° Interior -PFA -Superintendencia de Bomberos y otros s/ daños y perjuicios*”, pronunciamientos del 1º de febrero de 2012 y del 23 de mayo de 2019, respectivamente, y “*Chacón, “Pato” y “Villaamil*”, citadas).

C. El Estado Nacional había deducido un recurso de apelación contra la resolución dictada por la jueza de primera instancia en la que rechazó su oposición a la producción de la prueba pericial médica psiquiátrica y testimonial. Allí sólo cuestionó la imposición de las costas. Ese recurso fue concedido con efecto diferido (fs. 641, 642 y 644).

En su escrito de expresión de agravios el Estado Nacional sólo objetó la distribución de las costas decidida en la sentencia definitiva pero no realizó ninguna referencia a aquella resolución interlocutoria.

Por ello, en la medida en que no fue fundado, el recurso que fue concedido con efecto diferido está desierto.

CI. Las costas deben ser fijadas de la siguiente manera, según las relaciones procesales: (i) Entre la parte actora y la CNRT, a cargo de dicha entidad estatal, en esta instancia, ya que resulta vencida (artículo 68, primera parte, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación); (ii) Entre la firma ALL Central SA y la CNRT, en el orden causado, en esta instancia, ya que hay vencimientos parciales y mutuos (artículo 71 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación); (iii) Entre la parte actora y el Estado Nacional, a cargo de éste, en ambas instancias, ya que resulta vencido (artículo 68, primera parte, del





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CONTENCIOSO

ADMINISTRATIVO FEDERAL, SALA I.

Causa n° 38.028/2005 “C. C. y otro c/ EN- M° Economía- Secretaria de Transporte y otros s/ daños y perjuicios” [juzgado n° 8].

Código Procesal Civil y Comercial de la Nación); (iv) En lo demás, en el orden causado, toda vez que los agravios no fueron replicados (artículo 68, segunda parte, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

CII. Dada la forma en que se fijan las costas, los agravios dirigidos por el Estado Nacional a la distribución decidida en la sentencia apelada son abstractos.

CIII. La experta médica psiquiatra apeló la regulación de sus honorarios. Habida cuenta de la naturaleza, el objeto y el monto del reclamo, y en función de la tarea, la calidad, la eficacia y la extensión de los informes periciales (fs. 749/783 y contestación de fs. 810/815), atendiendo al criterio que indica que los emolumentos de los auxiliares de justicia deben guardar, como regla, una adecuada proporción con los correspondientes o los que debieron corresponder al resto de los profesionales intervinientes durante la sustanciación del pleito, corresponde elevar a la suma de doscientos setenta y un mil doscientos cincuenta pesos (\$ 271.250) los honorarios de la experta psiquiatra (doctrina de Fallos: 313:689, entre muchos otros).

CIV. Corresponde diferir la regulación de los honorarios del letrado apoderado de la parte actora correspondientes a esta alzada para el momento en que la jueza de primera instancia, en una nueva intervención, realice la regulación pertinente.

CV. Finalmente, debe remitirse la causa a la secretaría general de esta cámara para que se modifique la carátula en los términos del punto I de este voto.



En mérito de las razones expuestas, voto por: **(1)** Desestimar los agravios dirigidos por la CNRT y por la firma ALL Central SA a la asignación de responsabilidad y confirmar la sentencia apelada en cuanto condenó patrimonialmente a ambas partes; **(2)** Hacer lugar a las críticas ofrecidas por la parte actora, revocar parcialmente la sentencia apelada, declarar la responsabilidad del Estado Nacional y condenarlo patrimonialmente; **(3)** Admitir las objeciones formuladas por la parte actora acerca de los montos fijados en concepto de los ítems “daño moral”, “daño psíquico” y “tratamiento psicológico” e incrementarlos con arreglo a los puntos **LXXXIII** a **XCI**; **(4)** Acoger los agravios planteados por la parte actora relativamente a la distribución de las responsabilidades y establecerla del modo previsto en el punto **XCIII**; **(5)** Hacer lugar a las quejas propiciadas por la parte actora y disponer que los montos que componen la indemnización reconocida podrán ser percibidos en los términos del punto **XCVII**; **(6)** Determinar que los créditos, en lo que concierne al Estado Nacional y/o a la CNRT y a ALL Central SA, podrán ser cancelados de conformidad con el punto **XCVIII**; **(7)** Admitir las críticas ofrecidas por la firma ALL Central SA respecto de la tasa de interés y establecer que se aplique la tasa pasiva; **(8)** Considerar desierto el recurso de apelación referido en el punto **C**; **(9)** Fijar las costas de conformidad con el punto **CI**; **(10)** Declarar abstractas las críticas planteadas por el Estado Nacional sobre la distribución de las costas decidida en la sentencia apelada; **(11)** Confirmar la sentencia apelada en los restantes aspectos que fueron materia de agravios; **(12)** Acoger el recurso de apelación deducido por la experta psiquiatra y elevar sus honorarios a la suma de \$ 271.250; **(13)** Diferir la regulación de los honorarios correspondientes al letrado apoderado de la parte actora, con arreglo al punto **CIV**; y **(14)** remitir la causa a la secretaría general para que sea recaratada según el punto **CV**.

La jueza Liliana Heiland dijo:





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CONTENCIOSO

ADMINISTRATIVO FEDERAL, SALA I.

Causa n° 38.028/2005 “C. C. y otro c/ EN- M° Economía- Secretaria de Transporte y otros s/ daños y perjuicios” [juzgado n° 8].

I. Adhiero al relato de los hechos, a la conclusión y en lo sustancial, a las razones del Dr. Facio, vertidas en el voto que me precede.

Entre ellas y específicamente, a la responsabilidad que atribuye a la entonces concesionaria del predio, donde se produjo el hecho delictuoso. Esto es: respecto de la firma All Central SA.

Disiento empero, con lo allí considerado y decidido con relación a los siguientes puntos:

(a) Atribución de responsabilidades a la CNRT (considerandos **XXXIV** a **LX**) y al EN (cons. **LXI** a **LXXI**); (b) grado de responsabilidad y concurrencia atribuida a cada codemandado (cons. **XCII** a **XCVII**); (c) montos indemnizatorios determinados para los daños: moral y psicológico (cons. **LXXXV** y **LXXXVIII**); y (d) distribución de costas y regulación de honorarios por la pericia médica psiquiátrica (cons. **C** a **CII**).

II. Responsabilidad de la CNRT:

Tengo para mí que corresponde admitir los agravios del referido ente de control, haciendo lugar a la defensa de falta de legitimación pasiva que opuso y consecuentemente, revocando lo al respecto decidido por la sentencia en recurso.

A diferencia de lo que en esta última se postula, de autos **no surge configurada la responsabilidad “por omisión”, en que las actoras sustentan sus pretensiones indemnizatorias.**

Ello es así por varias razones:

(A) De entrada, porque en supuestos como el de autos - donde se discute una omisión antijurídica en el ejercicio del poder de control de un ente regulador-, rigen los presupuestos derivados de la responsabilidad extracontractual del Estado.



Los que, además del daño cierto (cuya existencia aquí no se discute) en términos generales requieren que: (a) se incurra en falta de servicio (conf. art. 1112 del Código Civil, vigente al tiempo de los hechos), y (b) exista una relación de causalidad directa entre la (actividad u) omisión estatal impugnada y el daño cuya reparación se persigue (conf. doctrina Fallos: 312:1659; 328: 2546; 341:1555).

Ámbito en el cual “[...] corresponde distinguir entre [...] omisiones a mandatos expresos y determinados en una regla de derecho, en los que puede identificarse una clara falta del servicio, de aquellos otros casos en los que el Estado está obligado a cumplir una serie de objetivos fijados por la ley sólo de un modo general e indeterminado, como propósitos a lograr en la mejor medida posible. La determinación de la responsabilidad civil del Estado por omisión de mandatos jurídicos indeterminados debe ser motivo de un juicio estricto y basado en la ponderación de los bienes jurídicos protegidos y las consecuencias generalizables de la decisión a tomar” (CSJ Fallos: 330:563; 332:2328; 333:2426; y 334:376 (voto de los Jueces Lorenzetti y Petracchi).

Sin que a tal fin alcance con hacer referencia a un genérico y/o indeterminado deber de fiscalización y/o control (conf. doc. Fallos: 329:2088); y/o sin realizar una adecuada valoración del reproche de conductas en orden a la previsibilidad de sus consecuencias (conf. doc. Fallos: 319:2511; 336:527; 343:184). Pues, insisto, el “[...] deber genérico de proveer al bienestar y a la seguridad general no se traduce automáticamente en la existencia de una obligación positiva de obrar de un modo tal que evite cualquier resultado dañoso, ni la circunstancia de que éste haya tenido lugar autoriza **per se a presumir** que ha mediado una omisión culposa en materializar el deber indicado [...]” (Fallos: 329:4147).

Todo ello así, sin olvidar dos aspectos fundamentales:

(a) Que las actoras incursionan en un campo de la responsabilidad, cuyo **nexo causal se complica y singulariza** con





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CONTENCIOSO

ADMINISTRATIVO FEDERAL, SALA I.

Causa n° 38.028/2005 “C. C. y otro c/ EN- M° Economía- Secretaria de Transporte y otros s/ daños y perjuicios” [juzgado n° 8].

perfiles propios cuando como en el caso, se trata de omisiones atribuidas a un ente estatal. Ello es así, dadas las dificultades de conectar el no hacer, con un resultado en el mundo externo, y de saber si válidamente, puede exigírsele que responda por daños que no cometió (MUÑOZ G. “Responsabilidad del Estado por omisión” en “Responsabilidad del Estado y del Funcionario público”- Jornadas Universidad Austral, p. 89/93).

Perfiles propios de la referida causalidad, que la califican como necesariamente inmediata y exclusiva.

(b) Que no habiéndose probado que la CNRT (ni sus dependientes) detenten la autoría material del hecho; sino que se trata de un tercero no identificado y ausente en juicio, sólo podría atribuírsele a aquélla responsabilidad, si incumplió el deber jurídico que le imponía obstar el resultado lesivo, lo que no resulta de la causa.

Sostener lo contrario significaría tanto como instituir al Estado -ampliamente considerado-, “[...] en un asegurador anónimo de indemnidad frente a cualquier perjuicio ocasionado [...] por quienes no está obligado a responder”; en asegurador universal, extensible a todo daño injusto que no pudiera evitar (conf. doc. de Fallos: 23:318, 2982 y 3599; 325:1265; 326:608; 329:2088; 323:318 y 3599; 332:2328 y 341:1555; esta Sala I, “Balberde, N. y otros c/B.C.R.A.”, del 21/02/06; Sala II, “Bianchini, A. O. c/E.N. - Procuración del Tesoro y otros”, del 3/06/14; Sala III, “De Grazia R. D. y otro c/Editorial Sarmiento S.A. y otros”, del 29/08/19; Sala IV, “Ienni Horacio Alfredo y otros c/ EN-M° Planificación- Secretaria de Transportes y otros”, del 12/12/17; entre otros).

Situación que “[...] sería no solo insoportablemente costosa para la comunidad sino que haría que se lesionaran severamente las libertades de los mismos ciudadanos a proteger [...] no puede afirmarse, que exista un deber de evitar todo daño, sino en la medida de una protección compatible con la tutela de las libertades y la disposición de



medios razonables” (Fallos: 330:563; 341:1287; esta Sala, por mayoría, “*Oggianu, Daniela Andrea c/ Ferrovías SAC s/ daños y perjuicios*”, del 22/08/19).

(B) Con arreglo al marco recién descripto, resulta de autos que:

(a) Las actoras omitieron identificar la norma que obligue al ente de control a ejecutar una o más conductas, cuyo oportuno ejercicio podría haber impedido la verificación del daño; con lo que incumplieron la carga procesal de individualizar y/o identificar del modo más concreto posible el supuesto ejercicio irregular de la conducta que afirman omitida.

Lo cual desarticula de entrada, la configuración de la “falta de servicio” y de la “conexión causal”, aquí requeridas. Máxime que:

El deber de obrar que propone la demanda no resulta del sistema reglamentario instituido a partir del decreto 1388/1996 (que aprobó el Estatuto de la CNRT), ni resulta materialmente factible para el ente, detectar y evitar en todo momento, los múltiples incumplimientos de quienes ejerzan la concesión, en toda la jurisdicción nacional; dado el inmenso escenario rural y urbano de redes y estaciones construidas a lo largo el país (conf. doc. CNACCF, Sala II en “*Martínez Palmiro Tadeo y otro c/ Estado Nacional s/ daños y perjuicios*”, del 9/05/14).

(b) A todo evento, de lo actuado resulta que la CNRT, -al tomar conocimiento de la situación en que se encontraban los predios concesionados (entre ellos y en especial, el de la estación Haedo)-, no dejó de ejercer la potestad genérica de control que la referido a reglamentación diagramó. Lo cual excluye cualquier posibilidad de que pudiera haberse convertido en virtual “cómplice” de la responsabilidad que a la concesionaria directamente le cabe por su propia infracción, frente al hecho delictuoso de que se trata (CNACCF, doc. Sala II, “*Martínez, D. T. y otro c/ E N s/daños y perjuicios*”, del 09/05/14 y su cita).





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CONTENCIOSO

ADMINISTRATIVO FEDERAL, SALA I.

Causa n° 38.028/2005 “C. C. y otro c/ EN- M° Economía- Secretaria de Transporte y otros s/ daños y perjuicios” [juzgado n° 8].

En efecto, fiscalizó el cumplimiento de las obligaciones de All Central SA. inherentes a la vigilancia y conservación de los bienes de la concesión entonces vigente (conf. decreto 1388/1996, Anexo I, art. 8), llegando a imponerle diversas sanciones patrimoniales.

Entre ellas: por “falta de mantenimiento en playas de carga de estaciones [...] correspondiente a la estación Haedo” (conf. nota del 16/07/06 confeccionada en el ámbito interno de la CNRT, por la Gerencia de Concesiones Ferroviarias, así como su planilla anexa, aportadas como prueba documental por dicho ente, a fs. 126/144).

Todo lo cual, puso “[...] en conocimiento de la Subsecretaría de Transporte Ferroviario y de la Unidad de Renegociación y Análisis de Contratos de Servicios Públicos en varias ocasiones [...]” (conf. también surge de la nota interna de la CNRT, del 16/07/06, obrante a fs. 126/144).

(C) En suma, no se invoca, ni resulta de la normativa vigente, la existencia del deber específico -y de resultado- pretendido; menos aún, derivado de hechos de tercero, ajeno a la Administración.

Atribuir responsabilidad a la CNRT por las consecuencias dañosas producidas por un hecho extraño, cuando dicha solución no encuentra sustento en las atribuciones legalmente acordadas para el ejercicio de su poder de policía; además de transformar al ente en un asegurador de riesgos colectivos, equivaldría a imputarle una actividad materialmente imposible de realizar.

III. Responsabilidad del Estado Nacional (EN):

Los argumentos utilizados en el considerando anterior para desechar la responsabilidad de la CNRT, son perfectamente aplicables para decidir lo propio, respecto a la que al EN, también se pretende atribuir.



Por ser así, corresponde rechazar los agravios de las recurrentes y confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto rechazó la pretensión indemnizatoria, contra aquél dirigida.

Lo que no se modifica, porque las actoras pretendan responsabilizar al EN, específicamente, por omisión en el ejercicio del poder de policía de seguridad.

Ello es así, ya que para justificar la atribución de ese deber (de seguridad) en la forma pretendida, era asimismo necesario que las actoras lo identificaran con claridad, individualizándolo, especificando su objeto y fundamento normativo, definiendo su alcance y grado de exigibilidad. Incluso, explicando cómo se configuró su inobservancia (Fallos: 329:4944; Sala IV, “*Ienni, Horacio Alfredo*”, cit.). Lo que tampoco se advierte cumplido; y sin que para ello tampoco resulte suficiente la mera invocación del “deber jurídico de otorgar la seguridad al ciudadano”.

Máxime que, como se vio, la fiscalización de los servicios de transporte ferroviario concesionados -a la que parece aludir genéricamente las recurrentes- corresponde a la CNRT, respecto a quien no se vislumbró la referida “falta de servicio”.

En suma, tampoco aquí se reúnen los requisitos de falta de servicio y de causalidad; por tratarse, en esencia, de causales de hecho externas a la prestación del servicio, de consecuencias dañosas remotas, no directas.

IV. En tales condiciones y atento la atribución de responsabilidad que aquí propongo (sólo en relación a la concesionaria), resta examinar los agravios de las actoras, de cara a la medida de los rubros indemnizatorios reconocidos por la sentencia en recurso.

En cuanto al **daño moral y psicológico**, adhiero a las consideraciones del voto del doctor Facio expuestas en los considerandos **LXXXIII a LXXXIV** y **LXXXVI a LXXXVII**.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CONTENCIOSO

ADMINISTRATIVO FEDERAL, SALA I.

Causa n° 38.028/2005 “C. C. y otro c/ EN- M° Economía- Secretaria de Transporte y otros s/ daños y perjuicios” [juzgado n° 8].

En base a dichas pautas y toda vez que no se trata aquí de imputar concurrencia alguna en la **responsabilidad** que imputo, sino **limitada a la ex concesionaria**, parece razonable **eleva**r los montos por la sentencia atribuidos.

Consecuentemente, corresponde **eleva**r el correspondiente al daño moral, a la suma de \$400.000. Asimismo, **eleva**r la correspondiente al daño psicológico, a la de \$300.000.

Ambos importes, para cada una de las hermanas demandantes.

V. Respecto al rubro **tratamiento psicológico**, adhiero a las consideraciones y conclusión de mi colega preopinante, en los considerandos **XC** y **XCI**.

VI. Atento el resultado alcanzado y la única atribución de responsabilidad aquí propuesta (respecto de la ex concesionaria All Central SA), resulta inoficioso todo pronunciamiento, tanto respecto a los agravios de las actoras en torno a la distribución de la condena, como a los de la CNRT referidos a los “rubros y montos indemnizatorios”.

VII. Imposición de costas:

Según las relaciones procesales, deben correr de la siguiente manera:

(i) Entre las actoras y la concesionaria: costas de ambas instancias a cargo de All Central SA, por resultar sustancialmente vencida (conf. art. 68, primera parte, y 279 del C.P.C.C.N.).

(ii) Entre las actoras y la CNRT: por su orden; dado que las particularidades del caso, el contexto y lugar en el que ocurrió el evento



dañoso, pudo hacerles creer a aquéllas, que les asistía mejor derecho (art. 68, segunda parte, del C.P.C.C.N.).

(iii) Entre las actoras y el EN: corresponde rechazar el recurso de este último contra la condena en costas y distribuir las en ambas instancias, por su orden, por las mismas razones expuestas en el punto anterior (art. 68, segunda parte, del C.P.C.C.N.).

(iv) Respeto de todos los demás agravios de las actoras: en el orden causado, atento que no medió réplica de contraparte (art. 68, segunda parte, del C.P.C.C.N.).

VIII. Finalmente, toca analizar la apelación de la experta médica psiquiatra, por la regulación de sus honorarios, que estima bajos.

Teniendo en cuenta la naturaleza, el objeto, y el monto del reclamo, así como la calidad, eficacia y extensión de sus informes (fs. 749/783 y contestación de fs. 810/815), en función de la adecuada proporción que, como regla, deben guardar los emolumentos del auxiliar de justicia con los correspondientes (o los que debieron corresponder) al resto de los profesionales intervinientes en el pleito, corresponde **elevantar** a la suma de PESOS OCHENTA MIL (\$80.000) los honorarios de la experta psiquiatra (doc. Fallos: 313:689, entre muchos otros).

IX. Por lo expuesto, propongo al Acuerdo:

(a) admitir el recurso de apelación de la CNRT y, en consecuencia, hacer lugar a la defensa de falta de legitimación pasiva, por ella opuesta; **(b)** rechazar los agravios de All Central SA y confirmar la sentencia apelada en cuanto la condenó patrimonialmente; **(c)** desestimar las críticas de las actoras y confirmar el pronunciamiento recurrido, en cuanto rechaza la demanda contra el Estado Nacional y la Municipalidad de Morón y hacer lugar a la falta de legitimación pasiva opuesta por TBA y ONABE; **(d)** admitir las objeciones de las actoras





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CONTENCIOSO

ADMINISTRATIVO FEDERAL, SALA I.

Causa n° 38.028/2005 “C. C. y otro c/ EN- M° Economía- Secretaria de Transporte y otros s/ daños y perjuicios” [juzgado n° 8].

vinculadas a la medida del “daño moral”, “daño psíquico” y “tratamiento psicológico”, incrementando los montos fijados con arreglo a los considerandos IV y V; **(e)** imponer las costas en la forma y por las razones expuestas en el considerando VII; **(f)** declarar desierto el recurso de apelación del EN (de fs. 642) contra la condena en costas decidida en el interlocutorio de fs. 641, conforme al considerando C del voto del Dr. Facio; **(g)** admitir los agravios de All Central SA respecto de la tasa de interés, disponiendo que se aplique la pasiva, conf. considerando XCIX del voto del Dr. Facio; **(h)** acoger el recurso de apelación deducido por la experta psiquiatra y elevar sus honorarios a la suma de \$80.000; **(i)** remitir la causa a la Secretaría General para su recaratulación, según lo propuesto en el considerando CV, del voto que me precede.

El juez José Luis López Castiñeira dijo:

Adhiero al voto del juez Rodolfo Eduardo Facio.

En virtud del resultado que informa el acuerdo que antecede, el tribunal **RESUELVE: (1) Por mayoría**, desestimar los agravios dirigidos por la CNRT a la asignación de responsabilidad y confirmar la sentencia apelada en cuanto la condenó patrimonialmente; **(2) Por unanimidad**, desestimar los agravios apuntados por la firma ALL Central SA a la asignación de responsabilidad y confirmar la sentencia apelada en cuanto la condenó patrimonialmente; **(3) Por mayoría**, hacer lugar a las críticas ofrecidas por la parte actora, revocar parcialmente la sentencia apelada, declarar la responsabilidad del Estado Nacional y condenarlo patrimonialmente; **(4) Por unanimidad**, admitir las objeciones formuladas por la parte actora acerca de los montos fijados en concepto de los ítems “daño moral”, “daño psíquico” y “tratamiento psicológico”, y **por mayoría** incrementarlos con arreglo a



los puntos **LXXXIII** a **XCI** del voto del juez Facio; **(5) Por mayoría**, acoger los agravios planteados por la parte actora relativamente a la distribución de las responsabilidades y establecerla del modo previsto en el punto **XCIII** del voto del juez Facio; **(6) Por mayoría**, hacer lugar a las quejas propiciadas por la parte actora y disponer que los montos que componen la indemnización reconocida podrán ser percibidos en los términos del punto **XCVII** del voto del juez Facio; **(7) Por mayoría**, determinar que los créditos, en lo que concierne al Estado Nacional y/o a la CNRT y a ALL Central SA, podrán ser cancelados de conformidad con el punto **XCVIII** del voto del juez Facio; **(8) Por unanimidad**, admitir las críticas ofrecidas por la firma ALL Central SA respecto de la tasa de interés y establecer que se aplique la tasa pasiva; **(9) Por unanimidad**, considerar desierto el recurso de apelación referido en el punto **C** del voto del juez Facio; **(10) Por mayoría**, fijar las costas de conformidad con el punto **CI** voto del juez Facio; **(11) Por mayoría**, declarar abstractas las críticas planteadas por el Estado Nacional sobre la distribución de las costas decidida en la sentencia apelada; **(12) Por unanimidad**, confirmar la sentencia apelada en los restantes aspectos que fueron materia de agravios; **(13) Por unanimidad**, acoger el recurso de apelación deducido por la experta psiquiatra, y **por mayoría** elevar sus honorarios a la suma de \$ 271.250; **(14) Por mayoría**, diferir la regulación de los honorarios correspondientes al letrado apoderado de la parte actora, con arreglo al punto **CIV** del voto del juez Facio; y **(15) Por unanimidad**, remitir la causa a la secretaría general para que sea recaratada según el punto **CV** del voto del juez Facio.

Se deja constancia de que el juez José Luis López Castiñeira suscribe este pronunciamiento en tanto la jueza Clara María do Pico se halla excusada de intervenir (fs. 491/492 de la causa nº 22780/2012).

Regístrese, notifíquese, remítase la causa a la secretaría general y, oportunamente, devuélvase.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CONTENCIOSO

ADMINISTRATIVO FEDERAL, SALA I.

Causa n° 38.028/2005 “C. C. y otro c/ EN- M° Economía- Secretaria de Transporte y otros s/ daños y perjuicios” [juzgado n° 8].

Rodolfo Eduardo Facio

Liliana María Heiland

(en disidencia parcial)

José Luis López Castiñeira



#10498507#272739737#20201105105952640



República Argentina - Poder Ejecutivo Nacional
2020 - Año del General Manuel Belgrano

Dictamen Jurídico

Número:

Referencia: EX-2020-14832251-ANSES-DGEAJ#ANSES. Asignación Mensual Vitalicia Ley N° 24.018. Ex Vicepresidente de la Nación Licenciado Amado BOUDOU.

SEÑOR DIRECTOR EJECUTIVO DE LA ADMINISTRACIÓN NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL:

Se ha solicitado la intervención de esta Procuración del Tesoro de la Nación en las actuaciones de la referencia, con relación a la Resolución RESOL-2018-1-ANSES-DOCP#ANSES dictada el 16 de noviembre de 2018 por la Dirección Operativa de Prestaciones Centralizadas de la ADMINISTRACIÓN NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (en adelante la "ANSES"), por la que se denegó el otorgamiento de la Asignación Mensual Vitalicia prevista por la Ley N.º 24.018 al ex Vicepresidente de la Nación Argentina, licenciado Amado BOUDOU (DNI N.º 16.012.714).

- I -

RELACIÓN DE ANTECEDENTES

1. En el Orden N.º 3 consta el informe registrado como IF-2018-34522390-APN-SSIA#OA de fecha 19 de julio de 2018, por medio del cual la Subsecretaría de Investigaciones Anticorrupción de la Oficina Anticorrupción se expidió en el marco de las actuaciones por las que tramitó la solicitud de la Asignación Mensual Vitalicia contemplada por la Ley N.º 24.018, formulada por el ex Vicepresidente licenciado Amado BOUDOU.

Luego de reseñar las causas penales que involucraban al peticionario, la referida Subsecretaría señaló que *"los hechos que fundan las acusaciones al requirente implican la imposibilidad de que acceda al beneficio que pretende, y ante la inminencia de un pronunciamiento definitivo cuando menos en una de las causas (causa 1302/2012 del Tribunal Oral Federal n° 4)"* se deberían *"arbitrar los medios para rechazar la petición de Amado BOUDOU"*.

2. En el Orden N.º 4, IF-2018-39819047-APN-PTN del 16 de agosto de 2018, luce el Dictamen por medio del cual esta Procuración opinó que *"desde el punto de vista estrictamente jurídico ... el ANSES se encuentra en condiciones de desestimar el otorgamiento de la asignación mensual vitalicia solicitada por el ex vicepresidente Amado BOUDOU, en base a lo dispuesto por el artículo 29 de la Ley N° 24.018 y la condena a prisión con más la pena de inhabilitación perpetua para ocupar cargos públicos que fuera dispuesta recientemente en el marco de la Causa N° 1.302/12, por encontrarlo culpable de los delitos de negociaciones incompatibles con la función pública y cohecho"*.

En sustento de la conclusión transcripta el entonces titular de este organismo asesor consideró que *"puede válidamente sostenerse que el artículo 29 de la Ley N° 24.018 veda la asignación mensual vitalicia a todo aquel que no puede acreditar el parámetro básico que motivó su dictado: haber ocupado una alta magistratura con honradez y decoro"*.

3. En el Orden N.º 5, IF-2020-14498040-ANSES-DGEAJ#ANSES, fue agregada la presentación administrativa efectuada el 2 de marzo de 2020 ante la ANSES por el doctor Miguel Ángel FERNÁNDEZ PASTOR, en su carácter de apoderado del licenciado BOUDOU, por la cual requirió la revisión del acto que denegó a su mandante el beneficio instituido por la Ley N.º 24.018.

El presentante entendió que esa decisión se basó en una *"errónea interpretación del artículo 29 del mencionado plexo normativo"*.

Al respecto, solicitó el dictado de una nueva resolución que ordene el otorgamiento del beneficio a su representado; y señaló la posibilidad de instrumentar esa solución en un acuerdo transaccional o conciliatorio.

4. En el Orden N.º 6 se agregó una copia de la Resolución registrada como RESOL-2018-1-ANSES-DOCP#ANSES, dictada por la Dirección Operativa de Prestaciones Centralizadas de la ANSES el 16 de noviembre de 2018; por medio de ese acto fue denegado el otorgamiento de la Asignación

Mensual Vitalicia solicitada por el ex Vicepresidente BOUDOU en los términos de la Ley N.º 24.018.

5. En el Orden N.º 7 consta la Nota NO-2020-14542832-ANSES-DGEAJ#ANSES del 5 de marzo del 2020, por la cual la Dirección General de Asuntos Jurídicos de la ANSES expuso que los antecedentes del caso se conforman por la petición administrativa del particular, las intervenciones de la Oficina Anticorrupción y de esta Procuración del Tesoro de la Nación, y las actuaciones judiciales a los que dio lugar la aludida RESOL-2018-1-ANSES-DOCP#ANSES; estas últimas, tramitadas en la causa "BOUDOU, AMADO c/ANSES s/NULIDAD DE ACTO ADMINISTRATIVO - Expte. N.º 3011/2019".

Seguidamente, el expediente fue elevado a consideración de la Secretaría Legal y Técnica de ese Organismo.

6. En el Orden N.º 9 se encuentra la providencia PV-2020-14869911-ANSES-SLYT#ANSES del 6 de marzo de 2020, por la cual se remitieron inicialmente las actuaciones a esta Procuración del Tesoro de la Nación.

7. En el Orden N.º 13, IF-2020-16170048-APN-PTN del 11 de marzo de 2020, se aprecia la intervención preliminar de este Organismo.

Allí se sostuvo que no existían reparos de orden jurídico para que en el ámbito de la ANSES se sustanciara la petición administrativa antedicha y se evaluara la legitimidad de la RESOL-2018-1-ANSES-DOCP#ANSES. También, que resultaba factible imprimir a la presentación un carácter de propuesta transaccional o conciliatoria a efectos de extinguir el proceso judicial incoado contra dicha medida.

Se solicitó el agregado de antecedentes e informes emitidos en torno a la resolución objetada.

Se aclaró que, en el caso de que la ANSES considerase que la referida resolución es contraria a lo estipulado en la Ley N.º 24.018, y eventualmente decidiese revocarla en sede administrativa, podría hacerlo en razón del deber que el artículo 17 de la Ley N.º 19.549 le impone a la Administración para el restablecimiento de la juridicidad.

Asimismo, se destacó que la emisión de un parecer definitivo de esta Procuración del Tesoro de la Nación sobre el fondo del asunto quedaba subordinado al previo cumplimiento de los recaudos procedimentales indicados en aquella intervención.

8. En el Orden N.º 16 obra la Nota NO-2020-22334981-ANSES-DGEAJ#ANSES del 2 de abril de 2020, por medio de la cual la Dirección General de Asuntos Jurídicos de la ANSES comunicó al representante del licenciado BOUDOU los términos de la referida intervención de esta Casa.

9. En el Orden N.º 19, IF-2020-23670232-ANSES-DGEAJ#ANSES, se agregó una nueva presentación del apoderado del licenciado BOUDOU, en la que expuso que se comprometía bajo juramento a instar la suspensión de plazos en la causa judicial en el menor tiempo posible.

Aclaró que se había declarado una feria judicial que se hallaba en curso; y que, atento al estado del trámite, sería necesario esperar el regreso del expediente judicial a primera instancia para solicitar allí la suspensión de plazos.

Propuso un acuerdo transaccional sobre la base de una quita del VEINTE POR CIENTO (20%) sobre el total que resultase de la liquidación de la Asignación Mensual Vitalicia que le hubiese correspondido al licenciado BOUDOU por aplicación de la Ley N.º 24.018, a partir del 10 de diciembre de 2015 y hasta el efectivo pago, aceptando la imposición de costas por el orden causado.

A dicha propuesta le confirió carácter condicional, al supeditarla al resultado de la petición administrativa presentada. Y se reservó el derecho de continuar las acciones judiciales.

10. En el Orden N.º 20, IF-2020-24228115-ANSES-DGEAJ#ANSES, se agregó copia del expediente EX-2017-03535293-APN-CNPA#MDS en el que la Dirección Operativa de Prestaciones Centralizadas de la ANSES dictó la Resolución RESOL-2018-1-ANSES-DOCP#ANSES.

11. En el Orden N.º 21, IF-2020-24234116-ANSES-DGEAJ#ANSES del 6 de abril de 2020, la Dirección General de Asuntos Jurídicos de la ANSES, luego de reseñar lo actuado, opinó que *"la radicación judicial del trámite (...) ha constituido un devenir legal que consolidó jurídicamente el instituto de la 'litis pendencia'"* y que *"el análisis de la sustanciación de la propuesta conciliatoria o transaccional devendrá a posteriori de una nueva intervención (...) a la que fuera asumida por [esta] Procuración mediante IF-2018-39819047-APN-PTN"*.

Con respecto al dictamen de esta Procuración del Tesoro de fecha 16 de agosto de 2018, que sustentó el acto denegatorio del beneficio (v. Orden N.º 4), expuso que el parecer allí expuesto *"contradice una estricta interpretación en el sentido que la exigencia de remoción del cargo, por medio de los mecanismos que contiene el artículo 29 de la*

Ley 24.018 constituye una condición esencial para acceder a ese beneficio extraordinario, que se integra a los recaudos previstos en los artículos 2 y 3 de la citada norma, resultando la existencia del requisito previsto en el artículo 29 el que asegura la satisfacción de la intención del Congreso de la Nación al crear la gracia en cuestión. Ello así por cuanto los mecanismos del artículo 29 resultan procesos que operan como un antejuicio que elimina la inmunidad de los funcionarios señalados taxativamente, mientras ejercen el cargo. Luego, serán los tribunales ordinarios quienes deben hacer efectiva su responsabilidad civil o penal".

A la vez, interpretó que la denegatoria basada en la existencia de causas penales contra el ex Vicepresidente de la Nación lesiona "el principio constitucional de inocencia", pues "solo el carácter firme de una sentencia de condena implica desvirtuar definitivamente respecto del imputado el estado jurídico de inocencia o de no-culpabilidad del que gozaba hasta ese entonces".

Por último, y ante la eventualidad de la revocación del acto denegatorio del beneficio, consideró indispensable una nueva intervención de este Organismo asesor.

12. En el Orden N.º 24, a través de la PV-2020-24282355-ANSES-ANSES del 6 de abril de 2020, la máxima autoridad de la ANSES requirió la opinión de esta Procuración del Tesoro de la Nación.

- II -

EL MARCO NORMATIVO

La cuestión sobre la que versa la consulta se encuentra regida por la Ley N.º 24.018 de Jubilaciones y Pensiones para ciertos funcionarios del Gobierno Nacional (B.O. 18-12-1991) y sus modificatorias, norma vigente al momento en el que el licenciado BOUDOU cesó en la función de Vicepresidente de la Nación.

Según dicha ley quedan comprendidos dentro del régimen de Asignaciones Mensuales Vitalicias que ella establece, a partir del cese en sus funciones: el Presidente y el Vicepresidente de la Nación, y los Jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (artículo 1.º).

Al Presidente de la Nación se le reconoce una asignación equivalente a la suma que por todo concepto corresponda a la remuneración de los Jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación; y al Vicepresidente las tres cuartas partes de dicha suma (artículo 3.º,

segundo párrafo, de la ley citada).

El artículo 29 establece que "**Los beneficios de esta ley, no alcanzan a los beneficiarios de la misma que, previo juicio político, o en su caso, previo sumario, fueren removidos por mal desempeño de sus funciones**" (el resaltado no es del original).

A la vez, el tratamiento de la presentación efectuada en Orden N.º 5 por el representante del licenciado BOUDOU requiere el análisis de la legitimidad de la RESOL-2018-1-ANSES-DOCP#ANSES desde el prisma de las normas de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N.º 19.549 (B.O. B.O. 27/4/1972) y sus modificatorias (en adelante la "LNPA").

- III -

CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS AL

ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN

1. Inicialmente corresponde señalar que, si bien es doctrina de esta Casa que no le corresponde, en principio, emitir opinión cuando se trata de una cuestión sometida a la jurisdicción de los Tribunales de Justicia (v. *Dictámenes*, 226:109; 230:79; 231:218, entre otros), ese criterio cede, obviamente, cuando se trata de situaciones como la aquí planteada.

En efecto, existe una propuesta de solución transaccional formulada por el representante del licenciado BOUDOU, la que presupone, en lo esencial: a) la revocación por ilegitimidad de la RESOL-2018-1-ANSES-DOCP#ANSES; b) el reconocimiento del crédito resultante a favor del interesado desde su cese en la función de Vicepresidente, como consecuencia de la invalidez del acto denegatorio del beneficio; y c) el ofrecimiento de una quita sobre las sumas devengadas.

Desde esa perspectiva, es claro que la propuesta transaccional requiere ineludiblemente el análisis de la legitimidad de la Resolución que rechazó el pedido del beneficio contemplado por la Ley N.º 24.018.

En situaciones de esta índole no cabe aplicar el criterio restrictivo de la intervención de este Organismo arriba reseñado, pues importaría privar de sentido al procedimiento transaccional, como medio de solución de diferendos en los que el Estado lato sensu sea parte (conforme artículo 1641 y siguientes del Código Civil y Comercial; artículo 8º, segunda parte, del Decreto N.º 411/80 -B.O. 27-2-80, Texto Ordenado por el Decreto N.º 1265/87 - B.O. 2-9-87).

2. Señalado lo anterior cabe destacar que -como se indicó en el punto I, apartado 2, del presente- este organismo se pronunció sobre el asunto que nos ocupa en fecha 16 de agosto de 2018, previamente a la resolución del pedido del licenciado BOUDOU destinado a obtener la Asignación Mensual Vitalicia que corresponde a los ex Vicepresidentes de la Nación (v. Orden N.º 4).

No obstante ello, a la luz del nuevo escenario jurídico resultante de la propuesta transaccional presentada por el apoderado del ex Vicepresidente de la Nación y de los argumentos allí esgrimidos, corresponde que esta Procuración del Tesoro de la Nación se expida nuevamente sobre el fondo de la cuestión, sin encontrarse limitada para ello por la opinión vertida en aquel asesoramiento.

3. Inicialmente, debe considerarse que la fórmula utilizada en el artículo 1.º de la Ley N.º 24.018 prescribe que el régimen resulta de aplicación para los funcionarios allí citados, incluidos los Vicepresidentes de la Nación, a partir del cese en sus funciones.

La circunstancia que determina la pérdida del derecho a la Asignación Mensual Vitalicia allí establecida está contemplada en el ya citado artículo 29 de la ley; norma que, como se dijo, prevé como causal que torna inviable el acceso al beneficio la **remoción en el cargo por juicio político** de los funcionarios alcanzados por ese precepto.

Cabe recordar aquí que el juicio político constituye un proceso constitucional específico, que se tramita con intervención de ambas Cámaras del Congreso de la Nación y se rige por las previsiones de los artículos 53, 59 y 60 de la Carta Magna.

4. El texto del artículo 29 de la Ley N.º 24.018 resulta claro en cuanto prevé que **la remoción por juicio político constituye la única causal que determina la denegatoria del beneficio a un ex Vicepresidente.**

Es decir que la Asignación Mensual Vitalicia no debe ser concedida sólo cuando exista una remoción por mal desempeño derivada del sometimiento al juicio político.

5. Ahora bien, sentadas tales precisiones introductorias, es necesario detenerse en los fundamentos esgrimidos en la Resolución RESOL-2018-1-ANSES-DOCP#ANSES de la Dirección Operativa de Prestaciones Centralizadas de la ANSES para denegar el beneficio solicitado por el licenciado BOUDOU en el marco de la Ley N.º 24.018.

En las partes pertinentes del "Considerando" del acto en cuestión, se dijo:

"Que mediante informe ... de fecha 19 de julio de 2018, la Oficina Anticorrupción se expidió acerca de la viabilidad del requerimiento cursado en orden a los diversos procesamientos y acusaciones por hechos constitutivos de los delitos contra la Administración Pública Nacional en contra del ex Vicepresidente de la Nación, Licenciado Amado BOUDOU.

(...)

Que, en virtud de ello, la Oficina Anticorrupción concluye que...los hechos que fundan las acusaciones al requirente implican la imposibilidad de que acceda al beneficio que pretende, y ante la inminencia de un pronunciamiento definitivo cuando menos en la causa 1302/2012 del Tribunal Oral Federal Nro. 4, debiéndose arbitrar los medios para rechazar la petición del Sr. Amado BOUDOU..

Que fundamenta su decisión en que de acuerdo con la regla legal determinada por el artículo 29 de la Ley Nro. 24.018 y teniendo en cuenta la naturaleza y la finalidad de la asignación solicitada por el titular, resulta jurídicamente incompatible otorgar el beneficio a quien haya cometido un delito en ejercicio de la función pública y en perjuicio del Estado Nacional"

(...)

Que, asimismo de la consulta formulada por la Dirección General de Asuntos Jurídicos de esta ANSES a la Procuración del Tesoro de la Nación respecto a cómo debe interpretarse la limitación que establece el artículo 29 de la Ley Nro. 24.018 que regula la Asignación, dicha Procuración mediante Dictamen Jurídico Nro IF-2018-39819047-APN-PTN de fecha 16 de agosto de 2018, entendió que la ANSES se encuentra en condiciones de desestimar el otorgamiento de la Asignación Mensual Vitalicia solicitada por el ex Vicepresidente Amado BOUDOU en base a lo dispuesto por el artículo 29 de la Ley Nro. 24.018 y la condena a prisión con más la pena de inhabilitación perpetua para ocupar cargos públicos que fuera dispuesta en el marco de la Causa Nro. 1.302/2012, por encontrarlo culpable de los delitos de negociaciones incompatibles con la función pública y cohecho".

Adelanto que por los fundamentos que expondré seguidamente, la Resolución registrada como RESOL-2018-1-ANSES-DOCP#ANSES resulta, a mi criterio, nula de nulidad absoluta e insanable según lo previsto por los artículos 7.º y 14, inciso b, de la LNPA.

Por consiguiente, dicho acto debería ser revocado por la Administración, por sí y ante sí, a fin de restablecer el imperio de la juridicidad quebrantada (conforme artículo 17 de la LNPA).

ANÁLISIS JURÍDICO DE LA CUESTIÓN

1. La actuación administrativa debe sujetarse al principio de legalidad

1.1. El principio de legalidad es una de las conquistas fundamentales del constitucionalismo contemporáneo, pues exige que medie una norma para que el Estado pueda expresar válidamente su voluntad, en especial, aunque no exclusivamente, a través del Poder Administrador.

De este modo, el aludido principio resulta una emanación evidente del concepto de "Estado de Derecho", acuñado por juristas alemanes de la primera mitad del siglo XIX, especialmente por Robert VON MOHL en *Die Polizei-Wissenschaft* de 1832 (v. LINARES QUINTANA, Segundo V., *Derecho constitucional e Instituciones Políticas*, Plus ultra, Buenos Aires, 2ª edición, 1976, pág. 82).

En base a esa noción se ha concebido un tipo de organización estatal que se desenvuelve de acuerdo con la ley y que, en las relaciones con los particulares, se somete a un conjunto de reglas que a la par de reconocer los derechos de éstos, limita su accionar en orden a la consecución de sus fines.

En esa línea, Adolf MERKL ha distinguido al Estado-Policía que se presenta como aquel cuya Administración se halla *legalmente incondicionada*, del Estado de Derecho que ofrece una Administración *condicionada legalmente* (v. *Teoría General del Derecho Administrativo*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1935, pág. 92).

En estos términos, el Derecho Administrativo se desarrolla desde la idea de que la Administración se halla sometida ("*condicionada jurídicamente*") a la ley, entendida esta última en sentido lato, comprensivo de la Constitución, de los Tratados, de las leyes e incluso de los actos de alcance general emanados del propio Poder Administrador.

Al respecto se ha dicho, incluso, que el principio de legalidad se erige como un postulado derivado del principio de separación de poderes y división de funciones, que formulara MONTESQUIEU (v. GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tecnos, Madrid, 12ª edición, Volumen I, pág. 63; CASSAGNE, Juan C., *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Marcial Pons, Buenos Aires-Madrid-Barcelona, 2009, pág. 48).

En ese orden de ideas, el principio de legalidad del obrar estatal puede extraerse razonadamente de varias disposiciones de la

Constitución Nacional, como los artículos 14, 16, 17, 18 y 19.

En esa línea se ha dicho que *"El principio de legalidad responde al concepto de despersonalización del poder o impersonalidad del poder y al de legitimidad racional. No se trata de que el poder no sea ejercido por [personas humanas] -lo cual es inevitable- sino de que [quienes] ejercen el poder lo hagan ajustándose al orden jurídico establecido en las normas legales. O sea que el mando no se basa en la voluntad arbitraria o caprichosa de los (...) que gobiernan, sino en lo que la ley predetermina como debido o prohibido (...) a) la razón del principio de legalidad estriba en que la obediencia que los individuos prestan a los gobernantes se funda racionalmente en la creencia de que ellos mandan en nombre de la ley y conforme a sus normas, b) la finalidad del principio de legalidad es afianzar la seguridad individual de los gobernados. La ley predetermina las conductas debidas o prohibidas, de forma que [todos] pueden conocer de antemano lo que tienen que hacer u omitir, y quedar exentos de decisiones sorpresivas que dependen solamente de la voluntad ocasional de quien manda"* (v. BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Ediar, Buenos Aires, 1992, Tomo I, pág. 225).

Y también que *"el principio de legalidad consagrado en el art. 19 tiene sus aplicaciones específicas en el art. 18 -proceso penal- y en materia de impuestos y contribuciones arts. 4º, 16, y 17 de la Norma Fundamental"* (v. CAYUSO, Susana G., *Constitución de la Nación Argentina. Claves para el estudio inicial de la norma fundamental. Comentada*, La Ley, Buenos Aires, 1º edición, 2007, pág. 128).

1.2. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que *"el sometimiento del Estado moderno al principio de legalidad, lo condiciona a actuar dentro del marco normativo previamente formulado por ese mismo poder público que, de tal modo, se autolimita. El ejercicio de tal poder, por ende, no puede desvincularse del orden jurídico en que el propio Estado se encuentra inmerso..."* (Fallos, 315: 2771).

Así, el principio de legalidad permite configurar el sistema jurídico de un modo tal que posibilita que no sólo la actividad administrativa, sino también la legislativa y judicial sean llevadas a cabo conforme al derecho vigente, limitando formalmente el accionar del Estado (v. ZARINI, Helio J., *Derecho Constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 2ª. edición, 1999, pág. 431; GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, 4ª. edición ampliada y actualizada, La Ley, Buenos Aires, 2011, Tomo I, pág. 331).

1.3. En lo que respecta a la Administración, las manifestaciones de su

accionar (fundamentalmente a través de reglamentos y actos administrativos de alcance particular) deben hallar fundamento y confines en la ley. De modo tal que, el principio de legalidad, por un lado, habilita a la Administración a actuar en determinadas esferas según la competencia asignada y, por el otro, le impone límites a ese accionar; los que, de ser traspasados, darán lugar a la invalidación de lo actuado.

Dicho, en otros términos, la ley habilita para obrar al Poder Ejecutivo y a los órganos y entes administrativos que lo secundan en el ejercicio de la función administrativa. Pero estas habilitaciones por sí solas no bastan; la Administración debe, además, respetar el resto del ordenamiento jurídico, es decir, no sólo la ley habilitante de su competencia, sino todas aquellas leyes que integran el ordenamiento jurídico, a partir de una vinculación positiva con este último.

Como con acierto se ha precisado, *"La función ordenadora y conformadora propia del Derecho exige que toda la actuación administrativa esté sometida al ordenamiento jurídico. El Derecho regula las relaciones de la Administración con su entorno y, hacia adentro, con su propia organización. Legitima, disciplina y hace eficaz la actuación administrativa"* (v. SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2003, pág. 55).

1.4. Seguidamente expondré por qué la ANSES, al dictar la Resolución RESOL-2018-1-ANSES-DOCP#ANSES, no se ha sujetado al principio de legalidad del obrar administrativo; y ha violado los límites que le imponían los artículos 1º y 29 de la Ley N.º 24.018, y el artículo 7.º, incisos b), c), e) y f), de la LNPA.

La entidad de tales apartamientos respecto del orden jurídico aplicable determina que ese acto administrativo se encuentre gravemente afectado en varios de sus requisitos esenciales; ello apareja que el acto resulte insanablemente nulo, y que deba ser eliminado del mundo jurídico para el restablecimiento de la legalidad (conforme artículos 14, inciso b), y 17 de la ley citada).

2. Los vicios que presenta la RESOL-2018-1-ANSES-DOCP#ANSES

La LNPA, luego de enunciar en los artículos 7º y 8º, cuáles son los requisitos esenciales del acto administrativo (competencia, causa, objeto, procedimiento, motivación, finalidad y forma), menciona en su artículo 14, inciso a) a los vicios de la voluntad (error, dolo,

violencia, simulación) y en su inciso b) a los defectos en los elementos esenciales antes aludidos (incompetencia, falta de causa, violación de la ley, de las formas esenciales o de la finalidad) que conducen a su nulidad, para aludir más tarde a las consecuencias jurídicas que se derivan de tal situación (artículo 17).

Me referiré, pues, a los vicios que afectan a la Resolución que nos ocupa, siguiendo el esquema normativo que plantea la LNPA.

2.1. Vicio en la causa

2.1.1. La ausencia de antecedentes de hecho y de derecho que preceden y justifican el dictado del acto, así como la falsedad de los mismos, determinan su nulidad absoluta (v. MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Bs. As., 3ª. edición, T. II, pág. 226; HUTCHINSON, Tomás, *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Ley 19.549. Comentada, anotada y concordada con las normas provinciales*, Astrea, Buenos Aires, 1985, T. I, págs. 152 y siguientes; COMADIRA, Julio R., *Procedimientos Administrativos, Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, Anotada y Comentada*, 2002, T. I, pág. 301; CASSAGNE, Juan Carlos, *El Acto Administrativo. Teoría y Régimen Jurídico*, La Ley, Buenos Aires, 1ª. edición, 2012, pág. 325).

2.1.2. En la especie la Resolución se sustenta en consideraciones fácticas y jurídicas falsas e inexistentes.

Es necesario recordar, una vez más, los claros textos de los artículos 1.º y 29 de la Ley N.º 24.018:

Artículo 1.º: *"El Presidente, el Vicepresidente de la Nación y los Jueces de la Corte Suprema de la Nación quedan comprendidos en el régimen de asignaciones mensuales vitalicias que se establecen en el presente capítulo a partir del cese en sus funciones"*.

Artículo 29: *"Los beneficios de esta ley, no alcanzan a los beneficiarios de la misma que, previo juicio político, o en su caso, previo sumario, fueren removidos por mal desempeño de sus funciones"*.

Esta Casa tiene dicho que *"la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N.º 19.549 se enrola en una concepción objetivista que considera causa del acto administrativo a los antecedentes de hecho o de derecho que, en cada caso, justifican su dictado"* (Dictámenes, 191:182; 275:31).

Respecto del elemento causa la LNPA, brinda una doble directiva.

Por un lado, al contemplar en su artículo 7.º, inciso b), como requisito esencial del acto que el mismo *"deberá sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa"*.

Por el otro, al sancionar con nulidad absoluta e insanable, en el artículo 14, inciso b), a los actos viciados por "*falta de causa por no existir o ser falsos los hechos y o el derecho invocados*".

En primer lugar corresponde destacar que, para la denegatoria del beneficio solicitado por el licenciado BOUDOU, el área de la ANSES emisora del acto hizo mérito de la opinión vertida por la Oficina Anticorrupción, órgano que, efectuando una apreciación ajena a su competencia funcional delimitada por el artículo 13 de la Ley N.º 25.233 (B.O. 14/12/1999), le asignó al artículo 29 de la Ley N.º 24.018 un alcance extraño a su letra expresa.

En ese orden de ideas no se puede dejar de señalar que dicha Oficina no fue investida, por norma alguna, del carácter de autoridad de interpretación y aplicación del régimen de la Ley N.º 24.018.

No obstante ello, el órgano emisor del acto -la Dirección Operativa de Prestaciones Centralizadas de la ANSES- adoptó sin más aquel criterio, auspiciado también en el Dictamen agregado en copia en el Orden N.º 4, sin efectuar ninguna reflexión crítica sobre el contenido de esa opinión.

Ese parecer de la Oficina Anticorrupción no sólo exorbitó su esfera competencial; también se apartó en forma palmaria, como se verá seguidamente, del texto de la norma aplicable. Y esa anomalía terminó coligándose al acto decisorio.

En otro aspecto, el acto tiene insertas en el "Considerando" ciertas apreciaciones, expresadas en *obiter dictum* por los conjueces de nuestra Corte Suprema, en la sentencia dictada en la causa "Boggiano, Antonio c/Estado Nacional-Ministerio de Desarrollo Social s/nulidad de acto administrativo", que resultan palmariamente inconducentes para conferir al citado artículo 29 un alcance del que carece.

En el *sub examine*, en efecto, basta atenerse a la *literalidad* de los términos con los que están redactados los preceptos que nos ocupan pues, según la inveterada doctrina de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, tal recaudo constituye el primer criterio de interpretación de la ley (*Fallos*, 327: 991; 329: 3546; 330: 4998; 331: 858, entre otros).

En esa línea, el máximo Tribunal ha considerado que en el proceso interpretativo no es correcto sustituir al legislador sino aplicar la norma tal como éste la concibió (*Fallos*, 308:1745), ya que la primera regla de interpretación de las leyes es dar pleno efecto a la intención del legislador y la primera fuente para determinar esa voluntad, es la letra de la ley (*Fallos*, 308:1745; 312:1098; 313:254).

Incluso, el Máximo Tribunal Federal también ha establecido que la inconsecuencia o falta de previsión del legislador no se presumen (

Fallos, 306:721; 307:518; 319:2249; 326:704), por lo cual las leyes deben interpretarse conforme el sentido propio de las palabras, computando que los términos utilizados no son superfluos sino que han sido empleados con algún propósito, sea de ampliar, limitar o corregir los preceptos (*Fallos*, 200:165; 304:1795; 315:1256; 326:2390; 331:2550).

Desde esta comprensión, el Tribunal viene destacando que la primera fuente de interpretación de la ley es su letra, sin que sea admisible una inteligencia que equivalga a prescindir de ella (*Fallos*, 312:2078; 321:1434; 326:4515), pues la exégesis de la norma debe practicarse sin violencia de su texto o de su espíritu (*Fallos*, 307:928; 308:1873; 315:1256; 330:2286); criterio este mantenido recientemente en su pronunciamiento del 3 de marzo del 2020, en autos "Bernardes, Jorge Alberto c/ ENA - Ministerio de Defensa s/ amparo por mora de la administración)".

En similar sentido, esta Casa ha opinado que no es posible subsanar por medio de una hermenéutica jurídica el resultado de una disposición si en su literalidad es categórica y precisa y revela un significado unívoco y que, cuando la expresión de una norma no suscita interrogantes, no cabe añadirle previsiones que no contempla ni sustraerle las que la integran, porque en tales supuestos la única corrección que cabe es la de la reforma legislativa (doctrina de *Dictámenes*, 177:117; 253:156).

En suma, *"No resulta admisible la pretensión de hacer decir a la ley lo que la ley no dice o de dejar de cumplir lo que inequívocamente ordena. De allí que si la lectura de la regla jurídica no suscita la posibilidad de entendimientos disímiles la única conducta aceptable es su acatamiento ad pedem literae"* (Ídem).

Así, sin necesidad de efectuar un mayor esfuerzo intelectual, es posible **concluir que la intención del legislador, plasmada en la letra del artículo 29 de la Ley N.º 24.018, ha sido la de otorgar este beneficio especial a los funcionarios enumerados en el artículo 1.º a condición de que no hayan sido destituidos por mal desempeño en el ejercicio de sus funciones, a través del juicio político regulado en nuestra Constitución Nacional.**

En consecuencia, **la decisión de no otorgar al Licenciado BOUDOU el beneficio solicitado, pese a su condición de titular del derecho subjetivo público a obtenerlo, aparece desprovista de fundamento legal, ya que introduce una hipótesis de inaplicabilidad de la Ley N.º 24.018 que ella no prevé,** lo cual violenta la pauta interpretativa que desaconseja distinguir donde la ley no distingue (*Fallos*, 333: 735).

Desde esa perspectiva, deviene inoficioso ingresar en consideraciones acerca de la eventual existencia de sentencias condenatorias -firmes o no- contra el licenciado BOUDOU.

Es que, cualquiera fuere el caso, no es esa la causal legalmente prevista como obstáculo para la obtención de la Asignación Mensual Vitalicia; el único impedimento es el que surge del texto expreso del ya analizado artículo 29 de la ley aplicable al caso.

2.1.3. No escapa a mi consideración que la clásica distinción entre actos reglados y discrecionales, como bloques contrapuestos, no es aceptada en el estado actual de la evolución del Derecho, y así lo ha entendido nuestra Corte Suprema al señalar que lo que en verdad existe son mayores o menores dosis de discrecionalidad (*in re, Consejo de Presidencia de la Delegación Bahía Blanca de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos, Fallos, 315: 1361*).

No obstante, cabe aceptar que se verifican contados supuestos en los cuales la actividad de la Administración aparece perfectamente reglada. Ello ocurre cuando (como en nuestro caso y en otros previstos por el ordenamiento tales como concesiones de otros beneficios, autorizaciones, permisos, etc.) la ley regula una situación determinada en términos tales que no se reconoce a la Administración ningún margen de libertad decisoria.

En tales supuestos, la norma a ser ejecutada ha prefigurado anticipadamente con rigor y objetividad absolutos, los presupuestos requeridos para emitir el acto y el contenido que éste, obligatoriamente, habrá de tener una vez producida la hipótesis legalmente prevista (v. BANDEIRA DE MELLO, Celso A., *Curso de Derecho Administrativo*, Porrúa, México, 1º edición en español, 2006, traducción de Valeria Estefanía Labraña Parra, pág. 814).

Dicho en otras palabras, la Ley N.º 24.018 trasunta para la Administración la autorización para el ejercicio de facultades regladas, es decir, aquellas limitadas en cuanto a la competencia, el objeto y demás elementos del acto, que no contienen "...una fórmula elástica en la determinación del hecho antecedente de la prestación o de la sanción, estableciendo, por el contrario el momento y el contenido del objeto del acto de ejercicio de la función administrativa" (v. LINARES, Juan F., *Derecho Administrativo*, Astrea, Buenos Aires, 1986, pág. 183).

De tal modo, tratándose de una actividad reglada "no corresponde juicio alguno de oportunidad ... de su autor, por no ser éste sino el ejecutor mecánico de una orden legislativa ... que eligió, en ese nivel, la alternativa a seguir de todas las posibles" (v. MAIRAL, Héctor, *Control Judicial de la Administración Pública*, Depalma, Buenos Aires, 1.º edición, 1984, Tomo II, pág. 646). El ejemplo que brinda este mismo autor es ilustrativo y aplicable al sub examine: "por ello el especialista en seguridad social que considere inconveniente ese sistema previsional deberá dirigir sus críticas y sus propuestas de reformas al legislador, y no al organismo administrativo que aplica el sistema".

En suma, a la Administración le está vedado efectuar, como lo ha hecho en su Resolución RESOL-2018-1-ANSES-DOCP#ANSES, una valoración de la oportunidad o de la justicia respecto de la concesión, en el caso, del beneficio establecido en la Ley N.º 24.018, una vez que el legislador ha fijado las condiciones necesarias para gozar del mismo (artículos 1.º y 29).

La ley ha anudado al supuesto de hecho (los requisitos exigidos) la consecuencia jurídica que no es otra que el otorgamiento del beneficio en ella establecido (artículos 1.º y 3.º, segundo párrafo); sin que quepa otra posibilidad distinta para la Administración, salvo que se presentase el supuesto previsto en el artículo 29, *donde también en forma reglada*, debería denegar dicha asignación (v. MAURER, Harmut, *Derecho Administrativo, Parte General*, Marcial Pons, Madrid, 2011, traducción española, pág. 167).

Se trata, pues, de un típico supuesto de subsunción pues la decisión administrativa se halla obligatoriamente vinculada a la observancia de la norma sustantiva para ser dictada (v. FERRAJOLI, Luigi, *Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la Democracia*, Trotta, Madrid, traducción española, 1ª. edición, 2011, Tomo I, pág. 530).

2.1.4. Esta Casa se ha pronunciado en reiteradas oportunidades respecto al vicio en la causa del acto administrativo.

Así sostuvo en un asesoramiento que debía descartarse el error o el dolo porque la Administración había dictado el acto que tenía voluntad de dictar y el vicio residía en que había dictado un acto reglado por la ley, en un caso en el que no se daban las circunstancias de hecho exigidas por la norma para permitir su dictado (*Dictámenes*, 107:217).

También opinó que media vicio en la causa, no sólo en el objeto, cuando no existe correspondencia entre el derecho objetivo vigente y los actos administrativos individuales, es decir, si se configura una inobservancia del "principio de legalidad" en la actividad administrativa (*Dictámenes*, 113:120).

Asimismo sostuvo que en relación al requisito de la "causa como antecedente de derecho" debía tenerse presente que, cuando se trataba de supuestos en los que la Administración actuaba en ejercicio de facultades regladas, el vicio se podía reflejar, principalmente, en el objeto del acto, siempre que la aplicación errónea del derecho llevase a una decisión distinta, en lo sustancial, de la que se hubiese adoptado de aplicarse la norma jurídica correcta; en tal caso, el acto podría considerarse nulo por vicio en la causa como antecedente de derecho, y en el objeto (*Dictámenes*, 163: 502).

2.2. Vicio en el objeto

2.2.1. De acuerdo con la doctrina, el vicio en el objeto del acto administrativo susceptible de ocasionar su nulidad se halla contemplado en el inciso b) del artículo 14 de la LNPA, interpretación que se sustenta en que tal defecto ha sido tradicionalmente llamado "violación de la ley", en sentido material o sustancial (v. MARIENHOFF, Miguel S., ob. cit., págs. 527-529; COMADIRA, Julio R., ob. cit., pág. 306; CASSAGNE, Juan C., ob. cit., pág. 326).

La inconstitucionalidad, la ilegalidad, la irrazonabilidad, la imposibilidad física o jurídica, y la inmoralidad del objeto, causan la invalidez del acto, por comportar, en todos los casos, una transgresión clara y manifiesta del orden público administrativo (CASSAGNE, Juan C., ob. cit., pág. 326).

2.2.2. Existe un vínculo estrecho entre la causa y el objeto que impide que este último sea considerado en forma aislada en punto a su validez; y, por el contrario, reclama una correspondencia con los antecedentes de derecho que justifican el dictado del acto. De no configurarse esa consistencia se configurará el denominado "vicio de violación de la ley".

En este aspecto cabe destacar la RESOL-2018-1-ANSES-DOCP#ANSES ha sido dictada en franca violación al derecho aplicable (la Ley N.º 24.018), por lo que ese acto también exhibe un objeto ilícito que determina su nulidad absoluta e insanable.

2.2.3. Tiene dicho este organismo asesor que el acto que ha aplicado inadecuadamente las normas correspondientes resulta nulo, por encontrarse viciado su objeto (*Dictámenes*, 206: 141).

En otro asesoramiento, analógicamente aplicable en la especie, esta Casa expuso que: *"El objeto que persigue el instrumento resulta jurídicamente imposible en los términos del artículo 7, inc. c) de la Ley N° 19.549 ... Esa circunstancia vicia el instrumento de tal forma que lo torna nulo de nulidad absoluta e insanable en los términos del artículo 14, inc. b) de la Ley mencionada toda vez que falta uno de los requisitos esenciales que se requieren para la validez del acto administrativo, como es el de contar con un objeto jurídicamente posible, es decir, lícito. La ilicitud del objeto obliga a la Administración, custodia de la legitimidad de su propio accionar, a revocar la declaración efectuada por la ex funcionaria"* (v. *Dictámenes*, 233:278).

También opinó esta Procuración que: *"El contenido u objeto del acto administrativo consiste en la resolución o medida concreta que mediante el acto adopta la autoridad. Sus atributos son: certeza, licitud, posibilidad física y moralidad. De allí que cuando en derecho administrativo se habla del vicio de violación de la ley se alude al que contraviene las reglas a que debe sujetarse el contenido u objeto del acto"* (v. *Dictámenes*, 236: 91).

Y que "la resolución en recurso ha sido dictada en violación al derecho aplicable; en consecuencia es nula por vicio en la causa y corresponde su revocación por razones de ilegitimidad (v. arts. 7 inc. b, 14 y 17 de la Ley de Procedimientos Administrativos" (Dictámenes, 243: 154).

2.3. Ausencia de motivación

2.3.1. La LNPA exige en su artículo 7.º, inc. e), que el acto administrativo "deberá ser motivado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, consignando, además, los recaudos indicados en el inciso b)" (que se refiere a la causa).

Si bien el artículo 14, inciso b) de la LNPA no la menciona expresamente, al tratarse de un requisito de forma esencial la motivación aparece contenida en dicha previsión; y su ausencia genera la nulidad absoluta del acto (v. COMADIRA, Julio R., ob. cit., pág. 321).

La fundamentación fáctica, es decir, la explicación de cuáles son los hechos probados y cómo determinan la parte resolutive del acto, es un recaudo esencial que el acto debe satisfacer.

También debe verificarse una fundamentación normativa, ya que el acto debe explicitar en su motivación las razones por las cuales su objeto está en concordancia con el orden jurídico. La mera mención de normas jurídicas no establece su conexión con los hechos de la causa, por sí sola; eso debe demostrarlo la Administración (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV, Russo, LL, 1988-A, pág. 96, entre otros).

En nuestro Derecho existe, además, coincidencia en cuanto a la estrecha conexión que media con la finalidad, al punto que se interpreta que, más allá de la fórmula contenida en el artículo 7.º, inciso e) de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N° 19.549, la motivación no sólo es la exteriorización de la causa, sino también la de los fines del acto (v. FIORINI, Bartolomé, *La discrecionalidad en la Administración Pública*, Alfa, Buenos Aires, 1948, pág. 137; CASSAGNE, Juan C., ob. cit., págs. 243-244; COMADIRA, Julio R., *El acto administrativo en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, La Ley, Buenos Aires, 1ª. edición, 2003, pág. 43).

2.3.2. Ninguno de los recaudos necesarios para tener por configurada una *motivación suficiente* del acto, se verifican en la RESOL-2018-1-ANSES-DOCP#ANSES.

Recordemos que el rechazo del beneficio solicitado por el licenciado BOUDOU se sustentó, básicamente, en las afirmaciones que contiene el Considerando del acto, cuyas partes medulares fueron reproducidas en el punto III, apartado 4, del presente asesoramiento.

Me remito, en homenaje a la brevedad, a la aludida transcripción. De ella surge que la única razón invocada para el dictado del acto denegatorio fue el informe producido por la Oficina Anticorrupción, relativo a las causas penales seguidas contra el ex Vicepresidente.

Y se desprende también que el razonamiento en base al cual se adoptó la decisión descansa en la opinión que aportó dicho organismo, el que, sin encontrarse investido del carácter de autoridad de aplicación del régimen de la Ley N.º 24.018, señaló que debía rechazarse la solicitud.

Pero dicho parecer, al igual que el vertido por esta Casa en el asesoramiento cuya copia fue agregada en Orden N.º 4, no contiene ninguna fundamentación razonada que le brinde motivación a un acto que prescindió deliberadamente del texto expreso del artículo 29 de la Ley N.º 24.018.

Tal ha sido la supuesta sustancia argumental con la que se ha pretendido "motivar" la RESOL-2018-1-ANSES-DOCP#ANSES. Desde luego que, siendo la motivación una exteriorización de la causa, al encontrarse viciada ésta por resultar falsos los antecedentes de derecho, el defecto se traslada en forma *refleja* a aquélla.

Ello sin contar, como habré de referirme infra, que la ausencia de motivación permite además advertir la presencia de un desvío en la finalidad. Así, la doctrina considera también que la motivación es un requisito fundamental para apreciar la legitimidad del pronunciamiento y sirve para determinar si ha existido, o no, desviación de poder. (v. HUTCHINSON, Tomás, ob. cit., pág. 161).

2.3.3. La Procuración del Tesoro ha sido, desde antaño, clara al respecto: *"La motivación de una decisión adoptada por una autoridad pública debe considerarse inherente a la forma de gobierno que nos rige. Es por ello que la falta de fundamentos permite -en ciertas circunstancias- calificar de acto arbitrario y, por lo tanto, susceptible de ser anulado"* (Dictámenes, 191:25, 84: 154, 103:105, entre otros).

Asimismo, dictaminó que *"el modo normal en que el Poder Administrador expresa la causa o motivo del acto es mediante su motivación, que no es más que la constancia de que en el caso concreto existen las circunstancias que justifican el dictado del acto administrativo"* (v. Dictámenes, 199: 98).

Esta Casa ha dicho que *"el cumplimiento del requisito de la motivación de los actos administrativos se relaciona con la observancia del principio de legalidad al que la Administración se encuentra sometida: éste obliga a dar razones que expliquen la necesidad de la medida adoptada, la que exterioriza su razonabilidad"* (Dictámenes, 233:278).

Y también ha señalado que *"La motivación consiste en la fundamentación*

fáctica y jurídica mediante la cual la Administración intenta demostrar la legitimidad y oportunidad de su decisión, transformándose, además, en el principal punto de partida para el inicio del control de legitimidad" (v. Dictámenes, 236: 91).

2.3.4. El acto bajo análisis en el caso que nos ocupa no exhibe una motivación que exprese una fundamentación acorde a las exigencias que, en punto a legitimidad, requiere el obrar de la Administración.

Existe una apariencia de motivación, sustentada en una argumentación que no guarda consistencia alguno con la situación fáctica y el marco jurídico aplicable (una vez más, el artículo 29 de la Ley N.º 24.018).

2.4. Desviación de Poder

2.4.1. La desviación de poder presupone la actuación de un funcionario con una finalidad distinta de la perseguida por la ley aplicable.

El acto administrativo debe cumplir siempre los fines establecidos por la ley; y es por eso que el artículo 7.º, inciso f), de la LNPA prohíbe que el administrador persiga otros fines, públicos o privados, distintos de los que justifican el acto, su causa y objeto. De lo contrario, se impone declarar la nulidad absoluta e insanable de un acto portador de un vicio de tal índole.

Todo acto debe cumplir con los fines previstos por la norma que confiere atribuciones para su dictado. El decisor no puede usar su poder para fines distintos de los contemplados en aquella; la violación a este mandato legal da origen al vicio de desviación de poder, así caracterizado tanto en nuestro medio como en la doctrina de otros ámbitos (BREWER CARIAS, Allan Randolph, *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2002, págs. 178 y 179).

Resulta de aplicación aquí, la regla de la especialidad, según la cual los órganos o entes administrativos no pueden, sin incurrir en desviación de poder, ir más allá de las normas que disponen sus atribuciones (v. CASSAGNE, Juan C., ob. cit., pág. 333).

2.4.2. No escapa a mi apreciación que, en forma generalizada, se sostiene que la desviación de poder trasunta un contenido o elemento subjetivo, caracterizado por la voluntad de lograr un determinado objetivo incompatible con los fines de la ley aplicable a una determinada situación jurídica.

De allí su dificultosa constatación. Así, por ejemplo, se han expedido tanto la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el más arriba citado precedente de *Fallos*, 315: 1361 (aunque morigerando las exigencias probatorias para su acreditación), como

caracterizada doctrina (v. MARIENHOFF, Miguel S., ob. cit., pág. 537).

No obstante, las circunstancias que han rodeado esta tramitación me persuaden de que ha mediado desviación de poder, en tanto la Resolución RESOL-2018-1-ANSES:

a) revela una finalidad distinta a la enunciada en su texto, que sólo puede calificarse como de animosidad personal o política, pues sin causa ni razón justificada en derecho, denegó al Licenciado BOUDOU el beneficio solicitado, pese a haber cumplido todos los requisitos exigidos por la norma para gozar del mismo; y

b) contraviene la finalidad que la ley prevé, en forma reglada para estos actos, en cuanto no fundamenta razonablemente el rechazo a la solicitud presentada por el interesado.

Debe recordarse también que el vicio de desviación de poder de ordinario, como en el presente caso, se presenta acompañado de otros vicios que permiten descubrirlo y potenciarlo, habida cuenta de la *sinergia* que se produce entre todos ellos (v. GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 4ª. edición, Tomo 3, pág. IX-25); y que resulta "*habitualmente inferible de elementos reunidos en la causa o de otras manifestaciones administrativas que permiten advertir la subyacencia desviada de la actuación estatal*" (v. COMADIRA, Julio R., ob. cit., pág. 329).

2.4.3. Nuestra Corte Suprema de Justicia consideró que si se ve afectado el elemento *finalidad* del acto, al no ejercerse la competencia de acuerdo a los fines para los cuales fue atribuida, el vicio resultante (desviación de poder) apareja la nulidad del respectivo acto (*Fallos*, 321: 174).

- V -

VIABILIDAD DE LA REVOCACIÓN EN SEDE ADMINISTRATIVA

DE LA RESOL-2018-1-ANSES-DOCP#ANSES

1. De acuerdo con una inveterada doctrina de esta Casa, previamente a su intervención debe contarse con una opinión integral respecto de las distintas cuestiones en juego, emanada de los servicios jurídicos de las áreas competentes (v. *Dictámenes*, 199:115; 200:21 y 209; 203:58; 277:36, entre muchos otros).

Advierto que el servicio jurídico de la ANSES no se ha expedido sobre la factibilidad de que la RESOL-2018-1-ANSES-DOCP#ANSES sea revocada en

sede administrativa, conforme lo ha planteado el peticionario.

No obstante, dada la trascendencia institucional del tema, me habré de expedir sobre la cuestión, la que obviamente resulta inescindible del análisis de la legitimidad del acto antes citado.

2. En el precedente punto IV he considerado los vicios que, a mi entender, presenta la Resolución registrada como RESOL-2018-1-ANSES-DOCP#ANSES.

La LNPA distingue entre actos nulos y anulables. Los vicios que dan lugar a la calificación de un acto como nulo aparecen enunciados en su artículo 14, sin establecerse criterio alguno para su determinación y limitándose a prever, para esos casos, la sanción máxima.

Por su parte, el artículo 15 de la ley dispone que el acto será anulable cuando presente un defecto que no llegue a impedir la existencia de alguno de sus elementos esenciales.

Existen posturas que entienden que el acto nulo es aquel que aparece privado de alguno de sus elementos esenciales; mientras que en el anulable estos elementos presentan vicios (v. MARIENHOFF, Miguel S., ob. cit., pág. 497; ESCOLA, Jorge, *Tratado General del Procedimiento Administrativo*, Depalma, Buenos Aires, 1975, págs. 106-109).

Otros autores consideran que el acto es nulo cuando carece de alguno de sus elementos esenciales o padece en ellos de un vicio grave; y es anulable cuando todos sus elementos esenciales concurren, pero presentan un vicio leve o no fundamental (v. COMADIRA, Julio R., ob. cit., pág. 282).

Es criterio mayoritario, entonces, que la distinción finca en la mayor o menor importancia ("gravedad") del vicio que se presenta; y, con ello, de la relevancia del incumplimiento del ordenamiento jurídico que el defecto representa.

Tal criterio se ha visto reflejado en la doctrina de esta Casa (*Dictámenes*, 283: 436, entre otros) .

Se ha querido ver también que la clasificación se encuentra relacionada con la violación al orden público administrativo (CASSAGNE, Juan C., ob. cit., pág. 669; GORDILLO, Agustín, ob. cit., pág. XI-3, BALBIN, Carlos F., *Tratado de Derecho Administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 2ª. edición, 2015, Tomo III, pág. 176). Nuestra Corte Suprema así lo ha entendido (v. *Fallos*, 306: 1138, *Sudamericana de Intercambio v. la Nación Argentina-Ministerio de Economía s/daños y perjuicios*, del 30-8-1984).

A mi modo de ver, ambas notas no se autoexcluyen en tanto la gravedad del vicio es la que permite apreciar si ha mediado una violación al orden público administrativo, como la que, sin duda, se presenta en el

caso.

Cabe recordar, en cuanto a los actos nulos, que:

- a) la ley los considera afectados de "nulidad absoluta"; son irregulares y carecen de estabilidad, debiendo ser revocados en sede administrativa, excepto si se encontraren firmes y hubieren generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo (artículo 17 de la LNPA);
- b) no son saneables por confirmación o ratificación;
- c) la acción es imprescriptible, pero sujeta al plazo de caducidad previsto por el artículo 25 de la LNPA; y
- d) los efectos de la declaración de nulidad son retroactivos ("ex tunc").

3. El artículo 17 de la LNPA dispone que **"El acto administrativo afectado de nulidad absoluta se considera irregular y debe ser revocado o sustituido por razones de ilegitimidad aun en sede administrativa. No obstante, si el acto estuviere firme y consentido y hubiere genere derechos subjetivos que se estén cumpliendo, sólo se podrá impedir su subsistencia y la de los efectos aún pendientes mediante declaración judicial de nulidad"** (el destacado me pertenece).

De la lectura del texto legal se desprende que la Administración se encuentra facultada para disponer de oficio la extinción de sus propios actos, cuando éstos contradicen el ordenamiento jurídico. Esta posibilidad "revocatoria", como bien se ha dicho, es una facultad genérica de la Administración (v. COMADIRA, Julio R., ob. cit., pág. 333).

Es más, la LNPA después de considerar **irregular al acto administrativo afectado de nulidad absoluta consagra el deber para la Administración de revocar o sustituir un acto de tal índole**, por razones de ilegitimidad, aun en sede administrativa (v. COMADIRA, Julio R., *La anulación de oficio del acto administrativo*, Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2ª. edición, pág. 179).

4. Debe considerarse que, tratándose de un acto nulo y de acuerdo a la fórmula legal, tres son las posibilidades a las que se enfrentaría, en principio, su revocación:

- a) que el acto nulo no hubiera generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo;
- b) que hubiese generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo; y
- c) que, pese a haberlos generado no se encontraren en vías de cumplimiento (v. GARCÍA, Cándido E., "Revocación y caducidad del acto administrativo en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos",

JA-1974, Sección Doctrina, pág. 884).

En el caso que nos ocupa, la Resolución registrada como RESOL-2018-1-ANSES-DOCP#ANSES no ha generado ningún derecho subjetivo que se esté cumpliendo a favor del licenciado BOUDOU pues, como se dijo, ha denegado ilegítimamente su acceso al beneficio previsto en la Ley N.º 24.018.

Tal situación genera el deber administrativo de revocar el acto a fin de restablecer la juridicidad quebrantada; como se ha dicho, pesa sobre la Administración *"la necesidad de satisfacer el interés público encomendado a su gestión, uno de cuyos elementos esencialmente constitutivos es la vigencia del orden jurídico"* (v. COMADIRA, Julio R., *La anulación...ob. cit.*, págs. 56-57).

5. Esta Procuración tiene dicho que *"Es en consideración al principio de la seguridad jurídica que procede la revocación de los actos dictados en contradicción con el ordenamiento positivo aplicable para erradicarlos del mundo jurídico"*; y que en lo concerniente a la potestad anulatoria de la Administración *"se impone que entre los poderes inherentes a la función administrativa se incluya, como elemento necesariamente constitutivo, la potestad de aplicar las consecuencias jurídicas que el ordenamiento jurídico establece para los actos afectados de vicios que ocasionen su ilegitimidad"* (v. *Dictámenes*, 233: 278; 236: 91; 239: 109).

6. A tenor de las consideraciones efectuadas es en el ámbito de la ANSES donde deberá llevarse a cabo, en definitiva, el análisis de la legalidad de la Resolución RESOL-2018-1-ANSES-DOCP#ANSES dictada por la Dirección Operativa de Prestaciones Centralizadas de ese Organismo; encontrándose, a mi juicio, reunidas las condiciones para proceder a su revocación en sede administrativa por razones de ilegitimidad (artículo 17, LNPA).

- VI -

LA PROPUESTA TRANSACCIONAL

Habida cuenta de la presentación obrante en el Orden N.º 5, los trámites que pudieran considerarse necesarios para llevar a término estas actuaciones deberán sustanciarse y decidirse en el ámbito de la ANSES.

De encauzarse la cuestión bajo un procedimiento transaccional, resultará aplicable el artículo 8º, segunda parte, del Decreto N.º 411/80 (Texto Ordenado por el Decreto N.º 1265/87), según ha sido contemplado anteriormente en distintos casos por este Organismo Asesor

(*Dictámenes* 256:158; 258:298; 278:071; 302:155 y 382 bis).

Dicha norma atribuye a las máximas autoridades de las entidades descentralizadas la decisión en materia de aceptación de propuestas transaccionales o conciliatorias, como medios para finiquitar litigios en trámite.

En este aspecto, debo destacar que la aceptación de la propuesta transaccional formulada por el presentante respecto de los montos correspondientes a la Asignación Mensual Vitalicia devengados desde el 10 de diciembre de 2015, supone la evaluación de sus términos por la autoridad política llamada a resolver.

Ella es quien, en ejercicio de las facultades que le son propias, deberá adoptar la solución que juzgue más conveniente a los intereses estatales, sin que corresponda a esta Procuración del Tesoro de la Nación, emitir opinión sobre el ejercicio de tal competencia (*Dictámenes*, 255:685; 258:298).

Sólo cabe advertir que, de aceptarse la propuesta efectuada a través del escrito obrante en Orden N.º 5, deberán arbitrarse los recaudos para el oportuno cumplimiento de los trámites allí indicados, destinados a poner fin al proceso judicial en el que se ha cuestionado la legitimidad de la RESOL-2018-1-ANSES-DOCP#ANSES, con la asunción de costas por su orden.

- VII -

CONCLUSIONES

Por las razones expuestas en el presente asesoramiento considero que la Resolución dictada en fecha 16 de noviembre de 2018 por la Dirección Operativa de Prestaciones Centralizadas de la ANSES, registrada como RESOL-2018-1-ANSES-DOCP#ANSES, se apartó de manera palmaria del texto expreso del artículo 29 de la Ley N.º 24.018 al denegar el otorgamiento de la Asignación Mensual Vitalicia solicitada por el ex Vicepresidente de la Nación, licenciado Amado BOUDOU.

Esa norma contempla, como única causal impeditiva de la obtención del beneficio, la remoción por mal desempeño previo juicio político; extremo este que no se configuró en el caso, por lo que la denegatoria se basó en consideraciones de carácter valorativo que no se corresponden con el texto expreso de la ley, de cuya letra se apartó de manera manifiesta.

Ese acto resulta, por consiguiente, nulo de nulidad absoluta a tenor de las previsiones de los artículos 7.º y 14 de la LNPA, pues exhibe

vicios graves en varios de sus elementos esenciales (causa, objeto, motivación y finalidad).

De allí que la RESOL-2018-1-ANSES-DOCP#ANSES es susceptible de ser revocada en sede de la ANSES según lo preceptuado por el artículo 17 de la LNPA, norma que le impone a la Administración el deber de dejar sin efecto sus actos viciados de nulidad absoluta, a fin de restablecer sin más el imperio de la juridicidad.

A esa entidad le compete, a tenor de la competencia asignada por el artículo 8.º, segunda parte, del Decreto N.º 411/80 - Texto Ordenado por el Decreto N.º 1265/87, la evaluación integral de la propuesta transaccional formulada por el representante del interesado, referida a los importes devengados en concepto de Asignación Mensual Vitalicia desde el cese del licenciado BOUDOU en la función de Vicepresidente de la Nación.

Con las consideraciones expuestas, devuelvo las actuaciones a los fines de la prosecución de su trámite.

CSJN, "Carman de Cantón", 14/08/1936

Tribunal: Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Fecha: 14/08/1936

Partes: Carman de Cantón, Elena v. Nación Argentina

Publicado en: JA 55-377

TEXTO COMPLETO

Buenos Aires, agosto 14 de 1936.-

Considerando:

Los del juicio promovido por Elena Carman de Cantón contra el Gobierno de la Nación para que, en su carácter de viuda del Dr. Eliseo Cantón, se le otorgue el beneficio que cree corresponderle de acuerdo con los arts. 41 y ss. ley 4349 y 13 ley 4870, es decir, la pensión de \$ 667,30 mens.; juicio venido en tercera instancia ordinaria por apelación interpuesta por la actora contra la sentencia de la C. Fed. de Apelaciones de la Capital, que desestimó su demanda, de conformidad con lo dispuesto por el inc. 2 art. 3 ley 4055.

Considerando:

1. Que el Dr. Eliseo Cantón (h.), encontrándose en ejercicio de los cargos de decano y profesor de la Facultad de Medicina de la Universidad de Buenos Aires, solicitó su jubilación ordinaria en agosto de 1912, llenando los recaudos que preceptúan la ley 4349 y su decreto reglamentario de 19/10/1904, fs. 2 a 8, del expediente administrativo de la Caja nacional de jubilaciones y pensiones, año 1912, letra C, n. 181. Dado a la solicitud del trámite legal y reglamentario pertinente con todos los informes del caso, la Caja, declaró probados los extremos necesarios y acordó la jubilación ordinaria en 7/2/1913, la que fue aprobada por el Poder Ejecutivo por decreto de 28 del mismo mes y año. La comisión revisora de pensiones militares, de cuyo beneficio también gozaba el Dr. Cantón por decreto de 10/5/1926, fundado en la ley 11295 _encontró errores de apreciación en el cómputo de servicios militares del aludido, pero el Ministerio de Marina desestimó ese dictamen, no obstante lo cual y por otros errores advertidos por contaduría general se iniciaron tramitaciones de esclarecimiento con intervención del beneficiario, quien aportó nuevos elementos de juicio para demostrar que había llenado el maximum de servicios, no sin antes advertir que había prestado 24 años de servicios como diputado nacional, que no mencionó al solicitar la jubilación y que, además, había a su respecto, cosa juzgada.

A pesar de haber urgido, más de una vez, el trámite de la incidencia, jamás la Caja ni el Poder Ejecutivo se pronunciaron en vida del Dr. Cantón, y fue recién en 1931 al presentarse la legítima viuda, Sra. Elena Carman de Cantón, que la nueva administración de la Caja, previa vista al asesor legal de la misma, declaró improcedente la revisión de la jubilación. El procurador general de la Nación dictaminó en sentido favorable a la resolución de la Caja, pero el Poder Ejecutivo, por resolución de 20/8/1932, declaró que procedía la revisión de la jubilación de Cantón, por existir errores de hecho, y en 20/6/1933 se dejó sin efecto el decreto de 28/2/1913 y se mandó formular cargo por las sumas percibidas por el beneficiario

en virtud del mismo. Contra estos últimos decretos deduce acción contenciosoadministrativa la Sra. Carman de Cantón.

2. Que sintetizado así, clara y precisamente, el proceso administrativo que determina la litis en examen, corresponde averiguar si en las leyes, en la doctrina o en la jurisprudencia -judicial o administrativa-, existen fundamentos para la revisión y revocación del decreto que reconoció al Dr. Eliseo Cantón el derecho a su jubilación, en 28/2/1913, por defectos o errores de hecho anotados en 1927 y declarados en 20/6/1933, o si, como sostiene la actora, el acto administrativo de 1913, es irrevisible e irrevocable por el mismo poder que lo otorgó y a cuyo amparo se hizo efectivo el derecho jubilatorio del que gozó durante 18 años el Dr. Cantón.

3. Que no existe ningún precepto de ley que declare inestables, revisibles, revocables o anulables los actos administrativos de cualquier naturaleza y en cualquier tiempo, dejando los derechos nacidos o consolidados a su amparo a merced del arbitrio o del diferente criterio de las autoridades cuyo personal sufre mutaciones frecuentes por ministerio constitucional, legal o ejecutivo; es decir que las resoluciones de la Administración, aun en aquellas cuestiones regladas, consentidas y ejecutoriadas, no "causan estado", no establecen "derechos adquiridos", no hacen "cosa juzgada". Pero, en cambio, existe un decreto de 30/6/1896, en el que aceptándose el dictamen del procurador general de la Nación se declara, no sólo para el caso concreto que se ventilaba, -una reivindicación de terrenos-, sino "como antecedente para casos análogos" que las resoluciones administrativas no son susceptibles de reconsideración "porque el orden público se interesa en que los derechos adquiridos bajo el amparo de resoluciones definitivas queden inconvencionales", porque "de otro modo no habrá régimen administrativo ni judicial posible". Registro oficial, t. 1, 1896, ps. 1030 y 1031, y transcripción por el asesor de la Caja de jubilaciones a fs. 150 vta. y 151 del expediente administrativo. Las firmas de Sabiniano Kier, José E. Uriburu y Benjamín Zorrilla dan a esas conclusiones, además del valor de las investiduras respectivas, el de sus reconocidas capacidades jurídicas. Entre otros antecedentes puede recordarse el decreto de 16/2/1927, dictado en un segundo pedido de reconsideración el que establecía un determinado régimen de promociones y exámenes. Esta Corte Suprema, no obstante la norma de 1896, no revocada expresamente por otro acto del Poder Ejecutivo, declaró en 1908 que el Gobierno pudo, en 1903, dejar sin efecto, un reconocimiento de propiedad de un terreno hecho en 1898, "porque los procedimientos administrativos no tienen forma ni carácter de juicio como tampoco interrumpen la prescripción, etc."; pero, aparte de tratarse de un caso aislado, cabe advertirse que en el trámite de las jubilaciones y pensiones existe procedimiento administrativo reglado (arts. 29, 30, 40, 56 y 57 ley 4349, y arts. 10, 11 y 12 decreto reglamentario); y por ello, la prescripción también se opera en el orden administrativo (art. 37 inc. 3 ley premencionada). Otras razones existen, además, para renovar el examen de la cuestión, distinguiendo circunstancias y condiciones del acto administrativo, a efecto de que las conclusiones se ajusten, en cada caso, a los principios fundamentales de la justicia y concilien los derechos de los particulares con los del Estado.

4. Que el acto administrativo es, como lo define Mayer, "toda disposición o derecho en un caso particular", pero es de naturaleza y alcances diversos cuando el poder administrador o un organismo autárquico ejercita facultades discrecionales que cuando cumple funciones regladas; cuando contempla intereses públicos en su resolución, que cuando decide un interés particular. El nombramiento o remoción de un empleado, la concesión o negación de una licencia o una beca, el otorgamiento de un permiso para usar de un terreno público, son notoriamente diversos de una concesión ferroviaria y del reconocimiento de una jubilación, pero, entre éstos dos últimos supuestos, la concesión estará siempre condicionada en su duración y en sus condiciones por el servicio público cuya integridad y eficacia debe mantenerse por el Estado mientras que la jubilación contempla, principalmente, el interés y

el derecho del empleado u obrero condómino, con sus compañeros, de los fondos de la Caja que ha de pagarle el retiro y en este y otros casos parecidos "el Estado desempeña una función tutelar, la de patrono o administrador", según el concepto del profesor Sarriá, o de juez, puede afirmarse decidiendo entre la pretensión del empleado y los intereses de la comunidad de sus colegas afiliados.

5. Que las distinciones precedentes adquieren particular importancia cuando se trata de saber si los actos o resoluciones administrativos hacen "cosa juzgada", y "causan estado", o son revocables total o parcialmente, en cualquier término que el poder administrador o la institución autárquica lo considere conveniente. Es lógico que cuando se obra en virtud de facultades discrecionales la revocación sea procedente y lo mismo puede ocurrir cuando, aun actuando y decidiendo en virtud de facultades regladas, el interés público que, como ha dicho esta Corte puede confundirse con el orden público (Fallos 172:21), reclame una modificación del "status" creado al amparo del acto administrativo, aunque podría surgir la obligación de indemnizar al particular afectado por la revocación. No es la misma la situación creada por una resolución o decisión tomada en el caso de intereses particulares fundados en derecho claramente sancionado por la ley, aun cuando siempre hay, en los actos de gobierno, un interés público más o menos importante. El interés público, -dice Mayer-, es, en general, una fórmula ambigua. Pero no es difícil advertir qué especie de interés puede estar aquí en cuestión (en la cosa juzgada); es el interés de la certidumbre del derecho. La ley ordena el derecho, para hacerlo cierto. Pero en su aplicación a los casos individuales, este derecho puede resultar incierto. Es el juez quien tiene la misión de darle esa certidumbre para el caso individual; cuando él haya realizado esa misión en la forma prescripta, con el concurso de la parte interesada, el interés público exige que no se deje renacer la duda sobre el resultado obtenido.

El derecho debe adquirir permanente certidumbre para ese caso individual. Tal es la fuerza de la cosa juzgada.

"Este razonamiento es claro e irrefutable para el proceso civil. Lo es igualmente, para lo contencioso administrativo cuando se trata como en un proceso civil, de decir lo que es de derecho, de realizar un acto de jurisdicción en ese sentido de emitir, -como hemos dicho-, una decisión".

"Para el juicio administrativo que contiene una decisión, propiamente dicha, la fuerza de la cosa juzgada es absoluta, porque el interés público de la certidumbre del derecho forma el derecho de la parte" ("Droit administratif allemand", t. 1, ps. 267 a 269). Este principio de la estabilidad del derecho mediante la resolución administrativa, en el caso concreto y para la persona que lo plantea, está gradualmente afirmado por Louis Delbez en su estudio sobre "La revocation des actes administratives", publicado en la "Revue de droit public et de science politique", año 1928, n. 45; por Lafferriere en "Traité de juridiction administrative", t. 1, ps. 407 y 408; por Lacoste, "De la chose jugée", tít. V, n. 1350, p. 452; por Varela, Nota al art. 5 Cód. Cont. Adm. provincia de Buenos Aires; y por el Dr. Félix Sarriá, catedrático de la Universidad de Córdoba, en sus "Estudios de derecho administrativo", año 1934, ps. 73 a 76, donde se concreta con precisión el verdadero principio, en estos términos:

"La doctrina puede ya consagrar como postulado, que el acto administrativo es irrevocable en los siguientes casos:

- a. Cuando declara un derecho subjetivo.
- b. Cuando causa estado.

Se parte de la base de que el acto es regular, es decir, que reúne las condiciones esenciales de validez (forma y competencia). Aun los que aceptan la revocación y desestimación del valor de la cosa juzgada en el derecho administrativo argentino, sostienen la necesidad de la ley que establezca una estabilidad jurídica mediante la irrevocabilidad por vía administrativa de decreto declarativo de derechos contestados (conf. Bielsa, "Derecho administrativo", n. 211 y notas 25 y 26, ps. 340 y 341), pero parece justo que lo que debiera establecer la ley, como excepción al principio general de la estabilidad y certidumbre del derecho declarado y reglado es la facultad de revocación "sine die" del poder administrador y no a la inversa y el "recurso jerárquico" que por iniciativa del autor citado se estableció por decreto de 7/4/1933 tiende a esa estabilidad que ya el 30/6/1896 anticipaba "como antecedente para casos análogos".

6. Que, referidos a las jubilaciones y pensiones los razonamientos expuestos en los consid. precedentes se refirma la conclusión favorable a la irrevocabilidad de la jubilación del Dr. Eliseo Cantón, revocada después de su muerte con el consiguiente menoscabo de los derechos pensionarios de su esposa; pues no se trata de facultades discrecionales del Poder Ejecutivo, ni de una gracia demandada por un particular, ni de un trámite arbitrario en la secuela del expediente jubilatorio, ni de fondos que pertenezcan al servicio público general. El Dr. Cantón se presentó a la Caja nacional de jubilaciones y pensiones civiles, en los términos y con los recaudos que preceptúa la ley 4349 y sus reglamentaciones; las oficinas públicas de contralor y fiscalización produjeron los informes pertinentes; el directorio de la Caja declaró la procedencia de la jubilación ordinaria, formulando cargos, que el interesado aceptó y el Poder Ejecutivo aprobó la resolución de la Caja (ver consid. 1), desde cuyo momento el derecho reclamado al amparo de la ley quedó establecido, cierto y ejecutoriado, por lo cual el Dr. Cantón gozó de su sueldo de retiro hasta el día de su muerte. "Es así irrevocable la concesión de una jubilación o pensión aunque ella contuviera errores suficientes para causar su nulidad, en cuyo caso la administración o las entidades autárquicas deben perseguir su anulación por la vía jurisdiccional, no pudiendo -per se- revocar. Sólo pueden corregir errores aritméticos o materiales, mas no conceptos" (Sarriá, obra y páginas citadas). Si los errores aritméticos o de cómputo de servicios que fundan los decretos de 20/8/1932 y 20/6/1933 se hubieran dictado en vida del interesado, -pues se denunciaron en 1927- y no se hubieran estimado suficientes las aclaraciones dadas por aquél, ni compensables con los servicios de diputado nacional durante 24 años, aun entonces el Dr. Cantón habría podido continuar servicios o argüir su edad y estado de salud para una jubilación extraordinaria con la consiguiente retasa del monto de su haber jubilatorio, pero después de 20 años del derecho en ejercicio y de seis de conocido el error, no es posible anular ese derecho en sí con la extensión dada al arbitrio administrativo para rectificar errores de hecho; anulando en realidad el derecho mismo, se puede llegar hasta anular la inamovilidad de los magistrados judiciales, que, amparándose en la ley 4349 o en la 4226, se jubilaran y a los que, después de 5, 10 o más años, se les revisara el cómputo de servicios o su edad, so color de rectificar para quitarles el sueldo de retiro y el cargo del que no pudieron ser privados sin el juicio político pertinente.

7. Que la invocación del art. 64 ley 4349 para fundar la revisión y revocación que en estos autos se discute, es ineficaz; dicha disposición dice: "La Junta de administración hará la revisión de las pensiones y jubilaciones existentes y dará cuenta al Poder Ejecutivo de las que encuentren fuera de las prescripciones de las leyes vigentes cuando se acordaron"; fue propuesta por el diputado Dr. Ponciano Vivanco, fuera del proyecto de la comisión respectiva, diciendo: "Desearía que al mismo tiempo se hiciera también una revisión de las que actualmente están gozando de pensiones y jubilaciones, etc." (conf. Diario de sesiones, Cámara de diputados, vol. 1, p. 296). Ni en la letra de la ley ni en la intención clara que la informa existe apoyo para interpretar que se dejó libertad a la Caja o al Ejecutivo para

revisar, no sólo los casos ya resueltos antes del nuevo estatuto, sino también todos los que en el futuro se resolvieran. Por lo demás ese precepto tiene su antecedente en el art. 3 ley 3744, que también se refiere al pasado, pues prescribe: "Las jubilaciones acordadas hasta la vigencia de la presente ley serán revisadas y ajustadas conforme a ella", pero contenía este agregado de justicia elemental que habría permitido, en un caso como el sub lite, evitar el agravio de aniquilar el derecho en sí, limitándose a modificar su alcance económico. "Si resultase -agrega- falta de servicio o edad, o ambos casos a la vez, se hará un descuento del 10% de la jubilación". Y este mismo principio, de revisión de las jubilaciones y pensiones ya acordadas antes de la nueva ley, se estableció en la ley 12154 , modificatoria de las anteriores 10650 , 11308 y 11074 , sobre "jubilaciones y pensiones de empleados y obreros de las empresas ferroviarias", pues su art. 32 preceptúa la revisión de las jubilaciones y pensiones ya acordadas para ajustar su monto a las disposiciones de la nueva ley, artículo que suscitó un amplio y minucioso debate en la Cámara de diputados en la sesión del 8/9/1933 (conf. Diario de sesiones, vol. IV, año 1933, p. 92 y ss.). No existe, pues, antecedente legal que autorice la suposición de que se abriera un crédito al Poder Ejecutivo, para que, en el futuro y sin término, revisara y anulara jubilaciones y pensiones so color de errores de hecho; que no difieren de los posibles errores de hecho y prueba de los juicios contenciosos, los cuales, sin embargo, no conmueven la cosa juzgada y no darán lugar a un recurso extraordinario traído contra resoluciones del poder administrador.

8. Que siendo la prescripción de orden público no quedan exceptuadas de ella sino las acciones que menciona el art. 4019 CCiv. y aquellas que expresamente mencionen otras leyes; y así la unidad resultante de error, violencia, fraude o simulación en los actos jurídicos (art. 1045 CCiv.), se prescribe a los dos años de cesada la violencia o intimidación, o desde que el error, fraude o falsa causa fuese conocida (art. 4031); y en el caso de la jubilación del Dr. Cantón, el error de cómputo de servicios o el fraude en la mención de algunos prestados por otra persona, se denunció en 1927, por lo que, con exceso había corrido el término que extinguía la acción para anular el decreto de 1913. A falta de disposiciones especiales, el Consejo de Estado de Francia fijó en 2 meses el tiempo máximo para la revocación de actos administrativos, aun de aquellos irregulares, cuando se hubiese reconocido derechos a los particulares. La perennidad de lo inestable en materia de derecho administrativo carece de base legal y justiciera. La jubilación sólo se pierde por condena judicial por los delitos y a las penas que menciona el inc. 2 art. 37 ley 4349 y, fuera de ello, es vitalicia (art. 38), trasmitiéndose a sus padres, hijos o cónyuge supérstite, el derecho a pensión (art. 41).

9. Que la Corte ha declarado, recientemente, la procedencia de una ampliación suplementaria en el cómputo de servicios de un jubilado en virtud de la ley 12154 , cuando con ello puede reintegrarse al goce del beneficio que antes le fuera acordado y luego reducido (caso: Belfiori, A. M., jub. ferro., 6/7/1936); y ese principio de justicia habría determinado una ampliación conforme a las referencias y pruebas que se incorporan a fs. 91 y ss., y fs. 138 y ss. del expediente administrativo. En su mérito, lo dictaminado a fs. 148 por el asesor legal de la Caja, lo resuelto por la Caja a fs. 152 (expediente administrativo), se revoca la sentencia recurrida y se hace lugar a la demanda, declarándose que la Sra. Elena Carman de Cantón tiene derecho a la pensión que le corresponde como esposa del Dr. Eliseo Cantón y según los términos de la jubilación de que éste gozó en vida, de acuerdo con el decreto de 7/2/1913, cuya pensión le debe ser abonada desde el día del fallecimiento de su esposo (art. 48 ley 4349). Sin costas.

Háganse saber y devuélvanse.-

Antonio Sagarna.- Luis Linares.- B. A. Nazar Anchorena.- Juan B. Terán.

BOLETÍN DEL MINISTERIO DE JUSTICIA

Año LXXIV

Núm. 2.232

Julio de 2020

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS
HUMANOS Y RECOMENDACIONES DE LOS COMITÉS
DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE JUSTICIA

ISSN: 1989-4767

NIPO: 051-15-001-5

www.mjusticia.es/bmj

TRADUCCIÓN REALIZADA POR EL EQUIPO DE TRADUCCIÓN DE LA
SUBDIRECCIÓN GENERAL DE CONSTITUCIONAL Y DERECHOS HUMANOS

Los idiomas oficiales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos son el inglés y el francés, en los que se publican las sentencias, decisiones y cualquier otra documentación.

SECCIÓN TERCERA

ASUNTO SAQUETTI IGLESIAS c. ESPAÑA

(Demanda nº 50514/13)

SENTENCIA

Art 2 P7 • Derecho a un doble grado de jurisdicción en materia penal • Imposibilidad de recurrir ante una «segunda instancia jurisdiccional» una multa grave en el ámbito aduanero sin analizar su proporcionalidad • Naturaleza «penal» de la sanción según los criterios Engel • No se considera infracción menor en vista de su gravedad, a pesar de la ausencia de pena privativa de libertad • Importe de la multa igual a la casi totalidad de la suma no declarada al salir del territorio nacional (más de 150.000 euros) • Concepto de «tribunal superior» que debe evaluarse a la vista de la jerarquía judicial general y no de los límites económicos para acceder a los recursos • Recurso individual ante el Tribunal Constitucional no comparable con una segunda instancia, dada su finalidad limitada • Ausencia de control de la proporcionalidad durante la única instancia judicial ofrecida al demandante

ESTRASBURGO

30 de junio de 2020

Esta sentencia será firme de acuerdo con lo previsto en el artículo 44.2 del Convenio. Puede someterse a revisión editorial

En el asunto Saquetti Iglesias c. España,

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección Tercera), reunido en una Sala formada por:

Paul Lemmens, *Presidente,*

Helen Keller,

Alena Poláčková,

María Elósegui,

Gilberto Felici,

Erik Wennerström,

Lorraine Schembri Orland, *jueces,*

y Milan Blaško, *Secretario de la Sección,*

Tras deliberar en la Sala del Consejo el 3 de junio de 2020,

Dicta la siguiente sentencia, adoptada en esa fecha:

PROCEDIMIENTO

1. El asunto se inició mediante demanda (nº 50514/13) interpuesta el 29 de julio de 2013 contra el Reino de España por el Sr. Martín Saquetti Iglesias («el demandante»), nacional de dicho Estado, en virtud del artículo 34 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales («el Convenio»).

2. El demandante estuvo representado por J.E. Raschetti Rocca, abogado en ejercicio en Madrid. El Gobierno español («el Gobierno») estuvo representado por su Agente, R-A. León Cavero, abogado del Estado y Jefe del Servicio Jurídico de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia.

3. El 13 de junio de 2014 y el 2 de octubre de 2019 se notificó al Gobierno la queja relativa al artículo 2.1 del Protocolo nº 7 del Convenio, declarándose la demanda inadmisibile en cuanto al resto de conformidad con el artículo 54.3 del Reglamento.

HECHOS

I CIRCUNSTANCIAS DEL ASUNTO

4. El demandante nació en 1948 y reparte su residencia entre Madrid y Buenos Aires.

5. El 20 de marzo de 2011, el demandante fue sometido a un control de seguridad en las salidas internacionales de la terminal 4 del aeropuerto de Madrid-Barajas, cuando estaba a punto de embarcar en un vuelo con destino a Buenos Aires (Argentina), donde tenía previsto residir. Los agentes de la Guardia Civil responsables de la seguridad del aeropuerto detectaron objetos que podían contener dinero en el equipaje registrado del demandante, quien en cualquier caso no declaró el transporte de medios de pago cuando pasó el control de seguridad. Los agentes procedieron a abrir las maletas del demandante en el servicio de aduanas del aeropuerto en presencia del interesado y descubrieron 154.800 euros escondidos entre revistas y zapatos. Incautaron la casi totalidad de dicha cantidad, es decir 153.800 euros, de acuerdo con la Orden EHA/1439/2006 de 3 de mayo, reguladora de la declaración de movimientos de medios de pago en el ámbito de la prevención del blanqueo de capitales.

6. En el momento de la intervención, el demandante declaró que era el propietario de la cantidad en cuestión, que había llevado consigo a España en sus diversos viajes desde 2002, en la época del *corralito*¹ argentino, y que en cada entrada en España había cumplimentado las declaraciones de importación requeridas («Modelo S-1» en este caso). Afirma ignorar que también debía declarar las cantidades en el momento de dejar el país, y añadió que disponía de los justificantes de entrada. En especial, el demandante detalló las importaciones como sigue: 100.000 euros el 21 de enero de 2002, 50.000 euros el 22 de febrero de 2004, 45.000 euros el 10 de abril de 2004, 40.000 euros el 25 de septiembre de 2004, 42.000 euros el 24 de octubre de 2004. También precisó las realizadas por su esposa (25.000 euros el 16 de septiembre de 2002) y por su suegra (25.000 euros el 16 de septiembre de 2002). Además, el demandante mencionó que era propietario de una flota de ocho taxis en Argentina, y también declaró que había vendido allí un edificio. La suma total de 327.000 euros, que figuraba en las declaraciones de importación mencionadas, no había sido objeto, en

1 Nombre informal dado al conjunto de medidas económicas adoptadas en Argentina en 2001, durante la crisis económica, por el Ministro de Economía con el fin de poner fin a la carrera por la liquidez y la fuga de capitales. Por ejemplo, el corralito limitó los desembolsos de efectivo a 250 pesos semanales y prohibió todas las transferencias al extranjero.

los momentos pertinentes, de ninguna observación por parte de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias.

7. El 22 de marzo de 2011, el Comité Permanente de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias inició un procedimiento contra el demandante. Mediante resolución de 30 de agosto de 2011, la Dirección General del Tesoro y Política Financiera del Ministerio de Economía sancionó al demandante por haber cometido una infracción grave de las previstas en los artículos 2.1.v), artículo 52.3 y artículo 57.3 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo y por el artículo 2.3 del Real Decreto 925/1995 de 9 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales (modificada por Real Decreto 54/2005 de 21 de enero), imponiéndole una multa de 153.800 euros que se corresponde con la cantidad total incautada.

8. Con el fin de impugnar dicha resolución, el demandante disponía de la posibilidad de recurrir en reposición ante el mismo órgano que había dictado dicha resolución, es decir, la Dirección anteriormente mencionada, o de interponer un recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid

9. El 27 de octubre de 2011, el demandante interpuso un recurso contencioso-administrativo contra la mencionada resolución. Mediante sentencia de 17 de enero de 2013, el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Madrid desestimó el recurso. Consideró que el demandante había incumplido la obligación de formular la declaración exigida para mover capitales, de la que no podía pretender su desconocimiento, y que no había justificado el origen de las cantidades en cuestión. Respecto a la sanción impuesta, el TSJ consideró, en vista del importe en cuestión, que era proporcional al objetivo perseguido, es decir, al control de los medios de pago internacionales, y señaló que la sanción prevista por la Ley podía oscilar entre 600 euros y el doble del valor de los medios de pago utilizados. En la sentencia del TSJ se declaró que no cabía recurso de casación, de conformidad con el artículo 862.b) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa. En efecto, el texto del artículo 86.2.b) de la Ley 29/1998 fue modificado por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, aumentando la cuantía mínima para recurrir ante el Tribunal Supremo de 150.000 a 600.000 euros.

10. El demandante recurrió en amparo ante el Tribunal Constitucional sobre la base del principio de legalidad y el derecho a que su caso fuese examinado por una jurisdicción superior, argumentando que había una falta de razonamiento en la resolución imponiendo la sanción. También se quejó de

que la modificación legislativa de la Ley 29/1998 era posterior a los hechos del caso. Mediante auto de 29 de abril de 2013, notificado el 3 de mayo, el Tribunal Constitucional inadmitió el recurso porque el demandante no había justificado suficientemente la «relevancia constitucional» del recurso.

II EL DERECHO INTERNO E INTERNACIONAL RELEVANTES

11. La Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, en sus disposiciones relevantes para el presente caso, dispone lo siguiente:

Artículo 2.1: Sujetos obligados

«1. La presente Ley será de aplicación a los siguientes sujetos obligados:

(...)

v) Las personas físicas que realicen movimientos de medios de pago, en los términos establecidos en el artículo 34.

(...).»

Artículo 34. Obligación de declarar

«1. Deberán presentar declaración previa en los términos establecidos en el presente Capítulo las personas físicas que (...) realicen los siguientes movimientos:

a) Salida o entrada en territorio nacional de medios de pago por importe igual o superior a 10.000 euros o su contravalor en moneda extranjera (...).

(...).»

Artículo 50. Clases de infracciones

«Las infracciones administrativas previstas en esta Ley se clasificarán en muy graves, graves y leves».

Artículo 52.3. Infracciones graves

«Constituirán infracciones graves las siguientes:

a) El incumplimiento de obligaciones de identificación formal, en los términos del artículo 3.

(...).»

Artículo 57. 3. Sanciones por infracciones graves

«En el caso de incumplimiento de la obligación de declaración establecida en el artículo 34 se impondrá la sanción de multa cuyo importe mínimo será de 600 euros y cuyo importe máximo podrá ascender hasta el duplo del valor de los medios de pago empleados».

Artículo 59. Graduación de las sanciones

«1. Las sanciones se graduarán atendiendo a las siguientes circunstancias:

- a) La cuantía de las operaciones afectadas por el incumplimiento.
- b) Los beneficios obtenidos como consecuencia de las omisiones o actos constitutivos de la infracción.
- c) La circunstancia de haber procedido o no a la subsanación de la infracción por propia iniciativa.
- d) Las sanciones firmes en vía administrativa por infracciones de distinto tipo impuestas al sujeto obligado en los últimos cinco años con arreglo a esta ley.
- e) El grado de responsabilidad o intencionalidad en los hechos que concurra en el sujeto obligado.
- f) La gravedad y duración de la infracción.
- g) Las pérdidas para terceros causadas por el incumplimiento.
- h) La capacidad económica del inculcado, cuando la sanción sea de multa.
- i) El nivel de cooperación del inculcado con las autoridades competentes.

En todo caso, se graduará la sanción de modo que la comisión de las infracciones no resulte más beneficiosa para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas.

2. Para determinar la sanción aplicable de entre las previstas en los artículos 56.3, 57.2 y 58, se tomarán en consideración las siguientes circunstancias:

- a) El grado de responsabilidad o intencionalidad en los hechos que concurra en el interesado.
- b) La conducta anterior del interesado, en la entidad inculpada o en otra, en relación con las exigencias previstas en esta ley.
- c) El carácter de la representación que el interesado ostente.

- d) La capacidad económica del interesado, cuando la sanción sea multa.
- e) Los beneficios obtenidos como consecuencias de las omisiones o actos constitutivos de la infracción.
- f) Las pérdidas para terceros causadas por el incumplimiento.
- g) El nivel de cooperación del inculpado con las autoridades competentes.

3. Para determinar la sanción aplicable por incumplimiento de la obligación de declaración establecida en el artículo 34, se considerarán como agravantes las siguientes circunstancias:

- a) La notoria cuantía del movimiento, considerándose en todo caso como tal aquélla que duplique el umbral de declaración.
- b) La falta de acreditación del origen lícito de los medios de pago.
- c) La incoherencia entre la actividad desarrollada por el interesado y la cuantía del movimiento.
- d) La circunstancia de ser hallados los medios de pago en lugar o situación que muestre una clara intención de ocultarlos.
- e) Las sanciones firmes en vía administrativa por incumplimiento de la obligación de declaración impuestas al interesado en los últimos cinco años.
- f) El grado de intencionalidad en los hechos que concurra en el interesado».Principio del formulario

Final del formulario

12. La Ley 37/2011, de 10 de octubre de medidas de agilización procesal modifica el texto del artículo 86.2.b) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa:

«b) [no cabe recurso de casación en] las sentencias recaídas, cualquiera que fuere la materia, en asuntos cuya cuantía no exceda de 600.000 euros, excepto cuando se trate del procedimiento especial para la defensa de los derechos fundamentales, en cuyo caso procederá el recurso cualquiera que sea la cuantía del asunto litigioso».

13. La redacción del artículo 86.2 de la Ley 29/1998 antes de la modificación legislativa era la siguiente:

«b) [no cabe recurso de casación en] las sentencias recaídas, cualquiera que fuere la materia, en asuntos cuya cuantía no exceda de 150.000 euros, excepto cuando se trate del procedimiento especial para la

defensa de los derechos fundamentales, en cuyo caso procederá el recurso cualquiera que sea la cuantía del asunto litigioso».

14. La Ley 37/2011 contiene la siguiente disposición transitoria:

« Los procesos que estuvieren en trámite en cualquiera de sus instancias a la entrada en vigor de la presente Ley, continuarán sustanciándose hasta que recaiga sentencia en dicha instancia conforme a la legislación procesal anterior».

15. El artículo 54 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional dispone que:

«Cuando la Sala o, en su caso, la Sección conozca del recurso de amparo respecto de decisiones de jueces y tribunales, limitará su función a concretar si se han violado derechos o libertades del demandante y a preservar o restablecer estos derechos o libertades, y se abstendrá de cualquier otra consideración sobre la actuación de los órganos jurisdiccionales».

16. Las partes relevantes para el presente caso del Informe explicativo del Protocolo nº 7 del Convenio quedan redactadas como sigue:

«17. En el artículo 2 del Protocolo Nº 7 se reconoce el derecho de toda persona declarada culpable de un delito por un tribunal a que su declaración de culpabilidad o su condena sean revisadas por un tribunal superior. No es necesario que, en todos los casos, esa persona tenga la posibilidad de que tanto la condena como la pena sean revisadas por un tribunal superior. Así, por ejemplo, si el condenado es culpable del delito que se le imputa, este derecho puede limitarse a la revisión de la condena. En comparación con la redacción de la disposición correspondiente del Pacto de las Naciones Unidas (párrafo 5 del artículo 14), se ha añadido la palabra «tribunal» para dejar claro que este artículo no se refiere a los delitos juzgados por autoridades que no sean tribunales en el sentido del artículo 6 del Convenio. (...)

18. La revisión de los tribunales superiores se regula de forma diferente en los distintos Estados miembros del Consejo de Europa. En algunos países, ese examen puede limitarse, según el caso, a la aplicación de la ley, como un recurso de casación. En otros países, existe una apelación, que permite llevar tanto las cuestiones de hecho como de derecho ante un tribunal superior. Este artículo deja a la legislación nacional el establecimiento de las modalidades de ejercicio de este derecho, incluidos los motivos por los que puede ejercerse.

20. El párrafo 2 del artículo 2 del Protocolo nº 7 permite excepciones a este derecho:

- para delitos menores, tal como se definen en la ley;
- cuando el interesado haya sido juzgado en primera instancia por el más alto tribunal, por ejemplo, por su rango (ministro, juez u otro funcionario de alto rango), o por la naturaleza del delito;
- cuando el interesado haya sido condenado tras un recurso contra su absolucióón.

21. Para decidir si un delito es de naturaleza menor, un criterio importante es si el delito es punible o no con prisión.»

17. La Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados dispone lo siguiente en el apartado relativo a la interpretación de los Tratados:

Artículo 31. Regla general de interpretación

«(...)

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

Artículo 32. Medios de interpretación complementarios

«Se podrá acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31:

- a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o
- b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable».

EN DERECHO

I SOBRE LA SUPUESTA VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 2 DEL PROTOCOLO N° 7 DEL CONVENIO

18. El demandante se queja de que la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid no fue revisada por una jurisdicción superior. Invoca al respecto el artículo 2 del Protocolo n° 7 del Convenio, redactado como sigue:

«1. Toda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal tendrá derecho a que la declaración de culpabilidad o la condena sea examinada por una jurisdicción superior. El ejercicio de ese derecho, incluidos los motivos por los cuales pueda ser ejercitado, se regularán por ley.

2. Este derecho podrá ser objeto de excepciones en caso de infracciones de menor gravedad según las defina la ley, o cuando el interesado haya sido juzgado en primera instancia por el más alto tribunal o haya sido declarado culpable y condenado al resolverse un recurso contra su absolución.»

A Sobre la admisibilidad

19. Considerando que la queja no es manifiestamente infundada con arreglo al artículo 35.3.a) del Convenio y que no es inadmisibile por ningún otro motivo, el Tribunal la declara admisible.

B Sobre el fondo

1. *Sobre el carácter penal de la sanción impuesta al demandante y la aplicación del artículo 2 del Protocolo nº 7.*

20. El Gobierno alegó que la demanda era incompatible *ratione materiae* en base a que la sanción impuesta al demandante no podía considerarse una sanción penal sino, por el contrario, una sanción administrativa. A este respecto, el Gobierno señala que el delito monetario fue suprimido del Código Penal español en 1996 y que, en todo caso, la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, no prevé en su texto medida alguna de privación de libertad. Añadió que eran los tribunales contencioso-administrativos, y no los tribunales penales, los encargados de garantizar la aplicación efectiva de la sanción.

21. En opinión del demandante, nada impide que la sanción impuesta sea considerada como penal, ya que, a su juicio, el Código Penal español prevé, en general, dos tipos de sanciones: las penas privativas de libertad y las sanciones pecuniarias (multas), y que ambas restringen los derechos fundamentales.

22. El Tribunal recuerda que el concepto de «infracción penal» al que se refiere el párrafo 1 del artículo 2 del Protocolo nº 7 corresponde al de «acusación en materia penal» del artículo 6.1 del Convenio (Gourepka c. Ucrania, no 61406/00, § 55, de 6 de septiembre de 2005, y Zaicevs c. Letonia, no 65022/01, § 53, de 31 de julio de 2007). Según la jurisprudencia reiterada de este Tribunal, la aplicación del artículo 6 del Convenio en su aspecto penal debe evaluarse sobre la base de tres criterios, comúnmente denominados «criterios Engel»: a) la clasificación de la disposición a nivel interno; b) el tipo de infracción; y c) la gravedad de la sanción impuesta al interesado (véase, entre muchos otros, Ezeh y Connors c. Reino Unido [GS], nos 39665/98 y 40086/98, § 82, CEDH 2003X). Las indicaciones facilitadas por el derecho interno del Estado demandado tienen un valor relativo (Engel y

otros c. Países Bajos, de 8 de junio de 1976, § 82, serie A n° 22, y Öztürk c. Alemania, de 21 de febrero de 1984, § 52, serie A n° 73). Para aplicar el artículo 6 del Convenio basta con que la infracción en cuestión tenga naturaleza penal o que exponga a la persona interesada a una sanción que, por su carácter y gravedad, tenga generalmente naturaleza penal (véase A y B c. Noruega [GS], n° 24130/11 y 29758/11, §§ 105 y 107, de 15 de noviembre de 2016).

23. Volviendo a las circunstancias del presente asunto, el Tribunal señala, en lo que respecta al primer criterio, que los actos de los que se acusó al demandante -el incumplimiento del artículo 52.3 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo- constituyeron una «infracción administrativa» (artículo 50 de dicha Ley). Estos hechos eran competencia de los tribunales contencioso-administrativos, no de los tribunales penales, y en cualquier caso no eran punibles con una pena privativa de libertad (véase, a contrario, Stanchev c. Bulgaria, n° 8682/02, § 45, de 1 de octubre de 2009). La citada Ley califica la conducta en cuestión en este caso como «delito grave», siendo sancionada en su grado máximo con una multa según lo previsto en su artículo 57. En ningún caso dicha sanción podrá traducirse en una pena privativa de libertad (véase, mutatis mutandis, Kurdov e Ivanov c. Bulgaria, n° 16137/04, § 44, de 31 de mayo de 2011).

24. No obstante, éste es sólo un punto de partida a efectos de la valoración del Tribunal, que también deberá tener en cuenta la naturaleza de la infracción cometida y el tipo y gravedad de la sanción impuesta.

25 En lo que respecta al segundo criterio, es decir, la evaluación del carácter mismo del delito en cuestión, el Tribunal siempre ha tenido en cuenta la magnitud del colectivo al que va dirigida la norma infringida, el tipo y la naturaleza de los intereses protegidos y la existencia de un objetivo de disuasión y represión (Kadubec c. Eslovaquia, de 2 de septiembre de 1998, § 52, Informes de Sentencias y Decisiones 1998 VI, Lauko c. Eslovaquia, de 2 de septiembre de 1998, § 58, Informes 1998 VI, Ezeh y Connors, citado anteriormente, §§ 103-105, Sergei Zolotukhin c. Rusia [GS], n° 14939/03, § 55, CEDH 2009, y Tsonyo Tsonev c. Bulgaria (n° 2), n° 2376/03, § 49, de 14 de enero de 2010).

26. A este respecto, el Tribunal señala que la Ley sobre prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo tiene alcance general, y que los destinatarios de la disposición que sirvió de base jurídica para la sanción impuesta al demandante son todas aquellas personas, físicas o jurídicas, que cruzan una frontera y ejercen las actividades descritas en el artículo 2.1 de la Ley 10/2010 en relación con el movimiento de capitales

(véase *Jussila c. Finlandia* [GS], nº 73053/01, § 38, CEDH 2006 XIV y, a contrario, *Stanchev*, citado anteriormente, § 45).

27. Por lo que respecta a los bienes jurídicos protegidos en el presente asunto, aunque en el ámbito de los delitos aduaneros la cuestión que se plantea es el interés de los gobiernos de los Estados en controlar los medios de pago internacionales (como destacó el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el fundamento sexto de su sentencia), este Tribunal recuerda que ya ha tenido ocasión de considerar que el aspecto penal del artículo 6 del Convenio podía aplicarse al ámbito de los delitos aduaneros (*Salabiaku c. Francia*, de 7 de octubre de 1988, Serie A nº 141-A). La imposición de una multa en el presente caso no tenía por objeto proteger ninguna eventual pérdida de capital por parte del Estado (como fue el caso, entre otros, en *Butler c. el Reino Unido* (dec.), nº 41661/98, CEDH 2002 VI), sino que perseguía esencialmente disuadir y castigar al demandante por haber incumplido la obligación legal de cumplimentar una declaración (*Nadotchi c. Ucrania*, nº 7460/03, § 21, de 15 de mayo de 2008). Esta consideración por sí sola podría ser suficiente para otorgar a la sanción impuesta una naturaleza delictiva que requiera el beneficio de las garantías inherentes al artículo 6 del Convenio (*Jussila*, citado anteriormente, § 38).

28. El Tribunal señala al respecto que el presente asunto difiere en numerosos aspectos de asuntos anteriores en los que ha tenido la ocasión de pronunciarse sobre el carácter penal de las sanciones impuestas a los demandantes

- El mencionado asunto *Butler c. Reino Unido*, sobre un delito de contrabando cometido por el demandante. Declarado inadmisibile con arreglo al artículo 1 del Protocolo nº 1, el Tribunal señaló que el demandante tenía antecedentes penales (*a contrario*, párrafo 41 infra), ya que las autoridades disponían de indicios razonables de su participación en actividades de contrabando (véase, de nuevo *a contrario*, el párrafo 6 supra para conocer el origen de las cantidades que poseía el demandante en el presente asunto como consecuencia del control de seguridad llevado a cabo en el aeropuerto). Por último, las autoridades nacionales realizaron un análisis de la proporcionalidad y las circunstancias personales del demandante, lo que no se llevó a cabo en el presente caso.

- En el asunto *Inocencio v. Portugal* ((dec.), nº 43862/98), el Tribunal se pronunció sobre el carácter penal de una sanción de 2.500 euros impuesta al demandante por haber realizado trabajos en su casa sin el preceptivo permiso y concluyó que el artículo 6 del Convenio no era aplicable en su aspecto penal. Aparte de que el problema en cuestión no se refería al ámbito aduanero, la sanción impuesta era mucho menor que la del presente asunto.

29. En cuanto al tercero de los «criterios *Engel*», es decir, la gravedad de la sanción impuesta, el Tribunal indica que la Ley 10/2010 sobre prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo prevé diferentes tipos de sanciones en función de la gravedad de la infracción. De este modo, el artículo 56 de la citada Ley regula las sanciones previstas para las infracciones más reprobables, que califica como «muy graves». A este respecto, la pena máxima prevista es el pago de una multa o, en su caso, la separación del cargo. Por lo tanto, el impago de la multa no puede traducirse en que la sanción impuesta suponga privación de libertad (párrafo 11 supra). En el presente asunto, al demandante se le acusó de una infracción «grave» para la que la ley preveía una multa de entre 600 euros y el doble del valor de los medios de pago empleados. La multa impuesta al demandante fue de 153.800 euros, que se corresponde con la casi totalidad de la cantidad descubierta durante el control de los servicios aduaneros. En consecuencia, el Tribunal considera que la gravedad de la sanción impuesta era tal que confería al procedimiento seguido en el presente asunto el carácter penal necesario para aplicar el artículo 2 del Protocolo nº 7 del Convenio.

30. Teniendo en cuenta los diferentes aspectos del presente asunto, debe considerarse que la infracción en cuestión tiene carácter penal (véase, *mutatis mutandis Valico S.r.l. c. Italia* (déc.), nº 70074/01, CEDH 2006III).

31. En consecuencia, el Tribunal concluye que el artículo 2 del Protocolo nº 7 es de aplicación en el presente asunto.

2. *Sobre la aplicación de las excepciones previstas en el artículo 2.2 del Protocolo nº 7 al presente asunto.*

32. Tras determinar el carácter penal de la sanción impuesta al demandante conviene examinar si, a efectos del artículo 2 del Protocolo nº 7, el demandante podía reclamar la revisión de su condena por un órgano jurisdiccional superior.

33. A este respecto, el Gobierno se acoge a la excepción relativa a la menor gravedad de la infracción, que también está prevista en el artículo 2.2 del Protocolo nº 7, debido a que la sanción impuesta no podría en ningún caso implicar privación de libertad.

34. El Gobierno se basa además en la excepción respecto a la intervención de los más altos tribunales nacionales, también prevista en el artículo 2.2 del Protocolo nº 7. Señala a este respecto que la Constitución española confiere a los Tribunales Superiores de Justicia el rango de máxima instancia en el ámbito contencioso-administrativo dentro del territorio de una comunidad autónoma, al tiempo que especifica que el Tribunal Supremo sólo es competente con carácter excepcional para conocer de los recursos de casación. En consecuencia, el Gobierno considera que la casación es sólo

excepcional y no puede considerarse como una jurisdicción que deba tenerse en cuenta a los efectos de dicha disposición del Protocolo.

35. Por su parte, el demandante se quejó de que la sanción era desproporcionada, en la medida en que la cantidad incautada comprendía la casi totalidad de sus bienes. Se reafirma igualmente en que únicamente tuvo acceso a una instancia jurisdiccional.

36. En primer lugar, el Tribunal deberá determinar si la infracción por la que se condenó al demandante no es una «infracción de menor gravedad» en el sentido del artículo 2.2 del Protocolo nº 7 y si, por lo tanto, era necesario acceder a una segunda instancia en el presente asunto. En consecuencia, este Tribunal deberá tener en cuenta los términos del Informe Explicativo del Protocolo nº 7, que establece expresamente que, al decidir si una infracción es de menor gravedad, un criterio importante es si dicha infracción es punible con una pena privativa de libertad (*Zaicevs*, citado anteriormente, § 55, *Greco c. Rumania*, nº 75101/01, § 82, de 30 de noviembre de 2006 y *Stanchev*, citado anteriormente, § 47). En el presente asunto, es indiscutible que la sanción impuesta al demandante no podía ser sustituida, en caso de impago, por una pena privativa de libertad. Sin embargo, la ausencia de dicha pena privativa de libertad no es un factor decisivo ni el único criterio que debe tenerse en cuenta. En efecto, el Tribunal ya ha señalado que la relativa inferioridad de lo que se plantea no puede privar a una infracción de su carácter delictivo intrínseco (*Nicoleta Gheorghe c. Rumania*, nº 23470/05, § 26, de 3 de abril de 2012).

37. El Tribunal es consciente de que existe una gran variedad en la legislación de los Estados contratantes sobre sanciones en el ámbito aduanero por no declarar sumas de dinero. El respeto del principio de subsidiariedad y del margen de apreciación del que gozan los Estados a este respecto (entre otros, *Natsvlashvili y Togonidze v. Georgia*, nº 9043/05, § 96 CEDH 2014 (extractos)), conducen al Tribunal a considerar que la relevancia y el valor otorgado a cada elemento debe decidirse a la luz de las circunstancias de cada caso. Si bien será necesario que la medida controvertida alcance cierto umbral de gravedad, corresponderá a las autoridades nacionales examinar su proporcionalidad y las consecuencias especialmente graves a la luz de la situación personal del demandante. La existencia de la pena de prisión se convertirá, pues, en un factor a tener en cuenta cuando el Tribunal deba decidir sobre la menor gravedad de la infracción, pero no será decisivo por sí solo.

38. En definitiva, la interpretación del artículo 2.2 del Protocolo nº 7 y su informe explicativo se corresponde con las normas generales de interpretación de los Tratados previstas en los artículos 31.4, y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (párrafo 17 supra).

39. En el presente asunto, el Tribunal indica que, de conformidad con la Ley, al demandante se le podía imponer una multa de entre 600 euros y el doble del valor de los medios de pago empleados, y que finalmente tuvo que desembolsar el importe total incautado, es decir, 153.800 euros.

40. El Tribunal observa que las circunstancias del presente caso deben diferenciarse de las examinadas en *Luchaninova c. Ucrania* (nº 16347/02, de 9 de junio de 2011), en el que sostuvo que no se había vulnerado el artículo 2 del Protocolo nº 7 del Convenio porque el hurto, de un importe inferior a 1 euro, por el que la demandante había sido condenada y por el que se le había impuesto una multa de 10 euros, constituía una «infracción de menor gravedad» que no se castigaba con pena privativa de libertad.

41. El Tribunal observa que la cantidad incautada en el presente asunto es mucho más elevada que la del caso anteriormente mencionado y que equivale a todos los bienes personales que el demandante, que no tiene antecedentes penales, pudo ahorrar durante sus visitas periódicas a España. A este respecto, y teniendo en cuenta que no se ha demostrado que los fondos incautados sean el resultado de prácticas vinculadas al blanqueo de capitales, el Tribunal señala que la sanción debe corresponder a la gravedad de la infracción constatada, esto es, el incumplimiento de la obligación de declarar, y no a la gravedad de la posible infracción, no establecida en esta fase, que habría consistido en la comisión de un delito como el blanqueo de capitales o la evasión fiscal (véase, *mutatis mutandis*, desde el punto de vista del artículo 1 del Protocolo nº 1 del Convenio, *Grifhorst c. Francia*, nº 28336/02, § 102, de 26 de febrero de 2009). Asimismo, por lo que respecta al comportamiento del demandante, el Gobierno no impugnó el cumplimiento de la obligación de declarar los fondos cada vez que entraba en territorio español (*Grifhorst*, citado anteriormente, §§ 95 y ss).

42. Por otra parte, el Tribunal señala que la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid no contiene análisis alguno de la proporcionalidad de la medida impugnada, como exige el artículo 59, párrafos 1, 2 y 3, de la Ley 10/2010, de 28 de abril (párrafo 11 supra). En efecto, la sentencia no tuvo en cuenta ni las circunstancias personales del demandante ni los documentos o pruebas aportados por aquel. Se trata de un requisito que el Tribunal ha tenido ocasión de reiterar al examinar las sanciones en materia aduanera a la luz del artículo 1 del Protocolo nº 1 (véase *Ismayilov c. Rusia*, nº 30352/03, §§ 34-38, de 6 de noviembre de 2008, *Gabrić c. Croacia*, nº 9702/04, §§ 36-40, de 5 de febrero de 2009, *Moon c. Francia*, nº 39973/03, §§ 49-51, de 9 de julio de 2009, y *Boljević c. Croacia*, nº 43492/11, §§ 42-45, de 31 de enero de 2017.).

43. Asimismo, el Tribunal señala que, de conformidad con la legislación aplicable (artículo 34 de la Ley 10/2010 de 28 de abril), la salida legal de

medios de pago en principio no está sujeta a la obligación de declaración, sin que exista la necesidad de autorización previa a efectos de someterse a los controles pertinentes a efectos de prevenir el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo.

44. En consecuencia, este Tribunal considera que la incautación de prácticamente la totalidad de la cantidad descubierta durante el control aduanero realizado en el presente asunto, sin que las autoridades internas hubieran realizado un examen de proporcionalidad, impide que la infracción se considere «de menor gravedad» en el sentido del artículo 2 del Protocolo nº 7 (véase, a la vista del artículo 1 del Protocolo nº 1, la conclusión del Tribunal en el asunto *Togrul c. Bulgaria*, nº 20611/10, § 45 *in fine*, de 15 de noviembre de 2018), y que, por tanto, la excepción al derecho a una doble instancia jurisdiccional respecto de las infracciones de menor gravedad previsto en el párrafo 2 de la disposición invocada no es aplicable en las circunstancias particulares del presente asunto.

45. No siendo aplicable la excepción prevista en el artículo 2.2 del Protocolo nº 7, este Tribunal declara que el demandante tenía derecho a la revisión de su condena por una instancia superior.

46. Lo mismo cabe decir de la excepción planteada por el Gobierno sobre la máxima instancia en materia contencioso-administrativa (párrafo 34 supra), en la medida en que, de conformidad con la modificación de la Ley 37/2011, de 10 de octubre, en materia contencioso-administrativa el Tribunal Supremo forma parte de la jerarquía de los tribunales ordinarios a los que se puede recurrir tras el Tribunal Superior de Justicia siempre que la cuantía sea superior a 600.000 euros (párrafo 9 supra).

3. *Sobre si el demandante se ha beneficiado de una doble instancia.*

47. A la vista de esta afirmación, será necesario determinar si el demandante ha contado efectivamente con una doble instancia en virtud del artículo 2 del Protocolo nº 7.

48. El Gobierno afirma que las quejas del demandante se revisaron en una doble instancia, es decir, por la Dirección General del Tesoro y Política Financiera del Ministerio de Economía y por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid. El Gobierno afirma que el recurso ante el TSJ supone de hecho una revisión por parte de un «tribunal superior», de acuerdo con lo establecido en el Protocolo nº 7 del Convenio.

49. En cuanto al alcance de la revisión realizada por el Tribunal Constitucional en el recurso de amparo, el Gobierno opina que, en la medida en que el Alto Tribunal es competente, en virtud de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC, en lo sucesivo), para anular la resolución a *quo* impugnada en amparo,

la revisión realizada por dicho Tribunal cumple los requisitos del derecho a la doble instancia reconocido en el artículo 2.1 del Protocolo n° 7 del Convenio.

50. Por su parte, el demandante alegó, en primer lugar, que la Dirección General del Tesoro y Política Financiera del Ministerio de Economía es una autoridad administrativa dependiente del Gobierno español y, por lo tanto, no cuenta con la independencia e imparcialidad de un tribunal.

51. El demandante se quejó igualmente de que la modificación legislativa respecto al límite establecido para recurrir en casación se realizó con posterioridad a los hechos del presente asunto, y señaló que en el presente caso la sentencia de 17 de enero de 2013 dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid indicaba que no era susceptible de ser recurrida en casación.

52. Por lo que respecta al Tribunal Constitucional, el demandante indicó que el Alto Tribunal no forma parte del poder judicial español, estando su funcionamiento regulado por su propia Ley Orgánica (L.O. 2/1979) y no por la Ley Orgánica del Poder Judicial (L.O. 6/1985). No es por tanto una instancia más en la estructura jerárquica judicial española, siendo sus atribuciones limitadas.

53. El Tribunal señala en primer lugar la formulación del apartado 17 del Informe Explicativo del Protocolo n° 7 del Convenio, según la cual las autoridades «que no sean tribunales en el sentido del artículo 6 del Convenio» no pueden ser tenidas en cuenta como «jurisdicciones». Este es el caso de la entidad responsable de imponer la multa en el presente caso, es decir, la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, que depende directamente del Ministerio de Economía (*Greco*, citado anteriormente, § 83).

54. Por otro lado, en lo que respecta a la función del Tribunal Constitucional, este Tribunal señala que si bien, de acuerdo con el apartado 18 del informe explicativo, puede considerarse que los tribunales de apelación o de casación cumplen los requisitos de una «doble instancia jurisdiccional», no se hace mención alguna a los tribunales constitucionales. Por lo tanto, será necesario examinar el papel del Alto Tribunal en el presente asunto y el carácter de la revisión realizada en el contexto del recurso de amparo.

55. El Tribunal señala que, de conformidad con la legislación española, la competencia para examinar la legalidad ordinaria está reservada a los juzgados o tribunales que forman parte del poder judicial (incluidos los tribunales de apelación o casación). De conformidad con el artículo 53.2 de la Constitución, cuando el Tribunal Constitucional deba pronunciarse sobre un recurso de amparo, podrá comprobar si las resoluciones administrativas o judiciales pertinentes han respetado los derechos fundamentales reconocidos en los artículos 14 a 30 de la Constitución. En particular, en lo que respecta a

los recursos de amparo interpuestos contra una resolución judicial, como en el presente asunto, el artículo 54 de la LOTC limita la función del Alto Tribunal a concretar si se han violado derechos o libertades del demandante y a preservar o restablecer estos derechos o libertades. Dicha disposición establece que se abstendrá de cualquier otra consideración sobre la actuación de los órganos jurisdiccionales.

56. El Tribunal Constitucional ha aclarado a través de su jurisprudencia que no se creó para reparar las infracciones de preceptos, sino para restablecer y preservar los derechos fundamentales garantizados por el artículo 53.2 cuando estos se han infringido de forma real y efectiva. La infracción del precepto constitucional es condición necesaria pero no suficiente. En pocas palabras, el recurso de amparo no es una casación en interés de ley (sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional de 6 de julio de 1995).

57. A la vista de las facultades atribuidas al Tribunal Constitucional en el marco del recurso de amparo, este Tribunal considera que dicho órgano no puede ser considerado como una segunda instancia a los efectos del artículo 2 del Protocolo nº 7. En consecuencia, la única autoridad judicial que ha considerado los hechos en cuestión en el presente caso es el Tribunal Superior de Justicia de Madrid mediante su sentencia de 17 de enero de 2013 (véase, *mutatis mutandis*, *Greco*, citado anteriormente, § 83).

58. Dicha sentencia tuvo carácter firme gracias a la enmienda legislativa posterior a los hechos en cuestión. A este respecto, este Tribunal señala que, de conformidad con la disposición final de la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, dicha Ley entró en vigor a los 20 días de su publicación en el Boletín Oficial del Estado. También señala que, de conformidad con su disposición transitoria, los procesos que estuvieran en trámite en cualquiera de sus instancias a la entrada en vigor de dicha Ley – como el procedimiento en el presente caso- continuarán sustanciándose hasta que recaiga sentencia en dicha instancia conforme a la legislación procesal anterior.

59. Este Tribunal indica que el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el interesado estaba pendiente en el momento de la modificación legislativa. En consecuencia, la nueva redacción del artículo 86.2.b) de la Ley 29/1998 resultaba de aplicación a partir de la fecha en que se dictó la sentencia de 17 de enero de 2013 por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

60. En opinión de este Tribunal, aunque ajustadas a la Ley, dichas limitaciones del derecho a recurrir por parte del demandante impidieron que su sanción fuera revisada por un tribunal superior e infringen la esencia misma del derecho amparado por el artículo 2 del Protocolo nº 7, ya que quedan fuera

del margen de apreciación del que gozan los Estados contratantes con respecto a dicha disposición.

61. A la vista del conjunto de circunstancias particulares del caso, en especial de la gravedad de la sanción impuesta al demandante, del incumplimiento en examinar las circunstancias personales por parte de las autoridades internas y de la ausencia de una instancia superior, este Tribunal concluye que se ha vulnerado el artículo 2 del Protocolo nº 7 del Convenio.

II RESPECTO A LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 41 DEL CONVENIO

62. A efectos del artículo 41 del Convenio:

«Si el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus Protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa.»

A Daños

63. El 15 de diciembre de 2014 el demandante solicitó la cantidad de 153.200 euros en concepto de daños materiales que afirma haber sufrido, correspondiendo dicho importe a la diferencia entre la cantidad incautada y la multa mínima de 600 euros de multa prevista, en todo caso, por la legislación aplicable a las infracciones graves.

64. Igualmente, en concepto de daños morales que afirma haber sufrido, el demandante reclama asimismo 13.788 euros por cada año transcurrido entre la incautación impugnada y la sentencia dictada por el Tribunal. En total reclama la cantidad de 124.092 euros a ese respecto, sobre la base de la aplicación de un tipo de interés anual del 9% a la cantidad inicial reclamada en relación con los daños materiales (153.200 euros).

65. El Gobierno impugnó dichas cantidades. Alegó la inexistencia de un nexo causal entre la infracción denunciada y el daño alegado, y afirmó que la constatación de la infracción de la disposición invocada no implica que, en el caso de una revisión en segunda instancia, el demandante hubiera sido absuelto y la pena impuesta anulada. Por consiguiente, el Gobierno invitó al Tribunal a considerar que la mera declaración de una vulneración constituía una satisfacción equitativa suficiente.

66. El Tribunal observa que el único fundamento para otorgar la satisfacción equitativa en el presente asunto reside en el hecho de que el demandante no ha podido disfrutar de las garantías del artículo 2 del Protocolo nº 7 del Convenio. El Tribunal no puede especular sobre cuál habría sido el resultado del procedimiento en caso contrario, pero no considera irrazonable considerar

que el interesado sufrió una pérdida de oportunidad real y daños morales ciertos, que la constatación de la violación en la presente sentencia no basta para remediar (*Greco*, citado anteriormente, § 90).

67. Considera que la forma de reparación más adecuada es garantizar que el demandante se encuentre, en la medida de lo posible, en la situación en que se encontraría de no haberse infringido el artículo 2 del Protocolo nº 7 (*Atutxa Mendiola y otros c. España*, nº 41427/14, §§ 50 a 52, de 13 de junio de 2017). *Tétéry c. Rusia*, nº 11931/03, § 56, de 30 de junio de 2005, *Jeličić c. Bosnia y Herzegovina*, nº 41183/02, § 53, CEDH 2006-XII, y *Mehmet y Suna Yiğit c. Turquía*, nº 52658/99, § 47, de 17 de julio de 2007). Considera que este principio es aplicable en el presente caso.

68. Además, teniendo en cuenta las circunstancias del caso y resolviendo en términos de equidad, como lo exige el artículo 41 del Convenio, el Tribunal considera que debe concederse al demandante la cantidad de 9.600 euros en concepto de daños morales.

B Costas y gastos

69. En apoyo de sus reclamaciones, el demandante solicita igualmente 20.678,73 euros en concepto de costas y gastos incurridos ante los tribunales internos y 3.000 euros en concepto de costas y gastos incurridos ante este Tribunal.

70. El Gobierno afirmó que sólo debían tenerse en cuenta los gastos relativos a la presentación de la demanda ante este Tribunal, ya que aquellos relacionados con los procedimientos internos eran, a su juicio, irrelevantes para la constatación de una violación.

71. De acuerdo con la jurisprudencia de este Tribunal, un demandante tiene derecho al reembolso de sus costas y gastos únicamente en la medida en que se haya incurrido necesariamente y sean razonables en cuanto a su cuantía. En el presente caso, a la vista de la documentación que obra en su poder y de su jurisprudencia, el Tribunal considera que sólo las costas relativas al recurso de amparo interpuesto ante el Tribunal Constitucional y a la presentación de la presente demanda pueden considerarse como consecuencia de la violación constatada.

72. En consecuencia, considera razonable otorgar al demandante 2.000 euros por el procedimiento interno y 3 000 euros por el procedimiento seguido ante este Tribunal.

C Intereses de demora

73. El Tribunal considera adecuado aplicar un tipo de interés moratorio sobre la base del tipo de interés marginal interbancario establecido por el Banco Central Europeo incrementado en tres puntos porcentuales.

EN BASE A LOS MOTIVOS QUE ANTECEDEN, ESTE TRIBUNAL, POR UNANIMIDAD,

1. *Declara* la queja admisible;
2. *Considera* que se ha vulnerado el artículo 2 del Protocolo no 7 del Convenio;
3. *Considera*
 - a) Que el Estado demandado debe abonar al demandante, en un plazo de tres meses desde la firmeza de la presente sentencia, de conformidad con el art. 44.2 del Convenio, los siguientes importes:
 - i 9.600 euros (nueve mil seiscientos euros), más cualquier impuesto exigible, en concepto de daños morales;
 - ii 5.000 euros (cinco mil euros), más cualquier impuesto exigible, en concepto de costas y gastos;
 - b) Que desde el vencimiento de los citados tres meses hasta su liquidación, se abonará un interés simple sobre las cantidades anteriores igual al tipo de interés de la facilidad marginal de crédito del Banco Central Europeo durante el periodo de mora, incrementado en un tres por ciento;
4. *Desestima* el resto de la demanda de satisfacción equitativa.

Redactado en francés, y notificado por escrito el 30 de junio de 2020, en cumplimiento de las reglas 77. 2 y 3 del Reglamento del Tribunal.

Milan Blaško
Secretario

Paul Lemmens
Presidente

De acuerdo con el artículo 45.2 del Convenio y de la regla 74.2 del Reglamento, se adjunta a esta sentencia el voto particular del Juez Lemmens.

VOTO PARTICULAR DEL JUEZ LEMMENS

1. Suscribo la constatación de la vulneración del artículo 2 del Protocolo nº 7 en el presente asunto.

No obstante, tengo mis reservas respecto al razonamiento de la sentencia para rechazar la excepción basada en la presencia de una infracción de menor gravedad.

2. De conformidad con el artículo 2.2 del Protocolo nº 7, el derecho a la doble instancia jurisdiccional «podrá ser objeto de excepciones en caso de infracciones de menor gravedad según las defina la ley (...)».

La excepción permite al legislador nacional, competente para regular los recursos judiciales, excluir la posibilidad de recurrir una sentencia cuando la condena se refiere únicamente a una infracción considerada «menor». Además, la definición de la infracción «según las defina la ley» será el punto de partida para la respuesta a la pregunta de si se aplica la excepción.

De cuanto antecede se deduce que el carácter «menor» (o no) de una infracción debe establecerse por ley. Estoy de acuerdo con mis estimados colegas en que no sólo debe tenerse en cuenta la definición del delito: como se desprende claramente del informe explicativo del Protocolo nº 7, en especial, la sanción que puede imponerse a un acusado es también un elemento relevante (véase el párrafo 36 de la sentencia).

3. Lo que me preocupa de la sentencia es que considera que hay que tener en cuenta «las circunstancias de cada caso concreto», en particular «la proporcionalidad, así como las consecuencias especialmente graves a la luz de la situación personal del demandante» (párrafo 37 de la sentencia).

Este considerando parece sugerir que la aplicación de la excepción para las infracciones menores podría variar de un caso a otro, dependiendo de la situación particular del acusado y de la sanción impuesta en su caso. Tras la lectura de la sentencia, si la sanción tiene consecuencias graves para el interesado, éste debería tener derecho a recurrir, y si la sanción no tiene esas consecuencias, se le podrían clausurar las vías de recurso.

La posibilidad de dicha lectura queda confirmada por el hecho de que la sentencia critica la decisión del Tribunal Superior de Justicia en el presente caso en la medida en que «no contiene análisis alguno de la proporcionalidad de la medida impugnada» (párrafo 42 de la sentencia; ver asimismo el párrafo 44).

4. En mi opinión, dicho razonamiento «subjetivo», en el que la cuestión de la aplicación o no de la excepción sobre las infracciones de menor gravedad dependería del resultado del examen del juez de lo penal en el caso de un

determinado acusado (de la existencia de circunstancias agravantes o atenuantes, de la medida de la pena, etc.), no sería coherente con el texto y la finalidad del artículo 2 del Protocolo nº 7.

La aplicación o no de la excepción para las infracciones de menor gravedad debe determinarse sobre la base de circunstancias objetivas. Debe quedar claro si la sentencia dictada -siempre que sea condenatoria- es susceptible de ser recurrida ante un tribunal superior, o en qué condiciones. Se trata simplemente de un requisito de seguridad jurídica y, por tanto, de protección contra la arbitrariedad.

En la medida en que la gravedad de la sanción desempeña un papel, a mi juicio se trata de la gravedad de la sanción que *pueda* imponerse y no la gravedad de la sanción que se *ha* impuesto. En otras palabras, se deben tener en cuenta los efectos potenciales de una posible sanción. Esos efectos se determinarán sobre una base legal, no sobre la base de la sentencia dictada en el caso de una persona determinada.

5. En el presente asunto, es cierto que la infracción se refiere «únicamente» a la falta de declaración de una suma de dinero. Sin embargo, la propia ley califica el incumplimiento de la obligación de declarar el movimiento de los medios de pago como «infracción grave» (artículo 52.3.a) de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo). Esta calificación ya es un indicio importante de que no se trata de una infracción «de menor gravedad».

Asimismo, en lo que respecta a la gravedad de la sanción, me remito a la conclusión alcanzada en el párrafo 39 de la sentencia. El Tribunal observa que « de conformidad con la Ley, al demandante se le podía imponer una multa de entre 600 euros y el duplo del valor de los medios de pago empleados». Indica además que, en el presente asunto, el demandante « finalmente tuvo que desembolsar el importe total incautado, esto es, 153.800 euros».

Lo que caracteriza el sistema de sanciones previsto en la legislación española es que la Ley no establece un máximo exacto para la cuantía de la multa que puede imponerse. Dado que el límite máximo es el doble del valor de las cantidades no declaradas, esto significa que la cantidad realmente impuesta *podría* ser tal que debería considerarse que tiene efectos significativos, o incluso muy significativos, para el acusado, de la misma forma que una sentencia de privación de libertad podría tener efectos significativos. Que ese razonamiento no es puramente teórico queda demostrado por lo sucedido en el presente caso: el importe de la multa efectivamente impuesta es considerable y corresponde a años de ahorros realizados por el demandante,

sin que haya indicios de blanqueo de capitales o de haber cometido fraude fiscal².

La conclusión es, obviamente, que no se trata de una «infracción de menor gravedad».

6. Por tanto, es sobre la base de la propia Ley, independientemente de su aplicación al presente caso (si no es para reforzar la conclusión alcanzada sobre la base de la Ley), que debe permitirse o rechazarse la excepción de «infracción de menor gravedad».

Aunque debo admitir que la sentencia no respalda tal interpretación del artículo 2 del Protocolo nº 7, a mi juicio tampoco la excluye.

2 El importe de la multa impuesta es problemático desde el punto de vista de la proporcionalidad exigencia inherente a la protección del derecho de propiedad. No obstante, la queja del demandante basado en el artículo 1 del Protocolo nº 7 fue declarada inadmisibile en la notificación de la demanda al Gobierno (párrafo 3 de la sentencia).



Escuela del Cuerpo de
Abogados del Estado



Procuración del Tesoro
Argentina