



BOLETÍN JURÍDICO N°10

Dirección: Patricio M.E. Sammartino - Gabriela A. Stortoni

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

SUMARIO

01

1.- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

1. 1. DEMOCRACIA, ESTADO DE DERECHO Y DERECHOS HUMANOS.

REELECCIÓN PRESIDENCIAL INDEFINIDA

- En una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros. El control de convencionalidad es función y tarea de cualquier autoridad pública y no solo del Poder Judicial. La interdependencia entre democracia, Estado de Derecho y protección de los derechos humanos es la base de todo el sistema del que la Convención forma parte. Uno de los objetivos principales de una democracia debe ser el respeto de los derechos de las minorías. Este respeto se garantiza mediante la protección del Estado de Derecho y de los derechos humanos.
- El ejercicio efectivo de la democracia en los Estados americanos constituye una obligación jurídica internacional
- El principio democrático es un principio rector que articula la forma de organización política para alcanzar los valores que el sistema quiere promover y proteger, como los derechos.
- Una de las formas mediante la cual el sistema interamericano asegura el fortalecimiento de la democracia y el pluralismo político es mediante la protección de los derechos políticos consagrados en el artículo XX de la Declaración Americana y el artículo 23 de la Convención. 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 discriminación
- El objeto y fin de la Convención es la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos. El compromiso estatal con el pleno respeto y garantía de los derechos humanos constituye un presupuesto esencial de la consolidación democrática
- 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.
- Los derechos humanos no pueden estar sujetos al criterio de las mayorías, ya que precisamente esos derechos han sido concebidos como limitaciones al principio mayoritario.

- La protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas
 - En una democracia representativa es necesario que el ejercicio del poder se encuentre sometido a reglas, fijadas de antemano y conocidas previamente por todos los ciudadanos, con el fin de evitar la arbitrariedad. Este es precisamente el sentido del concepto Estado de Derecho.
 - En una democracia representativa es necesario que el ejercicio del poder se encuentre sometido a reglas, fijadas de antemano y conocidas previamente por todos los ciudadanos, con el fin de evitar la arbitrariedad. Este es precisamente el sentido del concepto Estado de Derecho.
 - La prohibición de mandatos indefinidos busca evitar que las personas que ejercen cargos por elección popular se perpetúen en el ejercicio del poder.
 - Los principios de la democracia representativa que fundan el sistema interamericano incluyen la obligación de evitar que una persona se perpetúe en el poder.
 - La separación e independencia de los poderes públicos limita el alcance del poder que ejerce cada órgano estatal y, de esta manera, previene su indebida injerencia sobre la actividad de los asociados, garantizando el goce efectivo de una mayor libertad.
 - La separación de poderes, el pluralismo político y la realización de elecciones periódicas son también garantías para el efectivo respeto de los derechos y las libertades fundamentales.
 - En seguimiento de lo anterior, este Tribunal considera que los principios de la democracia representativa incluyen, además de la periodicidad de las elecciones y el pluralismo político, las obligaciones de evitar que una persona se perpetúe en el poder, y de garantizar la alternancia en el poder y la separación de poderes.
- **CorteIDH**, OPINIÓN CONSULTIVA OC-28/21, de 7 de junio de 2021.

02

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

2.1. Ente público no estatal. INSSJP. Contratación. Nulidad. Pretensión de reintegro. Competencia. Para dilucidar la competencia ha de estarse, en primer término, a los hechos que se relatan en el escrito de demanda; sólo en la medida en que se aadecue a ellas, al derecho que se invoca como fundamento de la pretensión, así como a la naturaleza jurídica de la relación existente entre las partes. El fuero competente para entender en la cuestión es el Civil y Comercial Federal atento el carácter de ente público no estatal del instituto actor. Ello es así toda vez que las decisiones de los órganos del ente actor (INSSJP) no pueden ser considerados actos administrativos (Fallos: 312:234; 329:4652; 330:4024). La naturaleza jurídica del Instituto es la de un ente público no estatal, con individualidad financiera y administrativa, motivo por el cual no resulta de aplicación la Ley de Procedimientos administrativos.

- **CSJN**, “Instituto Nac. de Serv. Soc. para Jubilados y Pensionados c/ Red Hat Argentina SA s/ incidente de incompetencia”, de 26 de agosto de 2021. Con expresa remisión al dictamen de la Procuradora Fiscal, dra. Laura M. Monti.

2.2. Laudo arbitral extranjero. Revisión judicial. Límite. La intervención de oficio de los tribunales locales, con fundamento en la violación al orden público, configura un desconocimiento del principio de congruencia y la cosa juzgada.

- **CSJN**, “Milantic Trans s.a. c/ Ministerio de la Producción (Ast. Rio Santiago y ot.) s/Ejecución de sentencia -recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley y nulidad”, de 5 de agosto de 2021. Se acompaña dictamen de la Procuradora Fiscal.

2.3. Función administrativa de carácter jurisdiccional. Vía administrativa previa. Facultad jurisdiccional de la administración en materia de accidentes de trabajo. Control judicial. Comisiones médicas creadas por la ley 24.241. Competencia. Facultades para determinar en cada caso particular el carácter profesional de la enfermedad o el infortunio del trabajador, el porcentaje de incapacidad resultante y el importe de las prestaciones dinerarias. Revisión administrativa de sus decisiones. Facultades de los órganos de la administración para dirimir controversias entre particulares. Jurisdicción administrativa previa y obligatoria para la decisión de controversias entre particulares. Propósito del procedimiento: permitir que los trabajadores enfermos o accidentados accedan a las prestaciones del régimen de reparación. Validez constitucional de la atribución de competencias jurisdiccionales a órganos administrativos. Control judicial suficiente. "Fernández Arias". El alcance del control judicial depende de circunstancias variables o contingentes como v.gr., la naturaleza del derecho individual invocado, la magnitud de los intereses públicos comprometidos, la complejidad de la organización administrativa creada para garantizarlos, la mayor o menor descentralización del tribunal administrativo. Control judicial suficiente implica que los litigantes deben tener derecho a interponer recurso ante los jueces ordinarios; los tribunales administrativos no pueden contar con la potestad de dictar resoluciones finales en cuanto a los hechos y al derecho controvertidos; y la mera facultad de deducir recurso extraordinario es insuficiente para tener por cumplido el recaudo. "Ángel Estrada". La decisión administrativa que dirime un conflicto entre particulares no solo debe estar sujeta a un control judicial amplio. También es preciso que los organismos de la administración dotados de jurisdicción hayan sido creados por ley, que su independencia e imparcialidad estén aseguradas, y que sea razonable el objetivo económico y político que el legislador tuvo en cuenta para crearlos y restringir, así, la jurisdicción que la Constitución Nacional atribuye a la justicia. Comisiones médicas. Creación y competencia para dirimir controversias entre particulares está fijada por ley formal. Satisfacen requisitos de imparcialidad e independencia. Debido proceso. Participación de damnificados en el procedimiento. Derecho a ser oído. Revisión judicial suficiente. Garantía del debido proceso legal. Artículos 8 y 25 de la CADH. Ley 27.348 garantiza la revisión judicial. Recurso directo. Carácter amplio y suficiente del control judicial. Igualdad. La garantía de igualdad solo exige un trato igual en igualdad de circunstancias.

- **CSJN**, "Pogonza, Jonathan Jesús e/ Galeno ART S.A. s/ accidente-ley especial", de 2 de septiembre, de 2021.

2.4. Potestad tributaria del Municipio. Tasa. Tasa por inspección de seguridad e higiene (en adelante TISH). Autonomía municipal. Artículos 5 y 123 de la Constitución Nacional. El quantum de las atribuciones, competencias e incumbencias municipales están fijadas en las constituciones provinciales y demás normas complementarias de derecho público interno. El reconocimiento de la autonomía importa, necesariamente, garantizar los medios para la subsistencia de los municipios. "Asegurar el régimen municipal" conlleva el reconocimiento de una realidad preexistente que solo puede garantizarse con el "derecho a los medios" para la subsistencia a través de los recursos provenientes de la potestad tributaria. Las tasas están sujetas a los límites y exigencias que resultan de los principios constitucionales de la tributación (artículos 1º, 16, 17, 19 y 33 de la Constitución Nacional) y a la distribución de competencias propia de nuestra forma de estado federal (artículos 1º, 4º, 5º, 9º, 10, 11, 75 incisos 2º, 3º, 13, 18 y 30, 121, 123, 124 y 129 de la Constitución Nacional). Impuesto y tasa. Diferencias. La atribución de los municipios para crear una tasa se encuentra sujeta a la definición clara y precisa del hecho imponible y la individualización de los servicios o actividades que se ofrecen; la organización y puesta a disposición del servicio al contribuyente, pues de lo contrario el cobro carecería de causa importando un agravio al derecho de propiedad; y la adecuada y precisa cuantificación del tributo (base imponible, alícuota, exenciones y deducciones), debiendo para ello la autoridad fiscal ponderar prudencialmente, entre otros parámetros, el costo global del servicio o actividad concernido y la capacidad contributiva. Desde el momento en que el Estado organiza el servicio y lo pone a disposición del particular, este no puede rehusar su pago aun cuando no haga uso de aquél, ni tenga interés en él, ya que el servicio tiene en mira el interés general. La apelante no ha aportado argumentos tendientes a demostrar en concreto la irrazonabilidad o desproporción del tributo

- **CSJN**, "Esso Petrolera Argentina S.R.L. y otro c/ Municipalidad de Quilmes s/ acción contencioso administrativa", de 2 de septiembre, de 2021.

03 CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL

3.1. Medida cautelar. Peligro de infructuosidad y de tardanza. Pretensión cautelar suspensiva de los efectos del acto combinada con pedido de reincorporación. Medida cautelar positiva. Requisitos de procedencia: inobservancia clara e incontestable de un deber jurídico concreto y específico, junto con una fuerte probabilidad de que el derecho a su reincorporación exista (art. 14 cit., inc. 1º, aps. a y b, ley 26.854). Informe del art. 4 de la Ley 26854. Naturaleza. El Informe del art. 4º de la Ley de Medidas Cautelares está llamada: (i) a dar cuenta del interés público comprometido por la solicitud cautelar y (ii) acompañar las constancias documentales que la Administración considere pertinentes, siendo facultativo para esta última expedirse en torno a las condiciones de admisibilidad y procedencia de la medida solicitada. Esta etapa del proceso no puede asimilarse a la contestación de la demanda.

- **Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV,** “O., P. F. c/ EN - Agencia Federal de Inteligencia s/ Empleo público”, de 26 de agosto, de 2021.

3.2. Relaciones de consumo. Multa. Competencia. Proporcionalidad. Potestad discrecional.

- La graduación de la sanción facultad es una potestad discrecional de la autoridad de aplicación sometida al control judicial de legalidad y razonabilidad.
- La actuación administrativa debe ser racional y justa. La función judicial no puede reemplazar la acción de los otros poderes, ni asumir sus responsabilidades o sustituirlos en las facultades que a ellos les conciernen.
- En el ejercicio de la potestad sancionatoria ha de reconocerse al órgano competente un razonable margen de apreciación en la graduación de la pena a imponer.
- La apreciación de los hechos, la gravedad de la falta y la graduación de las sanciones pertenecen al ámbito de las facultades discretionarias de la Administración, en cuyo ejercicio éste no debe ser sustituido por los jueces a quienes solo les cabe revisarlas en caso de irrazonabilidad arbitrariedad manifiesta.

- **Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal,** Sala III, “Coto Centro Integral de Comercialización SA c/ EN - M Desarrollo Productivo (ex 20283923/21 s/defensa del consumidor - ley 24240 - art 45”, de 25 de agosto, de 2021.

04 CLÁSICOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO y DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO

4.1. Acto administrativo irregular. Consecuencia principal directa (art. 17 LNPA, primera parte). Potestad anulatoria. Límite (artículo, 17 in fine). Lesividad. Reconvención.

- CSJN, “Furlotti Setien Hnos. SA C. Instituto Nac. de Vitivinicultura”, de 23 de abril de 1991, Fallos 314:322.

05 CLÁSICOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y PROCESAL CONSTITUCIONAL

5.1. Legitimación procesal. Derechos de incidencia colectiva. Derechos. Categorías. Derechos individuales, de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos y de incidencia colectiva referentes a intereses individuales. Caso. Configuración típica según la categoría de derecho. Derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos. Legitimación. Bien colectivo, perteneciente a toda la comunidad. Indivisibilidad. Legitimación extraordinaria para reforzar su protección. Pretensión focalizada en la incidencia colectiva del derecho

- CSJN, “Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - ley 25.873 - dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986”, de 24 de febrero de 2009.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

OPINIÓN CONSULTIVA OC-28/21

DE 7 DE JUNIO DE 2021

SOLICITADA POR LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

**LA FIGURA DE LA REELECCIÓN PRESIDENCIAL INDEFINIDA EN SISTEMAS
PRESIDENCIALES EN EL CONTEXTO DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS
HUMANOS**

(Interpretación y alcance de los artículos 1, 23, 24 y 32 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, XX de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 3.d de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y de la Carta Democrática Interamericana)

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

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

presentes, además,

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

de conformidad con el artículo 64.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “la Convención Americana” o “la Convención”) y con los artículos 70 a 75 del Reglamento de la Corte (en adelante “el Reglamento”), emite la siguiente Opinión Consultiva, que se estructura en el siguiente orden:

TABLA DE CONTENIDO

I PRESENTACIÓN DE LA CONSULTA	3
II PROCEDIMIENTO ANTE LA CORTE	4
III COMPETENCIA Y ADMISIBILIDAD	9
A. EL REQUISITO FORMAL DE ESPECIFICAR LAS DISPOSICIONES QUE DEBEN SER INTERPRETADAS	10
B. LA EXISTENCIA DE DETERMINADAS PETICIONES EN TRÁMITE ANTE LA COMISIÓN INTERAMERICANA ...	10
C. LA COMPETENCIA SOBRE LOS INSTRUMENTOS REGIONALES INVOLUCRADOS	11
D. LA PROCEDENCIA DE LA SOLICITUD DE OPINIÓN CONSULTIVA	13
E. EL REQUISITO FORMAL DE FORMULAR LAS PREGUNTAS CON PRECISIÓN Y LA FACULTAD DE LA CORTE DE REFORMULAR LAS PREGUNTAS PLANTEADAS	14
IV DEMOCRACIA, ESTADO DE DERECHO Y DERECHOS HUMANOS.....	16
V LOS PRINCIPIOS DE LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA	21
VI LA COMPATIBILIDAD DE LA PROHIBICIÓN DE LA REELECCIÓN PRESIDENCIAL INDEFINIDA CON LA CONVENCIÓN AMERICANA	28
A. LA REELECCIÓN PRESIDENCIAL INDEFINIDA COMO DERECHO HUMANO AUTÓNOMO.....	28
B. LA COMPATIBILIDAD DE LA PROHIBICIÓN DE LA REELECCIÓN PRESIDENCIAL INDEFINIDA CON LOS DERECHOS POLÍTICOS	32
VII LA COMPATIBILIDAD DE LA REELECCIÓN PRESIDENCIAL INDEFINIDA CON LAS OBLIGACIONES DE DERECHOS HUMANOS	37
VIII OPINIÓN.....	41

I **PRESENTACIÓN DE LA CONSULTA**

1. El 21 de octubre de 2019 la República de Colombia (en adelante “Colombia”, “el Estado colombiano” o el “Estado solicitante”), con fundamento en el artículo 64.1 de la Convención Americana y de conformidad con lo establecido en el artículo 70.1 y 70.2 del Reglamento, presentó una solicitud de Opinión Consultiva sobre “la figura de la reelección presidencial indefinida en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos” (en adelante “la solicitud” o “la consulta”)¹.

2. Colombia expuso las consideraciones que originaron la consulta y señaló que:

La emisión de la opinión solicitada se justifica a partir de la diversidad de posturas existentes en los países del continente en relación con la aplicación de la figura de la reelección presidencial.

[...] Así, mientras que algunos Estados han buscado eliminarla o prohibirla, otros han entendido que la reelección, incluso indefinida, constituye un derecho de las personas que se encuentran en el poder. Ello, sin embargo, ignora el hecho de que la reelección presidencial, y particularmente, la reelección presidencial indefinida, da lugar a serias tensiones entre el derecho a ser elegido de la persona que se encuentra en el poder y el derecho de todos los ciudadanos a elegir libremente, en el marco de elecciones periódicas auténticas. Esta situación da lugar a múltiples retos e interrogantes de gran magnitud en relación con la consolidación y estabilidad de las democracias y la protección de los derechos humanos en las Américas, asunto en el cual todos los Estados miembros de la OEA tienen un interés legítimo.

3. Con base en lo anterior, Colombia presentó a la Corte las siguientes consultas específicas:

i) A la luz del derecho internacional, ¿Es la reelección presidencial indefinida un derecho humano protegido por la Convención Americana sobre Derechos Humanos? En este sentido, ¿Resultan contrarias al artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos las regulaciones que limitan o prohíben la reelección presidencial, ya sea por restringir los derechos políticos del gobernante que busca ser reelegido o por restringir los derechos políticos de los votantes? O, por el contrario, ¿Es la limitación o prohibición de la reelección presidencial una restricción de los derechos políticos que resulta acorde a los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la materia?

ii) En el evento en que un Estado modifique o busque modificar su ordenamiento jurídico para asegurar, promover, propiciar o prolongar la permanencia de un gobernante en el poder mediante la reelección presidencial indefinida, ¿Cuáles son los efectos de dicha modificación sobre las obligaciones que ese Estado tiene en materia de respeto y garantía de los derechos humanos? ¿Resulta dicha modificación contraria a las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos y, particularmente, a su obligación de garantizar el ejercicio efectivo de los derechos a: a) participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) 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 las funciones públicas de su país?

¹ El texto completo de la solicitud puede ser consultada en el siguiente enlace de la página web de la Corte: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/soc_04_19_es.pdf

4. Colombia designó al señor Camilo Gómez Alzate, Director de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, como su agente para la presente solicitud.

II PROCEDIMIENTO ANTE LA CORTE

5. Mediante notas de 17 de febrero de 2020, la Secretaría de la Corte (en adelante “la Secretaría”), de conformidad con lo dispuesto en el artículo 73.1² del Reglamento, transmitió la consulta a los demás Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos (en adelante “la OEA”), al Secretario General de la OEA, al Presidente del Consejo Permanente de la OEA, al Presidente del Comité Jurídico Interamericano y a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Comisión Interamericana” o “la Comisión”). En dichas comunicaciones, se informó que la Presidencia de la Corte, en consulta con el Tribunal, había fijado el 18 de mayo de 2020 como plazo límite para la presentación de observaciones escritas respecto de la solicitud mencionada³. Igualmente, siguiendo instrucciones de la Presidenta y de acuerdo con lo establecido en el artículo 73.3 de dicho Reglamento⁴, la Secretaría, mediante notas de 17 de febrero de 2020, invitó a diversas organizaciones internacionales y de la sociedad civil e instituciones académicas de la región a remitir en el plazo anteriormente señalado su opinión escrita sobre los puntos sometidos a consulta. Finalmente, se realizó una invitación abierta a través del sitio web de la Corte a todos los interesados a presentar su opinión escrita sobre los puntos sometidos a consulta.

6. El plazo otorgado llegó a su vencimiento y se recibieron en la Secretaría los siguientes escritos de observaciones⁵:

- a. *Observaciones escritas presentadas por Estados de la OEA:* 1) Estado Plurinacional de Bolivia; 2) República de Colombia; 3) Estados Unidos de América, y 4) República de Nicaragua.
- b. *Observaciones escritas presentadas por órganos de la OEA:* 1) Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y 2) Secretaría General de la OEA.
- c. *Observaciones escritas presentadas por instituciones académicas, organizaciones no gubernamentales e individuos de la sociedad civil:* 1) Academia Boliviana de Estudios Constitucionales; 2) Academia Interamericana de Derechos Humanos de la Universidad Autónoma de Coahuila, México; 3) Asociación Civil de Estudios Constitucionales; 4) Asamblea Permanente de Derechos Humanos de Bolivia; 5) Bloque Constitucional de Venezuela; 6) Centro de Investigación Jurídica Aplicada y Consultoría Integral, Sociedad Civil (CICACI); 7) Centro de Investigación y Promoción de los Derechos Humanos (CIPRODEH); 8) Centro Strategia Electoral A.C.; 9) Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo; 10) Ciudadanos del Mundo por Derechos Humanos; 11) Clínica Interamericana de Direitos Humanos do Núcleo

² Artículo 73.1 de dicho Reglamento “Una vez recibida una solicitud de opinión consultiva, el Secretario transmitirá copia a todos los Estados miembros, a la Comisión, al Consejo Permanente a través de su Presidencia, al Secretario General y a los órganos de la OEA a cuya esfera de competencia se refiera el tema de la consulta, si fuere del caso”.

³ Debido a que numerosos países de la región se vieron afectados por la enfermedad denominada COVID-19, catalogada por la Organización Mundial de la Salud como una emergencia en salud de impacto mundial, la Corte suscribió los acuerdos 1/20 de 17 de marzo de 2020 y 2/20 de 16 de abril de 2020, mediante los cuales suspendió el cómputo de todos los plazos del 17 de marzo al 20 de mayo de 2020, por lo que el plazo para la presentación de las observaciones escritas fue extendido hasta el 24 de julio de 2020.

⁴ Artículo 73.3 de dicho Reglamento “La Presidencia podrá invitar o autorizar a cualquier persona interesada para que presente su opinión escrita sobre los puntos sometidos a consulta. Si la solicitud es de aquéllas a que se refiere el artículo 64.2 de la Convención, lo podrá hacer previa consulta con el agente”.

⁵ La solicitud de opinión consultiva presentada por Colombia, las observaciones escritas y orales de los Estados participantes, de la Comisión Interamericana, así como de organismos, organizaciones no gubernamentales, instituciones académicas e individuos de la sociedad civil, pueden ser consultadas en el sitio web de la Corte en el siguiente enlace: http://www.corteidh.or.cr/observaciones_oc_new.cfm?lang=es&lang_oc=es&nId_oc=2171

Interamericano de Direitos Humanos da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (NIDH/UFRJ); 12) Clínica de Direitos Humanos e Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas e Grupo de Pesquisa Direitos Humanos na Amazônia; 13) Clínica Jurídica de la Facultad de Derecho de la Corporación Universitaria de Sabaneta; 14) Clínica Jurídica en Derechos Humanos de la Universidad Santiago de Cali; 15) Comisión Colombiana de Juristas; 16) Comisión Presidencial para Derechos Humanos del Gobierno Interino de la República Bolivariana de Venezuela; 17) Corporación de Interés Público y Justicia (CIPJUS); 18) Derechos en Acción; 19) Equipo en formación continua sobre derechos humanos "Qhapaj Ñan"(Camino Noble), integrado por estudiantes de la Universidad San Francisco Xavier de Chuquisaca, Bolivia; 20) Escuela Judicial Electoral del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México; 21) Escuela Libre de Derecho, México; 22) Defiende Venezuela e Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello; 23) Fundación para el Debido Proceso (DPLF); 24) Fundación Diversencia; 25) Grupo de Investigación Justicia, Ámbito Público y Derechos Humanos y Semillero de Fundamentos Filosóficos del Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de La Sabana; 26) Iniciativa Democrática de España y las Américas (IDEA) 27) Instituto de Gobernabilidad del Perú (INGOPE); 28) Núcleo de Estudios en Sistemas en Derechos Humanos y del Centro de Estudios de la Constitución Universidad Federal de Paraná; 29) Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional Universidad Libre de Bogotá; 30) Universidad de Flores y Universidad de Córdoba; 31) Alfredo Ortega Franco; 32) Allan R. Brewer-Carías; 33) Álvaro Molinares y Luiza Tavares da Motta; 34) Amaury A. Reyes-Torres; 35) Andrés Figueira Galvis; 36) Björn Arp; 37) Carlos Eduardo García Granados; 38) Carolina Rodríguez Bejarano y Eudoro Echeverri Quintana; 39) Damián González-Salzberg; 40) Carolina Rodríguez Bejarano, Salomé Ramírez Sierra y Kevin Serna Álvarez; 41) Deisy Meneses Daza, Ayda Malena Imbacuán, y Anderson Muñoz Buitrón; 42) Edier Esteban Manco Pineda; 43) Federico Vaschetto, Jihde Tatiana Hernández Gutiérrez, Ricardo Fabián Pascumal Luna, Marcia Campos Delgado, Alexandra Melissa Valdivia Salazar, Kevin Leonardo Ruiz Rodríguez, Yaiza Ferrer Mezquita, Bryan Antonio Veintimilla Párraga, Antonella Balbiani Neder, Esteban Duarte Herrera, Alison Adriana Berbetti Omiste, Jael Nancy Vaquela Soto, y Daniela Beatriz Albrech; 44) Harold Bertot Triana; 45) Dolly Andrea Lugo Cortés y Elizabeth Duarte Cristancho; 46) Ilka Treminio y Juan Manuel Muñoz; 47) John Edinson Sanchez Vargas; 48) Jorge "Tuto" Quiroga Ramírez; 49) Juan Reynaldo Salinas Goytia; 50) Julián Fernando Montoya Pipicano; 51) Leonardo Rivera Mendoza; 52) Pablo Damián Colmegna; 53) Roberto Ogg Fábrega y Ainoa Prieto García; 54) Sergio Armando Villa Ramos; 55) Thairi Moya Sánchez y Víctor Rodríguez, y 56) Xochithl Guadalupe Rangel Romero.

7. Una vez concluido el procedimiento escrito, el 11 de septiembre de 2020 la Presidenta de la Corte, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 73.4⁶ del Reglamento, emitió una Resolución⁷, mediante la cual convocó a una audiencia pública e invitó al Estado solicitante y demás Estados miembros, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Secretaría General de la OEA y todos aquellos que remitieron sus observaciones escritas y se acreditaron debidamente, con el propósito de presentar al Tribunal sus comentarios orales respecto de la consulta.

8. La audiencia pública se celebró los días 28, 29 y 30 de septiembre de 2020, en el marco del 137º Período Ordinario de Sesiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, celebrado de forma virtual.

9. Comparecieron ante la Corte las siguientes personas:

- 1) Por el Estado solicitante: la señora y el señor Mirza Gnecco Plá, Directora de la Dirección de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario del Ministerio de Relaciones Exteriores,

⁶ Artículo 73.4 del Reglamento "Una vez concluido el procedimiento escrito, la Corte decidirá si considera conveniente la realización del procedimiento oral y fijará la audiencia, a menos que delegue este último cometido en la Presidencia. En el caso de lo previsto en el artículo 64.2 de la Convención se hará previa consulta con el Agente".

⁷ Cfr. Solicitud de Opinión Consultiva OC-28. Convocatoria a audiencia. Resolución de la Presidenta de la Corte de 11 de septiembre de 2020. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/solicitud_11_09_2020_spa.pdf

y Camilo Gómez Alzate, Director de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y Agente del Estado.

- 2) Por el Estado Plurinacional de Bolivia: los señores y la señora William Herrera Añez, Encargado de Negocios de la embajada de Bolivia en Costa Rica; Alejandro Roda Rojas, Subprocurador de Defensa y Representación Legal del Estado, y Yoseland Cesar Pinto, Directora General de Defensa en Derechos Humanos y Medio Ambiente.
- 3) Por los Estados Unidos de América: los señores Thomas Weatherall y Oliver M. Lewis, Office of the Legal Adviser, U.S. Department of State.
- 4) Por la República de Panamá: la señora y el señor Arlette Mendieta, Directora Encargada de Asuntos Jurídicos Internacionales y Tratados del Ministerio de Relaciones Exteriores, y Salvador Sánchez González, Director del Instituto de Estudios Democráticos del Tribunal Electoral.
- 5) Por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: el señor y la señora Joel Hernández García, Presidente, y Marisol Blanchard Secretaria Ejecutiva Adjunta.
- 6) Por la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos: los señores Francisco Guerrero, Secretario para el Fortalecimiento de la Democracia, y Gerardo de Icaza, Director del Departamento para la Cooperación y Observación Electoral.
- 7) Por la Comisión Presidencial para Derechos Humanos y Atención a las Víctimas del Gobierno Interino de la República Bolivariana de Venezuela: los señores Humberto Prado Sifontes, Comisionado Presidencial para los Derechos Humanos y Atención a las Víctimas del Gobierno Interino de la República Bolivariana de Venezuela, y Gabriel José Ortiz Crespo, Coordinador de Litigio y Relaciones Internacionales.
- 8) Por la Academia Interamericana de Derechos Humanos de la Universidad Autónoma de Coahuila, México: la señora Irene Spigno, Directora.
- 9) Por la Academia Boliviana de Estudios Constitucionales: los señores Jorge Antonio Asbun Rojas, Presidente, y José Antonio Rivera Santibañez, Vicepresidente.
- 10) Por la Asamblea Permanente de Derechos Humanos de Bolivia: las señoras Amparo Carvajal Baños, Presidenta, y Lizeth Limachi Yapura, Abogada.
- 11) Por la Asociación Civil de Estudios Constitucionales (ACEC): el señor y la señora Pedro A. Caminos, Presidente, y María Lorena González Tocci, Tesorera.
- 12) Por el Bloque Constitucional de Venezuela: la señora Cecilia Sosa Gómez, ex Presidenta de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela, y Coordinadora Académica.
- 13) Por el Centro de Investigación Jurídica Aplicada y Consultoría Integral, Sociedad Civil (CICACI): el señor Jorge Alberto Pérez Tolentino.
- 14) Por el Grupo de Estudios de Derecho Internacional Público y Privado del Centro Universitario Antonio Eufrasio de Toledo de Presidente Prudente: los señores Lucas Octávio Noya dos Santos, y Lucas Rocha Bragato.
- 15) Por el Centro de Investigación y Promoción de los Derechos Humanos (CIPRODEH): los señores Ariel Edgardo Díaz, y Carlos Joaquín Méndez Quan.
- 16) Por el Clínica de Litigio Electoral del Centro Strategia Electoral A.C.: los señores Arturo Espinosa Silis, y Rafael Cruz Vargas.
- 17) Por Ciudadanos del Mundo por Derechos Humanos: las señoras Gloria Perico de Galindo, y Gloria Ríos Rendón.
- 18) Por la Clínica Jurídica en Derechos Humanos de la Universidad Santiago de Cali: las señoras Mayra Alejandra García Ramírez, y Liliana Ambuila Valencia.
- 19) Por la Clínica Interamericana de Derechos Humanos del Núcleo Interamericano de Derechos Humanos de la Facultad Nacional de Derecho de la Universidad Federal de Rio de Janeiro (NIDH/UFRJ): el señor y la señora Siddharta Legale, y Maria Carolina Ribeiro de Sá.
- 20) Por la Comisión Colombiana de Juristas: los señores Gustavo Gallón, y Esteban Vargas Pelaez.

- 21) Por la Corporación Centro de Interés Público y Justicia (CIPJUS): la señora y el señor Karen Daniela Rosero Narváez, y Álvaro Cubillos Ruiz.
- 22) Por Defiende Venezuela e Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello: los señores Harold Miñarro Escalona, y Jaiber Núñez.
- 23) Por la Clínica de Derechos Humanos y Derecho Ambiental de la Universidad del Estado de Amazonas y el Grupo de Investigaciones de Derechos Humanos de la Amazonía: las señoras Sílvia María da Silveira Loureiro, y Laís Rachel Brandão de Mello
- 24) Por Derechos en Acción: el señor Guido Ibargüen, Director Ejecutivo.
- 25) Por la Fundación por el Debido Proceso (DPLF): la señora y el señor Claudia Martin, y Ramiro Orias Arredondo.
- 26) Por el Grupo de Investigación Justicia, Ámbito Público y Derechos Humanos y Semillero de Fundamentos Filosóficos del Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de La Sabana: la señora y el señor María Camila Osorio Acevedo Jacobo Gómez Posada.
- 27) Por el Instituto de Gobernabilidad del Perú (INGOPE): el señor Luis Ángel Zavala Espino, Presidente.
- 28) Por el Núcleo de Estudios en Derechos Humanos (NESIDH) y Centro de Estudios de Constitucional (CCONS) de la Universidad Federal de Paraná: las señoras Melina Girardi Fachin y Ana Carolina Lopes Olsen.
- 29) Por el Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Bogotá: los señores Jorge Kenneth Burbano Villamarín, Director, y David Andrés Murillo Cruz.
- 30) Por la Universidad de Flores y la Universidad Católica de Córdoba: el señor y la señora Christian G. Sommer y Agustina Vázquez.
- 31) Por la Universidad Libre de Colombia Seccional Pereira: la señora y el señor Salomé Ramírez Sierra y Kevin Serna Álvarez.
- 32) Por la Iniciativa Democrática de España y las Américas (IDEA): los señores Andrés Pastrana, expresidente de la República de Colombia y, Asdrúbal Aguiar, Secretario General de IDEA.
- 33) Por la Escuela Libre de Derecho México: la señora Andrea Marlenne Castillo
- 34) El señor y la señora Álvaro Molinares y Luiza Tavares da Motta
- 35) El señor Alfredo Ortega Franco
- 36) El señor Amaury A. Reyes-Torres
- 37) El señor Andrés Figueroa Galvis
- 38) El señor Björn Arp
- 39) El señor Carlos Eduardo García Granados
- 40) La señora y el señor Carolina Rodríguez Bejarano y Eudoro Echeverri Quintana
- 41) El señor Damian González-Salzberg
- 42) La señora y el señor Ayda Malena Imbacuán, y Anderson Muñoz Buitrón
- 43) Las señoras Dolly Andrea Lugo Cortés y Elizabeth Duarte Cristancho
- 44) El señor Edier Esteban Manco Pineda
- 45) Las señoras Jihde Tatiana Hernández Gutiérrez y Alexandra Melissa Valdivia Salazar
- 46) El señor Harold Bertot Triana
- 47) La señora y el señor Ilka Treminio Sánchez y Juan Manuel Muñoz

48) Los señores Jorge "Tuto" Quiroga Ramírez, expresidente del Estado Plurinacional de Bolivia y Luis Ángel Vásquez Villamor

49) El señor Juan Reynaldo Salinas Goytia

50) El señor Leonardo Rivera Mendoza

51) El señor y la señora Roberto Ogg Fábrega y Ainoa Prieto García

52) El señor Sergio Armando Villa Ramos

53) La señora y el señor Thairi Moya Sánchez y Víctor Rodríguez Cedeño

54) La señora Xochithl Guadalupe Rangel Romero.

10. En la mencionada audiencia, la representación del Estado Plurinacional de Bolivia solicitó que el Juez Eugenio Raúl Zaffaroni considerara excusarse de la presente Opinión Consultiva. Al respecto, esta Corte advierte que la función consultiva difiere de su competencia contenciosa en la medida en que no existe un litigio a resolver⁸. En este sentido, la presente decisión no se refiere a un Estado en particular y constituye un pronunciamiento general sobre las cuestiones planteadas por el Estado solicitante. Por tanto, este Tribunal considera que no se ha configurado ninguna de las causales de impedimento previstas en el párrafo 1 del artículo 19 del Estatuto y, en consecuencia, el Juez Eugenio Raúl Zaffaroni participa en la deliberación y votación de la presente Opinión Consultiva.

11. El 3 de noviembre de 2020, en función del memorando de entendimiento entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Secretaría Permanente de la Cumbre Judicial Iberoamericana se consultó a las altas Cortes de los Estados Parte sobre su jurisprudencia relativa a la reelección presidencial u de otros funcionarios de elección popular. Se recibieron los insumos de los siguientes tribunales: 1) Superior Tribunal de Justicia de Brasil; 2) Corte Suprema de Justicia de Colombia; 3) Corte Constitucional de Colombia; 4) Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica; 5) Corte Constitucional del Ecuador; 6) Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, y 7) Suprema Corte de Justicia de Uruguay⁹.

12. Para la resolución de esta solicitud de Opinión Consultiva, la Corte examinó, tomó en cuenta y analizó los 62 escritos de observaciones, así como las 54 participaciones en audiencia e intervenciones por parte de Estados, la Comisión Interamericana, la Secretaría General de la OEA, organizaciones no gubernamentales, instituciones académicas y personas de la sociedad civil, así como los insumos proporcionados por distintos tribunales de la región (*supra* párrs. 6, 9 y 11). La Corte agradece estas valiosas contribuciones, las cuales asistieron en ilustrar al Tribunal sobre los distintos temas sometidos a consulta, a efecto de la emisión de la presente Opinión Consultiva.

13. La Corte inició la deliberación de la presente Opinión Consultiva el 3 de junio de 2021 a través de una sesión virtual¹⁰.

⁸ Cfr. *Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* (Art. 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-15/97 de 14 de noviembre de 1997. Serie A No. 15 párrs. 25 y 26, y *La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018. Serie A No. 25, párr. 50.

⁹ El Superior Tribunal de Justicia de Brasil informó sobre las herramientas disponibles en su página web para buscar jurisprudencia. La Corte Suprema de Justicia de Colombia informó que el tema de la consulta escapaba su competencia, pero remitió la solicitud a la Corte Constitucional de Colombia la cual sí aportó jurisprudencia. La Suprema Corte de Justicia de Uruguay informó que el Poder Judicial uruguayo carece de jurisprudencia sobre el tema, por cuanto ello es competencia de la Corte Electoral independiente, pero informó sobre la normativa constitucional aplicable a la reelección presidencial. Todos los otros tribunales aportaron jurisprudencia interna sobre el tema.

¹⁰ Debido a las circunstancias excepcionales ocasionadas por la pandemia COVID-19, esta opinión consultiva fue deliberada y aprobada durante el 142º Período Ordinario de Sesiones, el cual se llevó a cabo de forma no presencial utilizando medios tecnológicos de conformidad con lo establecido en el Reglamento de la Corte.

III COMPETENCIA Y ADMISIBILIDAD

14. El artículo 64.1 de la Convención Americana marca una de las vertientes de la función consultiva de la Corte Interamericana, al establecer que:

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

15. La consulta sometida a la Corte por el Estado solicitante se ampara en el anteriormente citado artículo 64.1 de la Convención. Colombia es un Estado Miembro de la OEA y, por tanto, está facultado convencionalmente para solicitar a la Corte Interamericana una Opinión Consultiva.

16. El propósito central de dicha función consultiva es que la Corte Interamericana emita una Opinión acerca de la interpretación de la Convención Americana o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos, fijando de este modo su ámbito de competencia. En esta línea, la Corte ha considerado que el artículo 64.1 de la Convención, al referirse a la facultad de la Corte de emitir una Opinión sobre "otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos", es amplio y no restrictivo¹¹.

17. En forma concordante, los artículos 70¹² y 71¹³ del Reglamento regulan los requisitos formales que deben verificarse para que una solicitud sea considerada por la Corte. Básicamente, imponen sobre el Estado u órgano solicitante las siguientes exigencias: (i) formular con precisión las preguntas; (ii) especificar las disposiciones que deben ser interpretadas; (iii) indicar las consideraciones que la originan, y (iv) suministrar el nombre y dirección del agente. Como fue establecido previamente, los requisitos (iii) y (iv) fueron debidamente cumplimentados.

18. Ahora bien, en cuanto a los requisitos (i) y (ii), la Corte hace notar que la consulta presentada por el Estado de Colombia presenta las siguientes características: (a) contiene un apartado denominado "Disposiciones Específicas", en el que se solicita a la Corte interpretar varias normas de "la Declaración Americana, la Carta de la OEA, la Convención Americana, y la Carta Democrática Interamericana", y se enlista una serie de cláusulas de los preámbulos y artículos de estos instrumentos que se solicita a la Corte que interprete; (b) en esta medida,

¹¹ Cfr. "Otros Tratados" *Objeto de la Función Consultiva de la Corte* (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-1/82 de 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 1, punto decisivo primero, y *La denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y sus efectos sobre las obligaciones estatales en materia de derechos humanos* (Interpretación y alcance de los artículos 1, 2, 27, 29, 30, 31, 32, 33 a 65 y 78 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 3.I), 17, 45, 53, 106 y 143 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos). Opinión Consultiva OC-26/20 de 9 de noviembre de 2020. Serie A No. 26, párr. 14.

¹² El artículo 70 del Reglamento de la Corte establece lo siguiente: "Interpretación de la Convención: 1. Las solicitudes de opinión consultiva previstas en el artículo 64.1 de la Convención deberán formular con precisión las preguntas específicas sobre las cuales se pretende obtener la opinión de la Corte. 2. Las solicitudes de opinión consultiva formuladas por un Estado miembro o por la Comisión, deberán indicar, además, las disposiciones cuya interpretación se pide, las consideraciones que originan la consulta y el nombre y dirección del Agente o de los Delegados [...]".

¹³ El artículo 71 del Reglamento de la Corte dispone que: "Interpretación de otros tratados: 1. Si la solicitud se refiere a la interpretación de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos prevista en el artículo 64.1 de la Convención, deberá ser identificado el tratado y las partes en él, las preguntas específicas sobre las cuales se pretende obtener la opinión de la Corte y las consideraciones que originan la consulta [...]".

solo la primera pregunta alude de manera específica al artículo 23 de la Convención Americana, mientras que la segunda pregunta no señala de forma particularizada con cuál o cuáles disposiciones indicadas en el apartado de “Disposiciones Específicas” se solicita interpretar; (c) se solicita la interpretación de diferentes disposiciones jurídicas que involucran varios instrumentos regionales, y (d) la segunda pregunta hace referencia, como presupuesto fáctico a “que un Estado modifique o busque modificar su ordenamiento jurídico para asegurar, promover, propiciar o prolongar la permanencia de un gobernante en el poder mediante la reelección presidencial indefinida”.

19. Durante el procedimiento relativo a esta solicitud, varias observaciones escritas y orales efectuaron diversas consideraciones sobre la competencia de la Corte para emitir la presente Opinión Consultiva, así como sobre la admisibilidad y procedencia de las preguntas formuladas. Por lo tanto, se examinarán a continuación la competencia, admisibilidad y procedencia de dar respuesta a las preguntas formuladas por el Estado solicitante, para lo cual se realizarán las consideraciones pertinentes, en el siguiente orden: (a) el requisito formal de especificar las disposiciones que deben ser interpretadas; (b) la existencia de determinadas peticiones en trámite ante la Comisión Interamericana; (c) la competencia sobre los instrumentos regionales involucrados; (d) la procedencia de la solicitud de Opinión Consultiva; y (e) el requisito formal de formular las preguntas con precisión y la facultad de la Corte de reformular las preguntas planteadas.

A. *El requisito formal de especificar las disposiciones que deben ser interpretadas*

20. La Corte nota que solo la segunda parte de la primera pregunta realizada por Colombia especifica el artículo 23 de la Convención Americana como norma de la cual se solicita interpretación. Sin embargo, Colombia incorporó en su solicitud un apartado general denominado “Disposiciones específicas” con un listado de las disposiciones sobre las cuales se solicita interpretación (*supra* párr. 18). En este sentido, conforme a la naturaleza de las cuestiones planteadas, la Corte entiende que ambas preguntas se encuentran relacionadas con todas las disposiciones enlistadas en dicho apartado, respecto de las cuales se solicita interpretación, a saber: los cuatro párrafos no enumerados de la parte de considerandos de la resolución de la IX Conferencia Internacional Americana, los seis párrafos no numerados del preámbulo y los artículos XX y XXXIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (en adelante “Declaración Americana”); los párrafos primero a quinto y séptimo no numerados del preámbulo, y el artículo 3.d) de la Carta de la Organización de los Estados Americanos (en adelante “Carta de la OEA”); los cinco párrafos no numerados del preámbulo y los artículos 1, 2, 23, 24, 29 y 32.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y los párrafos primero, quinto, sexto, octavo, noveno, decimosexto, decimoséptimo, decimonoveno y vigésimo, no numerados del preámbulo, así como los artículos 2 a 7 de la Carta Democrática Interamericana (en adelante “Carta Democrática”).

21. En suma, la Corte estima que Colombia cumplió con el deber de especificar las disposiciones de la Convención Americana, la Carta de la OEA, la Declaración Americana y la Carta Democrática que requieren interpretación de acuerdo a la consulta estatal.

B. *La existencia de determinadas peticiones en trámite ante la Comisión Interamericana*

22. Algunas observaciones hicieron alusión a peticiones en trámite ante la Comisión Interamericana que se relacionarían con el tema de la consulta¹⁴. Sobre esto, la Comisión

¹⁴ Observaciones de la Comisión Interamericana, de la Fundación por el Debido Proceso (DPLF) y del señor Björn Arp.

informó a la Corte sobre la existencia de tres peticiones en la fase de admisibilidad respecto de Bolivia y una en la etapa de fondo respecto de Nicaragua¹⁵, las cuales tendrían relación con las preguntas planteadas por Colombia. Asimismo, en el trámite de la presente Opinión Consultiva, una persona presentó una observación escrita al Tribunal en la cual informó ser el representante de la petición contra Nicaragua y solicitó a la Corte que se declarara inadmisible la presente solicitud ya que, a su criterio, la resolución de la Opinión Consultiva por la Corte desvirtuaría la jurisdicción contenciosa de la Corte en el caso individual pendiente.

23. Al respecto, el Tribunal recuerda, como ha dispuesto en el marco de otros procesos consultivos, que el solo hecho de que existan peticiones ante la Comisión o casos contenciosos relacionados con el tema de la consulta no basta para que la Corte se abstenga de responder las preguntas sometidas a consulta¹⁶. Esta conclusión de la Corte coincide ampliamente con la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, la cual ha rechazado reiteradamente toda petición de abstenerse de ejercer su competencia consultiva en situaciones en donde se alegue que, por existir una controversia sobre el punto, lo que se está pidiendo a la Corte es que falle sobre un caso contencioso encubierto¹⁷.

24. La labor interpretativa que este Tribunal debe cumplir, en ejercicio de su función consultiva, difiere de su competencia contenciosa en la medida que no existe un litigio a resolver¹⁸. El propósito central de la función consultiva es obtener una interpretación judicial sobre una o varias disposiciones de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos¹⁹. Por tanto, la función consultiva busca coadyuvar a los Estados Miembros y a los órganos de la OEA para que cumplan de manera cabal y efectiva sus obligaciones internacionales en la materia y definan y desarrollen políticas públicas en derechos humanos, lo cual no constituye un prejuzgamiento de casos o peticiones que se encuentren pendientes ante el sistema interamericano.

25. En virtud de las consideraciones expuestas, la Corte considera que tiene competencia para pronunciarse sobre las preguntas planteadas por Colombia.

C. La competencia sobre los instrumentos regionales involucrados

¹⁵ De acuerdo al Informe de Admisibilidad, la petición en contra de Nicaragua se refiere a la alegada afectación a los derechos políticos para presentarse como candidato en igualdad de condiciones de una persona que se presentó como candidato a la Presidencia de Nicaragua en las mismas elecciones donde el Presidente Daniel Ortega buscaba su tercera reelección. *Cfr.* Comisión IDH, Informe No. 179/18; Petición 1360-11 Fabio Gadea Mantilla vs. Nicaragua, 25 de diciembre de 2018. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/2018/NIAD1360-11ES.pdf>

¹⁶ *Cfr. El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal.* Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párrs. 45 a 65, e *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo* (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24, párr. 24.

¹⁷ *Cfr. Restricciones a la pena de muerte* (Arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-3/83 de 8 de septiembre de 1983. Serie A No. 3, párrs. 38 a 40, y Corte Internacional de Justicia, *Interpretación de tratados de Paz*, Opinión consultiva de 30 de marzo de 1950 (primera fase), pág 71; *Reservas a la Convención sobre Genocidio*, Opinión Consultiva, I.C.J. Informes 1951, pág. 19; *Consecuencias jurídicas para los Estados de la presencia continuada de Sudáfrica en Namibia* (África sudoccidental) a pesar de la Resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad, Opinión Consultiva, I.C.J. Reports 1971, párrs. 32 a 33, y *Consecuencias Jurídicas de la Construcción de un Muro en el territorio palestino ocupado*. Opinión Consultiva de 9 de julio de 2004, párrs. 43 a 50.

¹⁸ *Cfr. Opinión Consultiva OC-15/97, supra*, párrs. 25 y 26, y Opinión Consultiva OC-supra, 25/18, párr. 50.

¹⁹ *Cfr. Opinión Consultiva OC-3/83, supra*, párr. 22, y Opinión Consultiva OC-supra, 25/18, párr. 50.

26. La Corte ya ha establecido que la función consultiva le permite interpretar cualquier norma de la Convención Americana, sin que ninguna parte o aspecto de dicho instrumento esté excluido del ámbito de interpretación. En este sentido, es evidente que la Corte tiene, en virtud de ser “intérprete última de la Convención Americana”²⁰, competencia para emitir, con plena autoridad, interpretaciones sobre todas las disposiciones de la Convención, incluso aquellas de carácter procesal²¹.

27. Asimismo, como ya fue afirmado en otros precedentes, la Carta de la OEA es un tratado respecto del cual la Corte puede ejercer su competencia consultiva en virtud del artículo 64.1 de la Convención²². Además, el artículo 64.1 de la Convención Americana autoriza a la Corte para rendir opiniones consultivas sobre la interpretación de la Declaración Americana, en el marco y dentro de los límites de su competencia en relación con la Carta de la OEA y la Convención u otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos²³. En este sentido, en la presente Opinión, la Corte recurrirá a la Declaración Americana, al interpretar las obligaciones emanadas de la Carta de la OEA, en su abordaje de las preguntas planteadas por Colombia.

28. Adicionalmente, la Corte nota que el Estado se ha referido a diversas cláusulas de los preámbulos de los cuatro instrumentos. En esta línea, la Corte estima pertinente precisar que la función consultiva puede llevar a que tenga que examinar los preámbulos de los instrumentos internacionales traídos a conocimiento de la Corte, los cuales pueden cumplir diversas funciones en el marco de la actividad interpretativa²⁴. Al respecto, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados²⁵ (en adelante “Convención de Viena”) en su artículo 31.2, dispone que el texto de un tratado comprende también el preámbulo y los anexos. La Corte se ha referido, por ejemplo al preámbulo de la Convención Americana, en tanto contiene “referencias que permiten establecer el objeto y fin del tratado”²⁶, así como para dilucidar la intención de sus redactores²⁷.

29. Finalmente, la Corte nota que el Estado solicitó explícitamente la interpretación de ciertas disposiciones de la Carta Democrática Interamericana. Sobre este instrumento, la Corte ha determinado que constituye un texto interpretativo tanto de la Carta de la OEA como de la Convención Americana²⁸. En consecuencia, en la interpretación de la Convención Americana y de la Carta de la OEA, la Corte recurrirá, en lo pertinente, a las disposiciones de la Carta Democrática al abordar las preguntas planteadas por Colombia.

²⁰ Cfr. Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-20/09 de 29 de septiembre de 2009. Serie A No. 20, párr. 18, y Opinión Consultiva OC-26/20, *supra*, párr. 25.

²¹ Cfr. Opinión Consultiva OC-20/09, *supra*, párr. 18, y Opinión Consultiva OC-26/20, *supra*, párr. 25.

²² Cfr. Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989. Serie A No. 10, párr. 44, y Opinión Consultiva OC-26/20, *supra*, párr. 26.

²³ Cfr. Opinión Consultiva OC-10/89, *supra*, punto decisivo primero y único, y Opinión Consultiva OC-26/20, *supra*, párr. 26.

²⁴ Cfr. Opinión Consultiva OC-26/20, *supra*, párr. 27.

²⁵ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), U.N.T.S. vol. 1155, pág. 331, suscrita en Viena el 23 de mayo de 1969, entró en vigor el 27 de enero de 1980.

²⁶ Cfr. Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador). Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016. Serie A No. 22, párr. 41.

²⁷ Cfr. Opinión Consultiva OC-22/16, *supra*, párr. 47.

²⁸ Cfr. Opinión Consultiva OC-26/20, *supra*, párr. 42.

30. En conclusión, la Corte está facultada para pronunciarse en su esfera consultiva sobre el preámbulo y todas las disposiciones de la Convención Americana, la Carta de la OEA, la Declaración Americana y la Carta Democrática traídas a consulta por el Estado colombiano, en los términos indicados y en tanto conciernen a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos, por lo que recaen en el ámbito de la competencia de la Corte.

D. La procedencia de la solicitud de Opinión Consultiva

31. Algunas observaciones subrayaron que la solicitud estaría procurando dar respuesta a sucesos específicos de naturaleza política²⁹, los cuáles atañen a la soberanía y a la autodeterminación de los Estados de la región y que, además, la segunda pregunta hacía referencia a casos concretos, por lo cual las preguntas deberían ser declaradas total o parcialmente inadmisibles.

32. Respecto al primer punto, esta Corte resalta que solo se pronunciará sobre el contenido y alcance de las obligaciones de derechos humanos que surgen del derecho internacional. Respecto al segundo punto, la Corte nota que el señalamiento de algunos ejemplos sirve al propósito de ilustrar sobre la potencial trascendencia de fijar criterios e interpretaciones de alcance amplio y general sobre la cuestión jurídica objeto de la consulta, sin que por esto implique que el Tribunal esté emitiendo un pronunciamiento jurídico sobre situaciones específicas³⁰. Muy por el contrario, ello permite a la Corte señalar que su Opinión Consultiva no constituye una mera especulación abstracta y que el interés en la misma se justifica por el beneficio que pueda traer a la protección internacional de los derechos humanos, en tanto se refiere a una cuestión basal que toca al sistema interamericano como un todo³¹.

33. En suma, la Corte ha entendido que, si bien no debe perder de vista que su función consultiva implica esencialmente el ejercicio de una facultad interpretativa, las consultas deben revestir un alcance práctico y tener previsibilidad de aplicación, al mismo tiempo que no deben circunscribirse a un presupuesto fáctico en extremo preciso que torne difícil desvincularla de un pronunciamiento sobre un caso específico, lo cual iría en desmedro del interés general que pudiera suscitar una consulta³². Ello requiere, en última instancia, un ejercicio delicado de apreciación judicial para discernir el objeto sustancial de la solicitud que pueda alcanzar pretensiones de validez generalizada y trascender a todos los Estados americanos, más allá de los motivos que puedan haberla originado o de la referencia a hechos particulares, a fin de coadyuvar a los Estados Miembros y a los órganos de la OEA para que cumplan de manera cabal y efectiva sus obligaciones internacionales³³.

34. En consecuencia, la Corte considera que, sin referirse a ningún asunto concreto que pueda haber sido señalado en el trámite del presente procedimiento consultivo a modo ejemplificativo, corresponde dar curso a la consideración del objeto sustancial subyacente en la presente solicitud, a fin de atender el interés general de que la Corte se pronuncie sobre

²⁹ Ver, por ejemplo, observaciones del Núcleo de estudios em direitos humanos (NESIDH) y Centro de estudios da constituição (CCONS) de la Universidad Federal de Paraná, la Clínica Jurídica en Derechos Humanos de la Universidad Santiago de Cali, la Clínica de Derechos Humanos y Derecho Ambiental de la Universidad del Estado de Amazonas y el Grupo de Investigación “Derechos Humanos en Amazonia”, y el señor Andrés Figueroa Galvis.

³⁰ Cfr. *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 49, y Opinión Consultiva OC-26/20, *supra*, párr. 30.

³¹ Cfr. Opinión Consultiva OC-16/99, *supra*, párr. 49, y Opinión Consultiva OC-26/20, *supra*, párr. 30.

³² Cfr. Opinión Consultiva OC-16/99, *supra*, párrs. 38 a 41, y Opinión Consultiva OC-26/20, *supra*, párr. 31.

³³ Cfr. Opinión Consultiva OC-16/99, *supra*, párr. 47, y Opinión Consultiva OC-26/20, *supra*, párr. 31.

una materia de significancia jurídica en el ámbito regional, esto es, la figura de la reelección presidencial indefinida en el contexto del sistema interamericano.

E. El requisito formal de formular las preguntas con precisión y la facultad de la Corte de reformular las preguntas planteadas

35. En el ejercicio de su función consultiva, la Corte está llamada a desentrañar el sentido, propósito y razón de las normas internacionales sobre derechos humanos³⁴. Así, en ejercicio de sus facultades inherentes a la competencia otorgada por el artículo 64 de la Convención, puede tener que precisar o esclarecer y, en ciertos supuestos, reformular, las preguntas que se le plantean, con el fin de determinar con claridad el objeto sustancial de su labor interpretativa³⁵.

36. Al respecto, la Corte considera que la primera pregunta planteada por Colombia fue enunciada de manera clara, sin que resulte necesaria una reformulación más allá de la referencia a las disposiciones jurídicas relevantes, como fue señalado *supra*. No obstante, el Tribunal advierte que la segunda pregunta está fácticamente condicionada, en tanto se refiere a conductas estatales hipotéticas y pretende que la Corte determine en abstracto sus posibles consecuencias, así como su conformidad o no con el marco normativo internacional. Sobre este punto, este Tribunal reitera que, en el ejercicio de su función consultiva, la Corte no está llamada a resolver cuestiones de hecho, sino a desentrañar el sentido, propósito y razón de las normas internacionales sobre derechos humanos³⁶. En virtud de ello, este Tribunal reconducirá la segunda pregunta a la compatibilidad de la reelección presidencial indefinida con la existencia de la democracia representativa en el sistema interamericano de protección de derechos humanos. La Corte considera que esta redacción permite un mejor ejercicio de su función consultiva y refleja la esencia de la segunda interrogante planteada por Colombia.

37. Por tanto, la Corte procede a reformular las preguntas planteadas por Colombia, de la siguiente forma:

Teniendo en cuenta los cuatro párrafos no numerados de la parte de considerandos de la resolución de la IX Conferencia Internacional Americana, los seis párrafos no numerados del preámbulo y los artículos XX y XXXIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; los párrafos primero a quinto y séptimo no numerados del preámbulo, y el artículo 3.d) de la Carta de la Organización de los Estados Americanos; los cinco párrafos no numerados del preámbulo y los artículos 1, 2, 23, 24, 29 y 32.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y los párrafos primero, quinto, sexto, octavo, noveno, decimosexto, decimoséptimo, decimonoveno y vigésimo, no numerados del preámbulo, así como los artículos 2 a 7 de la Carta Democrática:

- i. 1) ¿Es la reelección presidencial indefinida un derecho humano protegido por la Convención Americana sobre Derechos Humanos? En este sentido, 2) ¿Resultan contrarias al artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos las regulaciones que limitan o prohíben la reelección presidencial, ya sea por restringir los derechos políticos del gobernante que busca ser reelegido o por restringir los derechos políticos de los votantes? O, por el contrario, 3) ¿Es la limitación o prohibición de la reelección presidencial una restricción de los

³⁴ Cfr. *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención* (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-14/94 de 9 de diciembre de 1994. Serie A No. 14, párr. 23, y Opinión Consultiva OC-26/20, *supra*, párr. 33.

³⁵ Cfr. Opinión Consultiva OC-25/18, *supra*, párr. 55, y Opinión Consultiva OC-26/20, *supra*, párr. 33.

³⁶ Cfr. Opinión Consultiva OC-14/94, *supra*, párr. 23, y Opinión Consultiva OC-26/20, *supra*, párr. 33.

derechos políticos que resulta acorde a los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la materia?

- ii. ¿Es la reelección presidencial indefinida compatible con la existencia de la democracia representativa en el sistema interamericano de protección de derechos humanos?

38. Para efectos de la presente Opinión Consultiva este Tribunal entenderá como “reelección presidencial indefinida” la permanencia en el cargo de la persona que ejerza la Presidencia de la República por más de dos períodos consecutivos de duración razonable. Esta duración no podrá ser modificada durante la vigencia del mandato de aquél.

39. Al respecto, esta Corte advierte que la solicitud planteada por Colombia solo se refiere a la reelección presidencial indefinida y no en general a la figura de la reelección presidencial. Además, de la solicitud se infiere que las preguntas de Colombia se relacionan con la figura de la reelección presidencial indefinida en un sistema presidencial. Por tanto, las consideraciones que realice este Tribunal en la presente Opinión Consultiva se circunscriben a la posibilidad de reelección presidencial indefinida en un sistema presidencial como el descrito en el párrafo 87 *infra*. Asimismo, es necesario destacar que no se hará referencia a la reelección indefinida de otros cargos distintos a la Presidencia de la República, ni a la posibilidad de reelección del Presidente de la República en general, cuando no tenga el carácter de indefinida en los términos descritos en el párrafo anterior.

40. Asimismo, este Tribunal recuerda que la función consultiva constituye “un servicio que la Corte está en capacidad de prestar a todos los integrantes del sistema interamericano, con el propósito de coadyuvar al cumplimiento de sus compromisos internacionales” sobre derechos humanos³⁷. Asimismo, la Corte reitera, como lo ha hecho en otras oportunidades³⁸, que la labor interpretativa que debe cumplir en ejercicio de su función consultiva busca no solo desentrañar el sentido, propósito y razón de las normas internacionales sobre derechos humanos, sino, sobre todo, coadyuvar a los Estados Miembros y a los órganos de la OEA para que cumplan de manera cabal y efectiva sus obligaciones internacionales en la materia y definan y desarrollen políticas públicas en derechos humanos. Se trata, en efecto, de interpretaciones que contribuyan a fortalecer el sistema de protección de los derechos humanos.

41. La Corte estima necesario, además, recordar que, conforme al derecho internacional, cuando un Estado es parte de un tratado internacional, como la Convención Americana, dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos los poderes judicial y legislativo, por lo que la violación por parte de alguno de dichos órganos genera responsabilidad internacional para aquél. Es por tal razón que estima necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad, también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva, la que innegablemente comparte con

³⁷ Cfr. Opinión Consultiva OC-1/82, párr. 39, y *Derechos a la libertad sindical, negociación Colectiva y huelga, y su relación con otros derechos, con perspectiva de género*. (Interpretación y alcance de los artículos 13, 15, 16, 24, 25 y 26, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de los artículos 3, 6, 7 y 8 del Protocolo de San Salvador, de los artículos 2, 3, 4, 5 y 6 de la Convención de Belem do Pará, de los artículos 34, 44 y 45 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, y de los artículos ii, iv, xiv, xxi y xxii de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre). Opinión Consultiva OC-27/21 de 5 de mayo de 2021. Serie A No. 27, párr. 35.

³⁸ Cfr. Opinión Consultiva OC-1/82, párr. 25, y Opinión Consultiva OC-27/21, *supra*, párr. 35.

su competencia contenciosa, el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, el cual es, "la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos"³⁹.

42. A efecto de dar una respuesta adecuada a las preguntas realizadas, la Corte ha decidido estructurar la presente Opinión de la siguiente forma: (1) en el capítulo IV se realizan consideraciones sobre democracia, Estado de Derecho y derechos humanos; (2) en el capítulo V se realizarán algunas consideraciones sobre los principios de la democracia representativa; (3) en el capítulo VI se responde la primera pregunta de Colombia, y (4) en el capítulo VII se responde la segunda pregunta.

IV DEMOCRACIA, ESTADO DE DERECHO Y DERECHOS HUMANOS

43. La Corte ha establecido, desde sus primeras decisiones, que "[e]l concepto de derechos y libertades y, por ende, el de sus garantías, es también inseparable del sistema de valores y principios que lo inspira. En una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros"⁴⁰.

44. La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, *per se*, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana⁴¹. La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales⁴². En este sentido, existen límites a lo "susceptible de ser decidido" por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un control de convencionalidad, que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no solo del Poder Judicial⁴³.

45. Si bien el principio democrático implica que los gobernantes serán electos por la mayoría, uno de los objetivos principales de una democracia debe ser el respeto de los derechos de las minorías. Este respeto se garantiza mediante la protección del Estado de Derecho y de los derechos humanos.

46. La interdependencia entre democracia, Estado de Derecho y protección de los derechos humanos es la base de todo el sistema del que la Convención forma parte⁴⁴.

³⁹ Cfr. *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21, *supra*, párr. 31, y Opinión Consultiva OC-27/21, *supra*, párr. 36.

⁴⁰ *El habeas 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. 26, y Opinión Consultiva OC-27/21, *supra*, párr. 39.

⁴¹ Cfr. Asamblea General de la OEA, Carta Democrática Interamericana, Resolución AG/RES. 1 (XXVIII-E/01) de 11 de septiembre de 2001.

⁴² Cfr. *Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párr. 239.

⁴³ Cfr. *Caso Gelman Vs. Uruguay*, *supra*, párr. 239.

⁴⁴ *Mutatis mutandi, La expresión "Leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-6/86 de 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6, párr. 34, y Opinión Consultiva OC-26/20, *supra*, párr. 72. De forma similar, el preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece "[c]onsiderando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea

47. En efecto, los considerandos de la Resolución de la IX Conferencia Internacional Americana, mediante la cual se adoptó la Declaración Americana, establecen:

Que la consagración americana de los derechos esenciales del hombre unida a las garantías ofrecidas por el régimen interno de los Estados, establece el sistema inicial de protección que los Estados americanos consideran adecuado a las actuales circunstancias sociales y jurídicas, no sin reconocer que deberán fortalecerlo cada vez más en el campo internacional, a medida que esas circunstancias vayan siendo más propicias⁴⁵.

48. El preámbulo de la Convención Americana señala que esta fue acordada "[r]eafirmando su propósito de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre". Asimismo, en cinco de sus artículos se hace alusión expresa a la democracia⁴⁶, asumiéndose que esta es la forma de gobierno en la cual es posible respetar y garantizar los derechos humanos contenidos en la Convención.

49. Además, el principio democrático se encuentra recogido en la Carta de la OEA, instrumento constitutivo de la organización y fundamental del sistema interamericano⁴⁷. En efecto, el preámbulo de la Carta de la OEA, tras la modificación realizada en el Protocolo de Cartagena de 1985, establece que "la democracia representativa es condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región". De este modo, el artículo 2 de la Carta de la OEA establece una serie de propósitos esenciales que procura alcanzar, entre ellos "afianzar la paz y la seguridad del continente" y "promover y consolidar la democracia representativa dentro del respeto al principio de no intervención" a fin de "realizar los principios en que se funda y cumplir sus obligaciones regionales de acuerdo con la Carta de las Naciones Unidas".

50. Adicionalmente, en el artículo 3 de la Carta de la OEA señala que "la solidaridad de los Estados americanos y los altos fines que con ella se persiguen, requieren la organización política de los mismos sobre la base del ejercicio efectivo de la democracia representativa", y que "todo Estado tiene derecho a elegir, sin injerencias externas, su sistema político, económico y social, y a organizarse en la forma que más le convenga".

51. Diversas resoluciones de la OEA han resaltado la importancia de fortalecer el Estado de Derecho, así como la interrelación entre este, la democracia y la garantía de los derechos humanos⁴⁸. En este sentido, por ejemplo, la Resolución XXVII de la Décima Conferencia Interamericana de Caracas de 1954 señaló que:

compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión". Asimismo, la Declaración de Varsovia destacó en su preámbulo "la interdependencia entre la paz, el desarrollo, los derechos humanos y la democracia". *Cfr.* Declaración de Varsovia, aprobada por la Conferencia Ministerial de la Comunidad de Democracias convocada en Varsovia, Polonia, el 27 de junio de 2000.

⁴⁵ Resolución de la IX Conferencia Internacional Americana, Considerando cuarto.

⁴⁶ Artículos 15, 16, 22, 29 y 32.

⁴⁷ *Cfr.* Opinión Consultiva OC-6/86, *supra*, párr. 34, y Opinión Consultiva OC-26/20, *supra*, párr. 72.

⁴⁸ *Cfr.* Décima Conferencia Interamericana de Caracas de 1954. Resolución XXVII sobre el Fortalecimiento del sistema de protección de los Derechos Humanos, y Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos. Resolución AG/RES. 835 (XVI O/86) de 15 de noviembre de 1986; Asamblea General de la OEA, Resolución AG/RES. 1504 (XXVII-O/97) aprobada en la séptima sesión plenaria, celebrada el 5 de junio de 1997; Asamblea General de la OEA, Resolución AG/DEC. 85 (XLVI-O/16), aprobada en la segunda sesión plenaria, celebrada el 14 de junio de 2016, punto Declarativo 2; Asamblea General de la OEA. Resolución AG/RES. 2894 (XLVI-O/16), aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 15 de junio de 2016, Resolutivo 1; Asamblea General de la OEA. Resolución AG/RES. 2905 (XLVII-O/17), aprobada en la primera sesión plenaria, celebrada el 20 de junio de 2017, Resolutivo 1; Asamblea General de la OEA. Resolución AG/RES. 2927 (XLVIII-O/18), aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 5 de junio de 2018), Resolutivo 1; Resolución AG/RES. 2931 (XLIX-O/19), aprobada en la primera sesión plenaria,

[...] el fortalecimiento y ejercicio efectivo de la democracia y prevención de la intervención totalitaria exigen, no sólo medidas represivas, sino también otras que aseguren el cabal funcionamiento de las instituciones democráticas, entre cuyas medidas adquieren relieve importante los sistemas de protección de los derechos y las libertades del ser humano mediante la acción internacional o colectiva⁴⁹.

52. Asimismo, el Protocolo de San Salvador reconoce la gran importancia de que los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales sean “reafirmados, desarrollados, perfeccionados y protegidos, sobre la base del respeto integral a los derechos de la persona, el régimen democrático representativo de gobierno, así como el derecho de sus pueblos al desarrollo, a la libre determinación y a disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales”⁵⁰.

53. La relación entre derechos humanos, Estado de Derecho y democracia quedó plasmada en la Carta Democrática Interamericana⁵¹. Este instrumento jurídico es una norma de interpretación auténtica de los tratados a que se refiere, pues recoge la interpretación que los propios Estados miembros de la OEA, incluyendo a los Estados parte en la Convención, hacen de las normas atingentes a la democracia tanto de la Carta de la OEA como de ésta⁵².

54. La Carta Democrática señala expresamente que “[I]os pueblos de América tienen derecho a la democracia y sus gobiernos la obligación de promoverla y defenderla”⁵³. En este sentido, se reconoce que “la democracia es esencial para el desarrollo social, político y económico de los pueblos de las Américas”⁵⁴. Asimismo, la Carta Democrática establece que “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”⁵⁵. Es tal el rol fundamental que los Estados de la región le han dado a la democracia representativa, que la Carta Democrática establece un sistema de garantía colectiva mediante el cual, cuando “se produzca una alteración del orden constitucional que afecte gravemente [el] orden democrático” de un Estado, otros Estados o el Secretario General

celebrada el 27 de junio de 2019, Resolutivos 1 y 2, y Resolución AG/RES. 2958 (L-O/20), aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 21 de octubre de 2020, punto “v”, Resolutivo 2

⁴⁹ Décima Conferencia Interamericana de Caracas de 1954. Resolución XXVII sobre el Fortalecimiento del sistema de protección de los Derechos Humanos.

⁵⁰ Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, (“Protocolo de San Salvador”), Preámbulo.

⁵¹ Cfr. OEA. Carta Democrática Interamericana. Aprobada en la primera sesión plenaria de la Asamblea General de la OEA, celebrada el 11 de septiembre de 2001 durante el Vigésimo Octavo Periodo de Sesiones, artículos 3 y 4. El Comité Jurídico Interamericano ha sostenido que “la Carta Democrática Interamericana fue concebida como una herramienta para actualizar, interpretar y aplicar la Carta fundamental de la OEA en materia de democracia representativa, y representa un desarrollo progresivo del Derecho Internacional”. CJI/RES. 159 (LXXV-O/09).

⁵² Los considerandos 2 y 4 del Preámbulo de la Convención establecen lo siguiente: “Reafirmando su propósito de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre; [...] Considerando que estos principios han sido consagrados en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos que han sido reafirmados y desarrollados [...]. En este sentido, la Carta también podría ser catalogada como un acuerdo entre los Estados parte en ambos tratados acerca de la aplicación e interpretación de esos instrumentos (Art. 31.3.a) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados: “Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones”. Cfr. Caso *San Miguel Sosa y otras Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 8 de febrero de 2018. Serie C No. 348, párr. 114, y Opinión Consultiva OC-26/20, *supra*, párr. 139.

⁵³ Carta Democrática Interamericana, artículo 1.

⁵⁴ Carta Democrática Interamericana, artículo 1.

⁵⁵ Carta Democrática Interamericana, artículo 2.

podrán solicitar la convocatoria inmediata del Consejo Permanente, y de constatarse que "se ha producido la ruptura del orden democrático en un Estado Miembro y que las gestiones diplomáticas han sido infructuosas, conforme a la Carta de la OEA tomará la decisión de suspender a dicho Estado Miembro del ejercicio de su derecho de participación en la OEA con el voto afirmativo de los dos tercios de los Estados Miembros"⁵⁶.

55. Tomando en cuenta lo anterior es claro que el ejercicio efectivo de la democracia en los Estados americanos constituye una obligación jurídica internacional y estos soberanamente han consentido en que dicho ejercicio ha dejado de ser únicamente un asunto de su jurisdicción doméstica, interna o exclusiva⁵⁷.

56. Por tanto, el principio democrático inspira, irradia y guía la aplicación de la Convención Americana de forma transversal. Constituye tanto un principio rector como una pauta interpretativa. Como principio rector, articula la forma de organización política elegida por los Estados americanos para alcanzar los valores que el sistema quiere promover y proteger, entre los cuales se encuentra la plena vigencia de los derechos humanos⁵⁸. Como pauta interpretativa, brinda una clara orientación para su observancia a través de la división de poderes y el funcionamiento propicio de las instituciones democráticas de los Estados parte en el marco del Estado de Derecho⁵⁹.

57. Una de las formas mediante la cual el sistema interamericano asegura el fortalecimiento de la democracia y el pluralismo político es mediante la protección de los derechos políticos consagrados en el artículo XX de la Declaración Americana y el artículo 23 de la Convención⁶⁰. 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 Convención⁶¹.

58. El artículo XX de la Declaración Americana establece que "[t]oda persona, legalmente capacitada, tiene el derecho de tomar parte en el gobierno de su país, directamente o por medio de sus representantes, y de participar en las elecciones populares, que serán de voto secreto, genuinas, periódicas y libres".

59. Por su parte, el artículo 23.1 de la Convención establece que todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: i) a la participación en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por representantes libremente elegidos; ii) a votar y a ser elegido en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de los electores, y iii) a acceder a las funciones públicas de su país, en condiciones generales de igualdad. A diferencia de otros artículos de la Convención, el artículo 23 establece que, sus titulares no solo 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

⁵⁶ Carta Democrática Interamericana, artículos 20 y 21.

⁵⁷ Cfr. Caso *San Miguel Sosa y otras Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas, supra*, y Opinión Consultiva OC-26/20, *supra*, párr. 72.

⁵⁸ Cfr. Opinión Consultiva OC-26/20, *supra*, párr. 72.

⁵⁹ Cfr. Opinión Consultiva OC-26/20, *supra*, párr. 72.

⁶⁰ Cfr. Caso *Castañeda Gutman Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184, párr. 141, y Caso *Petro Urrego Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 8 de julio de 2020. Serie C No. 406, párr. 93.

⁶¹ Cfr. Caso *Castañeda Gutman Vs. México*, *supra*, párr. 143, y Caso *Petro Urrego Vs. Colombia*, *supra*, párr. 93.

la oportunidad real para ejercerlos⁶². 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 discriminación⁶³.

60. La participación política puede incluir amplias y diversas actividades que las personas realizan de forma individual 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 directa⁶⁴.

61. Los ciudadanos tienen el derecho de participar activamente en la dirección de los asuntos públicos directamente mediante referendos, plebiscitos o consultas o bien, por medio de representantes libremente elegidos. El derecho al voto es uno de los elementos esenciales para la existencia de la democracia y una de las formas en que los ciudadanos expresan libremente su voluntad y ejercen el derecho a la participación política. Este derecho implica que los ciudadanos pueden decidir directamente y elegir libremente y en condiciones de igualdad a quienes los representarán en la toma de decisiones de los asuntos públicos⁶⁵.

62. Por su parte, la participación política mediante el ejercicio del derecho a ser elegido supone que los ciudadanos puedan postularse como candidatos en condiciones de igualdad y que puedan ocupar los cargos públicos sujetos a elección si logran obtener la cantidad de votos necesarios para ello⁶⁶.

63. El derecho y la oportunidad de votar y de ser elegido consagrados por el artículo 23.1.b de la Convención Americana se ejerce regularmente en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores⁶⁷.

64. Finalmente, el derecho a tener acceso a las funciones públicas en condiciones generales de igualdad protege el acceso a una forma directa de participación en el diseño, desarrollo y ejecución de las políticas estatales a través de funciones públicas. Se entiende que estas condiciones generales de igualdad están referidas tanto al acceso a la función pública por elección popular como por nombramiento o designación⁶⁸.

65. Las obligaciones que emanen del artículo 23 de la Convención deben ser interpretadas tomando en cuenta el compromiso de los Estados de la región de establecer democracias representativas y respetar el Estado de Derecho, el cual se desprende de la propia Convención Americana, la Carta de la OEA y la Carta Democrática Interamericana.

⁶² Cfr. Caso *Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 195, y Caso *Petro Urrego Vs. Colombia*, *supra*, párr. 93.

⁶³ Cfr. Caso *Yatama Vs. Nicaragua*, *supra*, párr. 192, y Caso *Petro Urrego Vs. Colombia*, *supra*, párr. 93.

⁶⁴ Cfr. Caso *Castañeda Gutman Vs. México*, *supra*, párr. 146, y Caso *Petro Urrego Vs. Colombia*, *supra*, párr. 93.

⁶⁵ Cfr. Caso *Castañeda Gutman Vs. México*, *supra*, párr. 147.

⁶⁶ Cfr. Caso *Castañeda Gutman Vs. México*, *supra*, párr. 148.

⁶⁷ Cfr. Caso *Yatama Vs. Nicaragua*, *supra*, párr. 207, y Caso *Castañeda Gutman Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184, párr. 149.

⁶⁸ Cfr. Caso *Yatama Vs. Nicaragua*, *supra*, párr. 200, y Caso *Defensor de Derechos Humanos y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 283, párr. 186.

V LOS PRINCIPIOS DE LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

66. La Corte recuerda que el objeto y fin de la Convención es “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos”⁶⁹, a propósito de lo cual fue diseñada para proteger los derechos humanos de las personas independientemente de su nacionalidad, frente a su propio Estado o a cualquier otro⁷⁰. El compromiso estatal con el pleno respeto y garantía de los derechos humanos, tal como manda el artículo 1 de la Convención Americana, constituye un presupuesto esencial de la consolidación democrática y abona a un posicionamiento legítimo del Estado frente a la comunidad internacional⁷¹.

67. De acuerdo a la Carta Democrática Interamericana “[s]on 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”⁷².

68. Asimismo, el artículo 4 de mismo instrumento establece que “[s]on componentes fundamentales del ejercicio de la democracia la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa. La subordinación constitucional de todas las instituciones del Estado a la autoridad civil legalmente constituida y el respeto al Estado de Derecho de todas las entidades y sectores de la sociedad son igualmente fundamentales para la democracia”.

69. Estos artículos definen entonces las características básicas de una democracia representativa, sin las cuales un sistema político dejaría de tener tal carácter. En esa medida, a juicio de la Corte, constituyen criterios orientadores para responder las preguntas planteadas en la solicitud de Opinión Consultiva. A continuación, se procederá a desarrollar algunas de estas características, las cuales se relacionan con la presente Opinión Consultiva.

70. Ya en párrafos previos de la presente Opinión (*supra* párrs. 43 a 65), la Corte se refirió al respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales como uno de los elementos constitutivos de una democracia representativa. En este sentido, la única forma como los derechos humanos pueden tener una eficacia normativa verdadera es reconociendo que ellos no pueden estar sometidos al criterio de las mayorías, ya que precisamente esos derechos han sido concebidos como limitaciones al principio mayoritario. Esta Corte ha resaltado que la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas⁷³. En efecto, no puede condicionarse la validez de un derecho humano reconocido por la Convención a los criterios de las mayorías y a su compatibilidad con los objetivos de interés general, por cuanto eso implicaría quitarle toda eficacia a la Convención y a los tratados internacionales de derechos humanos.

⁶⁹ Opinión Consultiva OC-2/82, *supra*, párr. 29, y Opinión Consultiva OC-26/20, *supra*, párr. 53.

⁷⁰ Cfr. Opinión Consultiva OC-2/82, *supra*, párr. 33, y Opinión Consultiva OC-26/20, *supra*, párr. 53.

⁷¹ Opinión Consultiva OC-26/20, *supra*, párr. 53.

⁷² Carta Democrática Interamericana, artículo 3.

⁷³ Cfr. *Caso Gelman Vs. Uruguay*, *supra*, párr. 239.

71. En segundo lugar, el artículo 3 de la Carta Democrática Interamericana establece como un elemento constitutivo de la democracia representativa el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de Derecho. En una democracia representativa es necesario que el ejercicio del poder se encuentre sometido a reglas, fijadas de antemano y conocidas previamente por todos los ciudadanos, con el fin de evitar la arbitrariedad. Este es precisamente el sentido del concepto Estado de Derecho⁷⁴. En esa medida el proceso democrático, requiere de ciertas reglas que limiten el poder de las mayorías expresado en las urnas para proteger a las minorías. Por lo tanto, las reglas de acceso al ejercicio del poder no pueden ser modificadas sin ningún límite por quienes temporalmente se encuentren ejerciendo el poder político. La identificación de la soberanía popular con la mayoría expresada en las urnas es insuficiente para atribuir a un régimen el carácter democrático, el cual se justifica realmente en el respeto de las minorías y la institucionalización del ejercicio del poder político, el cual está sujeto a límites jurídicos y sometido a un conjunto de controles.

72. Tanto la Carta Democrática como el artículo 23 de la Convención Americana y el artículo XX de la Declaración Americana, establecen la obligación de realizar elecciones periódicas. En este sentido, la Corte ha señalado que la realización de elecciones para escoger a los representantes del pueblo es uno de los fundamentos principales de las democracias representativas⁷⁵. Esta obligación de celebrar elecciones periódicas implica indirectamente que los mandatos de cargos de la Presidencia de la República deben tener un período fijo. Los Presidentes no pueden ser elegidos por plazos indefinidos. Este Tribunal resalta que la mayoría de los Estados Parte de la Convención incluyen en su legislación limitaciones temporales al mandato del Presidente⁷⁶.

73. Esta prohibición de mandatos indefinidos busca evitar que las personas que ejercen cargos por elección popular se perpetúen en el ejercicio del poder. En este sentido, la Corte resalta que la democracia representativa se caracteriza por que el pueblo ejerce el poder mediante sus representantes establecidos por la Constitución, los cuales son elegidos en elecciones universales. La perpetuación de una persona en el ejercicio de un cargo público conlleva al riesgo de que el pueblo deje de ser debidamente representado por sus elegidos, y que el sistema de gobierno se asemeje más a una autocracia que a una democracia. Esto puede suceder incluso existiendo elecciones periódicas y límites temporales para los mandatos.

74. En este sentido, los Estados en la región manifestaron en la Declaración de Santiago de Chile de 1959 que “[I]a perpetuación en el poder, o el ejercicio de éste sin plazo alguno y con

⁷⁴ En este sentido, el Comité Jurídico Interamericano ha enfatizado que “existe un vínculo vital entre el ejercicio efectivo de la democracia representativa y el Estado de Derecho, el cual se expresa concretamente en la observancia de todos los elementos esenciales de la democracia representativa y los componentes fundamentales del ejercicio de la misma. Por consiguiente, el régimen democrático no se agota en los procesos electorales, sino que se expresa también en el ejercicio legítimo del poder dentro del marco del estado de derecho que incluye el respeto a los elementos, componentes y atributos de la democracia [...].” Comité Jurídico Interamericano. Elementos esenciales y fundamentales de la democracia representativa y su vinculación con la acción colectiva en el marco de la Carta Democrática Interamericana, Resolución CJI/RES. 159 (LXXV-O/09) de 12 de agosto de 2009, Resolutivo 4.

⁷⁵ Cfr. *Mutatis mutandis, Caso Castañeda Gutman Vs. México, supra*, párr. 147.

⁷⁶ Véase por ejemplo, Constitución de la Nación Argentina, artículo 90; Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, artículo 169; Constitución Política de la República Federativa de Brasil, artículo 82; Constitución Política de la República de Chile, artículo 25; Constitución Política de la República de Colombia, artículo 190; Constitución Política de la República de Costa Rica, artículo 134; Constitución Política de la República del Ecuador, artículo 144; Constitución Política de la República de El Salvador, artículo 154; Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 83; Constitución Política de la República de Guatemala, artículo 184; Constitución Política de la República de Nicaragua, artículo 148; Constitución Política de la República de Panamá, artículo 177; Constitución de la República del Paraguay, artículo 229; Constitución Política de la República del Perú, artículo 112; Constitución Política de la República Dominicana, artículo 124; Constitución Política de la República Oriental del Uruguay, artículo 152, y Constitución Política de la República Bolivariana de Venezuela, artículo 230.

manifiesto propósito de perpetuación, son incompatibles con el ejercicio efectivo de la democracia⁷⁷. Sobre esta Declaración, el Comité Jurídico Interamericano ha señalado que enuncia “algunos de los atributos de la Democracia que están plenamente vigentes, los cuales deben relacionarse con los elementos esenciales y componentes fundamentales enumerados en la Carta Democrática Interamericana”⁷⁸.

75. En consecuencia, este Tribunal considera que, de la obligación de realizar elecciones periódicas unido a lo señalado por la Declaración de Santiago, es posible concluir que los principios de la democracia representativa que fundan el sistema interamericano incluyen la obligación de evitar que una persona se perpetúe en el poder.

76. Por otro lado, la Corte advierte que la periodicidad de las elecciones, también tiene como objetivo asegurar que distintos partidos políticos o corrientes ideológicas puedan acceder al poder. Sobre este punto, la Carta Democrática Interamericana establece que otro de los elementos de la democracia representativa es el “régimen plural de partidos y organizaciones políticas”⁷⁹. En este sentido, este Tribunal resalta que las agrupaciones y los partidos políticos tienen un papel esencial en el desarrollo democrático⁸⁰.

77. El pluralismo político es fomentado por la Convención Americana al establecer el derecho de todos los ciudadanos a ser elegidos y de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país, la libertad de pensamiento y expresión, el derecho de reunión, el derecho de asociación y la obligación de garantizar los derechos sin discriminación. La Corte ha establecido que estos derechos hacen posible el juego democrático⁸¹. En este sentido, la Carta Democrática Interamericana establece que “[l]a 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”⁸². De forma similar, la Declaración de Viña del Mar señaló que:

La gobernabilidad en democracia supone la representación y participación de todos los habitantes de nuestros Estados, sin consideración de origen, raza, religión o sexo, con especial consideración a las poblaciones indígenas, pues ello refrenda la legitimidad de la democracia política. Ello implica reconocer la contribución de las mayorías y de las minorías al perfeccionamiento de nuestros modelos democráticos. Compatibilizar estos requerimientos con el respeto al principio de la igualdad entre todos los hombres y mujeres que habitan Iberoamérica, constituye un desafío para nuestra[s] sociedades⁸³.

78. El sistema democrático implica que la persona con la mayor cantidad de votos asume el cargo de elección popular⁸⁴. Sin embargo, siempre se debe garantizar el derecho de las minorías a plantear ideas y proyectos alternativos, así como su oportunidad de ser electos. En este sentido, el pluralismo político implica la obligación de garantizar la alternancia en el poder: que una propuesta de gobierno pueda ser sustituida por otra distinta, tras haber

⁷⁷ Acta de la Quinta Reunión de Consultas de Ministros de Relaciones Exteriores llevada a cabo en Santiago de Chile del 12 al 18 de agosto de 1959. Declaración de Santiago, punto declarativo 3.

⁷⁸ Comité Jurídico Interamericano CJI/RES. 159 (LXXV-O/09), *supra*, Resolutivo 3.

⁷⁹ Carta Democrática Interamericana, artículo 3.

⁸⁰ VI Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y Presidentes de Gobierno: Declaración de Viña del Mar, de 10 y 11 de noviembre de 1996, párr. 24.

⁸¹ *Cfr. Caso Castañeda Gutman Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184, párr. 140,

⁸² *Cfr. Carta Democrática Interamericana*, artículo 2.

⁸³ Declaración de Viña del Mar, *supra*, párr. 19.

⁸⁴ Lo anterior puede ser mediante elecciones directas o indirectas.

obtenido la mayoría necesaria en las elecciones. Esta debe ser una posibilidad real y efectiva de que diversas fuerzas políticas y sus candidatos puedan ganar el apoyo popular y reemplazar al partido gobernante.

79. Por otra parte, los artículos 3 y 4 de la Carta Democrática Interamericana resaltan que en las democracias el poder se debe acceder y ejercer con sujeción al Estado de Derecho y bajo el imperio de la ley. El juego democrático solamente es posible si todas las partes respetan los límites impuestos por la ley que permiten la propia existencia de la democracia, como lo son los límites temporales de los mandatos presidenciales. En este sentido, el respeto pleno al Estado de Derecho implica que las modificaciones de las normas relativas al acceso al poder de forma que beneficien a la persona que se encuentra en el poder, y pongan en una situación desventajosa a las minorías políticas, no son susceptibles de ser decididas por mayorías ni sus representantes (*supra* párr. 70). De esta manera, se evita que gobiernos autoritarios se perpetúen en el poder a través del cambio de las reglas del juego democrático y, de esta forma, se erosione la protección de los derechos humanos.

80. Finalmente, el artículo tercero de la Carta Democrática Interamericana enuncia entre los elementos constitutivos de una democracia la separación e independencia de los poderes públicos. La separación del poder del Estado en distintas ramas y órganos guarda estrecha relación con el propósito de preservar la libertad de los asociados, bajo el entendido de que la concentración del poder implica la tiranía y la opresión, así como la división de funciones estatales permite el cumplimiento eficiente de las diversas finalidades encomendadas al Estado.

81. Se tiene entonces que la separación e independencia de los poderes públicos limita el alcance del poder que ejerce cada órgano estatal y, de esta manera, previene su indebida injerencia sobre la actividad de los asociados, garantizando el goce efectivo de una mayor libertad.

82. Ahora bien, la separación e independencia de los poderes públicos supone la existencia de un sistema de control y de fiscalizaciones, como regulador constante del equilibrio entre los poderes públicos. Este modelo denominado “de frenos y contrapesos” no presupone que la armonía entre los órganos que cumplen las funciones clásicas del poder público sea una consecuencia espontánea de una adecuada delimitación funcional y de la ausencia de interferencias en el ejercicio de sus competencias. Por el contrario, el balance de poderes es un resultado que se realiza y reafirma continuamente, mediante el control político de unos órganos en las tareas correspondientes a otros y las relaciones de colaboración entre las distintas ramas del poder público en el ejercicio de sus competencias.

83. A su vez, todos los anteriores criterios están estrechamente relacionados. En efecto, la separación de poderes, el pluralismo político y la realización de elecciones periódicas son también garantías para el efectivo respeto de los derechos y las libertades fundamentales.

84. En seguimiento de lo anterior, este Tribunal considera que los principios de la democracia representativa incluyen, además de la periodicidad de las elecciones y el pluralismo político, las obligaciones de evitar que una persona se perpetúe en el poder, y de garantizar la alternancia en el poder y la separación de poderes.

85. Las medidas que puede tomar el Estado para evitar que una persona se perpetúe en el poder, y garantizar la separación de poderes y la alternancia en el poder son variadas y dependerán del sistema político del país en particular.

86. El sistema interamericano, la Declaración Americana y la Convención no imponen a los Estados un sistema político⁸⁵, ni una modalidad determinada sobre las limitaciones de ejercer los derechos políticos⁸⁶. Los Estados pueden establecer su sistema político y regular los derechos políticos de acuerdo a sus necesidades históricas, políticas, sociales y culturales, las que pueden variar de una sociedad a otra, e incluso en una misma sociedad, en distintos momentos históricos⁸⁷. Sin embargo, las regulaciones que implementen los Estados deben ser compatibles con la Convención Americana, y, por ende, con los principios de la democracia representativa que subyacen en el sistema interamericano, incluyendo los que se desprenden de la Carta Democrática Interamericana.

87. Este Tribunal advierte que la mayoría de los Estados Parte de la Convención Americana han adoptado un sistema político presidencial⁸⁸. En este tipo de sistema, la duración del mandato del Presidente no está condicionada al apoyo de otro poder del Estado, sino que depende del tiempo que la ley establezca como período del mandato⁸⁹.

88. Si bien las facultades de los Presidentes varían en cada Estado, se han identificado ciertas pautas comunes en la configuración constitucional del ejecutivo. El Presidente es, en general, el órgano con supremacía jerárquica del Poder Ejecutivo y actúa como el Jefe de Estado y Jefe de Gobierno⁹⁰, por lo que es el encargado de nombrar y remover a los ministros y a los encargados de las principales agencias gubernamentales⁹¹. En catorce Estados Miembros de la OEA, el Presidente es, además, el comandante de las fuerzas armadas⁹².

⁸⁵ Carta de la OEA, artículo 3.

⁸⁶ Caso *Castañeda Gutman Vs. México*, *supra*, párr. 162.

⁸⁷ Caso *Castañeda Gutman Vs. México*, *supra*, párr. 166.

⁸⁸ Cfr. Observaciones de: la Academia Boliviana de Estudios Constitucionales; la señora y el señor Ilka Treminio y Juan Manuel Muñoz, del Centro de Investigación y Estudios Políticos (CIEP) de la Universidad de Costa Rica; la Clínica de Direitos Humanos e Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas e Grupo de Pesquisa Direitos Humanos na Amazônia; la Corporación Centro de Interés Público y Justicia (CIPJUS); la Fundación para el Debido Proceso (DPLF); el Instituto de Gobernabilidad del Perú (INGOPE); el Núcleo de Estudios en Sistemas en Derechos Humanos y del Centro de Estudios de la Constitución Universidad Federal de Paraná); la Universidad de Flores y Universidad Católica de Córdoba; la Universidad Libre Facultad de Derecho Bogotá, y el señor Edier Esteban Mancos Pineda.

⁸⁹ En este sentido, la presente Opinión Consultiva no se refiere a sistemas parlamentarios.

⁹⁰ Esto está expresamente establecido por ejemplo en las constituciones de Argentina, Chile, Colombia, Ecuador, Guatemala, Nicaragua, Perú, República Dominicana y Venezuela. Cfr. Constitución de la Nación Argentina, artículo 99; Constitución Política de la República de Chile, artículo 24; Constitución Política de la República de Colombia, artículo 115; Constitución Política de la República de Ecuador, artículo 141; Constitución de los Estados Unidos de América, artículo 2 sección I.1; Constitución Política de la República de Guatemala, artículo 182; Constitución Política de la República de Nicaragua, artículo 144; Constitución Política de la República del Perú, artículo 110; Constitución Política de la República Dominicana, artículo 122, y Constitución Política de la República Bolivariana de Venezuela, artículo 226.

⁹¹ Véase, por ejemplo, Constitución de la Nación Argentina, artículo 99.7; Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, artículos 172.15, 172.21 y 172.23; Constitución Política de la República Federativa de Brasil, artículos 84.14, 84.15 y 84.17; Constitución Política de la República de Chile, artículos 32.7 y 32.9 a 32.12 y 32.18; Constitución Política de la República de Colombia, artículos 189.1 y 189.13; Constitución Política de la República de Costa Rica, artículos 140.1, 140.2 147.4; Constitución Política de la República de Ecuador, artículo 147.9; Constitución Política de la República de El Salvador, artículo 162; Constitución de los Estados Unidos de América, artículo 2 sección II.2; Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 89(II); Constitución Política de la República de Guatemala, artículo 183(s); Constitución Política de la República de Honduras, artículo 245.5; Constitución Política de la República de Nicaragua, artículo 150.5; Constitución Política de la República de Panamá, artículo 184; Constitución Política de la República del Paraguay, artículo 238.6; Constitución Política de la República Dominicana, artículo 128.2, y Constitución Política de la República Bolivariana de Venezuela, artículos 236.3 y 236.16.

⁹² Este el caso de, por ejemplo, Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Estados Unidos, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela. Cfr. Constitución de la Nación Argentina, artículo 99.12; Constitución Política de la República Federativa de Brasil, artículo 142; Constitución

89. Adicionalmente, la Corte observa que el sistema de frenos y contrapesos que ha implementado la mayoría de los Estados Miembros de la OEA otorga al Presidente ciertas facultades que influencian el funcionamiento de los otros Poderes Públicos. En particular, es frecuente que los Presidentes tengan la facultad de participar en el proceso de formación de las leyes⁹³, y que puedan convocar a sesiones extraordinarias del Poder Legislativo⁹⁴. En su relación con el Poder Judicial, en seis Estados Miembros de la OEA los Presidentes nombran a los jueces de las Cortes Supremas para posterior aprobación del Poder Legislativo⁹⁵. En tres Estados Parte de la Convención Americana, el Presidente puede nombrar, además, a determinados jueces⁹⁶.

90. Tomando en cuenta las amplias facultades que tienen los Presidentes en los sistemas presidenciales y la importancia de asegurar que una persona no se perpetúe en el poder, la mayoría de los Estados Miembros de la OEA incluyen en su normativa límites a la reelección presidencial en sistemas presidenciales. De este modo, la reelección presidencial es prohibida

Política de la República de Chile, artículo 32.18; Constitución Política de la República de Colombia, artículo 189.3; Constitución Política de la República de Ecuador, artículo 147.16; Constitución de los Estados Unidos de América, artículo 2 sección II.1; Constitución Política de la República de Guatemala, artículo 182; Constitución Política de la República de Honduras, artículo 245.16; Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 89(VI); Constitución Política de la República de Nicaragua, artículo 144; Constitución Política de la República del Paraguay, artículo 238.9; Constitución Política de la República del Perú, artículo 167; Constitución Política de la República Dominicana, artículo 128; Constitución Política de la República Oriental del Uruguay, artículo 168.2, y Constitución Política de la República Bolivariana de Venezuela, artículo 236.5.

⁹³ Así ocurre en, por ejemplo, Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela. *Cfr.* Constitución de la Nación Argentina, artículos 99.3 y 77; Constitución Política de la República Federativa de Brasil, artículo 61; Constitución Política de la República de Chile, artículo 32.1; Constitución Política de la República de Colombia, artículo 154; Constitución Política de la República de Costa Rica, artículo 123; Constitución Política de la República de Ecuador, artículo 147.11; Constitución Política de la República de El Salvador, artículo 133.2; Constitución Política de la República de Guatemala, artículo 183 (g); Constitución Política de la República de Honduras, artículo 245.9; Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 71(I); Constitución Política de la República de Nicaragua, artículo 140.2; Constitución Política de la República del Paraguay, artículo 238.12; Constitución Política de la República del Perú, artículo 107; Constitución Política de la República Dominicana, artículo 96.2; Constitución Política de la República Oriental del Uruguay, artículo 168.7, y Constitución Política de la República Bolivariana de Venezuela, artículo 204.1.

⁹⁴ Así ocurre en, por ejemplo, Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela. *Cfr.* Constitución de la Nación Argentina, artículo 99.9; Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, artículo 172.6; Constitución Política de la República Federativa de Brasil, artículo 57.6; Constitución Política de la República de Chile, artículo 32.2; Constitución Política de la República de Colombia, artículo 138; Constitución Política de la República de Costa Rica, artículo 118; Constitución Política de la República de Ecuador, artículo 147.15; Constitución Política de la República de Guatemala, artículo 183 (I); Constitución Política de la República de Honduras, artículo 245.6; Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 89(XI); Constitución Política de la República de Nicaragua, artículo 150.6; Constitución Política de la República de Panamá, artículo 183.4; Constitución Política de la República del Paraguay, artículo 238.11; Constitución Política de la República del Perú, artículo 118.6; Constitución Política de la República Dominicana, artículo 89; Constitución Política de la República Oriental del Uruguay, artículo 168.8, y Constitución Política de la República Bolivariana de Venezuela, artículo 236.9.

⁹⁵ Este es el caso de, por ejemplo, Argentina, Brasil, Chile, Estados Unidos, Nicaragua y México. *Cfr.* Constitución de la Nación Argentina, artículo 99.4; Constitución Política de la República Federativa de Brasil, artículo 84.14; Constitución Política de la República de Chile, artículo 78; Constitución de los Estados Unidos de América, artículo 2 sección II; Constitución Política de la República de Nicaragua, artículo 150.14, y Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 89(XVIII).

⁹⁶ Así ocurre en, por ejemplo, Argentina, Brasil, y Chile. *Cfr.* Constitución de la Nación Argentina, artículo 99.4; Constitución Política de la República Federativa de Brasil, artículos 84.14 y 84.16; y Constitución Política de la República de Chile, artículo 32.12.

en Colombia⁹⁷, Guatemala⁹⁸, México⁹⁹ y Paraguay¹⁰⁰; se encuentra limitada a una única vez en Ecuador¹⁰¹, Estados Unidos¹⁰² y República Dominicana¹⁰³; se limita la reelección por una

⁹⁷ El artículo 197 de la Constitución de Colombia, reformada en el 2015, dispone que "No podrá ser elegido Presidente de la República el ciudadano que a cualquier título hubiere ejercido la Presidencia. Esta prohibición no cobija al Vicepresidente cuando la ha ejercido por menos de tres meses, en forma continua o discontinua, durante el cuatrienio. La prohibición de la reelección solo podrá ser reformada o derogada mediante referendo de iniciativa popular o asamblea constituyente".

⁹⁸ El artículo 187 de la Constitución de Guatemala establece que "[...] la persona que haya desempeñado durante cualquier tiempo el cargo de Presidente de la República por elección popular, o quien la haya ejercido por más de dos años en sustitución del titular, no podrá volver a desempeñarlo en ningún caso".

⁹⁹ El artículo 83 de la Constitución de México establece que "[...] El ciudadano que haya desempeñado el cargo de Presidente de la República, electo popularmente, o con el carácter de interino o sustituto, o asuma provisionalmente la titularidad del Ejecutivo Federal, en ningún caso y por ningún motivo podrá volver a desempeñar ese puesto".

¹⁰⁰ El artículo 229 de la Constitución de Paraguay establece que "el Presidente de la República y el Vicepresidente durarán cinco años improporrogables en el ejercicio de sus funciones, a contar desde el quince de agosto siguiente a las elecciones. No podrán ser reelectos en ningún caso. El Vicepresidente sólo podrá ser electo Presidente para el período posterior, si hubiese cesado en su cargo seis meses antes de los comicios generales. Quien haya ejercido la presidencia por más de doce meses no podrá ser electo Vicepresidente de la República".

¹⁰¹ El artículo 114 de la Constitución de Ecuador establece que "las autoridades de elección popular podrán reelegirse por una sola vez, consecutiva o no, para el mismo cargo. Las autoridades de elección popular que se postulen para un cargo diferente deberán renunciar al que desempeñan"

¹⁰² La Enmienda XXII de 27 de febrero de 1951 establece: "1. No se elegirá a la misma persona para el cargo de Presidente más de dos veces, ni más de una vez a la persona que haya desempeñado dicho cargo o que haya actuado como Presidente durante más de dos años de un período para el que se haya elegido como Presidente a otra persona. El presente artículo no se aplicará a la persona que ocupaba el puesto de Presidente cuando el mismo se propuso por el Congreso, ni impedirá que la persona que desempeñe dicho cargo o que actúe como Presidente durante el período en que el repetido artículo entre en vigor, desempeñe el puesto de Presidente o actúe como tal durante el resto del referido período". Constitución de los Estados Unidos de América.

¹⁰³ El artículo 124 de la Constitución de República Dominicana establece que "el Poder Ejecutivo lo ejerce el Presidente o la Presidenta de la República, quien será elegido o elegida cada cuatro años por voto directo. El Presidente o la Presidenta de la República podrá optar por un segundo período constitucional consecutivo y no podrá postularse jamás al mismo cargo ni a la Vicepresidencia de la República".

vez consecutiva en Argentina¹⁰⁴, y se permite solo de forma no consecutiva en Brasil¹⁰⁵, Chile¹⁰⁶, Costa Rica¹⁰⁷, El Salvador¹⁰⁸, Panamá¹⁰⁹, Perú¹¹⁰ y Uruguay¹¹¹.

VI

LA COMPATIBILIDAD DE LA PROHIBICIÓN DE LA REELECCIÓN PRESIDENCIAL INDEFINIDA CON LA CONVENCIÓN AMERICANA

91. La Corte advierte que, de la primera pregunta planteada por Colombia, se desprenden dos temas principales: A) si la reelección presidencial indefinida es un derecho humano autónomo, y B) si la prohibición de la misma constituye una restricción de los derechos políticos contraria a la Convención Americana.

A. *La reelección presidencial indefinida como derecho humano autónomo*

92. En el marco del sistema interamericano, la Corte advierte que, de la literalidad de las disposiciones relevantes de la Convención y la Declaración Americana, la “reelección presidencial indefinida” no se encuentra expresamente protegida como un derecho autónomo. Adicionalmente, la Corte nota que no hubo una discusión relativa a la reelección presidencial en los trabajos preparatorios de la Convención y Declaración Americana¹¹².

¹⁰⁴ El artículo 90 de la Constitución de la República Argentina establece que “el Presidente y vicepresidente duran en sus funciones el término de cuatro años y podrán ser reelegidos o sucederse recíprocamente por un solo período consecutivo. Si han sido reelectos o se han sucedido recíprocamente no pueden ser elegidos para ninguno de ambos cargos, sino con el intervalo de un período”.

¹⁰⁵ El artículo 82 de la Constitución de Brasil establece que “El mandato del Presidente de la República es de cinco años, prohibiéndose la reelección para el período siguiente, y tendrá inicio el 1 de enero del año siguiente al de su elección”.

¹⁰⁶ El artículo 25 de la Constitución de Chile establece que “para ser elegido Presidente de la República se requiere tener la nacionalidad chilena de acuerdo a lo dispuesto en los números 1º ó 2º del artículo 10; tener cumplidos treinta y cinco años de edad y poseer las demás calidades necesarias para ser ciudadano con derecho a sufragio. El Presidente de la República durará en el ejercicio de sus funciones por el término de cuatro años y no podrá ser reelegido para el período siguiente”.

¹⁰⁷ El artículo 132 de la Constitución de Costa Rica establece que “no podrá ser elegido Presidente ni Vicepresidente: 1) El que hubiera servido a la Presidencia en cualquier lapso dentro de los ocho años anteriores al período para cuyo ejercicio se verifique la elección, ni el Vicepresidente o quien lo sustituya, que la hubiere servido durante la mayor parte de cualquiera de los períodos que comprenden los expresados ocho años”.

¹⁰⁸ El 152 numeral 1 de la Constitución de El Salvador establece que no podrán ser candidatos a Presidente de la República “el que haya desempeñado la Presidencia de la República por más de seis meses, consecutivos o no, durante el período inmediato anterior, o dentro de los últimos seis meses anteriores al inicio del período presidencial”.

¹⁰⁹ El artículo 178 de la Constitución Política de la República de Panamá establece que “los ciudadanos que hayan sido elegidos Presidente y Vicepresidente de la República no podrán ser reelegidos para el mismo cargo en los dos períodos presidenciales inmediatamente siguientes”.

¹¹⁰ El artículo 112 de la Constitución del Perú establece que “el mandato presidencial es de cinco años, no hay reelección inmediata. Transcurrido otro período constitucional, como mínimo, el ex presidente puede volver a postular, sujeto a las mismas condiciones”.

¹¹¹ El artículo 152 de la Constitución de Uruguay establece que “el Presidente y el Vicepresidente durarán cinco años en sus funciones, y para volver a desempeñarlas se requerirá que hayan transcurrido cinco años desde la fecha de su cese. Esta disposición comprende al Presidente con respecto a la Vicepresidencia y no al Vicepresidente con respecto a la Presidencia, salvo las excepciones de los incisos siguientes. El Vicepresidente y el ciudadano que hubiesen desempeñado la Presidencia por vacancia definitiva por más de un año, no podrán ser electos para dichos cargos, sin que transcurra el mismo plazo establecido en el inciso primero. Tampoco podrá ser elegido Presidente, el Vicepresidente o el ciudadano que estuviese en el ejercicio de la Presidencia en el término comprendido en los tres meses anteriores a la elección”.

¹¹² Cfr. Novena Conferencia Internacional Americana de 1948. Acta Resumida de la de la Sexta Sesión de la Comisión Sexta de la Novena Conferencia Internacional Americana sobre la aprobación del artículo XX de la

93. La Corte ha señalado que, al ejercer su función interpretativa, recurre al derecho internacional de los derechos humanos teniendo en cuenta el esquema de fuentes de derecho internacional relevantes¹¹³. En esta medida, ha precisado que el *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos se compone tanto de una serie de reglas expresamente establecidas en tratados internacionales, como de aquellas recogidas en el derecho internacional consuetudinario¹¹⁴, y los principios generales del derecho.

94. Respecto a los tratados internacionales, se advierte que no existe mención a la figura de la reelección presidencial indefinida en la Carta de la OEA ni la Carta Democrática Interamericana, ni en ningún tratado de derechos humanos de la región. Tampoco existe referencia expresa a la reelección presidencial indefinida como un derecho humano en los tratados internacionales de derechos humanos en los sistemas universal¹¹⁵, europeo¹¹⁶ y africano¹¹⁷.

95. El derecho que se desprende de la Convención Americana y del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de forma expresa es el derecho a votar y ser elegido¹¹⁸. De forma similar, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Africana de Derechos Humanos han entendido además que el derecho a postularse a un cargo electivo también se desprende del Convenio Europeo y la Carta Africana, respectivamente¹¹⁹.

96. En este sentido, no se desprende de los tratados internacionales de derechos humanos que se haya reconocido la existencia de un derecho autónomo a ser reelecto al cargo de la Presidencia.

Declaración Americana, págs. 588 a 590., y actas y Documentos de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (OEA/Ser.K/XVI/1.2), págs. 254 a 258.

¹¹³ Cfr. *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21, párr. 60, y Opinión Consultiva OC-26/20, *supra*, párr. 28.

¹¹⁴ Cfr. Opinión Consultiva OC-21/14, *supra*, párr. 60, y Opinión Consultiva OC-26/20, *supra*, párr. 28.

¹¹⁵ El artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, "PIDCP") establece lo siguiente: "Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades: a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) 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; c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país". Por su parte, el artículo 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que "Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos. 2. Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país. 3. La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto".

¹¹⁶ El tercer Protocolo adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales reconoce en su artículo 3 que "Las Altas Partes Contratantes se comprometen a organizar, a intervalos razonables, elecciones libres con escrutinio secreto, en condiciones que garanticen la libre expresión de la opinión del pueblo en la elección del cuerpo legislativo".

¹¹⁷ La Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, establece en su artículo 13 que "Todo ciudadano tendrá derecho a participar libremente en el gobierno de su país, ya sea de modo directo o a través de representantes libremente escogidos de conformidad con las disposiciones de la ley. 2. Todo ciudadano tendrá derecho a acceder al servicio público de su país [...]".

¹¹⁸ PIDCP, artículo 25;

¹¹⁹ Véase, por ejemplo, TEDH, Caso *Podkolzina vs. Latvia* (Aplicación N° 46726/99). Sentencia de la Cuarta Sección de 9 de abril de 2002, párr. 35, y Corte Africana de Derechos Humanos, *Tanganyika Law Society y the Legal and Human Rights Centre vs. Tanzania* (Aplicación N° 009/2011) y *Reverend Christopher R. Mtikila vs. Tanzania* (Aplicación N° 011/2011). Sentencia de 14 de junio de 2013.

97. Por otro lado, respecto al derecho internacional consuetudinario regional, se deberá analizar si existe prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho. De esta manera, en su jurisprudencia la Corte ha recurrido al análisis de la legislación y jurisprudencia interna de los Estados Miembros de la OEA para determinar la existencia de la práctica estatal¹²⁰.

98. Al respecto, esta Corte reitera que la mayoría de los Estados Miembros de la OEA impone restricciones a la reelección presidencial (*supra* párr. 90). Solo cuatro Estados carecen de limitaciones en la cantidad y frecuencia de las reelecciones presidenciales, permitiendo así la reelección presidencial indefinida (Bolivia¹²¹, Honduras¹²², Nicaragua¹²³, y Venezuela¹²⁴). De estos Estados, en tres casos ha habido interpretaciones judiciales que consideraron que las limitaciones a la reelección presidencial, inicialmente establecidas en los respectivos ordenamientos constitucionales, constituían un trato discriminatorio y desproporcionado, que violentaba los derechos a elegir y ser elegido, por lo que debían ser eliminadas¹²⁵.

99. Por tanto, si bien la regulación constitucional de la reelección presidencial en los Estados Miembros de la OEA es heterogénea, en la actualidad únicamente cuatro de ellos permiten la

¹²⁰ Cfr. *Opinión Consultiva OC-26/20*, párrs. 62 a 63.

¹²¹ En cuanto a la reelección en los cargos de Presidencia y Vicepresidencia de la República, el artículo 168 de la Constitución de Bolivia establecía que “el periodo de mandato es de cinco años [...] y pueden ser reelectas o reelectos por una sola vez de manera continua”. Asimismo, el artículo 52.III de la Ley del Régimen Electoral establecía la posibilidad de reelección de Presidente o Vicepresidente “por una sola vez de manera continua”. Dichas limitaciones fueron declaradas como inconstitucionales por el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia en su sentencia No. 0084-2017 de 28 de noviembre de 2017.

¹²² Mediante Sentencia de 22 de abril de 2015, la Corte Suprema de Justicia de Honduras declaró la inaplicabilidad de los artículos 42.5 y 239 de la Constitución, y la inconstitucionalidad del artículo 330 del Código Penal. El artículo 42.5 de la Constitución de Honduras señalaba que “[l]a calidad de ciudadano se pierde [...] [p]or incitar, promover o apoyar el continuismo o la reelección del Presidente de la Republica”. El artículo 239 también establecía que “el ciudadano que haya desempeñado la titularidad del Poder Ejecutivo no podrá ser Presidente o Vicepresidente de la Republica. El que quebrante esta disposición o proponga su reforma, así como aquellos que lo apoyen directa o indirectamente, cesarán de inmediato en el desempeño de sus respectivos cargos y quedarán inhabilitados por diez (10) años para el ejercicio de toda función pública”. A su vez, el artículo 330 del Código Penal hondureño establecía que “[s]erá sancionado con reclusión de seis a diez años quien habiendo ejercido a cualquier título la Presidencia de la República, promoviere o ejecutare actos violatorios del artículo constitucional que le prohíbe ejercer nuevamente la Presidencia de la República o desempeñar de nuevo dicho cargo bajo cualquier título. En la misma pena incurrirán quienes lo apoyaren directamente o propusieren reformar dicho artículo. Cuando los autores de esos delitos fueren funcionarios serán sancionados además con inhabilitación absoluta por diez años contados desde la fecha de la violación o de su intento de reforma”.

¹²³ El artículo 147 de la Constitución Política de Nicaragua señalaba lo siguiente: “[n]o podrá ser candidato a Presidente ni Vicepresidente de la República: a) el que ejerciere o hubiere ejercido en propiedad la Presidencia de la República en cualquier tiempo del período en que se efectúa la elección para el período siguiente, ni el que la hubiere ejercido por dos períodos presidenciales; b) el Vicepresidente de la República o el llamado a reemplazarlo, si hubiere ejercido su cargo o el de Presidente en propiedad durante los doce meses anteriores a la fecha en que se efectúa la elección para el período siguiente”. La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua declaró como inaplicable lo transcurto de dicho artículo mediante la Sentencia No. 504 de 19 de octubre de 2009. A su vez, la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua le otorgó efectos *erga omnes* a la inaplicabilidad de los límites que establecía el artículo 147 de la Constitución a la reelección presidencial, mediante la sentencia No. 06 de 30 de septiembre de 2010.

¹²⁴ El artículo 230 de la Constitución de Venezuela establecía que “El período presidencial es de seis años. El Presidente o Presidenta de la República puede ser reelegido o reelegida, de inmediato y por una sola vez, para un nuevo período”. En 2009 se reformó dicho artículo mediante enmienda de la Asamblea Nacional, eliminando la limitación temporal, quedando redactado de esta manera: “El período presidencial es de seis años. El Presidente o Presidenta de la República puede ser reelegido o reelegida”.

¹²⁵ Cfr. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua. Sentencia No. 504 de 19 de octubre de 2009, págs. 20 a 23; Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. Sentencia No. 0084-2017 de 28 de noviembre de 2017, págs. 75 y 76, y Corte Suprema de Justicia de Honduras. Sentencia del 22 de abril de 2015, considerandos 18 y 24 a 26.

“reelección presidencial indefinida”. En consecuencia, no existe a nivel regional una práctica estatal suficiente relativa al alegado derecho humano a la reelección presidencial indefinida. En este sentido, tampoco existe evidencia de que se considera dicha práctica como derecho. Por el contrario, los Estados de la región han asumido la obligación de garantizar que su sistema de gobierno sea una democracia representativa, y uno de los principios de este sistema de gobierno es garantizar la alternancia del poder y evitar que una persona se perpetúe en el mismo (*supra* párr. 75). Por tanto, la Corte descarta el reconocimiento consuetudinario de dicha figura como un derecho autónomo. Asimismo, ante la ausencia de respaldo en el derecho internacional y nacional, se debe también descartar que su reconocimiento sea un principio general del derecho.

100. Al respecto, la Corte destaca que, ante una solicitud del Secretario General de la OEA sobre este punto, la Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho (en adelante la “Comisión de Venecia”¹²⁶) analizó en el 2018 la figura de la reelección presidencial y señaló que “las cláusulas de limitación a la reelección presidencial se plasman en los capítulos constitucionales que se refieren a la institución de la presidencia y no en las declaraciones de derechos”¹²⁷. Al respecto, destacó que:

Los derechos humanos pueden entenderse como reclamaciones reconocidas: “tener un derecho es tener un reclamo sobre algo y en contra de alguien, cuyo reconocimiento es demandado por normas judiciales o, en el caso de los derechos morales, por el principio de una conciencia ilustrada”. Los derechos requieren el reconocimiento social. En un Estado democrático, este reconocimiento debe estar institucionalizado y ser admitido por el Estado. Sin este reconocimiento, los derechos humanos pueden ser moralmente justificables, pero no susceptibles de aplicación coercitiva¹²⁸.

101. Tomando en cuenta lo anterior, y tras analizar la legislación nacional e internacional existente, la Comisión de Venecia concluyó que “no existe un derecho humano específico y diferenciado a la reelección. La posibilidad de presentarse para un cargo para otro período prevista en la legislación es una modalidad, o una restricción, del derecho a la participación política y, específicamente, a contender por un cargo”¹²⁹.

102. En vista de todo lo expuesto, esta Corte concluye que la “reelección presidencial indefinida” no constituye un derecho autónomo protegido por la Convención Americana ni por el *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos¹³⁰. La figura de la reelección presidencial y su prohibición tiene su génesis en la regulación constitucional que los Estados realizan respecto del derecho a ser elegido, de acuerdo con sus necesidades históricas, políticas, sociales y culturales¹³¹. Por tanto, es necesario analizar si la prohibición es una

¹²⁶ La Comisión de Venecia es un órgano consultivo del Consejo de Europa, formado por expertos independientes en el campo del derecho constitucional.

¹²⁷ Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho. Informe sobre los Límites a la Reelección. Parte I – Presidentes. Aprobado por la Comisión de Venecia en su 114^a Sesión Plenaria, Venecia, 16 y 17 de marzo de 2018, párr. 78.

¹²⁸ Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho. Informe sobre los Límites a la Reelección, *supra*, párr. 79.

¹²⁹ Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho. Informe sobre los Límites a la Reelección, *supra*, párr. 117.

¹³⁰ Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho. Informe sobre los Límites a la Reelección, *supra*, párr. 117.

¹³¹ *Cfr. Mutatis mutandis, Caso Castañeda Gutman Vs. México, supra, párr. 165, y TEDH, Caso Zdanoka Vs. Latvia. Sentencia de 16 de marzo de 2006 [Gran Cámara], párr. 103.*

restricción a los derechos políticos, y de ser el caso, si la misma es compatible con la Convención Americana y la Declaración Americana.

B. La compatibilidad de la prohibición de la reelección presidencial indefinida con los derechos políticos

103. El párrafo primero del artículo 23 de la Convención reconoce a todos los ciudadanos los derechos: a) a participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) a 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) a tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a funciones públicas de su país¹³². De forma similar, la Declaración Americana reconoce el derecho a tomar “parte en el gobierno de su país, directamente o por medio de sus representantes, y de participar en las elecciones populares, que serán de voto secreto, genuinas, periódicas y libres”. Tomando en cuenta lo anterior, esta Corte ha señalado que los derechos reconocidos tienen una dimensión individual y colectiva, pues protegen tanto aquellas personas que participen como candidatos como a sus electores¹³³.

104. La Corte advierte que la prohibición de la reelección presidencial indefinida constituye una restricción al derecho a ser electo. En este sentido, el Tribunal recuerda que los derechos políticos no son absolutos. 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 Americana¹³⁴. En este sentido, el párrafo 2 del artículo 23 de la Convención establece que:

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

105. Este Tribunal ha considerado 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 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 indebidas¹³⁵.

106. Sin embargo, esta Corte advierte que el artículo 23.2 establece dos supuestos. El primer supuesto se refiere a las restricciones de carácter general que puede establecer la ley (edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental), mientras que el segundo supuesto se refiere a las restricciones a los derechos políticos impuestas por vía de una sanción a una persona en particular (condena, por juez competente, en proceso penal). De la jurisprudencia de este Tribunal se desprende que la interpretación del término “exclusivamente” incluido en el artículo 23.2 dependerá de si se trata de restricciones a los derechos políticos generales (primer supuesto) o particulares (segundo supuesto).

¹³² Cfr. Caso Yatama Vs. Nicaragua, *supra*, párrs. 195 a 200, y Caso Petro Urrego Vs. Colombia, *supra*, párr. 92.

¹³³ Cfr. Caso Yatama Vs. Nicaragua, *supra*, párrs. 195 a 200, y Caso Petro Urrego Vs. Colombia, *supra*, párr. 92.

¹³⁴ Cfr. Caso Yatama Vs. Nicaragua, *supra*, párr. 195, y Caso Petro Urrego Vs. Colombia, *supra*, párr. 94.

¹³⁵ Cfr. Caso Castañeda Gutman Vs. México, *supra*, párr. 155, y Caso Petro Urrego Vs. Colombia, *supra*, párr. 98.

107. Por un lado, en los casos *López Mendoza Vs. Venezuela* y *Petro Urrego Vs. Colombia*, la Corte fue clara en establecer que, en casos de restricciones a los derechos políticos por vía de una sanción, el término exclusivamente implica que estas restricciones solo pueden ser realizadas por medio de una condena de un juez competente en un proceso penal. Por tanto, no son acordes a la literalidad del artículo 23.2 de la Convención, así como al objeto y fin del mismo, las sanciones de destitución e inhabilitación de funcionarios públicos democráticamente electos por parte de una autoridad administrativa disciplinaria¹³⁶.

108. Por otra parte, en casos relativos a restricciones generales a los derechos políticos, la Corte ha señalado que, al interpretar el término “exclusivamente” del artículo 23.2, no es posible dejar de lado el párrafo 1 de dicho artículo e interpretar el párrafo 2 de manera aislada, ni tampoco es posible ignorar el resto de los preceptos de la Convención o los principios básicos que la inspiran para interpretar dicha norma¹³⁷.

109. En este sentido, el artículo 23 convencional impone al Estado ciertas obligaciones específicas. Desde el momento en que el artículo 23.1 establece que el derecho de participar en la dirección de los asuntos públicos puede ejercerse directamente o por medio de representantes libremente elegidos, se impone al Estado una obligación positiva, que se manifiesta con una obligación de hacer, de realizar ciertas acciones o conductas, de adoptar medidas, que se derivan de la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos de las personas sujetas a su jurisdicción (artículo 1.1 de la Convención) y de la obligación general de adoptar medidas en el derecho interno (artículo 2 de la Convención)¹³⁸.

110. Esta obligación positiva consiste en el diseño de un sistema que permita que se elijan representantes para que conduzcan los asuntos públicos. En efecto, para que los derechos políticos puedan ser ejercidos, la ley necesariamente tiene que establecer regulaciones que van más allá de aquellas que se relacionan con ciertos límites para restringir esos derechos, establecidos en el artículo 23.2 de la Convención. Los Estados deben organizar los sistemas electorales y establecer un complejo número de condiciones y formalidades para que sea posible el ejercicio del derecho a votar y ser votado¹³⁹.

111. El Estado, en consecuencia, no solo tiene la obligación general establecida en el artículo 1.1 de la Convención de garantizar el goce de los derechos, sino que asume directrices específicas para el cumplimiento de su obligación. El sistema electoral que los Estados establezcan de acuerdo a la Convención Americana debe hacer posible la celebración de elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores. Hay aquí, por lo tanto, un mandato específico al Estado en relación con la modalidad que debe escoger para cumplir con su obligación general de “garantizar” el goce de los derechos establecida en el artículo 1 de la Convención, cumplimiento que, como lo dice en forma general el artículo 1.1, no debe ser discriminatorio¹⁴⁰. En este sentido, por ejemplo, la Corte ha considerado que para garantizar los derechos políticos, los Estados deben regular aspectos organizativos o institucionales de

¹³⁶ Cfr. Caso *López Mendoza Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C No. 233, párr. 107 a 109, y Caso *Petro Urrego Vs. Colombia*, *supra*, párrs. 94 a 98.

¹³⁷ Cfr. Caso *Castañeda Gutman Vs. México*, *supra*, párr. 153.

¹³⁸ Cfr. Caso *Castañeda Gutman Vs. México*, *supra*, párr. 156.

¹³⁹ Cfr. Caso *Castañeda Gutman Vs. México*, *supra*, párr. 157.

¹⁴⁰ Cfr. Caso *Castañeda Gutman Vs. México*, *supra*, párr. 158.

los procesos electorales, lo cual trae como consecuencia la imposición de limitaciones a los derechos políticos no incluidas expresamente en el artículo 23.2¹⁴¹.

112. En virtud de lo anterior, la Corte ha considerado que para asegurar el funcionamiento de un sistema electoral no es posible aplicar solamente las limitaciones del párrafo 2 del artículo 23 de la Convención Americana¹⁴². La previsión y aplicación de requisitos generales para ejercitarse los derechos políticos no constituyen, *per se*, una restricción indebida a los derechos políticos¹⁴³. Por tanto, por el solo hecho de no estar incluida explícitamente en el artículo 23.2 las restricciones a la reelección presidencial indefinida, no implica que estas sean contrarias a la Convención.

113. No obstante, la facultad de los Estados de regular o restringir los derechos no es discrecional, sino que está limitada por el derecho internacional que exige el cumplimiento de determinadas exigencias que, de no ser respetadas, transforma la restricción en ilegítima y contraria a la Convención Americana. Conforme a lo establecido en el artículo 29.a *in fine* de dicho tratado ninguna norma de la Convención puede ser interpretada en sentido de limitar los derechos en mayor medida que la prevista en ella¹⁴⁴. En este sentido, es necesario examinar si la misma implica una restricción indebida a los derechos humanos consagrados en la Convención¹⁴⁵.

114. El artículo 32.2 de la Convención 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”. Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que un derecho puede ser restringido por los Estados siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias; por ello, deben estar previstas en ley en sentido formal y material¹⁴⁶, perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad¹⁴⁷.

115. El primer paso para evaluar si una restricción a un derecho establecido en la Convención Americana es permitida a la luz de dicho tratado consiste en examinar si la medida limitativa cumple con el requisito de legalidad. Ello significa que las condiciones y circunstancias generales que autorizan una restricción al ejercicio de un derecho humano determinado deben estar claramente establecidas por ley¹⁴⁸. En este sentido, para ser acorde a la Convención las

¹⁴¹ Cfr. Caso *Castañeda Gutman Vs. México*, *supra*, párr. 159.

¹⁴² Cfr. Caso *Castañeda Gutman Vs. México*, *supra*, párr. 161.

¹⁴³ Cfr. Caso *Yatama Vs. Nicaragua*, *supra*, párr. 206, y Caso *Castañeda Gutman Vs. México*, *supra*, párr. 174.

¹⁴⁴ Cfr. Caso *Castañeda Gutman Vs. México*, *supra*, párr. 174.

¹⁴⁵ En sentido similar, TEDH, Caso *Gitonas y otros vs. Grecia*. Sentencia de la Sala 18747/91; 19376/92; 19379/92 de 1 de julio de 1997, párr. 39, y Caso *Hirst vs. Reino Unido* (No. 2). Sentencia de la Gran Sala 74025/01 de 6 de octubre de 2005, párr. 62.

¹⁴⁶ Cfr. Opinión Consultiva OC-6/86, *supra*, párrs. 35 y 37, y Caso *Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C No. 257, párr. 273.

¹⁴⁷ Cfr. Caso *Tristán Donoso Vs. Panamá. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de enero de 2009. Serie C No. 193, párr. 56, y Caso *Fernández Prieto y Tumbeiro Vs. Argentina. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 1 de septiembre de 2020. Serie C No. 411, párr. 105.

¹⁴⁸ El artículo 30 de la Convención Americana establece que “Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”.

limitaciones a la reelección presidencial deben establecerse claramente en una ley en el sentido formal y material¹⁴⁹.

116. El segundo límite de toda restricción se relaciona con la finalidad de la medida restrictiva; esto es, que la causa que se invoque para justificar la restricción sea de aquellas permitidas por la Convención Americana, previstas en disposiciones específicas que se incluyen en determinados derechos (por ejemplo las finalidades de protección del orden o salud públicas, de los artículos 12.3, 13.2.b y 15, entre otras), o bien, en las normas que establecen finalidades generales legítimas (por ejemplo, "los derechos y libertades de las demás personas", o "las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática", ambas en el artículo 32)¹⁵⁰.

117. A diferencia de otros derechos que establecen específicamente en su articulado las finalidades legítimas que podrían justificar las restricciones a un derecho, el artículo 23 de la Convención no establece explícitamente las causas legítimas o las finalidades permitidas por las cuales la ley puede regular los derechos políticos. En efecto, dicho artículo se limita a establecer ciertos aspectos o razones (capacidad civil o mental, edad, entre otros) con base en los cuales los derechos políticos pueden ser regulados en relación con su titularidad, pero no determina de manera explícita las finalidades, ni las restricciones específicas que necesariamente habrá que imponer al diseñar un sistema electoral, tales como requisitos de residencia, distritos electorales y otros. Sin embargo, las finalidades legítimas que las restricciones deben perseguir se derivan de las obligaciones que se desprenden del artículo 23.1 de la Convención, a las que se ha hecho referencia anteriormente¹⁵¹.

118. En este sentido, este Tribunal recuerda que, de acuerdo al artículo 32.2 de la Convención, "[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". Es posible entender el bien común, dentro del contexto de la Convención, como un concepto referente a las condiciones de la vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos. En tal sentido, puede considerarse como un imperativo del bien común la organización de la vida social en forma que se fortalezca el funcionamiento de las instituciones democráticas y se preserve y promueva la plena realización de los derechos de la persona humana¹⁵².

119. La Corte considera que la prohibición de la reelección presidencial indefinida tiene una finalidad acorde con el artículo 32 de la Convención, ya que busca garantizar la democracia representativa, sirviendo como salvaguardia de los elementos esenciales de la democracia establecidos en el artículo 3 de la Carta Democrática Interamericana. En particular, la prohibición de la reelección presidencial indefinida busca evitar que una persona se perpetúe en el poder, y, de este modo, asegurar el pluralismo político, la alternancia en el poder, así como proteger el sistema de frenos y contrapesos que garantizan la separación de poderes (*supra* párrs. 43 a 85). Al ser la democracia representativa uno de los principios sobre los

¹⁴⁹ Cfr. Opinión Consultiva OC-6/86, *supra*, párrs. 27 y 32, y Caso *Castañeda Gutman Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184, párr. 176.

¹⁵⁰ Cfr. Opinión Consultiva OC-6/86, *supra*, párrs. 27 y 32, y Caso *Argüelles y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 288, párr. 226

¹⁵¹ Cfr. Opinión Consultiva OC-6/86, *supra*, párrs. 27 y 32, y Caso *Castañeda Gutman Vs. México, supra*, párr. 181.

¹⁵² *La colegiación obligatoria de periodistas* (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 66, y Opinión Consultiva OC-6/86, *supra*, párr. 61.

cuales se funda el sistema interamericano, las medidas que se tomen para garantizarla tienen una finalidad legítima de acuerdo a la Convención.

120. El tercer paso es evaluar si la restricción es idónea para lograr la finalidad de la misma. Al respecto, la Corte advierte que, tomando en cuenta la concentración de poderes que tiene la figura del Presidente en un sistema presidencial, la restricción de la posibilidad de reelección indefinida es una medida idónea para asegurar que una persona no se perpetúe en el poder y que, de esta forma, no resulten afectados los principios constitutivos de una democracia representativa (*supra* párrs. 43 a 85).

121. Seguidamente se deberá evaluar si la restricción es necesaria, para lo cual se debe examinar las alternativas existentes para alcanzar el fin legítimo perseguido y precisar la mayor o menor lesividad de aquéllas¹⁵³. Al respecto, esta Corte advierte que no encuentra otras medidas igualmente idóneas para asegurar que una persona no se perpetúe en el poder y que de esta forma no resulten afectados la separación de poderes, el régimen plural de partidos y organizaciones políticas, así como la alternancia en el ejercicio del poder. En el mismo sentido, la Comisión de Venecia ha señalado que, en un Estado con un sistema presidencial o semipresidencial, “el poder tiende a concentrarse en el Presidente, mientras que los poderes legislativo y judicial son relativamente más débiles. Por lo tanto, el cambio periódico del presidente a través del proceso de elección es el método perfecto para evitar una excesiva concentración de poder”¹⁵⁴.

122. Por último, se deberá evaluar si la restricción resulta estrictamente proporcional, de tal forma que el sacrificio inherente a aquella no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal limitación¹⁵⁵. Al respecto, este Tribunal ha señalado que la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho en juego¹⁵⁶. En efecto, incluso si una restricción está establecida en la ley, es idónea y necesaria, se deberá determinar si la misma es estrictamente proporcional.

123. Frente a las interrogantes planteadas es necesario ponderar si las ventajas que trae la prohibición de la reelección presidencial indefinida para la alternabilidad democrática son proporcionales con respecto al derecho de la persona que ocupa el cargo de la presidencia a ser reelecta, y, por otro lado, con respecto al derecho de los demás ciudadanos a votar y de participar en la dirección de los asuntos públicos por medio de representantes libremente elegidos.

124. Respecto al derecho de la persona que ocupa el cargo de la presidencia a ser reelecta, esta Corte ya estableció que no existe un derecho autónomo a la reelección (*supra* párr. 102). El derecho que se encuentra establecido en la Convención Americana es el derecho “a ser elegido 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”. La prohibición de la reelección presidencial indefinida solo restringe la posibilidad de la persona que se encuentra

¹⁵³ Cfr. Caso *Yatama Vs. Nicaragua*, *supra*, párr. 206, y Caso *Usón Ramírez Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207, párr. 72

¹⁵⁴ Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho. Dictamen CDL-AD(2009)010 sobre el proyecto de enmienda a la Constitución de la República de Azerbaiyán, adoptado su 78.a sesión plenaria (Venecia, 13-14 de marzo de 2009), párr. 10.

¹⁵⁵ Cfr. Caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, párr. 93, y Caso *Álvarez Ramos Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de agosto de 2019. Serie C No. 380, párr. 108.

¹⁵⁶ Cfr. Opinión Consultiva OC-5/85, *supra*, párr. 46, y Caso *Usón Ramírez Vs. Venezuela*, *supra*, párr. 79.

ejerciendo la presidencia de participar en las elecciones. En este sentido, este Tribunal considera que el sacrificio que implica esta restricción es menor y justificado para asegurar que una persona no se perpetúe en el poder y, con esto, prevenir que se degrade la democracia representativa.

125. Por otra parte, respecto a los derechos de los demás ciudadanos, esta Corte recuerda que el artículo 23 de la Convención establece el derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos, por medio de representantes libremente elegidos, así como el derecho de votar en elecciones donde se “garantice la libre expresión de [su] voluntad”. Al respecto, este Tribunal advierte que el derecho a votar no implica el derecho a tener opciones ilimitadas de candidatos a la Presidencia¹⁵⁷. En cambio, el derecho protege que los votantes puedan elegir libremente entre los candidatos inscritos, y que las restricciones para postularse como candidato no sean contrarias a la Convención¹⁵⁸. La prohibición de la reelección presidencial indefinida limita la posibilidad de los ciudadanos de reelegir al Presidente por más de dos períodos consecutivos cuando consideren que es la persona más adecuada para el cargo. Sin embargo, este Tribunal reitera que, de acuerdo al artículo 32 de la Convención, los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común. En este sentido, las exigencias del bien común requieren que se establezcan salvaguardas a la democracia, como lo es la prohibición de la reelección presidencial indefinida (*infra* párrs. 145 y 146). Además, la Corte resalta que esta prohibición no afecta el derecho de los votantes a seleccionar, entre los candidatos, a la persona más afín a sus preferencias, incluso pudiendo ser un representante del mismo partido político que el Presidente en ejercicio. Por tanto, el Tribunal observa que esta limitación es menor cuando se compara con los beneficios que trae para la sociedad la prohibición de la reelección presidencial indefinida.

126. En virtud de lo anterior, la Corte concluye que la prohibición de la reelección indefinida es compatible con la Convención Americana, la Declaración Americana y la Carta Democrática Interamericana.

VII

LA COMPATIBILIDAD DE LA REELECCIÓN PRESIDENCIAL INDEFINIDA CON LAS OBLIGACIONES DE DERECHOS HUMANOS

127. Este Tribunal reitera que en el sistema interamericano, la Declaración Americana y la Convención no imponen a los Estados un sistema político¹⁵⁹, ni una modalidad determinada sobre las limitaciones de ejercer los derechos políticos¹⁶⁰. Sin embargo, las regulaciones que implementen los Estados deben ser compatibles con la Convención Americana, y, por ende, con los principios de la democracia representativa que subyacen en el sistema interamericano, incluyendo los que se desprenden de la Carta Democrática Interamericana.

128. Los Estados americanos asumieron la obligación de garantizar el ejercicio efectivo de la democracia dentro de sus países. Esta obligación implica que los Estados deben realizar

¹⁵⁷ Cfr. Corte de Justicia del Caribe, en la apelación de la Corte de Apelaciones de Guayana en el caso del Procurador General de Guayana vs. Cedric Richardson. Sentencia de 26 de junio de 2018, Decisión del Juez Sir Dennis Byron, párr. 27.

¹⁵⁸ Cfr. Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 25 relativa a la participación en asuntos públicos y el derecho al voto (artículo 25), párr. 15, y Corte de Justicia del Caribe, en la apelación de la Corte de Apelaciones de Guayana en el caso del Procurador General de Guayana vs. Cedric Richardson. Sentencia de 26 de junio de 2018, Decisión del Juez Wit, párr. 141.

¹⁵⁹ Carta de la OEA, artículo 3.

¹⁶⁰ Caso Castañeda Gutman Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184, párr. 162.

elecciones periódicas auténticas, y tomar las medidas necesarias para garantizar la separación de poderes, el Estado de Derecho, el pluralismo político, la alternancia en el poder y evitar que una misma persona se perpetúe en el poder (*supra* párrs. 43 a 85 y 103 a 126). De lo contrario, el sistema de gobierno no sería una democracia representativa.

129. Por otra parte, de conformidad con los artículos 23, 24, 1.1 y 2 de la Convención, los Estados tiene la obligación de garantizar el goce de los derechos políticos, lo cual implica que la regulación del ejercicio de dichos derechos y su aplicación sean acordes al principio de igualdad y no discriminación, y debe adoptar las medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio¹⁶¹. Estas obligaciones de la Convención Americana deben ser interpretadas tomando en cuenta la obligación de garantizar el ejercicio efectivo de la democracia (*supra* párr. 128).

130. En aplicación de lo anterior, este Tribunal procederá a analizar si la reelección presidencial indefinida es contraria a la Convención Americana.

131. En primer lugar, la Corte advierte que el señalamiento de un período para que el Presidente elegido popularmente ejerza su mandato es una de las principales características de los sistemas presidenciales, y de su observancia depende que los elementos constitutivos de una democracia representativa se preserven o se desiguren a tal grado que, de hecho, deba entenderse sustituida por otro sistema de gobierno, incluso contrario.

132. La fijación del período del mandato presidencial comporta, de por sí, una limitación de sus expectativas y del ejercicio efectivo de su poder, además de constituir un mecanismo de control, por cuanto la demarcación temporal de su mandato le impone al jefe del Estado la obligación de atenerse al tiempo previamente señalado y de propiciar la sucesión de conformidad con las reglas establecidas, para evitar la prolongada concentración del poder en su propia persona y conservar el equilibrio inherente a la separación de poderes y al sistema de frenos y contrapesos mediante la renovación periódica de la suprema magistratura.

133. En este sentido, la permanencia en funciones de un mismo gobernante en la Presidencia de la República por un largo período de tiempo tiene efectos nocivos en el régimen plural de partidos y organizaciones políticas, propio de una democracia representativa, porque favorece la hegemonía en el poder de ciertos sectores o ideologías. La democracia representativa, así como la obligación de garantizar los derechos humanos sin discriminación, parten del hecho de que en la sociedad existen una diversidad de corrientes e ideologías políticas. Por ende, no existen opiniones o tendencias que sean unánimemente aceptadas. Independientemente de si la persona en el poder cuenta con el apoyo de la mayoría de los votantes, los Estados deben siempre respetar y garantizar la libertad de expresión y derecho de participación política de las minorías. En este sentido, la Corte reafirma que, en los términos del artículo 1.1 de la Convención, en una sociedad democrática una persona nunca podría ser discriminada por sus opiniones políticas o por ejercer legítimamente derechos políticos¹⁶². Por lo tanto, este Tribunal considera que la permanencia en funciones de una misma persona en el cargo de la Presidencia de forma ilimitada propicia tendencias hegemónicas que resultan en el menoscabo de los derechos políticos de los grupos minoritarios y que, en consecuencia, minan el régimen plural de partidos y organizaciones políticas.

134. En segundo lugar, la falta de limitaciones a la reelección presidencial conlleva el debilitamiento de los partidos y movimientos políticos que integran la oposición, al no tener

¹⁶¹ *Cfr. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados.* Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 89, y *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párr. 106.

¹⁶² *Caso San Miguel Sosa y otras Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 8 de febrero de 2018. Serie C No. 348, párr. 117.

una expectativa clara sobre su posibilidad de acceder al ejercicio del poder. La debilitación de los partidos políticos tiene un impacto negativo en el funcionamiento democrático, ya que estos tienen un papel esencial en el desarrollo del mismo¹⁶³. Esto afecta el pluralismo político que debe existir en una sociedad democrática, el cual es fomentado por los artículos 13, 16 y 23 de la Convención Americana. Al respecto, la Corte Constitucional de Colombia señaló que el respeto al pluralismo político supone reconocer que una propuesta política siempre puede sustituir “a otra en el gobierno de la nación”, por tanto:

[...] las minorías lejos de ser acalladas en aras del predominio mayoritario, tienen derecho a ofrecer sus opiniones y programas como alternativas con posibilidad real de concitar la adhesión ciudadana para transformarse en mayoría, lo que exige la previsión de reglas que encauzen la dinámica del proceso político y, claro está, el acatamiento de esas reglas, sobre todo por aquellos que encarnan el ideal mayoritario¹⁶⁴.

135. En el mismo sentido, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México afirmó que “la democracia trata que las personas roten en el ejercicio de las funciones públicas y que nadie pueda considerarse indispensable en el ejercicio del poder del Estado”¹⁶⁵. Asimismo, la Corte Constitucional de Ecuador señaló que la limitación a la reelección presidencial “permite la alternancia democrática, y promueve el derecho de participación de otros miembros de la sociedad”¹⁶⁶, e indicó que “la falta de un límite temporal al ejercicio del poder puede conllevar a la personalización de éste, afectando ostensiblemente la participación democrática en igualdad de condiciones”¹⁶⁷.

136. Sobre este punto, la Comisión de Venecia indicó que las limitaciones a la reelección presidencial “pueden fortalecer a una sociedad democrática, puesto que imponen la lógica de la alternancia política como un evento predecible en los asuntos públicos” y “mantienen viva la esperanza de los partidos de oposición de obtener poder en el futuro cercano a través de procedimientos institucionalizados”¹⁶⁸.

137. De forma similar, el Secretario General de las Naciones Unidas ha señalado que “en los sistemas en los que se han aprobado límites de la duración del mandato —que son en su mayoría sistemas políticos presidenciales o semipresidenciales— esos límites pueden ser mecanismos importantes para evitar que quien obtenga mayor porcentaje en las elecciones gane la totalidad de la representación. En determinadas circunstancias, la eliminación o modificación de los límites de la duración del mandato puede socavar la confianza necesaria para que el sistema político funcione bien”¹⁶⁹.

138. En seguimiento de lo anterior, este Tribunal considera que los Estados deben establecer límites claros al ejercicio del poder, para así permitir la posibilidad que diversas fuerzas

¹⁶³ Cfr. Declaración de Viña del Mar, *supra*, párr. 24.

¹⁶⁴ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-141-10 de 26 de febrero de 2010. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2005/C-1041-05.htm>

¹⁶⁵ Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, Acción de Inconstitucionalidad 47/2006 y sus acumuladas 49/2006, 50/2006 y 51/2006, pág. 98.

¹⁶⁶ Corte Constitucional de Ecuador, Dictamen N.º 7-19-RC/19 de 5 de noviembre de 2009, párr. 40. [8504]

¹⁶⁷ Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen N.º 7-19-RC/19 de 5 de noviembre de 2009, párr. 44. [8505]

¹⁶⁸ Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho. Informe sobre los Límites a la Reelección, *supra*, párr. 93.

¹⁶⁹ Informe del Secretario General, Fortalecimiento de la función de las Naciones Unidas para mejorar la eficacia del principio de elecciones periódicas y genuinas y la promoción de la democratización (A/72/260) de 1 de agosto de 2017, párr. 43.

políticas puedan acceder al mismo, y que todos los ciudadanos sean debidamente representados en el sistema democrático.

139. En tercer lugar, dependiendo de las competencias que cada Estado confiera a los Presidentes de la República, la permanencia en el poder de un presidente por un largo período de tiempo afecta la independencia y la separación de poderes. Al respecto, este Tribunal recuerda que este, de acuerdo al artículo 3 de la Carta Democrática Interamericana, es uno de los elementos esenciales de las democracias representativas.

140. Tal como se señaló *supra*, en el sistema político presidencial adoptado por los Estados de la región, es frecuente que las constituciones confieran a los Presidentes importantes atribuciones, incluyendo facultades de nominar o elegir a las autoridades que integran otros poderes públicos. Una de las formas de impedir que esto afecte la separación de poderes, es estableciendo, para estos cargos nombrados por el Presidente, períodos con una duración distinta a la del mandato presidencial. La permanencia de una misma persona en el poder por un largo período de tiempo, invalida esta salvaguardia democrática. Al ocupar el cargo de Presidente la misma persona por varios mandatos consecutivos se amplía la posibilidad de nombrar o remover a los funcionarios de otros poderes públicos, o de aquellos órganos encargados de controlarlos. Por tanto, en este tipo de régimenes, es fundamental que el sistema de frenos y contrapesos incluya limitaciones temporales claras al mandato del Presidente, tal como lo establecen las constituciones de la gran mayoría de Estados de la región.

141. En cuarto lugar, de acuerdo al artículo 23 de la Convención, todo ciudadano tiene derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos, a ser electo y el derecho a acceder a las funciones públicas en condiciones generales de igualdad, lo cual aplica tanto para cargos de elección popular como por nombramiento o designación (*supra* párr. 64). Esta Corte advierte que los Presidentes que buscan la reelección tienen una amplia ventaja de exposición mediática y de familiaridad para los electores. Asimismo, el propio ejercicio del poder puede fomentar la idea que la continuidad de la misma persona en el cargo es indispensable para el funcionamiento del Estado.

142. Además, si los sistemas de control al Presidente no se encuentran funcionando por las razones explicadas *supra*, estos pueden utilizar recursos públicos para, directa o indirectamente, favorecer su campaña de reelección. Por tanto, este Tribunal considera que el cargo de la Presidencia brinda a la persona que lo ocupa una posición privilegiada para la contienda electoral. Mientras mayor sea el tiempo de permanencia en el cargo, mayor será esta ventaja.

143. De forma similar a las consideraciones ya realizadas, la Comisión de Venecia indicó que “abrir los límites a la reelección presidencial representa un paso atrás en términos del logro democrático, por lo menos en los sistemas presidenciales o semipresidenciales”. Al respecto, explicó que:

Al eliminar una importante protección contra las distorsiones que podría producir una concentración del poder, abolir los límites a la reelección también plantea el riesgo de desvirtuar distintos aspectos del derecho humano de participar en la función pública, que incluyen el derecho de participar en elecciones periódicas genuinas, la capacidad de asegurar que las personas con derecho de voto puedan elegir libremente entre distintos candidatos, que los representantes sean libremente elegidos y responsables ante los ciudadanos y que la autoridad del gobierno siga basándose en la libre expresión de la voluntad del pueblo¹⁷⁰.

¹⁷⁰ Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho. Informe sobre los Límites a la Reelección, *supra*, párr. 101

144. Por último, esta Corte reitera que el respeto al Estado de Derecho implica que las personas que ejercen el poder deben respetar las normas que hacen posible el juego democrático. Tomando en cuenta las consideraciones anteriores, este Tribunal resalta que la habilitación de la reelección presidencial indefinida de forma que permita al Presidente en ejercicio presentarse para ser reelecto es una modificación que trae fuertes consecuencias para el acceso al poder y el funcionamiento democrático en general. Por tanto, la eliminación de los límites para la reelección presidencial indefinida no debería ser susceptible de ser decidida por mayorías ni sus representantes para su propio beneficio (*supra* párr. 79).

145. Esta Corte resalta que, por regla general, los riesgos que impone la reelección presidencial indefinida para la democracia en la región se han concretado. Por tanto, este Tribunal concluye que la habilitación de la reelección presidencial indefinida obstaculiza que otras fuerzas políticas distintas a la persona a cargo de la Presidencia puedan ganar el apoyo popular y ser electas, afecta la separación de poderes y, en general, debilita el funcionamiento de la democracia. Este Tribunal advierte que el mayor peligro actual para las democracias de la región no es un rompimiento abrupto del orden constitucional, sino una erosión paulatina de las salvaguardas democráticas que pueden conducir a un régimen autoritario, incluso si este es electo mediante elecciones populares. En consecuencia, las salvaguardas democráticas deberían prever la prohibición de la reelección presidencial indefinida. Lo anterior no implica que se deba restringir que otras personas, distintas al Presidente en ejercicio, pero de su mismo partido o fuerza política, puedan postularse al cargo de la Presidencia.

146. Por tanto, de una lectura sistemática de la Convención Americana, incluyendo su preámbulo, la Carta de la OEA y la Carta Democrática Interamericana, es necesario concluir que la habilitación de la reelección presidencial indefinida es contraria a los principios de una democracia representativa y, por ende, a las obligaciones establecidas en la Convención Americana y Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

147. Al respecto, esta Corte reitera que el sistema interamericano, la Declaración Americana y la Convención no imponen a los Estados un sistema político, ni una modalidad determinada sobre las limitaciones de ejercer los derechos políticos. Los Estados pueden regular la reelección presidencial de acuerdo a sus necesidades históricas, políticas, sociales y culturales (*supra* párr. 86). Sin embargo, los Estados americanos han soberanamente consentido que el ejercicio efectivo de la democracia constituye una obligación jurídica internacional (*supra* párr. 55) y han convenido el cumplimiento de las obligaciones en materia de derechos humanos derivadas de los instrumentos internacionales que hacen parte del sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Por tanto, las regulaciones relativas a reelección presidencial deben ser compatibles con la Convención Americana, la Declaración Americana y los principios de la democracia representativa, y, en consecuencia, las normas internas que configuran el ejercicio del poder político deben ser armonizadas con los derechos humanos reconocidos en los instrumentos internacionales del sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

148. En este sentido, el objeto de la presente Opinión Consultiva no es restringir la reelección presidencial en general, sino aclarar que la ausencia de limitación razonable a la reelección presidencial, o la implementación de mecanismos que materialmente permitan el irrespeto de las limitaciones formales existentes y la perpetuación directa o indirectamente de una misma persona en el ejercicio de la Presidencia es contraria a las obligaciones establecidas en la Convención Americana y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

VIII OPINIÓN

149. Por las razones expuestas, en interpretación de los artículos 1, 23, 24 y 32 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, XX de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 3.d de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, la Carta Democrática Interamericana, así como otros instrumentos que conciernen a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos,

LA CORTE,

DECIDE

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

1. Es competente para emitir la presente Opinión Consultiva, en los términos de los párrafos 14 a 41.

Disienten el Juez L. Patricio Pazmiño Freire y el Juez Eugenio Raúl Zaffaroni.

Y ES DE OPINIÓN

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

2. La reelección presidencial indefinida no constituye un derecho autónomo protegido por la Convención Americana sobre Derechos Humanos ni por el *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos.

3. La prohibición de la reelección indefinida es compatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y la Carta Democrática Interamericana.

4. La habilitación de la reelección presidencial indefinida es contraria a los principios de una democracia representativa y, por ende, a las obligaciones establecidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Disienten el Juez L. Patricio Pazmiño Freire y el Juez Eugenio Raúl Zaffaroni.

Los Jueces L. Patricio Pazmiño Freire y Eugenio Raúl Zaffaroni dieron a conocer a la Corte sus votos individuales disidentes.

Redactada en español en San José, Costa Rica, el 7 de junio de 2021.

Corte IDH. La figura de la Reelección Presidencial Indefinida en Sistemas Presidenciales en el Contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. (Interpretación y alcance de los artículos 1, 23, 24 y 32 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, XX de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 3.d de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y de la Carta Democrática Interamericana). Opinión Consultiva OC-28/21 de 7 de junio de 2021.

Elizabeth Odio Benito
Presidenta

L. Patricio Pazmiño Freire

Eduardo Vio Grossi

Humberto Antonio Sierra Porto

Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot

Eugenio Raúl Zaffaroni

Ricardo C. Pérez Manrique

Pablo Saavedra Alessandri
Secretario

Comuníquese y ejecútese,

Elizabeth Odio Benito
Presidenta

Pablo Saavedra Alessandri
Secretario

**VOTO DISIDENTE DEL
JUEZ L. PATRICIO PAZMIÑO FREIRE**

**OPINIÓN CONSULTIVA OC-28/21
DE 7 DE JUNIO DE 2021
SOLICITADA POR LA REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**LA FIGURA DE LA REELECCIÓN PRESIDENCIAL INDEFINIDA EN SISTEMAS
PRESIDENCIALES EN EL CONTEXTO DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE
DERECHOS HUMANOS**

Resumen.

Para la argumentación y desarrollo de contenidos del presente voto disidente se realiza una interpretación y reflexión de los cuatro párrafos no enumerados de la parte de considerandos de la resolución de la IX Conferencia Internacional Americana, el preámbulo y los artículos XX y XXXIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, los párrafos primero a quinto y séptimo no numerados del preámbulo, y el artículo 3.d) de la Carta de la Organización de los Estados Americanos (en adelante "Carta de la OEA"); el preámbulo y los artículos 1, 2, 23, 24, 29 y 32.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y los párrafos 1, 5, 6, 7, 8, 9, 16, 17, 19 y 20, no numerados del preámbulo, así como los artículos 2 a 7 de la Carta Democrática Interamericana.

El presente voto desarrolla los argumentos por los cuales disiento con respecto a la decisión de mayoría adoptada por la Corte en la presente Opinión Consultiva, para lo cual expongo cuatro componentes: primero, considero que la Corte analizó de manera insuficiente las razones para aprobar la admisibilidad de la solicitud de Opinión Consultiva presentada por Colombia, al omitir y evitar referirse a una parte sustancial de su propio desarrollo jurisprudencial, por lo cual estimo que en esta fase procesal fue inadecuada su conclusión. En segundo lugar, pretendo establecer desde mi razonamiento y fundamentación que la Corte excedió su competencia consultiva al interpretar de manera directa provisiones de la Carta Democrática Interamericana, otorgándole rango de instrumento de derechos humanos, sin tener competencia y carecer de facultad para ello. En tercer lugar, postulo que la reconducción de la segunda pregunta presentada por Colombia introdujo, de oficio, por parte del Tribunal, aspectos no contemplados por la solicitud, menoscabando, así, el objeto de la solicitud de Opinión Consultiva. Por último, y a manera de conclusión, incorpooro elementos de reflexión que considero relevantes sobre la compleja, diversa y cuando no contradictoria arquitectura política y constitucional que hace parte sustancial de los estados de derecho de nuestra región y, según mi opinión, reflexiono sobre algunos de los roles que deben tener los órganos internacionales a la hora de acompañar su desarrollo, fortalecimiento y profundización, siempre al tenor de los principios fundacionales que aprobaron los Estados fundadores del sistema: la libre autodeterminación de los pueblos evitando la injerencia externa en los asuntos internos de nuestras repúblicas.

1. Consideraciones formales

1. Previo a referirme a los aspectos en los que tengo disidencia, considero importante recordar lo que es la función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "la Corte") y la base Convencional y Reglamentaria que le dan sustento y regulan.

2. La Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante "la Convención") otorga a la Corte una gran facultad interpretativa por medio de la cual los Estados y algunos órganos del Sistema Interamericano pueden consultar a la Corte acerca de la interpretación de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos. Adicionalmente, a través del ejercicio de esta facultad, le está permitido emitir opiniones sobre la compatibilidad entre cualquier ley interna y los instrumentos internacionales, a solicitud de un Estado¹. En el mismo sentido, el Reglamento² de la Corte desarrolla los lineamientos que se seguirán en caso de solicitud de Opinión Consultiva, así como algunos requisitos formales que deben seguir, como lo son (i) formular con precisión las preguntas; (ii) especificar las disposiciones que deben ser interpretadas; (iii) indicar las consideraciones que la originan, y (iv) suministrar el nombre y dirección del agente.

3. A lo largo de sus consistentes precedentes, la Corte ha adoptado criterios interpretativos que dotan de contenido lo establecido por el artículo 64 de la Convención, así como las normas reglamentarias que rigen el procedimiento de las Opiniones Consultivas. Al respecto, y en lo que es de interés para este voto, me referiré, en primer lugar, a tres aspectos formales que fueron analizados por la Corte y con las cuales disiento: (i) respecto de la existencia de determinadas peticiones en trámite ante la Comisión Interamericana, (ii) la competencia sobre los instrumentos regionales involucrados, y (iii) el requisito formal de formular preguntas.

i. La existencia de determinadas peticiones en trámite ante la Comisión Interamericana

4. Durante la tramitación de la Solicitud de Opinión Consultiva que da origen a este voto, se puso en conocimiento de la Corte, durante la Audiencia Pública, y por parte de la propia Comisión Interamericana, la existencia de peticiones que se relacionarían con el objeto de dicha Opinión Consultiva. Al respecto, la Comisión Interamericana informó de la existencia de tres peticiones en etapa de admisibilidad, y una en la etapa de fondo, las cuales tendrían relación con las preguntas planteadas por el ilustre Estado de Colombia. Asimismo, la Corte recibió una observación escrita en la que se solicitó declarar inadmisible la solicitud en tanto, según la observación, la resolución por parte de la Corte desvirtuaría la jurisdicción contenciosa de la Corte en el caso pendiente³.

5. Sobre lo anterior, aunque la Corte al momento de analizar lo expuesto, llega a concluir que tiene competencia para pronunciarse sobre la pregunta de Colombia, simplemente haciendo referencia a su jurisprudencia manifestando que "el solo hecho de que existan peticiones ante la Comisión o casos contenciosos relacionados con el tema de la consulta no basta para que la Corte se abstenga de responder las preguntas sometidas a consulta"; esta sola referencia resulta claramente insuficiente puesto que no se realizó un análisis específico y particular más profundo y meditado sobre cada uno de estos tres casos puestos en conocimiento de la Corte, principalmente aquel que se encontraba ya bajo su competencia, máxime considerando que en otras ocasiones han

¹ Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

² Título III del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

³ Párrafo 22 de la Resolución de Opinión Consultiva.

sido rechazadas solicitudes de Opinión Consultiva justamente amparándose en las razones ahora utilizadas para su tramitación.

6. Particularmente, la Corte omitió incluir en su análisis sobre la admisibilidad, lo recogido por parte de su jurisprudencia con respecto a lo que ha denominado “límites genéricos” a su función consultiva. Según los cuales, una solicitud de opinión consultiva: a) no debe encubrir un caso contencioso o pretender obtener prematuramente un pronunciamiento sobre un tema o asunto que podría eventualmente ser sometido a la Corte a través de un caso contencioso; b) no debe utilizarse como un mecanismo para obtener un pronunciamiento indirecto de un asunto en litigio o en controversia a nivel interno; c) no debe utilizarse como un instrumento de un debate político interno; d) no debe abarcar, en forma exclusiva, temas sobre los que la Corte ya se ha pronunciado en su jurisprudencia y e) no debe procurar la resolución de cuestiones de hecho, sino que busca desentrañar el sentido, propósito y razón de las normas internacionales sobre derechos humanos y, sobre todo, coadyuvar a los Estados miembros y a los órganos de la OEA para que cumplan de manera cabal y efectiva sus obligaciones internacionales⁴. “Límites genéricos” que no solo ha construido, sino incluso los ha aplicado, para rechazar, recientemente, una solicitud de Opinión Consultiva presentada por el Secretario General de la Organización de Estados Americano, bajo el fundamento de estimar que se “podría constituir un pronunciamiento prematuro sobre el tema o asunto en cuestión, el que le podría ser sometido posteriormente en el marco de un caso contencioso”⁵.

7. En la misma línea de los “límites genéricos” desarrollados por la jurisprudencia del Tribunal, la Corte, al momento de emitir la Resolución que da origen a este voto, no solo omitió analizar los ya mencionados límites, sino que omitió pronunciarse respecto del hecho de que el caso “Fabio Gadea Mantilla respecto de Nicaragua”, en su momento expuesto por la propia Comisión Interamericana, como un caso en etapa de fondo, y sobre el cual una de las observaciones recibidas pidió declarar inadmisible la solicitud de opinión consultiva; ya era parte y se encontraba sometido, como un caso contencioso, a la jurisdicción de la Corte por parte de la Comisión Interamericana, **a partir del 5 de junio de 2021, fecha anterior al inicio de la deliberación de la presente Resolución de Opinión Consultiva**⁶.

8. Siendo que el caso “Fabio Gadea Mantilla respecto de Nicaragua”, nombre bajo el cual fue presentado por la Comisión Interamericana, ya se encontraba en conocimiento de la Corte, soy de la opinión que el Tribunal estaba en la obligación de incluir en su argumentación un análisis meticuloso y suficiente que esclarezca sobre los límites genéricos a la función consultiva de la Corte a la luz del objeto de la controversia del mencionado caso, para así poder determinar de manera objetiva, certera y clara, si emitir una resolución de Opinión Consultiva sobre el tema que nos ocupa, incurre o no en una o más de las limitaciones genéricas de las que la Corte ya ha definido sus contenidos, y, particularmente, habría sido de interés para el esclarecimiento y consolidación de la competencia y facultad de la Corte, que se manifieste si la admisión y eventual decisión, representaría o no un prematuro pronunciamiento sobre un expediente que, a todas luces, estaba ya sometido a la Corte como un caso contencioso.

⁴ Cfr. *Rechazo de la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por el Secretario General de la Organización de los Estados Americanos*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 23 de junio de 2016, párrs. 5 y 6.

⁵ Cfr. *Rechazo de la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por el Secretario General de la Organización de los Estados Americanos*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 23 de junio de 2016, párr. 7.

⁶ Véase <http://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/prensa/comunicados/2021/169.asp>.

ii. La competencia sobre los instrumentos regionales involucrados

9. Está fuera de discusión en el foro jurídico interamericano la facultad que tiene la Corte para interpretar cualquier norma de la Convención Americana. Tampoco pretendo controvertir la competencia que tiene el Tribunal para interpretar la Declaración Americana y para ejercer su competencia consultiva respecto de la Carta de la OEA. Sin embargo, llama mi atención el protagonismo que se pretende otorgar a la Carta Democrática dentro de la resolución que da origen a este voto, y las consideraciones a las que llega la Corte con respecto a dicho instrumento, así como la interpretación que realiza.

10. Si bien la resolución establece que la Corte ha determinado anteriormente que la Carta Democrática constituye un texto interpretativo de la Carta de la OEA y de la Convención Americana, razón por la cual recurrirá a sus disposiciones para abordar las preguntas planteadas por Colombia, es mi opinión que excede el Tribunal su propia consideración, y competencia, al interpretar directamente las disposiciones de la Carta Democrática.

11. Desde su primera Opinión Consultiva, la Corte ha reconocido que la amplitud de la función consultiva de la Corte no puede confundirse con la ausencia de límites a la misma en lo que se refiere a las materias que pueden ser objeto de consultas y de los tratados que pueden ser interpretados⁷. Además, incluso partiendo de una interpretación literal del artículo 64 de la Convención, no sería posible la interpretación de la Carta Democrática por parte de la Corte toda vez que su competencia se limita a la Convención y a "otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos", por lo que interpretar dentro de la función consultiva dicho instrumento supondría elevarlo a un rango de "tratado" de derechos humanos, lo cual, debido a su naturaleza y objeto, resulta inadecuado e inexacto ya que se le otorgaría un estatus jurídico no contemplado en el propio texto de la Carta.

12. La Carta Democrática se creó y constituye como un documento de derecho internacional público dirigido a promover el desarrollo democrático de los Estados de la región. Los sujetos involucrados en sus disposiciones son estrictamente Estados y Organizaciones Internacionales, siendo reconocido como uno de los instrumentos interamericanos promulgado para la "promoción y fortalecimiento de los principios, prácticas y Cultura democráticas entre los Estados de las Américas"⁸. De forma tal que al ser un instrumento de aplicación "entre los Estados de las Américas", implicaría una grave distorsión interpretativa el tratar de equipararlo o asignarle un rango o categoría de instrumento internacional de derechos humanos, los cuales, por su naturaleza intrínseca, reconocida por la Carta Internacional de los derechos humanos, son instrumentos internacionales creados y aprobados como disposiciones dirigidas específicamente a la protección de los derechos humanos de las personas, donde los sujetos involucrados y obligados en el cumplimiento del objeto de dichos tratados en las dimensiones de garantía y protección son, justamente, los Estados y sus agentes estatales.

13. En virtud de lo anterior, es mi opinión que el análisis realizado por la Corte a lo largo de la Resolución interpreta de manera expresa y directa disposiciones de la Carta Democrática, excediendo equívocamente de esta manera su competencia consultiva.

⁷ Cfr. "Otros tratados" objeto de la función consultiva de la Corte (Art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-1/82 de 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 1, párr. 18.

⁸ Ver: La Carta Democrática Interamericana https://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=D-014/16.

iii. El requisito de formular preguntas

14. No es controvertida la facultad que tiene la Corte para precisar, esclarecer o reformular las preguntas que se plantean con el fin de determinar con claridad el objeto sustancial de su labor interpretativa. Al momento de realizar la solicitud de Opinión Consultiva, Colombia formuló dos preguntas, de las cuales una de ella fue considerada por la Corte como "fácticamente condicionada" razón por la cual fue reformulada. La pregunta sometida fue la siguiente:

ii) En el evento en que un Estado modifique o busque modificar su ordenamiento jurídico para asegurar, promover, propiciar o prolongar la permanencia de un gobernante en el poder mediante la reelección presidencial indefinida, ¿Cuáles son los efectos de dicha modificación sobre las obligaciones que ese Estado tiene en materia de respeto y garantía de los derechos humanos? ¿Resulta dicha modificación contraria a las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos y, particularmente, a su obligación de garantizar el ejercicio efectivo de los derechos a a) participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) 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 las funciones públicas de su país?

15. La Corte, justificando su accionar en función de "desentrañar el sentido, propósito y razón de las normas internacionales sobre derechos humanos", decide reconducir la pregunta a la "compatibilidad de la reelección presidencial indefinida con la existencia de la democracia representativa en el sistema interamericano de protección de derechos humanos". Es mi sentir que al introducir el concepto de "compatibilidad" de la denominada "reelección presidencial indefinida", la Corte, decidió, por su cuenta y parte, abordar e incluso configurar, los límites, perfiles y contenidos de la *sui generis* calificación, no de un derecho, sino de un término, una figura, un concepto, esto es, la denominada "reelección presidencial indefinida", de cuyo origen, naturaleza, características, y presupuestos teóricos, al menos en mi opinión, son de tal amplitud e indefinición doctrinaria, sea en la ciencia política, en la dimensión de las ciencias sociales y las mismas ciencias jurídicas, sobre el cual no existe un consenso de rigor o doctrina; más, justamente, con esta decisión, el Tribunal decidió abordar la delicada, compleja y no poco controversial arquitectura y estructura democrática y las formas de gobierno que deciden soberanamente los estados en ejercicio de su soberanía. Más allá de las motivaciones y convicciones legítimas que alientan a mis colegas, esta decisión consultiva, trasformada en dictamen de alegado obligatorio cumplimiento para los Estados Partes, es una intención jurídica cuyo animus difícilmente logrará homogeneizar la conducta, tradición, valores y actuaciones de los pueblos de la región centro y sur americana que si de algo no dejan de sorprendernos es de su vitalidad vibrante y movimiento constante en la búsqueda de los mejores horizontes que puedan brindar a sus pueblos.

16. Lejos de mi interés está en oponerme a la facultad que tiene la Corte para reformular o precisar preguntas que sean sometidas a su conocimiento en el marco de una solicitud de Opinión Consultiva, más, en esta reformulación específica, a más de la reflexión del párrafo precedente, técnicamente disiento sobre la forma en que la mayoría resolvió reconducir la pregunta. No solo que la reformula de oficio, ya que en ningún momento fue mencionado, referido o solicitado por Colombia, sino que construye y le otorga una definición y una caracterización propia, actuación para la cual, en mi opinión, no ofrece sustento jurídico o doctrinario que le faculte tomar dicha decisión, puesto que la Corte cambia el objeto de la pregunta originalmente presentada por Colombia e

introduce al análisis elementos jurídicamente indeterminados, propiciando una *sui generis* uniformidad y codificación de las legislaciones de los estados del Continente, de trascendentales consecuencias, políticas y jurídicas para las democracias y los Estados de la región; ámbitos de reflexión, discusión y proposición que eventualmente pueden ser atendidos y probablemente resueltos por otras instancias del sistema, como el Comité Jurídico Interamericano, organismo que conforme lo señala en su página web (comité jurídico interamericano.oas.org): "... es uno de los Órganos principales de la organización de los Estados Americanos (OEA). **Es el cuerpo consultivo de la organización en asuntos jurídicos encargado de promover el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional y de estudiar la posibilidad de uniformar las legislaciones de los países del Continente**" (negrillas y subrayado me corresponden). Finalmente, considero, que la pregunta originalmente formulada sí debía ser precisada y reformulada, pero siempre que se mantuviera su esencia y objeto, lo cual no sucedió de la manera como lo decidió la Corte.

2. Consideraciones sustanciales

17. Una vez sentada mi posición sobre algunos de los aspectos formales analizados por la Corte, me permito realizar algunas precisiones con respecto a la democracia representativa y los derechos políticos, que resultan relevantes no solo en virtud de la resolución adoptada por la Corte en el presente caso, sino también para el contexto actual de la región y las prospectivas que devendrán de la Opinión.

i. El camino a la democracia representativa y participativa

18. El contexto es importante, porque mientras escribo este voto nuestras instituciones políticas, sociales y jurídicas han sufrido un resquebrajamiento radical producto de la devastación que trajo consigo la pandemia. Junto con esta realidad se ha hecho evidente la histórica y brutal desigualdad que arrastra nuestra región desde épocas coloniales. Este contexto es muy relevante porque en estos momentos, no son pocas las protestas a lo largo y ancho de nuestra región, reclamando soluciones profundas a los sistemas políticos, económicos y sociales.

19. Si obviar este contexto es pretender tapar el sol con un dedo, considerar que un sistema político es un molde fijo para garantizar la democracia, es una empresa tan infructuosa como hacer un embalse de un río con arena de playa. Desde el intento de globalización de la economía y el libre mercado con el Consenso de Washington, hemos vivido años de intentos fallidos de programas económicos, sociales y políticos con recetas neocoloniales de laboratorio fracasadas en nuestra región que dan cuenta que en el corazón mismo del descontento latinoamericano descansa la brecha entre la promesa democrática y la realidad. Cercanos a los 25 años del siglo XXI, los pueblos han decidido que sus gobernantes no están a la altura de proyectos que busquen soluciones a los problemas que enfrentamos como sociedades. Problemas enraizados y de larga data, sólo por nombrar algunos: concentración de la riqueza y socialización de la desigualdad, la delincuencia organizada en ascenso, el narcotráfico cooptando esferas del poder político, ejecuciones extrajudiciales de comunicadores sociales, líderes comunitarios y defensores de derechos humanos, irrefrenable incremento en las tasas de feminicidios, colapso de los servicios de salud, educación y seguridad pública, dantesca devastación de las selvas, bosques tropicales y fuentes de agua, acompañado de una persistente perdida de apego y fe en la institucionalidad democrática, evidenciada en cifras que corroboran una constante desvaloración de la participación activa de la gente en los procesos político electorales y en los asuntos públicos en general.

20. Estoy plenamente convencido que, en un primer nivel, la respuesta a estas problemáticas recae en consolidar políticas públicas desde una visión derechos humanos. Sin embargo, esa misma convicción no es similar cuando se me plantea que las patologías políticas que vivimos pueden ser resueltas con una simple receta prescrita por órganos internacionales, por una receta que incluya embalsar el río del descontento popular en modelos de democracia que se inhiben y blindan ante cualquier atisbo de cambio o impugnación de sus fundamentos centenarios. Es que este río de demandas sociales no encontrará nunca su encauce en sistemas democráticos inflexibles, importados y modélicos que resisten cualquier llamado al cambio y la reformulación sustantiva de sus fundamentos. El remedio sería mucho peor que la enfermedad.

21. Sin ánimo de ser autorreferencial, pero sí considerando que la lógica argumentativa así lo requiere y en aras de ser consecuente en mi pensamiento y actuación, debo reconocer que he iniciado ya una conversación sobre la democracia participativa en el Voto a Favor y Parcialmente Disidente de la Opinión Consultiva 26 sobre “La denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la Carta de la Organización de Los Estados Americanos y sus efectos sobre las obligaciones estatales en materia de derechos humanos”⁹. En dicha ocasión, la mayoría de la Corte no optó por entrar a desarrollar con mayor precisión cuál es el contenido del principio democrático. Al igual que en esta Opinión Consultiva, se tomó como “inspiración” a la Carta Democrática Interamericana para repetir la relevancia de ciertas fórmulas que pueden llegar a parecer discursivas, pero que en el fondo traen consigo el peligro que tiene repetir varias veces una frase y es que quede enquistada como una irrefutable verdad, o como la única versión de aquello que consideramos democracia. No podemos seguir agotando la discusión respecto del principio democrático y la democracia, al considerarla única y casi excluyentemente como la única: la de una forma de democracia donde nos representan y a quienes delegamos hagan la gobernanza de las naciones, en nuestro nombre. El quindénio de este siglo presenció la condensación de anhelos constitucionales que reformularon coordenadas institucionales percibidas como inamovibles, conceptos que reformularon y enriquecieron la noción de la representación con la agregación de la participación de la gente y la reformulación de los modelos económicos inspirados en la producción y la redistribución de las ganancias. La región ha construido, a partir de inéditos procesos sociales, trasformaciones constitucionales profundas y en el marco de la democracia electoral. La gente común demanda a gritos, en las calles o en los últimos latidos de los corazones que se apagan producto de esta pandemia, modelos que realmente nos representen a los americanos y las americanas, desde los contenidos de una democracia representativa que incluya en su ADN institucional y cultural la participación activa, responsable y propositiva de la ciudadanía, para ser partícipes en el diseño y la gestión de la cosa pública que gire alrededor del bien común, del buen vivir.

22. Tal como señalé en su momento, en nuestra región, donde existe pluralidad de sistemas jurídicos y políticos de raigambre y tradición, culturalmente diversos, la democracia representativa, en su concepción más acotada, resulta insuficiente para agotar las exigencias del principio democrático. Hace ya varios años, eventualmente luego de la fase nefasta de la época dictatorial, a partir de los años ochenta, se viene desarrollando en América Latina un constitucionalismo que busca no sólo reconocer los derechos de las mujeres, de los pueblos indígenas y tribales o de los colectivos de

⁹ Cfr. *La denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y sus efectos sobre las obligaciones estatales en materia de derechos humanos (Interpretación y alcance de los artículos 1, 2, 27, 29, 30, 31, 32, 33 a 65 y 78 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 3.I), 17, 45, 53, 106 y 143 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos)*. Opinión Consultiva OC-26/20 de 9 de noviembre de 2020. Serie A No. 26. Voto a favor y parcialmente disidente del Juez L. Patricio Pazmiño Freire.

diversidad sexual, sino su plena participación en los asuntos públicos¹⁰. Por ello considero que la Corte Interamericana, como marco de referencia para el debate jurídico convencional debe profundizar el concepto de democracia para enriquecer tanto la noción de democracia representativa como su componente participativo. En esta medida el principio democrático no sólo se agota en la representación formal, sino que requiere incorporar el concepto de democracia sustancial participativa, inclusiva, no excluyente, generosa y prodiga en la recepción de transformaciones y cambios, distante de la confrontación y el odio ante lo diverso, lo diferente, el otro.

23. Es urgente y actual refrendar una hermenéutica convencional que en sus presupuestos se oriente y esté dispuesta a reconocer que la "reformulación constitucional [e internacional, incorpore,] introduzca y desarrolle las instituciones más avanzadas [, tales como,] la consulta popular a nivel local o nacional, las elecciones primarias para selección de candidatos, el plebiscito, el referéndum, la revocatoria del mandato de dignidades de elección popular"¹¹, así como la creación innovadora de nuevas funciones del poder público, como la función electoral, la creación de mecanismos constitucionales de participación ciudadana en la gestión, control y escrutinio del poder público, así como la emergencia de procesos de reformulación constitucional a partir de las asambleas constituyentes con amplia participación social y popular, que nos alejen de las cosméticas reformas y cambios constitucionales legislativos diseñados por jerarcas, élites o grupos exclusivos, censitarios, generalmente beneficiarios de los cambios que dicen producir.

ii. Aproximación metodológica errónea y reformulación de los derechos políticos

24. Existe un problema metodológico en la formulación mayoritaria que hace que se haya considerado a la "reelección presidencial indefinida" como la figura respecto de la cual la Corte ha de pronunciarse. Se ha integrado de manera analógica un supuesto derecho a la reelección desconociendo que ésta es el resultado del ejercicio de un derecho y no un derecho en sí mismo. No es menester de una Corte Internacional el acotar los espacios de participación democrática, sino más bien promover su expansión. Una aproximación a las preguntas planteadas por el Estado colombiano, no supone desarrollarlas, desde un alegado "derecho a la reelección indefinida" sino más bien desde la perspectiva del derecho a elegir y ser elegido y el acceder a un cargo en **condiciones de igualdad**.

ii.1 El contenido de los derechos políticos en el artículo 23 de la Convención Americana

25. Considero que la Corte debió reformular esta pregunta para profundizar, si era necesario, en el contenido de los derechos políticos, pero no abordarlos desde una hipotética consecuencia como es una posible reelección. Dejo constancia de la importancia que tiene el contenido de los derechos políticos. Al respecto, hay un énfasis particular que señala la propia Convención Americana en su artículo 23, que recoge los derechos políticos, a que se acceda a "los derechos y oportunidades" en condiciones de igualdad. No es coincidencia que la literalidad de la Convención haya buscado hacer referencia a la igualdad como presupuesto necesario para una adecuada participación, como tampoco es coincidencia que el primer caso resuelto sobre derechos políticos haya

¹⁰ Cfr. Pazmiño, Patricio. Descifrando Caminos. Del Activismo Social a la Justicia Constitucional. Flacso, 2010.

¹¹ Cfr. Pazmiño, Patricio. Descifrando Caminos. Del Activismo Social a la Justicia Constitucional. Flacso, 2010, p. 50.

sido *Yatama Vs. Nicaragua* relacionado con la posibilidad de participación de un partido político indígena en las elecciones. Es que subyace a los derechos políticos la noción de igualdad y libertad. Igualdad para el acceso al cargo y libertad del pueblo para elegir, ergo, para decidir.

26. Por ello, considero que es erróneo el planteamiento de la “reelección” como un derecho humano. Desde un enfoque de derechos humanos es una clara inconsistencia pensar que la reelección, que es, a la vez, una posibilidad y también, eventualmente, dependiendo del resultado, es un producto de un proceso electoral, sea concebido como un derecho. Aproximarse de esta manera limitaría la interpretación en los casos particulares desde la óptica del artículo 23, es decir, como el derecho a elegir y ser elegido. Metodológicamente, esta distinción es de vital relevancia ya que se le ha pedido a la Corte que se analice un derecho desde su vicio y no desde su ejercicio. Se le planteó que existe un supuesto derecho a la “reelección indefinida”. Me pregunto, ¿estamos hablando de abuso del derecho? ¿Estamos ante una violación de este derecho? ¿O estamos ante la posibilidad de que el sistema político permita una postulación periódica continuada? Todas estas son dudas legítimas que surgen al haberse planteado las preguntas desde una aproximación que nominalmente no recoge un análisis certero del artículo 23.

27. La Corte ya había señalado que el artículo 23 establece específicamente qué es lo que debe ser garantizado por el Estado en condiciones de igualdad. Específicamente señala que se trata del derecho: i) a la participación en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por representantes libremente elegidos; ii) a votar y a ser elegido en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de los electores; y iii) a acceder a las funciones públicas de su país.

28. Es parte del contenido y consecuencia lógica del artículo 23 de la Convención que un mandato indefinido es contrario al derecho internacional. Entonces, cuando hablamos de “mandato indefinido” nos referimos aquel que no permite la existencia de elecciones periódicas, de representantes libremente elegidos, sin sufragio universal e igual, que no garantiza la libre expresión de los electores.

iii. La arquitectura constitucional y política como una potestad consustancial a los pueblos

29. La integración analógica de la reelección con el mandato indefinido hace que metodológicamente sea incongruente una respuesta por parte de la Corte. Personalmente, no considero que la reelección es un derecho humano o puede siquiera su contenido formularse como un derecho, por lo que su análisis en abstracto, necesariamente nos conduce irreversiblemente a tocar la arquitectura política o constitucional de los Estados de la región.

30. De viejísima data y por razones históricas en América Latina hemos descartado toda posibilidad monárquica o de figuras similares que, por apellido, sangre o casta, ostenten algún derecho a gobernar, recibir dádivas o privilegios. Figuras anacrónicas como la monarquía o la nobleza han sido erradicadas de nuestros sistemas que consideran que la igualdad ante la ley es el principio fundamental sobre el cual descansa nuestros régimen políticos, sociales y jurídicos.

31. En esta línea, si la Corte decidía pronunciarse debió reafirmar, como lo hemos hecho en diversas ocasiones, los estándares relacionados con los derechos políticos. Pudimos haber desarrollado el principio democrático desde la óptica del derecho a elegir y ser elegido en condiciones de igualdad. Lamentablemente, de la manera que estaba formulada, la pregunta conduce de manera riesgosa a cuestionar la arquitectura política

y constitucional de nuestros países, intentando una suerte de homogenización o unificación legislativa, afectando los derechos a la soberanía, autodeterminación y la no injerencia en los asuntos internos de los Estados, que son piedras angulares fundacionales de la Carta de la OEA.

32. Para el Libertador Simón Bolívar “la libertad tiene que ajustarse a la historia y a las tradiciones de los pueblos”¹². Así, lo comprendió también la Corte en el caso *Castañeda Gutman Vs. México* de 2008 y el segundo caso resuelto sobre derechos políticos:

la Corte considera necesario señalar que, en términos generales, el derecho internacional no impone un sistema electoral determinado ni una modalidad determinada de ejercer los derechos a votar y a ser elegido. Ello se desprende de las normas que regulan los derechos políticos tanto en el ámbito universal como en el regional, y de las interpretaciones autorizadas realizadas por sus órganos de aplicación.

33. En el caso en concreto, en que se debatía si México debía o no, conforme las obligaciones internacionales, permitir las candidaturas independientes o mantener un sistema construido sobre la base exclusivamente de partidos políticos para la elección de presidente de la República en dicho país, la Corte consideró que no era preciso entrar a determinar cuál sistema político es acorde a la Convención Americana y muy acertadamente consideró que:

A la Corte no se le escapa que en la región existe una profunda crisis en relación con los partidos políticos, los poderes legislativos y con quienes dirigen los asuntos públicos, por lo que resulta imperioso un profundo y reflexivo debate sobre la participación y la representación política, la transparencia y el acercamiento de las instituciones a las personas, en definitiva, sobre el fortalecimiento y la profundización de la democracia. La **sociedad civil y el Estado tienen la responsabilidad**, fundamental e inexcusable **de llevar a cabo esta reflexión y realizar propuestas** para revertir esta situación. En este sentido los Estados deben valorar **de acuerdo con su desarrollo histórico y político** las medidas que permitan fortalecer los derechos políticos y la democracia, y las candidaturas independientes pueden ser uno de esos mecanismos, entre muchos otros¹³.

¹² Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos, Acta de la Sesión Protocolar celebrada el 24 de julio de 2007. OEA/Ser.GCP/ACTA1603/07, 24 julio 2007.

¹³ Cfr. Caso *Castañeda Gutman Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184, párr. 204.

34. En conclusión, evidenciamos cómo la Corte consideró que es una responsabilidad “fundamental e inexcusable” del propio Estado y de su sociedad civil organizada, reflexionar y emprender proyectos políticos y de reforma. Resultando, consecuentemente innecesario, cuando no un despropósito, que va más allá de lo competencialmente jurídico, considerar que sea la propia Corte, o una mayoría de la misma, quienes puedan decidir sobre cuál es el mejor sistema de arquitectura política o constitucional para “...fortalecer los derechos políticos y la democracia...” en nuestros países.

Este mi voto.

L. Patricio Pazmiño Freire
Juez

Pablo Saavedra Alessandri
Secretario

**VOTO DISIDENTE DEL JUEZ E. RAÚL ZAFFARONI
RESPECTO DE LA
OPINIÓN CONSULTIVA OC-28/21
DE 7 DE JUNIO DE 2021
SOLICITADA POR LA REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**LA FIGURA DE LA REELECCIÓN PRESIDENCIAL INDEFINIDA EN SISTEMAS
PRESIDENCIALES EN EL CONTEXTO DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE
DERECHOS HUMANOS**

(Interpretación y alcance de los artículos 1, 23, 24 y 32 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, XX de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 3.d de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y de la Carta Democrática Interamericana)

1. El encomiable propósito de las respuestas

Cabe ante todo destacar el altísimo mérito del noble objetivo perseguido en las respuestas mayoritarias de la Corte a la presente Opinión Consultiva, cuyo texto trasunta en todo momento la saludable intención de evitar cualquier deformación de nuestras democracias representativas, como también la instalación de autocracias y de otros géneros de burlas a la voluntad de los Pueblos.

Las peripecias de las historias políticas de nuestros Estados, plagadas de abusos de poder, de tristes episodios dictatoriales y de regímenes de franco no derecho, del Rio Bravo hacia el sur es propia de una región geopolíticamente desfavorecida por su sometimiento a quinientos años de sucesivas etapas de colonialismo.

La historia, con su triste experiencia de millones de muertos y esclavizados y sus huellas y cicatrices no bien

cerradas, explica sobradamente la noble intención de las respuestas ofrecidas en el texto mayoritario de la Corte.

Lamentablemente, me veo en la necesidad de contrastar el optimismo vertido por la mayoría. Ojalá pudiera esta Corte evitar toda eventual deformación de las democracias representativas y cualquier autocracia o desviación de los principios del Estado de derecho en el continente.

Por razones jurídicas considero que la Corte no es competente para juzgar las particularidades de las formas de gobierno que adoptan nuestros Estados, más allá de los estrictos límites esenciales a cualquier democracia representativa que le señalan los instrumentos internacionales que el tribunal tiene el deber de hacer cumplir, en ninguno de los cuales se hace referencia a la reelección indefinida.

Pero incluso si la Corte tuviese competencia para exceder esos límites y señalar pautas detalladas para la proyección interna de la ingeniería institucional de los sistemas democráticos de los Estados, es decir, de imponerles pautas de organización política y constitucional detalladas, más allá de las esenciales y básicas señaladas en los instrumentos internacionales, estimo que fácticamente sería una empresa sin ningún éxito, aunque cayese en agobiante casuismo, en razón de la acelerada dinámica de las mutaciones del poder de respuesta a las diversas coyunturas conforme a los imprevisibles accidentes de la política pequeña, astuta y hartera, como precisamente lo enseña la experiencia histórica de todos los tiempos y lugares.

2. Preferencias personales ciudadanas

Debo precisar que, como convicción ciudadana y personal, no tengo ninguna preferencia por las reelecciones indefinidas y ni siquiera por los sistemas presidencialistas. Como ciudadano, pienso que algún día será irremisible que mi país y otros de nuestra región adopten el sistema parlamentario. No comparto el reiterado argumento de que lo impide nuestra tradición. Considero que importa una subestimación de nuestros Pueblos pretender que se nos impone el presidencialismo porque esa supuesta tradición exige lideratos políticos fuertes. Creo que todo Pueblo aspira a lideratos de esa naturaleza y no sólo los nuestros. Cualquier Pueblo aspira a elegir democráticamente y a ser conducido por los mejores y más nobles, hábiles, íntegros e inteligentes de sus ciudadanos que -además- ostenten dotes de empatía. Pero estas son condiciones personales que no dependen de la forma particular de la más o menos precisa regulación constitucional de los sistemas democráticos, pues no las otorgan las constituciones: *Quod natura non dat, Constitutio non præstat.*

Sin duda que personas con esas cualidades han descollado y gobernado en el marco de sistemas parlamentarios y han sido reelectas reiteradamente por sus pueblos, en tanto que también las ha habido que, sin ninguna de esas condiciones, han gobernado en sistemas presidencialistas.

De todas formas, se trata sólo de mi personal convicción como ciudadano, por lo que me felicito de que en mi país no se admita la reelección indefinida y siento que no adopte el sistema parlamentario.

3. La neutralización de los mecanismos de defensa

De todos modos, el ejercicio de la función judicial y, en especial, la de control de constitucionalidad -en este caso de convencionalidad- exige de la magistratura un considerable esfuerzo para separar las preferencias personales de lo que sanamente se debe deducir a la hora de interpretar técnicamente los textos legales.

Por cierto, no se trata de un esfuerzo fácil, porque ningún magistrado deja de ser humano y, por ende, las esferas intelectual y afectiva o emocional interactúan y, entre otras malas pasadas, suelen jugar las rationalizaciones.

El diablillo emocional se atavía fácilmente con los atuendos de la rationalidad a la hora de ejercer el poder de declarar inconstitucionales leyes sancionadas por mayorías parlamentarias y, en consecuencia, tiende la trampa que lleva a incurrir en el error de declarar contraria a las normas de máxima jerarquía toda ley sentida como antipática o contraria a las preferencias o valoraciones personales del juzgador. De allí la necesidad de hacer consciente el riesgo para apartar esa tentación al decidir cuestiones que exigen el máximo de delicadeza en el ejercicio de la tarea de dotar de eficacia a las normas del tope de la pirámide jurídica.

Esta exigencia alcanza su punto máximo cuando se trata nada menos que de valorar cualquier interrogante referido a los límites que los Estados se impusieron convencionalmente como acotamiento del ámbito de sus potestades

constitucionales nacionales, o sea, la definición y valoración de las instituciones políticas concretas que se hubiese dado cada Pueblo del continente a la hora de definir los perfiles particulares de sus respectivos sistemas democráticos.

4. Procedencia de la Opinión Consultiva

Apartada la tentación racionalizadora, la primera cuestión que observo en cuanto a la presente Opinión Consultiva es la de su procedencia. En esta materia, en el curso de la audiencia pública, surgió con claridad que su solicitud se motivó en el conflicto institucional que afectó al Estado Plurinacional de Bolivia y que hizo transitar a ese país por un régimen de no derecho, dando lugar a uno de los momentos más difíciles de los últimos años para la vigencia y eficacia de las democracias del continente, en particular por su extrema similitud con los golpes de Estado de otras épocas. Por fortuna se resolvió mediante la recuperación democrática de la vía institucional.

Las manifestaciones vertidas por el propio representante del régimen de no derecho con vigencia en ese Estado en el momento de la audiencia pública del 28, 29 y 30 de setiembre de 2020, despejan cualquier duda acerca de la motivación particular de la Opinión Consultiva.

No es posible ignorar que la instalación de ese régimen se generó con motivo de una elección puesta en duda por uno de los concurrentes y con una intervención internacional, por cierto, nada afortunada. Bajo ese régimen se dio muerte a civiles desarmados, se secuestró a ciudadanos, operaron

grupos armados que asaltaron domicilios, se desconoció el derecho de gentes negando durante un año los salvoconductos de salida a personas bajo protección diplomática, se amenazó con violar la inmunidad de sedes diplomáticas ante la indiferencia de la policía y se privó de libertad arbitrariamente, incluso poniendo en peligro la vida de algunas personas y precipitando la pérdida del embarazo de una funcionaria del gobierno constitucional, entre otras gravísimas violaciones a los Derechos Humanos. Se trata de hechos que en este momento son investigadas por los jueces de ese Estado.

En su momento y con plena razón, la Corte consideró improcedente la Opinión Consultiva solicitada por el Secretario General de la OEA y motivada en el juicio político a la Presidenta de Brasil, por estar referida a un caso perfectamente individualizado y posiblemente contencioso. Los hechos derivados del superado régimen de no derecho boliviano, sin duda que son potenciales casos contenciosos.

Con esta primera observación podría cerrar mi opinión, pero dado que las razones que me mueven a considerar improcedente esta Opinión Consultiva no se agotan únicamente en lo antes señalado, sino que estimo que esa razón concurre con los límites convencionales a la competencia misma de la Corte, he de exponer también las restantes consideraciones por las que me separo de las ilustradas y bien intencionadas respuestas de la mayoría de la Corte.

5. Competencia según el legislador histórico

En la interpretación de cualquier ley -nacional o internacional- suele invocarse la llamada *voluntad del legislador*, aunque por lo común no se precisa demasiado a quién se entiende como sujeto de esa invocación, que en ocasiones adquiere caracteres poco menos que míticos.

Es dudoso, pero si con esa expresión se pretende atender al *legislador histórico*, es decir de carne y hueso, siempre será difícil saber lo que pensaron los miembros de un parlamento o legislatura que, por lo general, votan según sus bloques partidarios y, como es natural, muchos de ellos apenas están informados del contenido de las leyes que aprueban, en particular cuando se trata de textos con precisiones técnicas muy especializadas. En tales casos, se considera *legislador histórico* al autor o autores del proyecto, como en el supuesto de los códigos.

Así, en cuanto a los tratados internacionales y en especial a los multilaterales, los verdaderos autores son quienes los escriben y no los parlamentarios ni los ministros y ejecutivos que sancionan y promulgan las leyes que los ratifican en sus respectivos países.

En este sentido, es sabido que estos instrumentos son resultado de larga tramitación con intervención de expertos nacionales e internacionales, diplomáticos avezados, departamentos jurídicos de las cancillerías y doctrinarios que influyen en los textos. La preparación de los tratados y otros instrumentos internacionales nunca es fruto de improvisaciones, aunque quienes procedan a su ratificación en cada Estado, puede que no conozcan los detalles de esas complicadas elaboraciones. Es indiscutible el alto nivel técnico

y experiencia política de varios de los juristas que tomaron parte en la preparación, redacción y aprobación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Las respuestas de la mayoría de esta Corte ilustran muy ampliamente sobre tratados e instrumentos internacionales, en cuyos textos nada se dice respecto de las reelecciones indefinidas de los titulares de los poderes ejecutivos de los Estados.

Es impensable imaginar que ese tema haya sido pasado por alto por simple inadvertencia de quienes podemos considerar como sus legisladores históricos, que elaboraron tan meticulosa y pormenorizadamente sus textos, cuando se cuidan hasta las formas verbales y los más mínimos detalles semánticos y de puntuación.

La conclusión del recorrido por esos instrumentos y la consiguiente verificación del mutismo sobre las reelecciones indefinidas, no tiene otra posible interpretación que la omisión voluntaria de su consideración, o sea que, si los habilidosos y verdaderos legisladores históricos no la mencionaron, fue porque no quisieron hacerlo, o sea, que no tuvieron voluntad de prohibirla.

6. Competencia según la ley internacional

Pero el valor de la voluntad del legislador histórico es relativo, pues éste -como señaló alguna vez Gustav Radbruch- cuando sanciona la ley, se queda en el muelle y la ley navega libremente, no pudiendo tirar cabos para recoger la nave que ya surca los mares. Interesa fundamentalmente interpretar

el texto, subirnos a la nave y ver hacia dónde apunta su timonel o hacia qué rumbo el viento impulsa su velamen.

En principio, en el nivel del primario análisis exegético, verificamos que la ley nada dice respecto de la reelección indefinida de los titulares de los poderes ejecutivos. Si nada dice, es cuestión de saber si el intérprete está habilitado para inferir de su texto una prohibición respecto una institución propia de los sistemas políticos de los Estados que no es expresa.

Por ende, debe observarse, ante todo que, a falta de mención expresa, su prohibición debería responder a una extensión del texto legal que podría tener lugar por dos vías: en función de una *interpretación extensiva* o bien, más radicalmente, de una *integración analógica*.

La *interpretación extensiva* tiene lugar cuando la flexibilidad del texto legal permite darle su mayor amplitud semántica. La *integración analógica*, por el contrario, excede la resistencia semántica del texto legal y consiste en agregar a su letra un supuesto o hipótesis no contemplado en éste. En último análisis, la *integración* no es una *interpretación*, sino una *complementación*.

7. Integración analógica

Para considerar que la prohibición de reelección indefinida de los poderes ejecutivos está contenida en la Convención Americana y en algunos o todos los instrumentos referidos a la forma de gobierno que debe hacer cumplir la Corte, será necesario considerar que se trata de la inclusión

de un supuesto no contemplado, o sea que se debería proceder a una integración analógica del texto legal, porque ninguno de esos instrumentos permite una interpretación extensiva.

La anterior afirmación se basa en que no es admisible la única pretensión de interpretación extensiva que puede ensayarse, intentada a partir de la prohibición del *mandato indefinido*. En este sentido se podría sostener que se trata de una extensión considerando que la *prohibición de reelección indefinida* estaría contenida o se podría inferir de la *prohibición de permanencia indefinida* o de *mandato indefinido*.

No es metodológicamente correcto ni prudente argumentar forzando un texto hasta el límite de confundir las características bien diferenciales de dos instituciones por completo diversas y perfectamente identificadas desde siempre, incluso en nuestra propia región, por conocidas razones históricas de viejísima data, puesto que se remontan a las críticas formuladas al proyecto constitucional de Bolívar para Bolivia que, por cierto, no lo pergeñaba para sí, sino para el desafortunado Mariscal Sucre.

Es más que obvio que la *presidencia o mandato indefinido* es decidida y claramente antidemocrática, pues presupone la exclusión de elecciones periódicas y, por ende, también de las reelecciones.

Lo que el derecho internacional prohíbe es la vieja *presidencia vitalicia* una institución que, por definición, excluye la reelección y que, en todos los tiempos, se supo que remonta su génesis al título napoleónico de *Primer Cónsul Vitalicio* y que, en nuestra región, no creo que haya conocido otros casos que el de Gaspar Rodríguez de Francia en

Paraguay en el siglo XIX y el de François Duvalier en Haití en el siglo pasado.

La *reelección indefinida*, por su parte y por definición, es excluyente con la anterior y, por ende, sustancialmente diferente. No necesariamente repugna a la democracia, porque requiere ineludiblemente el sometimiento periódico al voto popular, en el que no siempre se gana, aunque se ejerza el poder ejecutivo o se lo haya ejercido, como lo prueban los casos discontinuos norteamericanos de Ulysses Grant, que lo intentó en 1880, pero su partido no quiso nominarlo para un tercer mandato, o el de Theodor Roosevelt, que se presentó a un tercer mandato y perdió con Woodrow Wilson.

Pero ni siquiera lo lograron todos los presidentes que se presentaron para un segundo mandato y, por ende, lo intentaron en ejercicio del poder ejecutivo; sólo fueron diez en toda la historia de Estados Unidos. Tampoco lo lograron todos los presidentes que buscaron un segundo mandato en nuestra región: el caso de Macri, que se postuló para un segundo mandato en mi país, es prueba elocuente de que los Pueblos son los que deciden, pese al apoyo del oligopolio mediático con que contó, al de un sector judicial prevaricador y obediente, a su servicio de inteligencia persiguiendo y criminalizando opositores y al del poder financiero nacional y transnacional cerrando filas y empujando la candidatura del más puro de sus agentes locales.

Todo esto permite verificar que no todo el que gobierna gana un segundo mandato y menos todavía un tercero, a condición, por supuesto, de que haya elecciones no fraudulentas, que es lo que realmente debe cuidar esta Corte y todos los organismos internacionales, con la precaución de no sumarse a cualquier opositor que, porque perdió, lance

alaridos victimizándose y denunciando supuestos fraudes, para eludir la decisión de las urnas o debilitar la legitimidad del ganador, como en el caso norteamericano de Trump. Lamentablemente, este cuidado no siempre se observa, incluso por las agencias internacionales.

El único presidente de los Estados Unidos que ejerció un tercer mandato fue Franklin Delano Roosevelt, quien incluso llegó a ser votado para un cuarto mandato que no pudo asumir porque falleció. Por cierto, nadie se atrevería a calificar a Roosevelt de autócrata. Por otra parte, parece poco admisible que la Constitución de los Estados Unidos, conforme al texto histórico anterior a su vigésimosegunda enmienda, es decir, el texto que rigió desde el 4 de marzo de 1789 hasta 1951 y que, además, fue modelo para casi todas nuestras repúblicas, hubiese sido hoy, por la razón cuestionada ahora, considerado violatoria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y del resto de los instrumentos citados.

8. Materias que no admiten integración analógica y ni siquiera interpretación extensiva

La Convención Americana contiene textos flexibles, como por ejemplo el referido al desarrollo progresivo, pero no todas las materias admiten la extensión de sus expresiones y, menos aún, su integración analógica con supuestos no contemplados. Hay materias en que la rigidez del texto debe ser estrictamente respetada, en razón de la propia naturaleza del derecho internacional de los Derechos Humanos.

Cuando la fuente del derecho internacional son los tratados, debe observarse que, a diferencia de otras ramas del derecho, no se trata de normas emanadas de un órgano

superior como puede ser un parlamento nacional, sino que su poder se debe a limitaciones a la soberanía de los Estados que estos mismos ceden en función del propio ejercicio de sus respectivas soberanías.

Por ende, cuando los tratados no permiten la flexibilidad interpretativa, los jueces no pueden forzar su letra sin afectar la soberanía de los Estados que los ratificaron, limitándola más allá de lo que éstos cedieron.

En materia de Derechos Humanos, como es sabido -y dejando de lado antecedentes que no se generalizaron en esta rama del derecho-, la historia del derecho internacional al respecto comenzó en la última posguerra. Hasta ese momento el derecho internacional se ocupaba de las relaciones entre Estados, pero no de las de éstos con los habitantes de sus territorios.

La experiencia cultural negativa de la humanidad, especialmente exaltada al máximo por las atrocidades de esa hecatombe, pero alimentada secularmente por los crímenes atroces en los cinco continentes, generó una especial sensibilidad en la posguerra, precedida por la Carta del Atlántico, por la Declaración de Filadelfia de la Organización Internacional del Trabajo y por el propio discurso de las cuatro libertades del cuatro veces reelecto presidente Roosevelt.

La materia que está aquí en cuestión en esta Opinión Consultiva, o sea, lo que realmente se discute e interesa discutir en esta oportunidad, no es tanto el derecho de una persona a ejercer el poder ejecutivo de un Estado que, si bien no carece de importancia, en definitiva, ostenta una

relevancia totalmente secundaria frente al derecho de los Pueblos a votar por quien quieren que los gobierne.

Lo que se discute es nada menos que el ejercicio mismo de la soberanía popular, el derecho de los Pueblos que por definición son los verdaderos soberanos en cualquier democracia, o sea, que se está tocando directamente la base más elemental de las democracias de todos los países del mundo que han optado por ese sistema.

En esta materia no puede admitirse flexibilidad interpretativa, sino que el intérprete debe atenerse con toda precisión a las limitaciones que establece la letra del tratado, pues el resto se lo reservaron los Pueblos para el ejercicio de su poder soberano.

Por supuesto que, mucho menos aún, puede admitirse la integración analógica. Dejando de lado casos disparatados, como la punición analógica de la circuncisión religiosa por analogía con el aborto en la Unión Soviética, cuando se opta por la integración en forma más racional, se apela al argumento de la mayor razón, o sea, que si se contempla un supuesto menos grave, se daría por entendido que abarca los menos más graves, como en el caso sería si el tratado prohibiese la reelección indefinida, pero no el mandato indefinido, hipótesis que, como aquí es inversa, por ende, tampoco funcionaría el argumento de la llamada mayor razón.

9. Las limitaciones de la ley internacional

Es claro que la ley internacional establece limitaciones a las formas de gobierno de los Estados al comprometerse a

adoptar el sistema democrático, pero éstas son taxativas y se reducen a las notas esenciales de toda democracia plural.

Así como no sería admisible por antidemocrática una presidencia vitalicia, tampoco lo sería una llamada *democracia popular* de partido único, pues el modelo democrático que debe respetarse conforme a las cláusulas convencionales es el de *democracia plural*.

Es obvio que tampoco sería admisible una pretendida *democracia plebiscitaria*, que nada tiene de democracia, porque eliminaría el respeto a las minorías impidiéndoles que un día puedan volverse mayorías, al tiempo que lesionaría toda institucionalidad, tal como lo expresé en su momento ante la solicitud de medidas provisionales en el caso de la consulta popular del Presidente Lenin Moreno en Ecuador.

Estas limitaciones se imponen porque de lo contrario no hay sistema democrático, pues directamente son las que hacen a su esencia y las que inevitablemente tiene el deber de hacer observar la Corte.

Además, no puede ignorarse que toda constitución, como lo destaca Peter Häberle, se integra en una cultura históricamente condicionada, como no puede ser de otra manera, dado que siempre el derecho -y en particular el constitucional- es un fenómeno social, cultural, político e histórico. Y, por cierto, estas obvias limitaciones que los Estados acordaron en los tratados, no son otras que las que responden a la cultura y a la tradición y experiencia histórica del continente.

En esos instrumentos queda claro que los Estados están limitando su soberanía en materia de sistemas de gobierno,

pero tratándose del ejercicio nada menos que de la soberanía de sus Pueblos, del soberano republicano y democrático de cada uno de los gobiernos de los Estados que ratificaron los tratados, la naturaleza de la materia impone su interpretación estricta, prohíbe toda extensión interpretativa y, con mucha más razón aún, su integración analógica, como sería la introducción de la prohibición de una institución sobre la que todos los instrumentos guardan el más absoluto y hermético de los silencios.

10. Internacionalización del derecho constitucional

Desde la perspectiva de los derechos internos de los Estados, las anteriores limitaciones que éstos se han dado al suscribir los tratados implican una limitación a su soberanía en cuanto a su potestad de darse formas de gobierno, o sea, que en alguna medida la han limitado mediante la llamada *internacionalización de su derecho constitucional*.

Es incuestionable que, en principio, cada Estado independiente es soberano y tiene el derecho de darse la forma de gobierno que elija. Lo que distingue un Estado independiente de una colonia es su autogobierno. A este respecto y en el plano internacional, como regla general rige el principio de no intervención.

Sin embargo, en ejercicio de su propia soberanía, los Estados de nuestro continente se comprometieron con los otros Estados a limitar su soberanía constitucional.

Dado que esta soberanía constitucional deriva de su propia condición de Estados independientes, el grado de internacionalización de su derecho constitucional sólo puede

limitarse en la estricta medida de la limitación que hubiesen acordado en el respectivo tratado: no se concibe que, mediante un tratado, un Estado independiente deje librado su derecho soberano al autogobierno a merced de nadie, porque implicaría dejar indefinido o puesto en manos de terceros el atributo que hace a la esencia de su condición de Estado independiente.

Por consiguiente, cualquier extensión de cesión de soberanía o limitación de su independencia por vía de integración analógica del texto del tratado importaría avanzar sobre la soberanía constitucional de los Estados, es decir, sobre una atribución que es inherente a su propia condición de Estado independiente, lo que incuestionablemente sería una violación al elemental principio de no intervención, o sea, de alguna manera, un parcial pero grave desconocimiento de la independencia de los Estados.

11. Impotencia fáctica

Si bien priman las razones jurídicas antes señaladas, no es posible pasar por alto que el sano y generoso propósito de la mayoría de esta Corte, de hecho, es decir, en el plano fáctico, es absolutamente infructuoso y en cualquier caso está irremisiblemente condenado al fracaso.

La lucha por el poder que siempre implica la actividad política, al igual que la democracia misma, a veces es defectuosa y hasta decididamente mala, pero nada mejor se ha inventado hasta el presente.

Por eso, la antipolítica o el rechazo de la política es señal de una actitud reaccionaria y siempre autoritaria, aunque en ocasiones directamente totalitaria, puesto que -como es

sabido- los regímenes totalitarios de entreguerras se basaban en la crítica despiadada a la democracia plural de partidos: pretendían sobreponerse a los *partidos que partían*, invocando una vocación de supuesto unicato nacional organicista que acababa en la voluntad omnívora de un conductor conforme al irracional *Führerprinzip* u otros equivalentes ideológicos más o menos análogos.

Pero el rechazo del totalitarismo *antipolítico* no implica desconocer que muchas veces la política se degrada a un juego de mezquindades, oportunismos, deslealtades, embustes y mentiras que pierde hasta los más elementales límites éticos, ensaya insólitas y rebuscadas argumentaciones y se vale de cualquier género de artimañas.

Siento decir que es imposible prever todas las volteretas engañosas que pueden darse en esta materia, porque la imaginación de los competidores presenta en ocasiones características de increíble riqueza de creatividad maligna, imposible de superar con previsiones legales y buenas intenciones de jueces. Es imposible prever todas las situaciones que pueden dar lugar a la instalación o al continuismo de un régimen.

Echando un vistazo a la historia, podría pensarse que la prohibición de reelección indefinida hubiese evitado el *porfiriato mexicano*, pero con absoluta seguridad puede afirmarse que no hubiese evitado las repúblicas oligárquicas de nuestra región. Es posible que tenga capacidad para impedir la instalación de la autocracia de una persona, pero no de una camarilla consolidada por sus intereses explotadores del trabajo de un Pueblo.

Nada impidió en algunos de nuestros países que se consolidase un sector socialmente minoritario, un pequeño grupo, solidificado en torno a los mismos intereses latifundistas que Porfirio Díaz, sostenedor del mismo racismo y de su misma filosofía positivista, nutrido por un reduccionismo biologista idéntico al del grupo de los científicos, igualmente o más genocida de indios y eximio maestro en fraude electoral, perseguidor de opositores y parejo opresor de su Pueblo. No obstante, ese grupo autocrático, considerado racialmente superior al Pueblo, fue sumamente respetuoso de la no reelección y sus miembros se turnaban en el ejecutivo, resolviendo en amables tertulias entre hombres elegantes el orden de turno para ocupar su titularidad.

Esto es precisamente lo que sucedió en la Argentina con la llamada oligarquía vacuna, que asesinó a los indios patagónicos y fusiló obreros, o con la República Velha brasileña, cuyo ejército masacró en Canudos a los miles de hambreados seguidores de Conselheiro.

No obstante, en ambos casos, se mostró un respeto meticuloso y absoluto por la regla de no reelección, no para garantizar ninguna democracia -que no existía-, sino para repartirse por turno el poder entre contertulios amables de europeizados clubes selectos.

La imaginación legal preventiva de burlas a la prohibición de reelección indefinida lleva también a prohibir a los Pueblos que voten a parientes y cónyuges de presidentes, como está previsto en algunos textos constitucionales, atendiendo a la experiencia de las artimañas de Trujillo o al caso de la familia

Somoza. ¿Pero acaso esto no importa una violación a los Derechos Humanos de los Pueblos y de los parientes? ¿Por qué una persona no puede ser votada por su Pueblo sólo porque su hermano es presidente? ¿Con qué derecho se le priva del ejercicio pleno de su ciudadanía? ¿Por hermandad? ¿Por matrimonio? Incluso hermanos y hasta cónyuges pueden pertenecer a partidos diferentes y encontrados. Pero si se quisiera precisar esta excepción, no dejó tampoco de presentarse el caso de dos hermanos que simulaban pelearse para obtener la mayoría y la minoría de la legislatura y manejar a la totalidad de los diputados.

La imaginación perversa en política es imprevisible, su prevención legal sólo puede acabar en un extremo e insopportable casuismo y, además, dada la veloz dinámica de situaciones permanentemente cambiantes, tampoco sabremos nunca cuándo el autócrata se valdrá de las propias previsiones casuistas para sacar de la competencia electoral a su opositor.

Lamentablemente no hay sistema político democrático tan perfecto que no presente ninguna hendidura por la cual pueda filtrarse la autocracia y hasta el totalitarismo, pese a los denodados esfuerzos de los teóricos de la ingeniería institucional. Al mismo tiempo, sistemas políticos que a primera vista parecen extremadamente imperfectos y fáciles de perforar, habilitan elecciones y democracias.

No olvidemos que el nazismo surgió en una república parlamentaria, y ni siquiera se tomó la molestia de derogar formalmente la *Weimarer Reichverfassung*. Aunque el *Statuto Albertino* o *Statuto Fondamentale della Monarchia di Savoia* del 4 marzo 1848 era más defectuoso, en definitiva

se trataba de una monarquía parlamentaria y, no obstante, surgió el fascismo. La admirable y pulida *Bundes-Verfassungsgesetz* de Kelsen, tampoco impidió el golpe de Dollfuss. Inversamente, la Constitución de los Estados Unidos, presidencialista y que permitía la reelección indefinida, dio lugar a que se eligiese y reeligiese a Roosevelt.

Todo es imprevisible frente al poder y los vericuetos de la política y, naturalmente, por definición, es imposible prever lo imprevisible. La formación jurídica inclina a la preferencia por las formas lineales y geométricas en las que no cabe la política, que es un organismo vivo y mimético y al mismo tiempo fascinante, justamente porque de ella nunca se sabe a ciencia cierta si habrá de nacer un escorpión o una mariposa.

12. Riesgo no es peligro y éste no es lesión

Sin perjuicio de las precedentes razones expuestas, cabe agregar una consideración en torno a la cuestión del daño, del riesgo y del peligro. La inconvencialidad de la posibilidad de que el orden jurídico interno de cualquiera de nuestros Estados admita la reelección indefinida, tendría por objeto prevenir un supuesto riesgo de violación de Derechos Humanos. La reelección indefinida no sería, por ende, una violación a los Derechos Humanos, es decir, un daño a estos derechos, sino un *riesgo de eventuales violaciones*, pero ni siquiera un peligro, porque no sería necesario que el riesgo se concretase en una determinada situación de peligro de esas violaciones. Su alegada inconvencialidad se basaría en una presunción de riesgo que no admitiría prueba en contrario.

Pero por lo común, las presunciones se elaboran en base a lo que suele suceder conforme a la experiencia, pero no por eso dejan de ser presunciones y, por ende, no siempre sucede lo que suele suceder.

Ante todo, la existencia misma de ese riesgo fundante de la presunción es harto discutible, conforme a la propia y larga experiencia de esta Corte. En efecto: el tribunal reitera sanciones a Estados, muchas veces por violaciones gravísimas a los Derechos Humanos, algunas de las cuales importan la pérdida de numerosas vidas humanas y, por cierto, en general, los Estados sancionados no admiten en su derecho interno la reelección indefinida y algunos ni siquiera la reelección simple ni las cometan ejecutivos en ejercicio de más de dos mandatos. Por ende, conforme a la propia experiencia de esta Corte, es más que previsible que la prohibición de reelección indefinida no tenga ninguna incidencia en la frecuencia y gravedad de las violaciones a los Derechos Humanos cometidas por nuestros Estados.

De cualquier modo, conforme a las respetables respuestas de la mayoría, se presumiría *juris et de jure*, o sea, sin admitir prueba en contrario, que existe el mero riesgo -no concretado en peligro- de que un Pueblo no esté debidamente representado en caso de reelección indefinida, pese a que el mismo Pueblo sería el que hubiese votado a su poder ejecutivo.

Esta afirmación encierra una contradicción, pues si el Pueblo elige, por supuesto en elecciones sin fraude ni proscripciones, es decir si realmente elige votando limpiamente y por mayoría democrática a su titular del

ejecutivo, no se explica cómo sería posible que no resultase representado por quien eligió.

El único camino para resolver esta contradicción es dar por cierto -presumir- que cuando un Pueblo votase por tercera vez a su ejecutivo, estaría eligiendo mal, se estaría equivocando, porque estaría siendo engañando y, por ende, esta Corte decidiría impedirle que se equivoque o que lo engañen o, más aún, que corra el mero riesgo de equivocarse o de ser engañado. De este modo, el tribunal asumiría una función de cuidado, vigilancia o tutela de los Pueblos del continente, para evitar que corran el riesgo de equivocarse y de ser engañados al votar.

Como es obvio, esto presupone que los Pueblos necesitan ser asistidos, en razón de que después de dos mandatos de un presidente, el electorado sufriría cierto grado de incapacidad que demandaría esa asistencia tutelar. No parece razonable entender que la Convención Americana habilite al tribunal para el ejercicio de esa competencia tutelar de los Pueblos del continente.

Por otra parte, son muchas las formas en que es posible confundir y engañar a un electorado ante cualquier elección. Las tácticas políticas *völkisch* o populacheras, que se montan sobre prejuicios y los profundizan, son un claro caso de engaño. Las mentiras acerca de los candidatos, el descrédito que gratuitamente les atribuye delitos o conductas o ideologías totalitarias, las falsas imputaciones éticas y otras muchas, son comunes en las campañas electorales, pese a ser medios sucios de competencia política.

Pero sería sumamente peligroso que esta Corte, competente para sancionar a los Estados que cometan violaciones a los Derechos Humanos, asumiese competencia para prevenir todos los posibles ardides o engaños frecuentes para captar votos.

13. La prevención de riesgos no tiene fin

Hace tiempo que en el derecho en general, en razón de los desarrollos tecnológicos, se comenzó a hablar de la *sociedad de riesgo* y de allí se dedujo por algunos la necesidad de intervenir legislativamente antes de la producción de daños y ni siquiera de peligros, sosteniéndose que era más eficaz prohibir y sancionar conductas que no lesionasen derechos y ni siquiera la creación de situaciones de peligro, pero que creasen riesgos de lesión de derechos.

Es obvio que por esta vía se puede llegar a un verdadero totalitarismo sofocante de todo espacio de libertad social, porque prácticamente no hay conducta que no pueda calificarse como de riesgo, dependiendo de la capacidad imaginativa de cada legislador y de sus personales temores. En el imperio romano se penaba severamente la fabricación de telas de color púrpura, porque era el color imperial y, por ende, si alguien las fabricaba sin autorización del emperador, se corría el riesgo de que estuviese participando en la preparación de un golpe de Estado.

La prevención de riesgos no tiene fin, puesto que hay riesgos cercanos, lejanos y remotos, valoración que dependerá

siempre de la capacidad imaginativa y de los temores individuales -incluso paranoides- de cada evaluador.

En la sociedad tecnológica actual y en la política de todos los tiempos, los riesgos de engañar y defraudar son inevitables. De asumir la Corte esta competencia tutelar de los Pueblos, que en modo alguno creo que le corresponda, abriría un camino de difícil tránsito y sin final, por lo menos feliz.

En las democracias, como en el tránsito, hay riesgos que el derecho debe tolerar, pues de lo contrario habría que suprimir el tránsito mismo, lo que no significa que no se deba penal al que conduce en estado de ebriedad. Los riesgos no tienen fin, porque inevitablemente siempre corremos cierto grado de riesgo, tanto las personas como también los Pueblos.

14. La función preventiva de la Corte

Lo anterior no significa desconocer que la Corte tiene a su cargo una importante función preventiva de violaciones a los Derechos Humanos, incluyendo las que eventualmente se quieren atribuir a la institución de la reelección indefinida. Partiendo de la afirmación, formulada incluso por la mayoría de la Corte, de que el respeto se garantiza mediante la protección del Estado de derecho y de los Derechos Humanos, la sanción a sus violaciones, oportuna y justa, es precisamente la forma de disuadir a los Estados y de prevenir otras violaciones, puesto que éstos se abstendrán de cometerlas en la medida en que tengan la certeza de que existe una eficaz

jurisdicción internacional de Derechos Humanos que los condenará.

Sin perjuicio de lo anterior, también son preventivas las debidas garantías de no repetición incluidas en la mayoría de las sentencias de la Corte, además de las oportunas medidas provisionales que pueda disponer el tribunal.

Siendo eficaz la jurisdicción internacional en materia de Derechos Humanos, cabe preguntarse qué razones habría para prohibirle a un Pueblo que vote por un presidente que quiera someterse al escrutinio popular por tercera vez, en el marco de un Estado que no persiga opositores, no tenga presos políticos, no viole sistemáticamente Derechos Humanos, respete la libertad de opinión, no proscriba partidos ni candidatos, las elecciones sean claras y transparentes y, además, mucho mejor si lo quieren votar porque en esa sociedad descienden el coeficiente de Gini y las líneas de pobreza y desempleo y aumenta el PBI. No se podría explicar cuál sería la razón para que esa reelección deba considerarse violatoria de la Convención Americana y tutelar a ese Pueblo, presumiendo que puede llegar a estar engañado, impidiéndole votar a ese candidato.

Si esas condiciones no se diesen, como si tampoco se diesen en otro país que no admite la reelección indefinida, lo que estaría fallando sería la prevención de violaciones a los Derechos Humanos, lo que significaría que estaría fallando el propio sistema interamericano en cuanto a su función sancionadora y, por ende, preventiva.

De lo anterior resulta que la mejor y más eficaz prevención de violaciones a los Derechos Humanos no puede

ser otra que el perfeccionamiento mismo del sistema, que hubiese debido imponerle al Estado el funcionamiento regular de su poder judicial nacional, que hubiese debido sancionar las violaciones cometidas, conminándolo a acabar con las privaciones de libertad arbitrarias, con las limitaciones a la libertad de expresión, con los presos políticos, con persecución de opositores, etc. Ninguna de estas condiciones depende de que haya o no reelección indefinida, sino del óptimo funcionamiento de nuestro sistema regional. Si se instala una autocracia en la región, no se debe eso a la reelección indefinida, sino a que el sistema no fue suficientemente eficaz para evitarlo.

En síntesis: la eficacia del sistema interamericano es la única y mejor clave preventiva. Para eso es menester acelerar los tiempos del trámite de las denuncias ante nuestros órganos, disponer medidas provisionales por la Corte en casos de urgencia y en especial cuando se hallare en riesgo la vida humana y sancionar adecuadamente y en tiempo razonable a los Estados que cometan violencias de Derechos Humanos contra sus habitantes.

15. Los peligros actuales para nuestras democracias

Partiendo de la diferencia entre riesgo -como posibilidad de peligro concreto- y peligro como el riesgo concretado, no cabe duda acerca de que las democracias de nuestros países no sólo corren riesgos, sino que algunas de ellas se hallan en

peligro, para lo cual es suficiente nutrirse con la información pública corriente.

De ninguna manera existe en este momento ningún peligro que pueda atribuirse puramente a la reelección indefinida de los ejecutivos que, en última instancia, se podría concebir como algo remoto y no concretado, sin contar con que, en cualquier caso, con o sin reelección indefinida, como señalamos, el peligro devendría de la impunidad de los Estados que cometan violaciones a los Derechos Humanos.

En la primera línea de los actuales peligros para las democracias del continente, concretados en varios casos incuestionables, se cuenta la persecución, prisionización y criminalización de opositores por parte de asociaciones ilícitas compuestas por algunos jueces prevaricadores, instigados por poderes ejecutivos -en general no reelectos indefinidamente y ni siquiera por única vez-, con complicidad de agentes de los servicios de inteligencia y de operadores de los medios de comunicación hegemónicos, monopólicos u oligopólicos, con el claro objetivo de amedrentar y proscribir candidatos y partidos políticos, o sea, no sólo de desconocer los derechos de las minorías, sino incluso de las mayorías.

El segundo lugar entre los actuales peligros para nuestras democracias -no del todo independiente del anterior- lo ocupa la limitación a la libertad de expresión, el discurso único y la construcción única de realidad por efecto de los monopolios y oligopolios de medios de comunicación, ante una desregulación total del régimen de estos medios, que los deja librados a grandes corporaciones que acumulan concesiones de canales de televisión, diarios, radios y

servicios electrónicos, sin límite legal a esa acumulación, en forma que ninguna democracia respetable del hemisferio norte lo permite.

Semejante concentración de medios de comunicación es incompatible con el modelo de democracia plural al que todos aspiramos en el continente, porque dichas enormes corporaciones mediáticas económicamente poderosas operan en la realidad como partidos únicos, capaces de desorientar y promover los mayores errores, ante la total falta de ética con que difunden noticias falsas, incluso en materia de salud, instigando al incumplimiento de medidas sanitarias, llegando impunemente a recomendar la ingesta de falsos remedios y hasta tóxicos en la actual emergencia que vive nuestra región y el mundo, poniendo en peligro vidas humanas.

Por otra parte, la hegemonía monopólica de medios afecta nuestras culturas nacionales, privan de voz a las minorías, conceden voz a alucinados extremistas e incluso a neonazis, generan zozobra en la población con noticias falsas de todo orden, no reparan en linchar públicamente a quien consideran molesto, no matan como en tiempos de dictaduras de seguridad nacional, pero aniquilan el honor de quien quieren con total impunidad, destrozán personalidades públicas como a Túpac Amaru en la plaza del Cusco.

En tercer lugar, pero quizá sea el primero, porque de él en alguna medida se desprenden los anteriores, se hallan las administraciones fraudulentas de las economías de los Estados mediante maniobras financieras de endeudamiento abusivo por miles de millones de dólares que no se invierten en el país, sino que salen a cuentas en el extranjero so-

pretexto de fugas, cuando en realidad ningún obstáculo se impone a la salida irrestricta de divisas, de modo que finalmente sólo quedan en poder del Estado los papeles que acreditan la deuda que debe pagar.

Este *delito político-económico* atenta contra la propiedad de todo el Pueblo, que debe pagar deudas astronómicas. Se trata de un *macrodelito* que se conviene por medio de *pseudocontratos*, o sea, de acuerdos en que se carece de una autoridad tercera que garantice los derechos de las partes, es decir, del acreedor y del deudor, sino que en ellos se somete el deudor a la jurisdicción del prestamista que, además, exige ajustes presupuestarios que se concretan en reducción de inversión social, de educación, salud, previsión, etc., como también en derogaciones de la legislación laboral de los Estados deudores, llamadas *flexibilizaciones*.

A todo lo anterior, cabe agregar las extorsiones de los *hold out*, que aprovechan los *default* o falencias causados por los *delitos político-económicos*, para comprar títulos devaluados, esperar la renegociación con la mayoría de los acreedores manteniéndose al margen de ella y, posteriormente exigir el valor nominal ante los tribunales del prestamista. Se trata de un espacio delictivo permitido por la ausencia de todo procedimiento racional para el caso de los Estados que caen en cesación de pagos o falencia.

Como resultado de todo lo anterior, es decir de fenómenos que no son totalmente independientes, sino que se vinculan estrechamente, no sólo nuestras democracias se hallan en grave peligro, sino que se viola abiertamente el Derecho Humano al desarrollo progresivo, pues suben las

líneas de pobreza, quiebran las pequeñas y medianas empresas, aumenta el desempleo, disminuye el consumo interno y la recaudación fiscal, baja el PBI y alcanzamos en casi toda la región los coeficientes de Gini más altos del mundo, todo lo cual cuesta un alto número de vidas humanas en razón de las muertes producidas por insuficientes campañas de vacunación y sanitarias, atención selectiva de la salud, suicidios, altos índices de homicidios, violencia intrafamiliar y femicidios, represión y letalidad policial, inseguridad laboral e inadecuación de nuestros caminos a los vehículos que nos imponen.

Todos estos peligros y daños actuales ya producidos y, más aún, sin garantía alguna de discontinuidad y no repetición, son los que lesionan y amenazan en este preciso momento continental a nuestras democracias de modo mucho más agudo y próximo que los eventuales resultados de la reelección indefinida, habida cuenta de que, si en algún país, con o sin reelección indefinida, se violan Derechos Humanos, es porque no se sancionaron oportunamente esas violaciones y esa impunidad abrió el camino de otras iguales o peores..

Tampoco se plantea problema alguno de reelección indefinida en el Estado cuya situación motivó la presente Opinión Consultiva, que felizmente superó su momento crítico por vía democrática.

16. El riesgo para los Derechos Humanos

Por último, teniendo en cuenta que en los límites a la internacionalización del derecho constitucional de nuestros Estados, tanto en la Convención Americana como en ningún

otro instrumento convencional se menciona la reelección indefinida y que, por ende, su inclusión por vía analógica hace avanzar a la jurisdicción internacional sobre la soberanía de los Pueblos más allá de lo acordado, entiendo que a las anteriores consideraciones debe agregarse una seria preocupación, esta vez acerca de las consecuencias negativas que un avance por esta senda pueda provocar al futuro mismo del derecho internacional de los Derechos Humanos.

El derecho internacional de los Derechos Humanos positivizó universalmente la norma básica que impone el deber de respetar y tratar a todo ser humano como persona (de la que en definitiva se derivan todas las normas más precisas en la materia), sembrando una semilla de ciudadanía planetaria.

Los hechos que decidieron esta positivización son de larguísima data, impulsados por la presión de la experiencia acumulada de victimizaciones por crímenes masivos que fueron alimentando un verdadero patrimonio cultural negativo de la humanidad, cuya producción comenzó con el mundo, si por tal entendemos el momento en que se iniciaron las relaciones mundiales por efecto del conocimiento de la existencia de todos los humanos, o sea, a fines del siglo XV.

Millones de muertos se fueron acumulando en la experiencia criminal que configuró ese patrimonio cultural humano negativo hasta que, quienes hasta ese momento y practicando el más despiadado colonialismo, habían sembrado muerte por América, África, Asia y Oceanía, entraron en brutal conflicto y uno de ellos no dudó siquiera en emplear los mismos métodos coloniales, pero en forma aún más estremecedora, porque para su comisión se valió la tecnología

industrial de producción en serie, en ese caso de muertes. Esto hizo saltar por los aires la coraza de negacionismo y racionalización que ocultaba toda la experiencia de los genocidios acumulada durante casi cinco siglos y sacar a luz toda la horripilante cultura negativa de la humanidad.

El derecho internacional de los Derechos Humanos no nació de la razón, sino del miedo que impuso un mínimo de racionalidad e hizo aflorar con todo su horror la totalidad del patrimonio cultural negativo de la humanidad, hasta ese momento negado o normalizado mediante dispares y disparatados discursos ideológicos etnocentristas, legitimantes de una inventada superioridad civilizatoria colonizadora que, por supuesto, rápidamente también dejaron de sonar en el centro de la escena, porque prestamente se hicieron callar a sus cultores.

El camino del derecho internacional de los Derechos Humanos, como el de todas las normas, transita del deber ser al ser con las dificultades que conocemos, pero, de cualquier manera, se convierte paulatinamente en un instrumento de lucha de los Pueblos. En este sentido, se le abre un futuro esperanzador y venturoso, por el que se lo debe impulsar, pero sabiendo que también tiene sus enemigos ideológicos y fácticos, que se empeñan en obstaculizar el difícil camino hacia su creciente eficacia.

Su eficacia no sólo se obstaculiza en el plano fáctico, sino que también se intenta neutralizar su realización por vía de la perversión hartera y maligna de sus propios fundamentos, cuando se lo quiere manipular ideológicamente para convertirlo en un nuevo discurso etnocentrista de pretendida

superioridad cultural o civilizatoria, legitimante de también nuevas etapas de sometimiento geopolítico. Por decirlo más claramente, la forma más perversa de neutralizarlo es desvirtuarlo como discurso de liberación de los Pueblos, para degradarlo a un nuevo discurso de dominación. Este es el mayor riesgo que en el mundo actual pesa sobre el futuro del derecho internacional de los Derechos Humanos.

En la medida en que excedamos los límites a la soberanía de los Estados, señalados claramente en la letra de las disposiciones convencionales, para acotar la soberanía de los Pueblos más allá de lo cedido por éstos mismos, aduciendo que pueden equivocarse, se asume una función tutelar que fácilmente deriva en el etnocentrismo y, con eso, corre el riesgo cierto de desvirtuar la naturaleza liberadora que es de la esencia de esa rama del derecho internacional.

Por todas las antedichas razones, considero que la presente Opinión Consultiva no es procedente.

Así lo voto.

Eugenio Raúl Zaffaroni
Juez

Pablo Saavedra Alessandri
Secretario



Corte Suprema de Justicia de la Nación

Buenos Aires, 26 de Agosto de 2021

Autos y Vistos; Considerando:

Que, aun cuando no se encuentra debidamente trabada la cuestión de competencia, como lo advierte la señora Procuradora Fiscal en el acápite III de su dictamen, razones de economía y celeridad procesal, tornan aconsejable dirimir el conflicto.

Por ello, de conformidad con lo expuesto en los acápites IV y V del referido dictamen, se declara que resulta competente para conocer en las actuaciones el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal n° 8, al que se le remitirán por intermedio de la Sala I de la cámara de apelaciones de dicho fuero. Hágase saber al Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal n° 9, por intermedio de la Sala IV de la cámara de apelaciones de dicho fuero.

Firmado Digitalmente por HIGHTON Elena Ines

Firmado Digitalmente por MAQUEDA Juan Carlos

Firmado Digitalmente por LORENZETTI Ricardo Luis

Firmado Digitalmente por ROSATTI Horacio Daniel

INSTITUTO NAC. DE SERV. SOC. PARA JUBILADOS Y PENSIONADOS C/ RED HAT ARGENTINA SA s/ nulidad de contrato.

CAF 49524/2016/CS2.

(COMPETENCIA)

Procuración General de la Nación

S u p r e m a C o r t e :

- I -

La presente causa vuelve a esta Procuración General luego de la solicitud de fs. 446, mediante la cual V.E. requirió la remisión de las dos cajas con documentación que acompañan al presente expediente, en línea con el dictamen de fs. 445 de fecha 16 de julio de 2019.

- II -

Ello sentado, corresponde advertir que, en cuanto aquí interesa, a fs. 304/305, la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal revocó la decisión de la instancia anterior y, en consecuencia, hizo lugar a la excepción de incompetencia opuesta por la accionada en la presente causa, en la que el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Pensionados y Jubilados (INSSJP) reclama a la empresa demandada el reintegro de la suma de \$4.486.347,11 -más los intereses correspondientes- como consecuencia de la declaración de nulidad de la contratación celebrada en el marco del Trámite Simplificado N° 37621/15.

Para así resolver, invocó jurisprudencia de V.E. en la que se había rechazado el carácter administrativo de los actos o decisiones de los órganos del INSSJ, en función de su naturaleza de persona de derecho público no estatal, máxime cuando aquéllos tienen por objeto el establecimiento de vínculos contractuales con particulares. En tales circunstancias, dispuso la remisión del expediente a la justicia nacional en lo civil y

comercial federal, al entender que era a ella a quien le correspondía intervenir en el caso.

Recibidas las actuaciones en el juzgado N° 8 de dicho fuero, su titular rechazó la competencia asignada, al entender que la pretensión articulada en autos encontraba su origen en la declaración de nulidad de un contrato que debe ser calificado como "administrativo", de acuerdo con las pautas establecidas por la Corte Suprema (fs. 357/359).

Dicha decisión fue apelada por la demandada a fs. fs. 364/364 vta., dando lugar al pronunciamiento de fs. 433/435, en el que la Sala 1 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal confirmó lo resuelto por el juez de primera instancia y concluyó en que la causa era de competencia de la justicia nacional en lo contencioso administrativo federal "ya que la resolución de la controversia remitirá al ámbito de contratación regida por principios y normas de derecho público, aun cuando pudieran resultar aplicables, en forma subsidiaria, normas de derecho común".

Devueltas las actuaciones al juez de grado, éste resolvió a fs. 440 elevar la causa a la Corte, quien, a fs. 444, resolvió correr vista a esta Procuración General, dando lugar al dictamen de fs. 445 referido supra.

- III -

A mi modo de ver, todavía no ha quedado trabada una contienda negativa de competencia que corresponda zanjar a V.E. en uso de las facultades que le acuerda el art. 24, inc. 7º, del decreto-ley 1285/58. Ello es así, porque el juez en lo civil y comercial federal remitió directamente los autos a la Corte

Procuración General de la Nación

Suprema, cuando previamente debía comunicar la decisión a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, para que se pronunciara acerca de las razones esgrimidas por aquél para desprenderse del conocimiento de la causa, las que podrían hacer variar el criterio originalmente sostenido a fs. 304/305. Sólo en caso de mantenerse dicha posición se suscitará aquel conflicto, desde que es requisito para ello la atribución reciproca de competencia entre tribunales que carecen de un superior común (v. Fallos 327:3894 y sus citas).

Por tal razón, correspondería ordenar la devolución de esta causa, a sus efectos, sin perjuicio de lo cual, para el caso de que V.E. considere que razones de celeridad y economía procesal permiten dejar de lado tales aspectos procesales y dar por trabada la contienda negativa de competencia, procedo a dictaminar sobre la cuestión.

- IV -

Ante todo, corresponde señalar que, a los fines de dilucidar cuestiones de competencia ha de estarse, en primer término, a los hechos que se relatan en el escrito de demanda y después, y sólo en la medida en que se adecue a ellas, al derecho que se invoca como fundamento de la pretensión, así como a la naturaleza jurídica de la relación existente entre las partes (Fallos: 328:73; 329:5514).

De tal exposición en el caso se desprende, pues, que, en lo principal, el Instituto Nacional de Servicios para Jubilados y Pensionados (INSSJP) promovió la presente demanda contra Red Hat Argentina S.A. a fin de obtener el reintegro de

la suma de \$4.846.347,11 más los intereses devengados desde la fecha de pago, como consecuencia de la declaración de nulidad de la contratación de la "Plataforma de Desarrollo Open Source" para el desarrollo de los Sistemas Core del referido instituto bajo la modalidad código abierto.

Dicha contratación, celebrada entre las partes en el marco del trámite simplificado N° 3761/2015, en los términos del art. 19, inc. d, apartado 3, del anexo I de la resolución 135/03/I, Régimen General de Contrataciones de Bienes, Servicios y Prestadores de Servicios Médico Asistenciales y Sociales del INSSJP, fue luego declarada nula por la resolución 766/DE/25016, sobre la base de un informe emitido por la Gerencia de Análisis Estadística y Planeamiento, del cual surgía que "los requerimientos informáticos del INSSJP que motivaron la Contratación con Red Hat podrían haber sido cubiertos por otros proveedores del mercado, [situación que] dejaba [...] en claro la improcedencia de la contratación por trámite simplificado fundada en el supuesto de exclusividad".

En tales circunstancias, y dado que, tal como dispone el art. 14 de la ley 19.032, el INSSJP "estará sometido exclusivamente a la jurisdicción nacional, pudiendo optar por la justicia ordinaria de las provincias cuando fuere actor", no cabe sino concluir que la presente causa debe tramitar ante la justicia federal.

Ello sentado, el fuero competente para entender en autos resulta, en mi opinión, el Civil y Comercial Federal. Así lo entiendo, dado el carácter de ente público no estatal del instituto actor (art. 1º de la ley 19.032; v. Competencia 211 XXXV "Torello, Susana c/ INSSJP", sentencia del 26 de octubre de

INSTITUTO NAC. DE SERV. SOC. PARA JUBILADOS Y PENSIONADOS C/ RED HAT ARGENTINA SA s/ nulidad de contrato.

CAF 49524/2016/CS2.

(COMPETENCIA)

Procuración General de la Nación

1999 y Fallos: 330:4024), aspecto que -tal como tiene dicho V.E.- impide considerar a las decisiones de sus órganos como actos administrativos (Fallos: 312:234; 329:4652; 330:4024), máxime cuando -como en el caso- se refieren a vínculos contractuales con particulares.

A ello cabe agregar, finalmente, que, de acuerdo con lo expresado en los considerandos de la referida resolución 135/03/I del INSSJP mediante la cual se aprobó el Régimen General de Contrataciones -de aplicación al presente caso (v. fs. 188 del expediente administrativo 0200-2015-0009811-2 que obra en copias dentro la caja identificada como DR 1368 que corre agregada al presente)-, "la naturaleza jurídica del Instituto es la de un ente público no estatal, con individualidad financiera y administrativa, motivo por el cual no resulta de aplicación la Ley de Procedimiento".

- V -

Por lo expuesto, opino que la causa debe continuar su trámite ante la Justicia Nacional en lo Civil y Comercial Federal, por intermedio del juzgado N° 8 que intervino en la contienda.

Buenos Aires,

10 de marzo de 2020.

ES COPIA

LAURA M. MONTI

ADRIANA N. MARCHISIO
Subsecretaría Administrativa
Procuración General de la Nación



Corte Suprema de Justicia de la Nación

Buenos Aires, 5 de Agosto de 2021

Vistos los autos: "Milantic Trans S.A. c/ Ministerio de la Producción (Ast. Río Santiago y ot.) s/ ejecución de sentencia - recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley y nulidad".

Considerando:

1º) Que la actora promovió las presentes actuaciones a fin de obtener el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral dictado el 15 de noviembre de 2004 en la ciudad de Londres, por el cual se había condenado al Astillero Río Santiago a pagar a Milantic Trans S.A. la suma de U\$S 3.248.568,50, más los intereses a partir del 18 de enero de 1999 hasta la fecha de su efectivo pago, a una tasa de interés anual del 5,5% convertible trimestralmente.

Luego, la actora incluyó en su pretensión el laudo arbitral dictado el 1º de julio de 2005 relativo a las costas, por la suma de 220.080,11 libras esterlinas, más un interés anual del 6,75%, capitalizable trimestralmente desde la fecha del primer laudo, y la cantidad de 7.750 libras esterlinas más esa misma tasa de interés hasta el efectivo pago, en concepto de costas por este último laudo.

2º) Que al contestar demanda, entre otros argumentos, la Provincia de Buenos Aires afirmó que el Ente de Administración del Astillero Río Santiago, organismo local que celebró con Milantic Trans S.A. el contrato de construcción naval que da lugar a esta disputa, carecía de capacidad en los términos del artículo V.1 de la Convención sobre el

Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras celebrada en la ciudad de Nueva York, aprobada por ley 23.619 y ratificada el 14 de marzo de 1989 -en adelante la "Convención de Nueva York"-. En este sentido, destacó que el mencionado contrato no tuvo aprobación por ley provincial, recaudo previsto en sus cláusulas como condición de validez y vigencia.

Por otro lado, la demandada invocó que el laudo arbitral cuyo reconocimiento pretende la actora era contrario al orden público local ya que había indemnizado doblemente los daños derivados de la resolución del contrato, incurría en anatocismo y prescindía de las normas de emergencia nacionales y locales que fijaron la moneda y forma de pago de las obligaciones estatales.

3º) Que el juez a cargo del Juzgado de Primera Instancia nº 2 en lo Contencioso Administrativo del Departamento Judicial de La Plata desestimó la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por la Provincia de Buenos Aires, reconoció y concedió el pedido de ejecución del laudo arbitral extranjero y su ampliatorio e impuso las costas a la demandada.

En dicha sentencia el tribunal rechazó expresamente los argumentos defensivos mencionados en el considerando 2º, referentes a la falta de aprobación del contrato de construcción naval y a la violación del orden público.



Corte Suprema de Justicia de la Nación

4º) Que, contra esa sentencia, la Fiscalía de Estado de la Provincia de Buenos Aires interpuso un recurso de apelación en el que se agravió únicamente respecto de la imposición de las costas a su parte.

5º) Que la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo de La Plata hizo lugar al recurso, revocó íntegramente la resolución apelada y rechazó la ejecución del laudo arbitral extranjero, con costas de ambas instancias en el orden causado. Sostuvo que pese a que los agravios presentados por el recurrente se referían a la imposición de las costas, el modo como había sido articulada la impugnación forzaba a ingresar en lo sustancial de la pretensión principal y valorar la presencia de un error de juzgamiento en el fallo atacado. Al respecto, destacó que no se había dictado la "ley local aprobatoria del acuerdo de composición que trae el contrato celebrado" y que, en consecuencia, sin autorización legislativa expresa, no era procedente "detraer del conocimiento y decisión de los tribunales locales las controversias que suscite la actuación de los órganos del estado provincial".

6º) Que, contra esa decisión, Milantic Trans S.A. interpuso recursos extraordinarios de nulidad e inaplicabilidad de la ley que fueron rechazados por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. De modo previo al análisis de la cuestión de fondo, el a quo destacó que el principio dispositivo, que determinaba que solo cabía atender las postulaciones que las partes formulan y que ello era un límite a

la actividad funcional del órgano judicial, debía ceder si se hallaba en juego la interpretación y aplicación de las directrices mayores y de orden público contenidas en la Constitución, tal como lo había entendido esta Corte al decidir en los casos "Mill de Pereyra", "Banco Comercial" y "Rodríguez Pereyra". Explicó que, sin importar las alegaciones de las partes interesadas, el juez debía controlar que en el acuerdo comercial al que había llegado un organismo del estado provincial se hayan seguido los correspondientes cariles, verificar que en el proceso hubieran sido garantizados los principios procesales como el de representación y debida defensa consagrados en nuestra Constitución y analizar si se encontraban afectados preceptos de orden público. Mencionó que la Corte local se hallaba autorizada para, de oficio, adentrarse en el estudio de los instrumentos aportados y comprobar si con ellos, o con las actuaciones consecuentes, no se habían agredido derechos, garantías y principios fundamentales especialmente protegidos por nuestro sistema legal, sin que tal actividad pudiera considerarse una transgresión del principio de congruencia o una afectación del derecho de defensa de alguna de las partes. Añadió que este Tribunal, en la causa CSJ 165/1996 (32-R)/CS1 "Riopar S.A.", sentencia del 15 de octubre de 1996, había señalado que la eficacia extraterritorial de una resolución dictada en el extranjero estaba condicionada a la satisfacción de ciertos requisitos contenidos en el respectivo tratado, alguno de los cuales podían ser verificados de oficio por el juez requerido, entre los que se encontraban la

*Corte Suprema de Justicia de la Nación*

compatibilidad de lo actuado y lo resuelto con los principios y leyes de orden público del Estado donde se pidiera el reconocimiento. Dijo que también allí se había reconocido que el principio del debido proceso adjetivo consagrado en el art. 18 de la Constitución Nacional integraba el orden público internacional argentino y a él debía conformarse no solo la etapa procesal que se llevaba a cabo en jurisdicción nacional, sino también todo procedimiento que concluyera en sentencia o resolución dictada por autoridad judicial extranjera que fuera a producir sus efectos en la República Argentina. Señaló que había razones de peso para afirmar que, antes de proceder a la ejecución de la resolución dictada por el tribunal arbitral de Londres, debió verificarse -aun oficiosamente, en los términos del art. V.2. de la Convención aprobada por la ley 23.619- tanto por el juez de grado como por la cámara, si para llegar a dicho laudo se había seguido un procedimiento acorde con los principios constitucionales de nuestro país y que no se hubieran vulnerado disposiciones de orden público, de acuerdo con la Convención de Nueva York. Sentado lo expuesto, destacó que la concreción del acuerdo y el compromiso arbitral resultaba violatorio de nuestro derecho interno por transgredir principios de orden público, y que el acuerdo había comenzado su ejecución sin que estuvieran dadas las condiciones previas para ello.

Para alcanzar tal conclusión, consideró que ni las leyes 11.837 y 12.287 como así tampoco el decreto 4154/96 habían constituido "la ley específica promulgada por la legislatura de

"la Provincia" que exigía el acuerdo. Entendió que al no existir norma alguna sancionada por la Legislatura de la Provincia de Buenos Aires que aprobara el acuerdo, todas sus cláusulas, entre ellas, la del sometimiento al arbitraje internacional, carecían de valor y, consecuentemente, cualquier intento de ejecutar un laudo pronunciado en ese marco resultaba atentatorio del orden público.

7º) Que contra tal pronunciamiento, Milantic Trans S.A. interpuso el recurso extraordinario federal. Sostiene que tanto la cámara como la Corte local afirmaron, con distintos argumentos, que no se hallaban limitadas por el recurso de apelación de la Fiscalía de Estado y que estaban habilitadas para reformar -de oficio- la cosa juzgada del fallo. Menciona que, en consecuencia, la decisión impugnada: a) ha desconocido la firmeza y autoridad de cosa juzgada que la sentencia de primera instancia adquirió porque no fue recurrida por la Fiscalía de Estado, salvo en lo atinente a la imposición de las costas; b) ha incurrido en *reformatio in pejus*, al revocar una sentencia que no estaba apelada; y c) ha violado el principio de congruencia. También expone agravios respecto de la cuestión de fondo resuelta.

8º) Que la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires concedió el recurso extraordinario federal por hallarse en juego la interpretación de normas de naturaleza federal -Convención de Nueva York- materia que, en principio, daría lugar a la apertura de la vía del art. 14 de la ley 48.

*Corte Suprema de Justicia de la Nación*

No se pronunció expresamente sobre las causales de arbitrariedad invocadas por el recurrente.

9º) Que el recurso extraordinario ha sido bien concedido pues se encuentra controvertida la interpretación y aplicación efectuada por el superior tribunal de la causa de una norma de indudable carácter federal, como lo es el artículo V.2 de la Convención de Nueva York, y la decisión recurrida equiparable a definitiva es contraria al derecho que la actora fundó en dicha previsión.

Asimismo, al ser invocadas causales de arbitrariedad que se encuentran inescindiblemente vinculadas con los temas federales en discusión, procede que tales planteos sean examinados en forma conjunta (Fallos: 314:1460 y 324:3470, entre muchos otros).

10) Que en primer lugar resulta necesario sintetizar algunos aspectos de la tramitación de la causa que son relevantes para la decisión que debe adoptar esta Corte.

En su escrito inicial la provincia demandada se opuso al progreso del pedido de reconocimiento y ejecución de su contraria argumentando que no se había verificado la aprobación del contrato de construcción naval por ley especial y que el laudo arbitral resultaba violatorio del orden público interno. Tales defensas fueron rechazadas expresamente en la sentencia de fs. 370/388, que solo fue recurrida en lo que respecta a la condena en costas. No obstante ello, la cámara de apelaciones

revocó el reconocimiento del laudo arbitral por considerar que no hubo aprobación legislativa del contrato por parte de la Legislatura de la Provincia de Buenos Aires. La Suprema Corte de Justicia provincial convalidó esta decisión en el entendimiento de que el artículo V.2 de la Convención de Nueva York habilitaba a los tribunales a examinar de oficio la violación del orden público argentino.

Por lo tanto, el punto central a dilucidar es si la facultad prevista en el artículo V.2 de la Convención de Nueva York, que habilita a los jueces locales a denegar una solicitud de reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral extranjero con fundamento en razones de orden público, los autoriza a reintroducir de oficio defensas que habían sido planteadas y rechazadas en primera instancia con carácter firme.

11) Que en lo que aquí interesa el artículo V.2.b de la Convención de Nueva York dispone que "*también se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución, comprueba (...) Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país*". La mencionada convención no define qué debe entenderse por "orden público" sino que lo deja librado a los jueces del Estado en el que se solicita el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral.



Corte Suprema de Justicia de la Nación

Más allá del alcance que corresponda otorgarle a la noción de orden público en materia de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros, la interpretación de la Convención de Nueva York, como la de todo tratado internacional ratificado por nuestro país, debe hacerse siempre de conformidad con los principios de derecho público establecidos en la Constitución Nacional (artículo 27). Así lo ha sostenido de manera reiterada esta Corte (Fallos: 316:1669, "Fibraca", considerando 3º; Fallos: 320:1166, "Cafés La Virginia S.A.", considerando 9º; 340:47, "Fontevecchia", considerando 16).

Esta obligación general que debe observarse en la interpretación de todo tratado internacional se ve reforzada en este caso por cuanto el Congreso de la Nación, al momento de aprobar la mencionada convención mediante ley 23.619, dispuso que, al depositarse el instrumento de ratificación, debía formularse la siguiente declaración "la presente convención se interpretará en concordancia con los principios y cláusulas de la Constitución Nacional vigente o con los que resultaren de reformas hechas en virtud de ella" (artículo 2º). Tal declaración fue efectivamente realizada por el presidente Raúl Alfonsín al momento de ratificar la convención en nombre y representación del Gobierno argentino el 18 de noviembre de 1988.

Por ello, la facultad de los jueces locales de denegar el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral con fundamento en la causal de orden público (artículo V.2 de la

Convención de Nueva York) debe ejercerse observando los principios de derecho público de nuestra Constitución.

Dentro de estos principios se encuentra el debido proceso adjetivo (artículo 18, Constitución Nacional) que, a su vez, ha sido calificado como integrante del orden público internacional argentino al que debe conformarse no solo todo procedimiento jurisdiccional que se lleve a cabo en jurisdicción argentina, sino también todo procedimiento que concluya en la sentencia o resolución dictada por autoridad judicial extranjera con efectos extraterritoriales en la República Argentina (Fallos: 319:2411, "Riopar SRL", considerando 5º; Fallos: 336:503, "Aguinda Salazar", considerando 4º).

12) Que, sobre esta base, es importante destacar que esta Corte ha resuelto que la jurisdicción de las cámaras está limitada por los términos en que quedó trabada la relación procesal y el alcance de los recursos concedidos, que determinan el ámbito de su facultad decisoria, y que la prescindencia de tal limitación infringe el principio de congruencia que se sustenta en los arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional (Fallos: 301:925; 304:355; 327:3495; 338:552, entre muchos otros).

En sentido análogo, este Tribunal ha juzgado que la sentencia que aplicó normas de orden público desconociendo una decisión firme dictada con anterioridad en el mismo proceso que había rechazado tal pretensión resulta violatoria de la garantía



Corte Suprema de Justicia de la Nación

de la defensa en juicio e impone su descalificación como acto judicial válido (causa CSJ 38/2012 (48-O)/CS1 "Ortega, Arturo Indolfo", del 20 de agosto de 2014).

13) Que el carácter constitucional de los principios mencionados, como expresión de los derechos de defensa en juicio y de propiedad, obedece a que el sistema de garantías constitucionales del proceso está orientado a proteger los derechos y no a perjudicarlos: de ahí que lo esencial sea "*que la justicia repose sobre la certeza y la seguridad, lo que se logra con la justicia según ley, que subordina al juez en lo concreto, respetando las limitaciones formales sin hacer prevalecer tampoco la forma sobre el fondo, pero sin olvidar que también en las formas se realizan las esencias*" (Fallos: 315:106; 329:5903 y 338:552). En este mismo orden de ideas, se ha señalado que si bien es exacto que la facultad de suplir el derecho autoriza a los jueces a calificar autónomamente los hechos del caso y a subsumirlos en las normas jurídicas que lo rijan (*iura novit curia*), esa facultad reconoce excepción respecto de los tribunales de alzada, en el ámbito de los puntos resueltos con carácter firme en primera instancia. Los tribunales de apelación no pueden exceder -en materia civil- la jurisdicción devuelta por los recursos deducidos ante ellos, limitación esta que tiene jerarquía constitucional (Fallos: 307:948; causa CSJ 1698/2005 (41-A)/CS1 "Abrego, Jorge Eduardo c/ Encotel s/ demanda laboral (accidente de trabajo)", sentencia del 27 de noviembre de 2007).

14) Que, finalmente, cabe recordar que la cosa juzgada es uno de los pilares fundamentales sobre los que se asienta nuestro régimen constitucional y por ello, salvo en los supuestos excepcionales en los que se ha admitido la nulidad de un pronunciamiento judicial firme, no es susceptible de alteración ni aun por vía de la invocación de leyes de orden público toda vez que la estabilidad de las sentencias, en la medida en que constituye un presupuesto ineludible de seguridad jurídica, es también exigencia del orden público con jerarquía superior (Fallos: 299:373; 301:762; 302:143; 311:495; 312:376; 338:599, entre muchos otros).

15) Que, en el caso, las razones brindadas tanto por la máxima instancia jurisdiccional local como por la cámara que la precedió en su intervención no resultan suficientes para apartarse de los principios rectores precedentemente enunciados. En efecto, el recurso de apelación deducido por la demandada contra la sentencia dictada en primera instancia se orientó exclusivamente a cuestionar la imposición de las costas dispuesta por el magistrado, y no contiene siquiera un pasaje que permita sostener que por su intermedio se intentó objetar lo decidido sobre el fondo del asunto. Es decir que, "el modo en que había sido articulada la impugnación" -como sostuvo la cámara para justificar su decisión-, no forzaba a ese tribunal a examinar la pretensión principal, sino que, por el contrario, excluía tal posibilidad y solo lo autorizaba a revisar la cuestión atinente a las costas.



Corte Suprema de Justicia de la Nación

16) Que la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires no pudo soslayar tal circunstancia y convalidar lo decidido a partir de la invocación de lo resuelto por esta Corte en Fallos: 335:2333 ("Rodríguez Pereyra") pues en ese precedente se sostuvo que el control de constitucionalidad de oficio presupone un proceso judicial ajustado a las reglas adjetivas aplicables entre las cuales revisten especial relevancia las que determinan la competencia de los órganos jurisdiccionales y, sobre todo, las que fijan los requisitos de admisibilidad y fundamentación de las presentaciones o alegaciones de las partes (ver considerando 13; doctrina reiterada en Fallos: 337:179, considerando 7º). En consecuencia, debió advertir que tales recaudos de admisibilidad y fundamentación no fueron satisfechos por la demandada, quien, como se dijo anteriormente, solo cuestionó la sentencia de primera instancia respecto del modo en que habían sido impuestas las costas, sellando de esta forma cualquier posibilidad de revisión de otros aspectos del fallo en instancias posteriores.

17) Que, en consecuencia en el particular marco reseñado, la intervención oficiosa de los tribunales locales - justificada en una supuesta violación al orden público- implicó un desconocimiento del principio de congruencia y la cosa juzgada, cuya raigambre constitucional ha sido reconocida por esta Corte y su respeto se ha entendido como una exigencia del orden público con jerarquía superior.

18) Que, finalmente, corresponde señalar que todo lo hasta aquí expuesto es sin perjuicio de la responsabilidad que eventualmente pudiera caberle a los profesionales que actuaron en esta causa en representación de Astilleros Río Santiago y de la Provincia de Buenos Aires por la actitud poco diligente en la defensa de los intereses de sus representados. Conducta que, por lo demás, motivó la orden de la Corte Provincial de extraer fotocopias de las actuaciones y remitirlas a la Unidad Funcional de Instrucción y Juicio de Investigaciones Complejas del Departamento Judicial de La Plata (confr. fs. 529 vta./530).

Por ello, y oída la señora Procuradora Fiscal, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Con costas en el orden causado atento a la naturaleza de las cuestiones debatidas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que por quien corresponda se dicte un nuevo fallo con arreglo a lo expuesto. Notifíquese y, oportunamente, remítase.

VO-//-



Corte Suprema de Justicia de la Nación

-//-TO DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES DON JUAN CARLOS MAQUEDA
Y DON RICARDO LUIS LORENZETTI

Considerando:

1º) Que la actora promovió las presentes actuaciones a fin de obtener el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral dictado el 15 de noviembre de 2004 en la ciudad de Londres, por el cual se había condenado al Astillero Río Santiago a pagar a Milantic Trans S.A. la suma de U\$S 3.248.568,50, más los intereses a partir del 18 de enero de 1999 hasta la fecha de su efectivo pago, a una tasa de interés anual del 5,5% convertible trimestralmente. Luego, la actora incluyó en su pretensión el laudo arbitral dictado el 1º de julio de 2005 relativo a las costas, por la suma de 220.080,11 libras esterlinas, más un interés anual del 6,75%, capitalizable trimestralmente desde la fecha del primer laudo, y la cantidad de 7.750 libras esterlinas más esa misma tasa de interés hasta el efectivo pago, en concepto de costas por este último laudo.

2º) Que el juez a cargo del Juzgado de Primera Instancia nº 2 en lo Contencioso Administrativo del Departamento Judicial de La Plata desestimó la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por la Provincia de Buenos Aires, reconoció y concedió la ejecución del laudo arbitral extranjero y su ampliatorio e impuso las costas a la demandada.

3º) Que, contra esa sentencia, la Fiscalía de Estado de la Provincia de Buenos Aires interpuso un recurso de

apelación en el que se agravió únicamente respecto de la imposición de las costas a su parte.

4º) Que la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo de La Plata hizo lugar al recurso, revocó íntegramente la resolución apelada y rechazó la ejecución del laudo arbitral extranjero, con costas de ambas instancias en el orden causado. Sostuvo que pese a que los agravios presentados por el recurrente se referían a la imposición de las costas, el modo como había sido articulada la impugnación forzaba a ingresar en lo sustancial de la pretensión principal y valorar la presencia de un error de juzgamiento en el fallo atacado. Al respecto, destacó que no se había dictado la "ley local aprobatoria del acuerdo de composición que trae el contrato celebrado" y que, en consecuencia, sin autorización legislativa expresa, no era procedente "detraer del conocimiento y decisión de los tribunales locales las controversias que suscite la actuación de los órganos del estado provincial".

5º) Que, contra esa decisión, Milantic Trans S.A. interpuso recursos extraordinarios de nulidad e inaplicabilidad de la ley que fueron rechazados por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.

De modo previo al análisis de la cuestión de fondo, el a quo destacó que el principio dispositivo, que determinaba que solo debían atenderse las postulaciones que las partes formulaan y que ello era un límite a la actividad funcional del

*Corte Suprema de Justicia de la Nación*

órgano judicial, debía ceder si se hallaba en juego la interpretación y aplicación de las directrices mayores y de orden público contenidas en la Constitución, tal como lo había entendido esta Corte al decidir en los casos "Mill de Pereyra", "Banco Comercial" y "Rodríguez Pereyra". Explicó que, sin importar las alegaciones de las partes interesadas, los jueces debían controlar que en el acuerdo comercial al que había arribado un organismo del Estado provincial se hubieran seguido los debidos carriles, verificar que en el proceso hubieran sido garantizados los principios procesales como el de representación y debida defensa consagrados en nuestra Constitución y analizar si se encontraban afectados preceptos de orden público. Mencionó que la Corte local se hallaba autorizada para, de oficio, adentrarse en el estudio de los instrumentos aportados y comprobar si con ellos, o con las actuaciones consecuentes, no se habían agredido derechos, garantías y principios fundamentales especialmente protegidos por nuestro sistema legal, sin que tal actividad pudiera considerarse una transgresión del principio de congruencia o una afectación del derecho de defensa de alguna de las partes.

Añadió que este Tribunal, en la causa CSJ 165/1996 (32-R)/CS1 "Riopar S.A.", sentencia del 15 de octubre de 1996, había señalado que la eficacia extraterritorial de una resolución dictada en el extranjero estaba condicionada a la satisfacción de ciertos requisitos contenidos en el respectivo tratado, alguno de los cuales podían ser verificados de oficio

por el juez requerido, entre los que se encontraban la compatibilidad de lo actuado y lo resuelto con los principios y leyes de orden público del Estado donde se pidiera el reconocimiento. Dijo que también allí se había reconocido que el principio del debido proceso adjetivo consagrado en el artículo 18 de la Constitución Nacional integraba el orden público internacional argentino y a él debía conformarse no solo la etapa procesal que se llevaba a cabo en jurisdicción nacional, sino también todo procedimiento que concluyera en sentencia o resolución dictada por autoridad judicial extranjera que fuera a producir sus efectos en la República Argentina.

Señaló que había razones de peso para afirmar que, antes de proceder a la ejecución de la resolución dictada por el tribunal arbitral de Londres, debió verificarse -aun oficiosamente, en los términos del artículo V.2. de la convención aprobada por la ley 23.619- tanto por el juez de grado como por la cámara, si para llegar a dicho laudo se había seguido un procedimiento acorde con los principios constitucionales de nuestro país y que no se hubieran vulnerado disposiciones de orden público, de acuerdo con la Convención de Nueva York de 1958.

Sentado lo expuesto, destacó que la concreción del acuerdo y el compromiso arbitral resultaba violatorio de nuestro derecho interno por transgredir principios de orden público, y que el acuerdo había comenzado su ejecución sin que estuvieran dadas las condiciones previas para ello. Para arribar a esa



Corte Suprema de Justicia de la Nación

conclusión, consideró que ni las leyes 11.837 y 12.287 como así tampoco el decreto 4154/96 habían constituido "la ley específica promulgada por la legislatura de la Provincia" que exigía el acuerdo. Entendió que al no existir norma alguna sancionada por la Legislatura de la Provincia de Buenos Aires que aprobara el acuerdo, todas sus cláusulas, entre ellas, la del sometimiento al arbitraje internacional, carecían de valor y, consecuentemente, cualquier intento de ejecutar un laudo pronunciado en ese marco resultaba atentatorio del orden público.

6º) Que contra tal pronunciamiento, Milantic Trans S.A. interpuso el recurso extraordinario federal.

Sostiene que tanto la cámara como la Corte local afirmaron, con distintos argumentos, que no se hallaban limitadas por el recurso de apelación de la Fiscalía de Estado y que estaban habilitadas para reformar -de oficio- la cosa juzgada del fallo. Menciona que, en consecuencia, la decisión impugnada: a) ha desconocido la firmeza y autoridad de cosa juzgada que la sentencia de primera instancia adquirió porque no fue recurrida por la Fiscalía de Estado, salvo en lo atinente a la imposición de las costas; b) ha incurrido en *reformatio in pejus*, al revocar una sentencia que no estaba apelada; y c) ha violado el principio de congruencia. También expone agravios respecto de la cuestión de fondo resuelta.

7º) Que si bien la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires concedió el recurso extraordinario federal por hallarse en juego la interpretación de normas de naturaleza federal -Convención de Nueva York de 1958- materia que, en principio, daría lugar a la apertura de la vía del artículo 14 de la ley 48, en rigor su aplicación no ha sido controvertida por las partes sino que, antes bien, todas las cuestiones planteadas por la apelante remiten al examen de circunstancias relacionadas con el derecho público local de la Provincia de Buenos Aires y con aspectos fácticos y procesales del juicio, los cuales resultan ajenos, en principio, como regla y por naturaleza a esta instancia extraordinaria, salvo que se demuestre la arbitrariedad del pronunciamiento (Fallos: 324:1721; 326:3485; 332:21).

En este orden de ideas se advierte que aun cuando no se interpuso recurso de queja, la amplitud que exige la garantía de defensa en juicio justifica que se consideren estos agravios -referentes a la arbitrariedad del fallo- toda vez que no fueron objeto de desestimación expresa por parte del a quo y las deficiencias de la resolución apuntada no pueden tener por efecto restringir el derecho de la parte recurrente (Fallos: 301:1194; 307:458; 331:2271; 337:88).

8º) Que ello aclarado, corresponde señalar que las críticas del recurrente, conducentes y oportunamente planteadas ante la Corte local, suscitan cuestión federal para su consideración por la vía intentada, pues si bien es cierto que -



Corte Suprema de Justicia de la Nación

en principio- la determinación de las cuestiones comprendidas en la litis es materia ajena a este ámbito excepcional, ello no constituye óbice para la apertura del recurso cuando, con menoscabo de garantías que cuentan con amparo constitucional, el tribunal ha excedido los límites de su jurisdicción.

9º) Que, en efecto, esta Corte ha resuelto que la jurisdicción de las cámaras está limitada por los términos en que quedó trabada la relación procesal y el alcance de los recursos concedidos, que determinan el ámbito de su facultad decisoria, y que la prescindencia de tal limitación infringe el principio de congruencia que se sustenta en los artículos 17 y 18 de la Constitución Nacional (Fallos: 301:925; 304:355; 327:3495; 338:552, entre muchos otros).

10) Que el carácter constitucional de dicho principio, como expresión de los derechos de defensa en juicio y de propiedad, obedece a que el sistema de garantías constitucionales del proceso está orientado a proteger los derechos y no a perjudicarlos: de ahí que lo esencial sea "que la justicia repose sobre la certeza y la seguridad, lo que se logra con la justicia según ley, que subordina al juez en lo concreto, respetando las limitaciones formales sin hacer prevalecer tampoco la forma sobre el fondo, pero sin olvidar que también en las formas se realizan las esencias" (Fallos: 315:106; 329:5903 y 338:552).

En este mismo orden de ideas, se ha señalado que si bien es exacto que la facultad de suplir el derecho autoriza a los jueces a calificar autónomamente los hechos del caso y a subsumirlos en las normas jurídicas que lo rijan (*iura novit curia*), esa facultad reconoce excepción respecto de los tribunales de alzada, en el ámbito de los puntos resueltos con carácter firme en primera instancia. Los tribunales de apelación no pueden exceder -en materia civil- la jurisdicción devuelta por los recursos deducidos ante ellos, limitación ésta que tiene jerarquía constitucional (Fallos: 307:948, causa CSJ 1698/2005 (41-A)/CS1 "Abrego, Jorge Eduardo c/ Encotel s/ demanda laboral (accidente de trabajo)", sentencia del 27 de noviembre de 2007, entre otros).

11) Que, finalmente, cabe recordar que la cosa juzgada es uno de los pilares fundamentales sobre los que se asienta nuestro régimen constitucional y por ello no es susceptible de alteración ni aun por vía de la invocación de leyes de orden público, toda vez que la estabilidad de las sentencias, en la medida en que constituye un presupuesto ineludible de seguridad jurídica, es también exigencia del orden público con jerarquía superior (Fallos: 299:373; 301:762; 302:143; 311:495; 312:376; 338:599, entre otros).

12) Que, en el caso, las razones brindadas tanto por la máxima instancia jurisdiccional local como por la cámara que la precedió en su intervención no resultan suficientes para apartarse de los principios rectores precedentemente enunciados.



Corte Suprema de Justicia de la Nación

En efecto, el recurso de apelación deducido por la demandada contra la sentencia dictada en primera instancia se orientó exclusivamente a cuestionar la imposición de las costas dispuesta por el magistrado, y no contiene siquiera un pasaje que permita sostener que por su intermedio se intentó objetar lo decidido sobre el fondo del asunto. Es decir que, "el modo en que había sido articulada la impugnación" -como sostuvo la cámara para justificar su decisión-, no forzaba a ese tribunal a examinar la pretensión principal, sino que, por el contrario, excluía tal posibilidad y solo lo autorizaba a revisar la cuestión atinente a las costas.

13) Que la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires no pudo soslayar tal circunstancia y convalidar lo decidido a partir de la invocación de lo resuelto por esta Corte en Fallos: 335:2333 ("Rodríguez Pereyra") pues en ese precedente se sostuvo que el control de constitucionalidad de oficio presupone un proceso judicial ajustado a las reglas adjetivas aplicables entre las cuales revisten especial relevancia las que determinan la competencia de los órganos jurisdiccionales y, sobre todo, las que fijan los requisitos de admisibilidad y fundamentación de las presentaciones o alegaciones de las partes (ver considerando 13; doctrina reiterada en Fallos: 337:179, considerando 7º). En consecuencia, debió advertir que tales recaudos de admisibilidad y fundamentación no fueron satisfechos por la demandada, quien, como se dijo anteriormente, solo cuestionó la sentencia de

primera instancia respecto del modo en que habían sido impuestas las costas, sellando de esta forma cualquier posibilidad de revisión de otros aspectos del fallo en instancias posteriores.

14) Que, en consecuencia en el particular marco reseñado, la intervención oficiosa de los tribunales locales - justificada en una supuesta violación al orden público- implicó un desconocimiento del principio de congruencia y la cosa juzgada, cuya raigambre constitucional ha sido reconocida por esta Corte y su respeto se ha entendido como una exigencia del orden público con jerarquía superior.

15) Que, en tales condiciones la decisión apelada no constituye una derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las circunstancias comprobadas del caso, por lo que al afectar en forma directa e inmediata las garantías constitucionales invocadas, corresponde admitir el recurso y dejar sin efecto el fallo (art. 15 de la ley 48).

16) Que, finalmente, corresponde señalar que todo lo hasta aquí expuesto es sin perjuicio de la responsabilidad que eventualmente pudiera caberle a los profesionales que actuaron en esta causa en representación de Astilleros Río Santiago y de la Provincia de Buenos Aires por la actitud poco diligente en la defensa de los intereses de sus representados. Conducta que, por lo demás, motivó la orden de la Corte provincial de extraer fotocopias de las actuaciones y remitirlas a la Unidad Funcional



Corte Suprema de Justicia de la Nación

de Instrucción y Juicio de Investigaciones Complejas del Departamento Judicial de La Plata (confr. fs. 529 vta./530).

Por ello, y oída la señora Procuradora Fiscal, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Con costas en el orden causado atento a la naturaleza de las cuestiones debatidas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que por quien corresponda se dicte un nuevo fallo con arreglo a lo expuesto. Notifíquese y, oportunamente, remítase.

Recurso extraordinario interpuesto por **Milantic Trans S.A., parte actora**, representada por el **Dr. Rubén Miguel Citara**.

Traslado contestado por la **Fiscalía de Estado de la Provincia de Buenos Aires**, representada por el **Dr. Mariano Niño Gómez**.

Tribunal de origen: **Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires**.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado de Primera Instancia nº 2 en lo Contencioso Administrativo y Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo ambos del Departamento Judicial de La Plata**.



Corte Suprema de Justicia de la Nación

Buenos Aires, 2 de Septiembre de 2021

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la parte actora en la causa Pogonza, Jonathan Jesús c/ Galeno ART S.A. s/ accidente - ley especial", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo confirmó la sentencia de primera instancia que, tras declarar la falta de aptitud jurisdiccional de la Justicia Nacional del Trabajo para conocer en el caso, ordenó el archivo de las actuaciones por no hallarse cumplida la instancia administrativa previa ante las comisiones médicas establecida en la ley 27.348 (fs. 38 de los autos principales, cuya foliatura será la citada en lo sucesivo).

Para así decidir, se remitió al dictamen emitido por el Fiscal General ante esa cámara el 12 de julio de 2017 en la causa "Burghi, Florencia Victoria c/ Swiss Medical ART S.A. s/ accidente - ley especial" (CNT 37907/2017/CA1). Dicho dictamen consideró constitucional el diseño procesal previsto en los arts. 1º y concordantes de la ley 27.348 en cuanto establece la obligatoriedad de la aludida instancia administrativa previa.

2º) Que contra esa decisión el trabajador interpuso el recurso extraordinario federal de fs. 39/54, cuya denegación dio origen a la queja en examen. En su presentación el apelante plantea:

(i) que el pronunciamiento apelado constituye una sentencia definitiva en los términos del art. 14 de la ley 48 en tanto obliga al actor a transitar el trámite administrativo ante las comisiones médicas cuya constitucionalidad fue expresamente cuestionada;

(ii) que existe una cuestión federal que esta Corte debe tratar porque se ha puesto en tela de juicio la validez constitucional de la ley 27.348 con fundamento en que el procedimiento allí previsto vulnera las garantías constitucionales de defensa en juicio, acceso a la justicia, debido proceso adjetivo, juez natural e igualdad ante la ley;

(iii) que la ley 27.348 es inconstitucional porque irrazonablemente le otorga a las comisiones médicas facultades jurisdiccionales que son propias de los jueces; porque no se encuentra garantizada la imparcialidad de los referidos organismos administrativos ya que el sistema es financiado por las aseguradoras de riesgos del trabajo; y porque el control judicial que prevé la ley no es amplio ni suficiente, ya que solo se puede acceder a la justicia por vía recursiva, circunstancia que impediría la amplitud del debate y la producción de prueba;

(iv) que, además, a la luz de la doctrina establecida por este Tribunal en los precedentes "Castillo" (Fallos: 327:3610); CSJ 159/2005 (41-V)/CS1 "Venialgo, Inocencio c/ Mapfre Aconcagua Aseguradora de Riesgo de Trabajo s/ otros",



Corte Suprema de Justicia de la Nación

sentencia del 13 de marzo de 2007 y Competencia CSJ 804/2007 (43-C)/CS1 "Marchetti, Néstor Gabriel c/ La Caja ART S.A. s/ ley n° 24.557", sentencia del 4 de diciembre de 2007, la ley es inconstitucional porque obstruye el derecho del trabajador de demandar ante su juez natural;

(v) que, por otra parte, al obligar al trabajador accidentado a transitar una instancia administrativa previa a la judicial, la norma lo ubica "en un escalón inferior respecto a cualquier damnificado..." en ámbitos no laborales que "tiene a su alcance la justicia en forma directa"; y

(vi) que las modificaciones procesales introducidas por la ley 27.348 vulneran, asimismo, el principio de progresividad en materia de derechos sociales.

3º) Que las cuestiones sintetizadas en los acápitres identificados como (i) y (ii) del considerando anterior, referidas a la admisibilidad del recurso extraordinario del actor, han sido adecuadamente tratadas en el punto III del dictamen del señor Procurador General de la Nación interino, a cuyos fundamentos y conclusiones corresponde remitir, en lo pertinente, por razones de brevedad.

En cambio, el Tribunal estima necesario dar directo tratamiento a los restantes agravios planteados por la recurrente.

4º) Que en primer término corresponde examinar el planteo de inconstitucionalidad basado en la afirmación de que la ley 27.348 otorga facultades propias de los jueces a órganos administrativos que no son imparciales, y restringe el control judicial sobre las decisiones que dichos órganos adoptan.

Sin perjuicio de las precisiones que se harán más adelante, es importante tener presente que, según el art. 1º de la ley 27.348, las comisiones médicas creadas por el art. 51 de la ley 24.241 tienen competencia para entender -en forma previa, obligatoria y excluyente de cualquier otra intervención- en la determinación del carácter profesional de la enfermedad o contingencia, de la incapacidad del trabajador y de las prestaciones dinerarias previstas en la ley 24.557 de Riesgos del Trabajo.

La ley 27.348 prevé, además, la posibilidad de recurrir la decisión de la comisión médica por vía administrativa ante la Comisión Médica Central, o por vía judicial ante la justicia ordinaria del fuero laboral de la jurisdicción provincial o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, según corresponda al domicilio de la comisión médica que intervino. A su vez, las decisiones de la Comisión Médica Central son susceptibles de recurso directo ante los tribunales de alzada con competencia laboral o, de no existir estos, ante los tribunales de instancia única con igual competencia, correspondientes a la jurisdicción del domicilio de la comisión médica jurisdiccional que intervino (art. 2º).



Corte Suprema de Justicia de la Nación

5º) Que en nuestro país existe una larga tradición legislativa en virtud de la cual se le han conferido a órganos de la administración competencias para dirimir controversias entre particulares sobre diversos temas.

En 1960, al decidir la causa "Fernández Arias" (Fallos: 247:646), la Corte señaló que ese ejercicio de facultades jurisdiccionales constituye uno de los modos universales de responder, pragmáticamente, al premioso reclamo de los hechos que componen la realidad de este tiempo, mucho más vasta y compleja que la que pudieron imaginar los constituyentes del siglo diecinueve, y se asienta en la idea de que una administración ágil, eficaz y dotada de competencia amplia es instrumento apto para resguardar, en determinados aspectos, fundamentales intereses colectivos de contenido económico y social, los que de otra manera solo podrían ser tardía o insuficientemente satisfechos (considerando 5º). Como ejemplos de ello, el Tribunal mencionó que, entre otras, las regulaciones existentes en materia de accidentes laborales (ley nacional 9688 y ley 4548 de la Provincia de Buenos Aires), trabajo de mujeres y niños (ley 11.317), conflictos colectivos de trabajo (decreto-ley 32.347/1944) y bancarios (ley 12.637) establecían una primera instancia de decisión a cargo de órganos administrativos (considerandos 11 y 16).

En la actualidad existen diversas regulaciones que fijan una jurisdicción administrativa previa y obligatoria para la decisión de controversias entre particulares sobre otras

materias, como sucede con las leyes 18.870 (derecho de la navegación), 24.065 (energía eléctrica), 24.076 (gas natural) y 27.442 (defensa de la competencia).

Como se dijo, la existencia de instancias administrativas previas también forma parte de la tradición legislativa en materia de reparación de accidentes y enfermedades del trabajo. Desde sus orígenes el régimen especial vigente a nivel nacional previó la posibilidad de intervención de la autoridad administrativa, ya sea para la elaboración, en ciertos casos, de informes periciales por parte de médicos especializados, para recibir la denuncia del accidentado y gestionar la indemnización, o para intentar mediar en caso de desacuerdo entre las partes (conf. art. 27 y concordantes del decreto s/n del 14 de enero de 1916 reglamentario de la ley 9688, art. 15 de la ley 24.028, art. 36 de la ley 24.635, entre otros). En su versión original, la ley 24.557 también previó un sistema similar al que aquí se cuestiona.

6º) Que la Corte Suprema se ha pronunciado en reiteradas ocasiones reconociendo la validez constitucional de la atribución de competencias jurisdiccionales a órganos administrativos siempre que se cumplan ciertas condiciones. En tal sentido, hay dos precedentes que guardan singular relevancia para la resolución de este caso.

(i) En el ya mencionado caso "Fernández Arias", referido a un conflicto por un predio rural dirimido



Corte Suprema de Justicia de la Nación

inicialmente por un tribunal administrativo, la Corte estableció que la constitucionalidad de la atribución de competencias jurisdiccionales a órganos de la administración dependía de que sus pronunciamientos quedaran sujetos a un control judicial suficiente.

El Tribunal señaló que para tener por acreditado este requisito se deben analizar las circunstancias específicas de cada caso. Expresó que el alcance del control judicial "no depende de reglas generales u omnicomprendivas, [...] la medida del control judicial requerido deberá ser la que resulte de un conjunto de factores y circunstancias variables o contingentes, entre los que podría mencionarse, a título de ejemplo, la naturaleza del derecho individual invocado, la magnitud de los intereses públicos comprometidos, la complejidad de la organización administrativa creada para garantizarlos, la mayor o menor descentralización del tribunal administrativo, etc.".

Asimismo, especificó que, tratándose de controversias entre particulares como la que allí se dirimía, "control judicial suficiente" quería decir que: a) los litigantes debían tener derecho a interponer recurso ante los jueces ordinarios; b) los tribunales administrativos no podían contar con la potestad de dictar resoluciones finales en cuanto a los hechos y al derecho controvertidos, con excepción de los supuestos en que, existiendo opción legal, los interesados hubiesen elegido la vía administrativa, privándose voluntariamente de la judicial; y c) la mera facultad de deducir recurso

extraordinario basado en inconstitucionalidad o arbitrariedad era insuficiente para tener por cumplido el recaudo (ver considerandos 13, 14 y 19).

Es importante destacar que entre la jurisprudencia que invocó la Corte para sustentar tal decisión figuraban sentencias anteriores en las que había decidido que la intervención previa y obligatoria del Departamento del Trabajo de la Provincia de Buenos Aires en accidentes de trabajo regidos por la ley 9688 no agraviaba al art. 18 de la Constitución Nacional pues la norma local que reglaba el procedimiento preveía la revisión judicial ulterior por un juez competente (causas "Khalil", Fallos 186:337; "Costes", Fallos: 187:79; "Esteban Belmonte", Fallos: 194:317; "Freijomil", Fallos: 195:50, entre otras).

(ii) En el caso "Ángel Estrada" (Fallos: 328:651), en el que la empresa actora reclamaba a una distribuidora de energía eléctrica el pago de una indemnización por el corte de suministro, la Corte explicitó que, sin embargo, la existencia de un control judicial suficiente no basta por sí sola para validar la atribución de competencias jurisdiccionales a órganos administrativos. Frente a las reglas que dimanan de lo dispuesto en los arts. 18, 109 y 116 de la Constitución Nacional, que en principio impiden que la administración ejerza funciones jurisdiccionales, la Corte estimó que la atribución de tales funciones debía apreciarse con carácter estricto.



Corte Suprema de Justicia de la Nación

En esa línea, afirmó que la decisión administrativa que dirime un conflicto entre particulares no solo debe estar sujeta a un control judicial amplio y suficiente en los términos fijados en el precedente "Fernández Arias", sino que también es preciso que los organismos de la administración dotados de jurisdicción hayan sido creados por ley, que su independencia e imparcialidad estén aseguradas, y que sea razonable el objetivo económico y político que el legislador tuvo en cuenta para crearlos y restringir, así, la jurisdicción que la Constitución Nacional atribuye a la justicia (considerando 12; ver, además, lo resuelto en "Litoral Gas", Fallos: 321:776; y CSJ 18/2014 (50-Y)/CS1 "Y.P.F. S.A. c/ resolución 575/12 - ENARGAS (expte. 19009/12) y otro s/ recurso directo a cámara", sentencia del 29 de septiembre de 2015).

7º) Que el sistema de resolución de controversias cuestionado por el actor cumple con todos los recaudos fijados en la jurisprudencia de la Corte mencionada en el considerando anterior.

En primer lugar, tal como se ha expresado más arriba, las comisiones médicas han sido creadas por ley formal y su competencia para dirimir controversias entre particulares también emana de una norma de ese rango. La ley 24.241 del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones creó estos órganos administrativos, estableció su integración y su financiamiento (art. 51). A su vez, las leyes 24.557 (arts. 21 y 22) y 27.348

(art. 1º) establecen expresamente el alcance de su competencia en materia de riesgos del trabajo.

8º) Que, en segundo lugar, las comisiones médicas satisfacen las exigencias de independencia e imparcialidad a los efectos de la materia específica y acotada que el régimen de riesgos del trabajo les confiere. Tales exigencias se vinculan, por un lado, con la conformación del órgano administrativo que ejerce la competencia jurisdiccional y, por el otro, con el resguardo de la garantía del debido proceso.

El diseño regulatorio elaborado por el Congreso y reglamentado por la autoridad administrativa del trabajo garantiza la independencia de las comisiones médicas. Estos organismos, que actúan en la órbita de una entidad autárquica como lo es la Superintendencia de Riesgos del Trabajo (ver arts. 35 a 38 de la ley 24.557), cuentan con suficiente capacidad técnica para determinar si se cumplen los requisitos para el acceso a las prestaciones sociales previstas por el régimen de riesgos del trabajo.

En ese sentido, la resolución SRT 298/2017 prevé que cuando esté controvertida la naturaleza laboral del accidente intervendrá un secretario técnico letrado, que emitirá un dictamen jurídico previo (art. 2º). Si ese dictamen es favorable, o directamente no media discusión acerca de la naturaleza laboral de la discapacidad alegada, se dará intervención a los profesionales médicos que se encargarán de



Corte Suprema de Justicia de la Nación

determinar, con base en los baremos que establece la ley, el porcentaje de incapacidad que produjo la contingencia. A su vez, la comisión médica tendrá la potestad de disponer la producción de prueba de oficio y solicitar la asistencia de servicios profesionales u organismos técnicos para que se expidan sobre áreas ajena a su competencia profesional (art. 7º).

Los profesionales de la salud que integran las comisiones médicas se eligen por concurso público de oposición y antecedentes conforme al orden de mérito obtenido, y deben contar con título médico expedido por una universidad autorizada, matrícula provincial o nacional y título de especialista expedido por autoridad competente (art. 50 de la ley 24.557, resolución SRT 45/2018). Como se dijo, en ciertos casos las decisiones que se adopten deben estar precedidas obligatoriamente por el dictamen jurídico de un secretario técnico letrado, y estos secretarios solo pueden ser desvinculados con fundamento en una grave causal debidamente acreditada (ver resolución SRT 899-E/2017).

Por otra parte, los gastos de funcionamiento de las comisiones están a cargo de la Administración Nacional de la Seguridad Social, las aseguradoras y los empleadores autoasegurados, a través de un aporte económico compulsivo, que es independiente del resultado de los litigios que se sustancien entre las partes (resolución SRT 1105/2010 y sus modificatorias). Este sistema de financiamiento mixto, en el que los propios operadores contribuyen a solventar los gastos que

demanda la actuación del organismo administrativo con competencia en la materia, es común a los más variados y diversos marcos regulatorios vigentes en nuestro país. Por mencionar algunos, se aplica en materia de energía eléctrica (arts. 66 y 67 de la ley 24.065) y gas natural (arts. 62 y 63 de la ley 24.076).

Asimismo, el sistema incorpora resguardos del debido proceso que contribuyen a la participación de las partes en el procedimiento, garantizando en especial la de los damnificados, y al control de la actividad administrativa.

Al respecto, cabe destacar que el trabajador cuenta con patrocinio letrado gratuito y obligatorio durante la instancia administrativa, y los honorarios y demás gastos en que incurre están a cargo de la respectiva aseguradora; en suma, todo el procedimiento es gratuito para el damnificado, incluyendo traslados y estudios complementarios (art. 21 de la ley 24.557; arts. 1º y 14 de la ley 27.348; arts. 36, 37 y 39 de la resolución SRT 298/2017).

Además, la ley 27.348 establece un plazo perentorio de sesenta días hábiles administrativos para que la comisión médica se pronuncie. El plazo solo es prorrogable por cuestiones de hecho relacionadas con la acreditación del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional, lo que deberá ser debidamente fundado. Vencido, la norma deja expedita la vía judicial (art. 3º de la ley). Ello garantiza al damnificado su



Corte Suprema de Justicia de la Nación

derecho a ser oído dentro de un lapso razonable, en tanto asegura que la petición será resuelta con premura, y que, de no ser así, este contará con recursos legales para evitar dilaciones innecesarias.

9º) Que, en tercer lugar, resulta razonable la finalidad perseguida por el legislador al atribuir competencias decisorias a las comisiones médicas en esta materia.

Tal como lo destaca el señor Procurador General de la Nación interino en su dictamen, esta Corte, a partir de la interpretación del art. 14 bis de la Constitución Nacional y de las normas internacionales de derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional, ha dicho que el deber del Estado de garantizar condiciones de trabajo equitativas y dignas comprende la situación de seguridad e higiene en el ámbito laboral y el deber de asegurar la protección de los trabajadores ante los riesgos del trabajo, así como la disposición de remedios apropiados y efectivos para acceder a la reparación de los daños a la integridad física, a la salud y a la vida (Fallos: 332:709, "Torrillo"; 333:1361, "Ascua").

En esa línea, la ley 24.557 de Riesgos del Trabajo indica como objetivos particulares del seguro que organiza la reparación de los daños derivados del accidente o la enfermedad profesional la rehabilitación del trabajador damnificado y la promoción de su recalificación y recolocación (art. 1º, apartado 2, incisos b y c). A su vez, la ley 26.773 señala que las

disposiciones del régimen especial de reparación de los accidentes y enfermedades laborales tienen como objetivo específico la cobertura de los daños derivados de los riesgos del trabajo con criterios de suficiencia, accesibilidad y automaticidad de las prestaciones dinerarias y en especie establecidas para resarcir tales contingencias (art. 1º).

En consecuencia, resulta acorde a las características de la materia regulada, y a los objetivos públicos definidos por el mencionado régimen legal, la disposición en la esfera de la administración del Estado de un mecanismo institucional de respuesta ágil, organizado en base a parámetros estandarizados, que procure asegurar el acceso inmediato y automático a las prestaciones del seguro, y que evite el costo y el tiempo del litigio.

Ese propósito surge con claridad de las normas que estructuran el sistema. Así, el decreto 717/1996, reglamentario de la ley 24.557, afirma en sus considerandos que "las Comisiones Médicas son los organismos establecidos por la ley para resolver las discrepancias entre la Aseguradora y el damnificado o sus derechohabientes, por lo cual corresponde regular los carreles que permitan una rápida intervención" (párrafo 7). Sostiene, asimismo, que "el procedimiento ante las Comisiones Médicas debe también atender a la inmediatez en el otorgamiento de las prestaciones, por lo cual se considera necesario establecer plazos breves para la resolución de



Corte Suprema de Justicia de la Nación

conflictos entre las partes cuando la demora pudiera ocasionar grave perjuicio al trabajador" (párrafo 8).

A su vez, los considerandos de la resolución SRT 298/2017, reglamentaria del procedimiento administrativo, indican que dicho procedimiento procura la inmediatez en el otorgamiento de las prestaciones (tercer párrafo). También señalan que la ley 26.773 vino a establecer un régimen de ordenamiento de la reparación de los daños derivados de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, "con el objetivo primordial de facilitar el acceso del trabajador a una cobertura rápida, plena y justa" (cuarto párrafo). Luego, remarcan que, "con el objeto de avanzar en una respuesta normativa superadora de los aspectos más controvertidos del sistema, y con el fin de instrumentar un régimen que brinde prestaciones plenas, accesibles y automáticas, se impulsó la adecuación de la reglamentación del procedimiento ante las Comisiones Médicas mediante el dictado del Decreto n° 1475 del 29 de julio de 2015" (sexto párrafo).

Cabe recordar que incumbe a las comisiones médicas determinar en cada caso particular: el carácter profesional de la enfermedad o el infortunio, el porcentaje de incapacidad resultante y el importe de las prestaciones dinerarias (art. 1º de la ley 27.348). Ciertamente la principal actividad asignada a estas comisiones consiste en efectuar determinaciones técnicas sobre la evaluación, calificación y cuantificación del grado de invalidez producido por las diferentes contingencias cubiertas;

determinaciones que requieren conocimientos médicos especializados. Y no afecta esta conclusión el hecho de que, en los casos puntuales en que se niega la naturaleza laboral del infortunio, el organismo deba examinar -como se dijo, con el debido asesoramiento jurídico- circunstancias fácticas o su encuadre en la legislación pues, en todo caso, la decisión final sobre tales extremos corresponde a la justicia, y las conclusiones del órgano revisten un alcance provisorio, acotado al procedimiento administrativo, a menos que esas conclusiones resulten aceptadas por las partes (art. 2º de la ley 27.348).

En síntesis, el propósito del procedimiento ante las comisiones médicas es que el acceso de los trabajadores enfermos o accidentados a las prestaciones del régimen de reparación sea rápido y automático, para lo cual se asigna la tarea de calificación y cuantificación de las incapacidades derivadas de los riesgos del trabajo a especialistas en la materia que actúan siguiendo parámetros preestablecidos.

Ello permite considerar que los motivos tenidos en cuenta por el legislador para conferir a las comisiones médicas el conocimiento de tales cuestiones mediante la ley 27.348 (complementaria de la ley de riesgos del trabajo) están razonablemente justificados ya que reconocen fundamento en los objetivos previamente declarados en las leyes 24.557 y 26.773 que organizaron -en cumplimiento de un mandato constitucional- el sistema especial de reparación de los accidentes y las enfermedades laborales.



Corte Suprema de Justicia de la Nación

10) Que, en cuarto lugar, cabe considerar que el régimen legal impugnado también cumple con las exigencias fijadas en la jurisprudencia de la Corte en cuanto al alcance de la revisión judicial.

Según se ha explicado más arriba, la doctrina del precedente "Fernández Arias" establece que en las controversias entre particulares el control judicial suficiente se satisface con la existencia de una instancia de revisión ante la justicia en la que puedan debatirse plenamente los hechos y el derecho aplicable.

En sentido coincidente, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha receptado el derecho a la revisión judicial de decisiones administrativas como uno de los elementos de la garantía del debido proceso legal en relación con el derecho a una tutela judicial efectiva consagrado por los arts. 8º y 25 del Pacto de San José de Costa Rica (caso "Baena, Ricardo y otros vs. Panamá", sentencia del 2 de febrero de 2001, párr. 137, entre otros). El tribunal interamericano sostiene que existe una revisión judicial suficiente cuando el órgano judicial examina todos los alegatos y argumentos sometidos a su conocimiento sobre la decisión del órgano administrativo, sin declinar su competencia al resolverlos o al determinar los hechos. Por el contrario, no hay tal revisión si el órgano judicial está impedido de determinar el objeto principal de la controversia, como por ejemplo sucede en casos en que se considera limitado por las determinaciones fácticas o jurídicas

realizadas por el órgano administrativo que hubieran sido decisivas en la resolución del caso ("Barbani Duarte y otros vs. Uruguay", sentencia del 13 de octubre de 2011, párr. 204).

Las disposiciones de la ley 27.348 garantizan tal tipo de revisión judicial. Como ya se dijo, su art. 2º prevé la posibilidad de recurrir la decisión de la comisión médica jurisdiccional por vía administrativa ante la Comisión Médica Central, o por vía judicial ante la justicia ordinaria del fuero laboral de la jurisdicción provincial o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, según corresponda al domicilio de la comisión médica jurisdiccional que intervino. A su vez, las decisiones de la Comisión Médica Central son susceptibles de recurso directo ante los tribunales de alzada con competencia laboral o, de no existir estos, ante los tribunales de instancia única con igual competencia, correspondientes a la jurisdicción del domicilio de la comisión médica jurisdiccional que intervino. Además, la norma estipula que el recurso interpuesto por el trabajador atraerá al que eventualmente interponga la aseguradora de riesgos del trabajo ante la Comisión Médica Central, y que la sentencia que se dicte en la instancia laboral resultará vinculante para todas las partes.

El ordenamiento, que debe ser interpretado en consonancia con los estándares constitucionales mencionados, no limita la jurisdicción revisora en lo relativo a la determinación del carácter profesional del accidente, del grado de incapacidad o de las prestaciones correspondientes. Ninguna



Corte Suprema de Justicia de la Nación

norma cercena el derecho a plantear ante los jueces competentes la revisión de las cuestiones fácticas y probatorias sobre las que se pronunció la autoridad administrativa. Por el contrario, al establecer que todas las medidas de prueba producidas en cualquier instancia son gratuitas para el trabajador (art. 2º de la ley 27.348), resulta indudable que la producción de tales medidas es admisible durante el trámite judicial.

Aunque el control judicial de la actuación de la Comisión Médica Central sea realizado en forma directa por el tribunal de alzada con competencia laboral, ello no le quita el carácter de "amplio y suficiente". La norma instituye una acción en la que las partes tienen derecho a ofrecer y producir la prueba que consideren pertinente y que permite la revisión del acto por parte de un tribunal que actúa con plena jurisdicción a fin de ejercer el control judicial suficiente y adecuado que cumpla con la garantía del art. 18 de la Constitución Nacional (conf. causa CSJ 66/2012 (48-N)/CS1 "Núñez, Juan Carlos c/ Universidad Nacional de Tucumán s/ nulidad de acto administrativo", sentencia del 9 de septiembre de 2014, considerando 3º).

11) Que, por otra parte, resulta inadmisible el planteo de inconstitucionalidad –punto (iv) del considerando 2º de esta sentencia– que el actor pretende sustentar en el precedente "Castillo" (Fallos: 327:3610), y en una dogmática cita de otras sentencias en las que esta Corte simplemente resolvió cuestiones de competencia remitiéndose a la doctrina de

dicho precedente (conf. casos CSJ 159/2005 (41-V)/CS1 "Venialgo" y Competencia CSJ 804/2007 (43-C)/CS1 "Marchetti", sentencias del 13 de marzo y del 4 de diciembre de 2007).

En el caso "Castillo", el Tribunal declaró la inconstitucionalidad del procedimiento previsto en el texto original de la ley 24.557 de Riesgos del Trabajo exclusivamente en cuanto dicha ley disponía que la revisión judicial de lo resuelto por las comisiones médicas quedaba a cargo de la justicia federal (conf. art. 46, primer apartado), lo que producía dos consecuencias incompatibles con la Constitución Nacional: (i) impedir que la justicia local cumpliera la misión que le es propia de juzgar controversias entre particulares regidas por el derecho común como lo son las derivadas de infortunios laborales, y (ii) desnaturalizar la misión de la justicia federal al convertirla en "fuero común".

Aquel vicio ha sido subsanado con las modificaciones introducidas por la ley 27.348 que permite recurrir las decisiones de las comisiones médicas jurisdiccionales o de la Comisión Médica Central ante los tribunales con competencia laboral de la jurisdicción local, sea provincial o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a los que corresponda intervenir de acuerdo al domicilio de la comisión médica jurisdiccional que haya actuado inicialmente (conf. arts. 2º y 14, que modificó el primer apartado del art. 46 de la ley 24.557).



Corte Suprema de Justicia de la Nación

12) Que en cuanto al alegado carácter regresivo que tendría la norma impugnada –punto (vi) del considerando 2º–, el recurso extraordinario no expone argumentos serios ni aporta elementos relevantes que permitan identificar una clara regresión normativa en el procedimiento previsto en la ley 27.348. Dicho procedimiento, en lo que atañe a la instancia previa obligatoria ante las comisiones médicas, exhibe aristas similares a las que ya contemplaba, en su versión original, la ley 24.557 de Riesgos del Trabajo.

Tal como quedó dicho en el considerando 5º de este pronunciamiento, la atribución de facultades jurisdiccionales a la administración en materia de accidentes de trabajo encuentra sustento en una larga tradición legislativa. La participación de la administración laboral como instancia optativa o, en ocasiones, obligatoria –según la época– ha tenido siempre la finalidad de proveer la inmediata obtención de las prestaciones médico-asistenciales e indemnizatorias por parte de los damnificados por accidentes o enfermedades del trabajo, así como la de contribuir a que las controversias suscitadas por la aplicación del régimen especial de reparación de contingencias laborales logren una solución rápida y económica.

13) Que, finalmente, no resulta atendible el cuestionamiento –resumido en el punto (v) del considerando 2º– dirigido a demostrar que la aplicación del régimen impugnado colocaría al trabajador accidentado en inferioridad de

condiciones respecto de cualquier otro damnificado en ámbitos no laborales.

Reiteradamente ha señalado esta Corte, como fruto de la interpretación de las disposiciones constitucionales que rigen la materia, que "la garantía de igualdad solo exige un trato igual en igualdad de circunstancias" (*Fallos*: 265:242; 311:1602; 340:1795, entre muchos más).

A la luz de esa directiva, es preciso destacar que no se constata "igualdad de circunstancias" entre un reclamo de resarcimiento de daños basado en regímenes indemnizatorios no laborales y el fundado en el sistema especial de reparación de accidentes y enfermedades del trabajo. Los primeros no son sistemas de reparación tarifados, difieren en cuanto a los márgenes de responsabilidad que establecen y, por todo ello, suponen exigencias probatorias más gravosas y una muy precisa y detallada ponderación de las circunstancias variables propias de cada caso (conf. art. 4º, último párrafo, de la ley 26.773 y doctrina de *Fallos*: 305:2244). En cambio, el régimen especial de la ley de riesgos del trabajo, que otorga una más amplia cobertura, es tarifado y procura lograr automaticidad y celeridad en el acceso a las prestaciones e indemnizaciones que contempla. Estas últimas circunstancias, como lo señala el dictamen del señor Procurador General de la Nación interino, justifican y hacen razonable la existencia de una instancia administrativa previa.



Corte Suprema de Justicia de la Nación

Por otra parte, también es preciso señalar que el condicionamiento impuesto por la ley de transitar la instancia de las comisiones médicas antes de acudir ante la justicia no impide que el damnificado pueda posteriormente reclamar con apoyo en esos otros sistemas de responsabilidad (art. 4º, cuarto párrafo, de la ley 26.773, modificado por el art. 15 de la ley 27.348), posibilidad que la ley 24.557 de Riesgos del Trabajo, en su redacción original, había vedado dando lugar a su invalidación constitucional en el precedente "Aquino" (Fallos: 327:3753).

En virtud de lo expuesto, y de conformidad a lo dictaminado por el señor Procurador General de la Nación interino en cuanto resulta concordante, se hace lugar a la queja, se declara formalmente procedente el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada. Costas por su orden en atención a la índole de la cuestión debatida (art. 68 *in fine* del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Agréguese la queja al principal. Notifíquese y remítase.

Firmado Digitalmente por ROSENKRANTZ Carlos Fernando

Firmado Digitalmente por HIGHTON Elena Ines

Firmado Digitalmente por MAQUEDA Juan Carlos

Recurso de queja interpuesto por **Jonathan Jesús Pogonza, parte actora**, representado por el **Dr. Alexis Gabriel Yebne**.

Tribunal de origen: **Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo.**

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo n° 23.**

Suprema Corte:

-I-

La Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo confirmó la sentencia de primera instancia que había declarado la falta de aptitud jurisdiccional por no hallarse cumplida la instancia administrativa previa ante las comisiones médicas, y, en consecuencia, ordenó el archivo de las actuaciones (fs. 38 del expediente principal, al que me referiré salvo aclaración en contrario).

Sostuvo, con remisión al dictamen del fiscal general ante esa cámara emitido en el caso CNT 37907/2017/CA1, "Burgui, Florencia Victoria c/ Swiss Medical ART SA s/ accidente-ley especial", el 12 de julio de 2017, que el diseño procesal establecido en los artículos 1 y concordantes de la Ley nº 27.348, en cuanto establece la obligatoriedad de la instancia administrativa previa, es constitucional.

En ese sentido, consideró que el sistema cumple con las exigencias de legitimidad establecidas por la Corte Suprema en el precedente registrado en Fallos: 328:651, "Ángel Estrada y Cia SA", del 5 de abril de 2005.

En particular, resaltó que en la instancia administrativa cuestionada las partes cuentan con patrocinio letrado y que las comisiones médicas tienen un plazo perentorio de sesenta días para expedirse, por lo que, a su criterio, no se encuentra afectado el debido proceso. Además, consideró que la revisión judicial de esos actos administrativos es suficiente ya que, a opción del trabajador, se permite la apelación ante la Comisión Médica Central o ante la justicia laboral provincial o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Señaló que si bien se accede a la justicia del trabajo por vía recursiva, ello no impide una revisión plena ni la producción de prueba en esa instancia. Agregó que es razonable que los trabajadores no registrados tengan expedita la vía judicial sin transitar por la instancia

administrativa ya que se requiere un debate sobre la existencia del vínculo laboral en forma previa al del supuesto infortunio.

Sobre esa base, concluyó que la justicia del trabajo es la que toma la decisión final sobre lo dictaminado por las comisiones médicas y, por ello, más allá de la conveniencia del procedimiento, no resulta constitucional.

-II-

Contra esa resolución, el actor interpuso recurso extraordinario federal (fs. 39/54), que fue denegado (fs. 57), lo que motivó la presente queja (fs. 22/26 del cuaderno respectivo).

En primer lugar, afirma que la cámara emitió sentencia definitiva en la causa en tanto obliga al actor a transitar el trámite administrativo ante las comisiones médicas cuya constitucionalidad fue expresamente cuestionada.

En segundo lugar, sostiene que existe una cuestión federal que la Corte debe tratar en virtud del planteo de inconstitucionalidad de la Ley n° 27.348 con base en que el procedimiento allí previsto vulnera las garantías constitucionales de defensa en juicio, acceso a la justicia, debido proceso adjetivo, juez natural e igualdad ante la ley.

En ese sentido, arguye que la ley le otorga facultades jurisdiccionales a las comisiones médicas que son exclusivas de los jueces. A modo de ejemplo, señala que los médicos deben expedirse sobre el nexo de causalidad entre el siniestro y la incapacidad resultante. Agrega que no se encuentra garantizada la imparcialidad de las comisiones médicas ya que el sistema es financiado por las aseguradoras de riesgos del trabajo. Cita resoluciones de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo (en adelante, SRT) en apoyo de su postura.

Argumenta que el control judicial no es amplio ni suficiente ya que solo se puede acceder a la justicia por la vía recursiva, lo que impide la amplitud de debate y la producción de prueba obstruyendo el derecho del trabajador de accionar ante su juez natural por los infortunios laborales sufridos. Afirma que la Corte en Fallos: 327:3610, "Castillo", se pronunció en ese sentido.

Finalmente, alega que obligar al trabajador a una instancia administrativa previa lo pone en pie de desigualdad con respecto a otros ciudadanos que pretendan la reparación de daños causados por cuestiones ajenas al trabajo, pues estos tienen expedita la vía judicial. Para más, agrega que la modificación procesal introducida por la Ley n° 27.348 vulnera el principio de progresividad en materia de derechos sociales.

-III-

En primer término, cabe señalar que si bien es jurisprudencia de la Corte Suprema que la decisión en materia de habilitación de instancia resulta una cuestión de índole procesal ajena al recurso del artículo 14 de la Ley n° 48 (Fallos: 323:650, "Caplán", entre otros), se han exceptuado de ese principio aquellos casos en los cuales se causa un agravio de imposible o inoportuna reparación ulterior, pues se veda al recurrente el acceso a la jurisdicción de los tribunales y se restringe sustancialmente su derecho de defensa (Fallos: 323:1919, "Acosta"; 330:4024, "Instituto Nacional de Servicios Sociales Para Jubilados y Pensionados", entre otros). Estimo que ello acontece en el *sub lite* pues la decisión recurrida declaró la falta de aptitud jurisdiccional de la justicia nacional del trabajo y ordenó el archivo de las actuaciones, clausurando la vía procesal promovida.

En segundo término, considero que el recurso extraordinario fue mal denegado ya que se cuestiona la validez del procedimiento administrativo previo que prevé la Ley n° 27.348 (artículo 1) por estimarlo contrario a las garantías constitucionales de defensa en juicio, acceso a la justicia, debido proceso adjetivo, juez

natural e igualdad ante la ley (artículos 16, 17 y 18 de la Constitución Nacional) y la decisión ha sido contraria al derecho que el apelante fundó en ellas (artículo 14, inc. 3, de la Ley n° 48). Con ese alcance, el recurso de queja es formalmente procedente.

—IV—

En el caso, la cuestión debatida consiste en dilucidar si la competencia otorgada a las comisiones médicas jurisdiccionales por el artículo 1 de la Ley n° 27.348 Complementaria de la Ley de Riesgos del Trabajo para entender, en forma previa, obligatoria y excluyente de cualquier otra intervención, en la determinación del carácter profesional de la enfermedad o contingencia, de la incapacidad del trabajador y de las prestaciones dinerarias previstas en la Ley n° 24.557 de Riesgos del Trabajo, resulta compatible con las garantías constitucionales que invoca el recurrente.

En razón del alcance de los agravios, es útil recordar la doctrina de la Corte Suprema en cuanto a que el ejercicio de facultades jurisdiccionales por órganos de la administración se encuentra condicionado a las limitaciones que surgen, por un lado, de la materia específica que la ley sometió al previo debate administrativo y, por otro, de la exigencia de dejar expedita una vía de control judicial verdaderamente suficiente (Fallos: 247:646, "Fernández Arias"; 321:776, "Litoral Gas SA"; 328:651, "Ángel Estrada"; 329:5648, "Paz Posse Limitada Ingenio San Juan"; C.S. E. 141, L. XLVII, "Edesur SA c/ resolución 380 y 1712/05 — Ente Nacional Regulador de la Electricidad s/ resolución 1569/06 — 2063/07", sentencia del 18 de noviembre de 2014; CSJ 18/2014, L. ROR, "YPF SA c/ resolución 575/12 - ENARGAS (expte. 19009/12) y otro s/ recurso directo a cámara", sentencia del 29 de septiembre de 2015; y dictamen de la Procuración General en CAF 825/2013/CS1, "Edesur c/ ENRE", en lo pertinente, del 25 de agosto de 2017).

Particularmente, en el precedente "Ángel Estrada", la Corte Suprema indicó que el reconocimiento de facultades jurisdiccionales a favor de organismos administrativos se encuentra condicionado a las limitaciones que surgen de los artículos 18, 109 y 116 de la Constitución Nacional. Expuso que "tales principios constitucionales quedan a salvo siempre y cuando los organismos de la administración dotados de jurisdicción para resolver conflictos entre particulares hayan sido creados por ley, su independencia e imparcialidad estén aseguradas, el objetivo económico y político tenido en cuenta por el legislador para crearlos (y restringir así la jurisdicción que la Constitución Nacional atribuye a la justicia ordinaria) haya sido razonable y, además, sus decisiones estén sujetas a control judicial amplio y suficiente" (considerando 12º).

Teniendo en cuenta esos parámetros, en primer lugar, corresponde remarcar que las competencias de las comisiones médicas jurisdiccionales están definidas por leyes formales. En efecto, la Ley nº 24.241 de Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones creó estos órganos administrativos, estableció su integración y su financiamiento (artículo 51). A su vez, las Leyes nº 24.557 (artículos 21 y 22) y 27.348 (artículo 1) establecen expresamente el alcance de la competencia de estos órganos en materia de riesgos del trabajo.

En segundo lugar, estas comisiones médicas satisfacen las exigencias de independencia e imparcialidad a los efectos de la materia específica y acotada que el régimen de riesgos del trabajo les confiere.

Por un lado, el organismo cuenta con suficiente capacidad técnica para establecer, según pautas objetivas, y con el alcance preliminar que tiene todo el procedimiento administrativo, el cumplimiento de los requisitos básicos para acceder a las prestaciones sociales previstas por el régimen de riesgos del trabajo. En ese sentido, la Resolución nº 298/17 SRT prevé que cuando esté controvertida la naturaleza laboral del accidente la cuestión la resolverá el secretario técnico letrado,

que emitirá un dictamen jurídico previo (artículo 2). Si ese dictamen es favorable a la pretensión del trabajador se dará intervención a los profesionales médicos que se encargarán de determinar, con base en los baremos que establece la ley, el porcentaje de incapacidad que produjo la contingencia. A su vez, la comisión médica tendrá la potestad de disponer la producción de prueba de oficio y solicitar la asistencia de servicios profesionales u organismos técnicos para que se expidan sobre aéreas ajenas a su competencia profesional (artículo 7).

Por otro lado, en cuanto a la composición y funcionamiento del organismo, la comisión médica actúa en la órbita de la Superintendencia de Riesgos de Trabajo, entidad pública autárquica en la jurisdicción del entonces Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social (artículos 35 a 38 de la Ley nº 24.557), y los profesionales que la integran deben contar con título médico expedido por una universidad autorizada, matrícula provincial o nacional y título de especialista expedido por autoridad competente, y demostrar idoneidad para el cargo en un concurso público de oposición y antecedentes conforme el orden de mérito obtenido (cf. Resolución nº 45/2018 SRT). Además, los gastos de financiamiento de las comisiones están a cargo de la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSeS), las aseguradoras y los empleadores auto asegurados, a través de un aporte económico compulsivo, ya que la norma lo dispone independientemente del resultado de los litigios que se sustancien entre las partes (Resolución nº 59/2018 SRT, y normas concordantes).

A su vez, el sistema incorpora resguardos básicos de debido proceso que contribuyen al control de la actividad administrativa y a la participación de las partes y, en especial, de los damnificados en el procedimiento. En tal sentido, la ley complementaria prevé que el trabajador cuente con patrocinio letrado gratuito y

obligatorio durante la instancia administrativa y que los honorarios y demás gastos en que incurre el trabajador estén a cargo de la respectiva aseguradora; también dispone que todas las medidas de prueba en cualquier instancia serán gratuitas para el trabajador (artículos 1, cuarto párrafo, 2, noveno párrafo, y 14, último párrafo, de la Ley nº 27.348; artículos. 36, 37 y 39 de la Resolución nº 298/17 SRT). Asimismo, la Ley de Riesgos del Trabajo establece que en todos los casos el procedimiento será gratuito para el damnificado, incluyendo traslados y estudios complementarios (artículo 21, cuarto párrafo, Ley nº 24.557).

Además, la Ley nº 27.348 aquí cuestionada establece un plazo perentorio de sesenta días hábiles administrativos para que la comisión médica se pronuncie. Ese plazo es prorrogable, por única vez, por treinta días hábiles, por cuestiones de hecho relacionadas con la acreditación del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional, lo que deberá ser debidamente fundado. Vencido ese plazo, la norma deja expedita la vía judicial (artículo 3, de la ley, y artículo 7, párrafo final, Resolución nº 298/17 SRT).

En este punto debe ponderarse que la fijación de un plazo máximo y perentorio para el trámite resulta una garantía para el damnificado, en tanto asegura que la petición será resuelta con premura y que, de no ser así, éste contará con recursos legales para evitar dilaciones innecesarias. Este recaudo reviste interés para el examen de la norma pues el derecho a ser oído en un plazo razonable, que integra la garantía del debido proceso, rige en los procedimientos administrativos (cf. Corte IDH, Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá, sentencia de 2 de febrero de 2001, párrs. 124 y 127).

En tercer lugar, la razonabilidad de la atribución de facultades jurisdiccionales debe ser evaluada considerando el carácter social de los derechos en juego, y el objetivo político enunciado en el régimen legal de lograr automaticidad y celeridad en el acceso a las reparaciones.

Al respecto, la Corte Suprema, a partir de la interpretación del principio protectorio del artículo 14 bis de la Constitución Nacional y de las normas internacionales de derechos humanos que integran el bloque de constitucionalidad, sostuvo que el deber del Estado de garantizar condiciones de trabajo equitativas y dignas comprende la situación de seguridad e higiene en el ámbito laboral y el deber de asegurar la protección de los trabajadores ante los riesgos del trabajo, así como la disposición de remedios apropiados y efectivos para acceder a reparación de los daños a la integridad física, a la salud y la vida (Fallos: 332:709, "Torrillo", considerando 4º; 333:1361, "Ascua", considerandos 5º y 6º; en igual sentido, cf. también Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 14, "El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12), 2000, párrs. 36 y 49; Observación General 19, "el derecho a la seguridad social" (artículo 9), 2008, párrs. 2 y 17).

En esa línea, la Ley nº 24.557, además de definir como objetivo prioritario del régimen la prevención de los riesgos del trabajo, indica como objetivos particulares del seguro que organiza la reparación de los daños derivados del accidente o la enfermedad, la rehabilitación del trabajador damnificado, y la promoción de su recalificación y recolocación (artículo 1, incisos b y c). A su vez, la Ley nº 26.773 señala que son objetivos específicos de las disposiciones sobre la reparación de los riesgos del trabajo, la cobertura de los daños con criterio de suficiencia, accesibilidad y automaticidad de las prestaciones dinerarias y en especie establecidas para resarcir tales contingencias (artículo 1).

De allí que, a mi modo de ver, resulta acorde a las características de la materia regulada, y a los objetivos públicos definidos por el mencionado cuerpo legal, la disposición en la esfera de la administración del Estado

—con jurisdicción en asuntos del trabajo y de la seguridad social— de un mecanismo institucional de respuesta ágil, organizado en base a parámetros estandarizados, que procure asegurar el acceso inmediato y automático a la prestaciones del seguro, y que evite el costo y el tiempo del litigio.

En consonancia con lo expuesto por la Corte Suprema en "Fernández Arias" (Fallos: 247:646) ese ejercicio de facultades jurisdiccionales "constituye uno de los modos universales de responder, pragmáticamente, al premioso reclamo de los hechos que componen la realidad de este tiempo, mucho más vasta y compleja que la que pudieron imaginar los constituyentes del siglo pasado, y se asienta en la idea de que una administración ágil, eficaz y dotada de competencia amplia es instrumento apto para resguardar, en determinados aspectos, fundamentales intereses colectivos de contenido económico y social [...] los que de otra manera solo podrían ser tardía o insuficientemente satisfechos" (considerando 5º).

En efecto, el objetivo de celeridad en el acceso a las prestaciones emerge con claridad de las normas que estructuran el sistema. Así, el reglamento de la Ley n° 24.557 —Decreto n° 717/96— afirma en sus considerandos que "las Comisiones Médicas son los organismos establecidos por la ley para resolver las discrepancias entre la Aseguradora y el damnificado o sus derechohabientes, por lo cual corresponde regular los cauces que permitan una rápida intervención" (párrafo 7). Sostiene también que "el procedimiento ante las Comisiones Médicas debe atender a la inmediatez en el otorgamiento de las prestaciones, por lo cual se considera necesario establecer plazos breves para la resolución de conflictos entre las partes cuando la demora pudiera ocasionar grave perjuicio al trabajador" (párrafo 8).

A su vez, la referida norma reglamentaria del procedimiento administrativo —Resolución n° 298/17 SRT— expresa en sus considerandos que el procedimiento ante las comisiones médicas fue diseñado atendiendo a la inmediatez

en el otorgamiento de las prestaciones (tercer párrafo), y refiere que la Ley nº 26.773 vino a establecer un régimen de ordenamiento de la reparación de los daños derivados de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, "con el objetivo primordial de facilitar el acceso del trabajador a una cobertura rápida, plena y justa" (cuarto párrafo). Luego, remarca que "con el objeto de avanzar en una respuesta normativa superadora de los aspectos más controvertidos del sistema, y con el fin de instrumentar un régimen que brinde prestaciones plenas, accesibles y automáticas, se impulsó la adecuación de la reglamentación del procedimiento ante las Comisiones Médicas mediante el dictado del Decreto nº 1.475 del 29 de julio de 2015" (sexto párrafo).

Sobre esa base, considero que el núcleo de las funciones administrativas encomendadas a las comisiones médicas, que consisten en la determinación del carácter profesional de la enfermedad o el infortunio, en la fijación del porcentaje de incapacidad resultante y en la definición de las prestaciones dinerarias de la ley de en cada caso particular (artículo 1, Ley nº 27.348), encuentra suficiente fundamento en el propósito tenido en mira por el Congreso de la Nación al organizar el sistema, que es dotar de celeridad y automaticidad al trámite de acceso a la cobertura.

Al respecto, cabe mencionar que la principal actividad administrativa deferida al conocimiento del organismo corresponde precisamente a determinaciones técnicas sobre la evaluación, calificación y cuantificación del grado de invalidez producido por las diferentes contingencias cubiertas, que requieren conocimientos médicos especializados. No afecta a esa conclusión el hecho de que, en los casos puntuales en que se niega la naturaleza laboral del infortunio, el organismo requiera examinar —como se dijo, con el debido asesoramiento técnico— las

circunstancias fácticas o su encuadre en la legislación. Ello es así pues la decisión final sobre tales extremos le corresponde a la justicia ordinaria, y las conclusiones del órgano revisten un alcance provisorio, acotado al procedimiento administrativo, a menos que esas conclusiones resulten aceptadas por las partes (artículo 2, Ley nº 27.348, y 15 de la Ley nº 20.744 de Contrato de Trabajo).

En esta perspectiva, entiendo que los motivos tenidos en cuenta por el legislador para otorgar a las comisiones médicas el conocimiento de estas controversias, más allá de su mérito o conveniencia, se encuentran razonablemente justificados.

En cuarto lugar, corresponde establecer si se cumple el requisito de revisión judicial amplia y suficiente. Para ello cabe puntualizar que la Corte Suprema ha manifestado, desde antiguo, que para tener acreditado este requisito se deben analizar las circunstancias específicas de cada caso. Expresó que el alcance del control judicial "no depende de reglas generales u omnicomprensivas, [...] la medida del control judicial requerido deberá ser la que resulte de un conjunto de factores y circunstancias variables o contingentes, entre los que podría mencionarse, a título de ejemplo, la naturaleza del derecho individual invocado, la magnitud de los intereses públicos comprometidos, la complejidad de la organización administrativa creada para garantizarlos, la mayor o menor descentralización del tribunal administrativo, etc." (Fallos; 247:646, "Fernández Arias", considerando 14º y sus citas).

Por su parte, el sistema interamericano de derechos humanos ha receptado el derecho a la revisión judicial de decisiones administrativas como uno de los elementos de la garantía del debido proceso legal, en relación con el derecho a una tutela judicial efectiva (artículos 8 y 25, CADH, y Corte IDH, caso "Baena, Ricardo y otros vs. Panamá", cit, párr. 137, entre otros). El tribunal interamericano sostiene que existe una revisión judicial suficiente cuando el órgano judicial examina

todos los alegatos y argumentos sometidos a su conocimiento sobre la decisión del órgano administrativo, sin declinar su competencia al resolverlos o al determinar los hechos. Por el contrario, no hay tal revisión si el órgano judicial está impedido de determinar el objeto principal de la controversia, como por ejemplo sucede en casos en que se considera limitado por las determinaciones fácticas o jurídicas realizadas por el órgano administrativo que hubieran sido decisivas en la resolución del caso (Corte IDH, caso "Barbani Duarte y otros vs. Uruguay", sentencia del 13 de octubre de 2011, párr. 204).

Del mismo modo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos exige que el Estado parte garantice el derecho de recurrir las decisiones administrativas ante un tribunal independiente e imparcial con jurisdicción de apelación plena para controlar lo actuado en punto a la determinación de los hechos y el derecho aplicable y, además, que cumpla con las garantías previstas en el artículo 6.1 del Convenio Europeo ("Obermeier v. Austria", sentencia del 28 de junio de 1990, par. 70; entre otros). A su vez, ambos tribunales internacionales señalaron que en aquellos casos en los que se somete a los órganos judiciales el conocimiento de una decisión administrativa previa, es importante analizar factores tales como: a) la competencia del órgano judicial en cuestión; b) el tipo de materia sobre la cual se pronunció el órgano administrativo, teniendo en cuenta si ésta involucra conocimientos técnicos o especializados; c) el objeto de la controversia planteada ante el órgano judicial, lo cual incluye los alegatos de hecho y de derecho de las partes, y d) las garantías del debido proceso ante el órgano judicial (Corte IDH, caso "Barbani Duarte y otros vs. Uruguay", sentencia del 13 de octubre de 2011, párr. 204, TEDH, Case of Sigma Radio Televisión Ltd. v. Cyprus, sentencia del 21 de julio de 2011, para. 154.).

Bajo esas premisas, entiendo que el procedimiento recursivo ante la justicia nacional del trabajo, que corresponde a esta controversia, garantiza una revisión judicial que no lesiona los recaudos constitucionales aludidos.

En efecto, los artículos 2 y 14 de la Ley nº 27.348 establecen que el trabajador tendrá la opción de interponer recurso contra lo dispuesto por la comisión médica jurisdiccional ante la justicia ordinaria del fuero laboral de la jurisdicción provincial o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, según corresponda al domicilio de la comisión médica que intervino. A su vez, las resoluciones de la Comisión Médica Central son recurribles ante los tribunales de alzada con competencia laboral o, de no existir estos, ante los tribunales laborales de instancia única.

En definitiva, pienso que el texto de estas disposiciones citadas deben ser interpretadas en consonancia con los estándares constitucionales mencionados, en el sentido de que no restringe el marco cognitivo de la revisión judicial y admite el reexamen de las cuestiones fácticas y jurídicas analizadas en la esfera administrativa. Desde esa perspectiva el alcance del control judicial resulta adecuado. En ese orden, cabe resaltar que el propio artículo 2 prevé que puedan producirse medidas de prueba en cualquier instancia. En particular, establece reglas sobre los requisitos que deben cumplir los peritos médicos oficiales que intervengan en las controversias judiciales que se susciten en el marco de la Ley nº 24.557 y sus modificatorias, así como también sobre sus honorarios y los mecanismos subsidiarios de selección para supuestos excepcionales. Además, estipula que el recurso interpuesto por el trabajador atraerá al que eventualmente interponga la aseguradora y que la sentencia en sede laboral será vinculante para las partes.

Por último, con respecto al planteo que alega una afectación al principio de irreversibilidad en materia de derechos sociales, considero que no se exponen en el recurso elementos que permitan identificar una clara regresión

normativa en el procedimiento previsto en la Ley n° 27.348 con respecto al anterior que disponía la Ley n° 24.557. Corresponde señalar que la Corte, en Fallos: 327:3610, "Castillo", confirmó la declaración de inconstitucionalidad del artículo 46, inciso 1, de la Ley n° 24.557 —en su anterior redacción— con base en que la competencia federal allí establecida no resulta aplicable a las cuestiones vinculadas a accidentes de trabajo pues éstas son de carácter común y, por ello, reservadas a la jurisdicción provincial en virtud del artículo 75, inciso 12, de la Constitución Nacional. Sin embargo el tribunal no se pronunció sobre la validez del procedimiento ante las comisiones médicas que la norma regulaba con aristas similares a la ley aquí cuestionada. Esa tacha constitucional fue subsanada por la Ley n° 27.348 que permite al trabajador recurrir ante la justicia laboral de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o ante la provincial cuando medie un acuerdo de adhesión. Por ello, este agravio del recurrente carece de apropiada fundamentación.

Finalmente, es menester señalar que el acierto o el error, el mérito o la conveniencia de las soluciones legislativas no son puntos sobre los que el Poder Judicial deba pronunciarse (Fallos: 313:410, "Cook", entre otros), por lo que la declaración de inconstitucionalidad de una ley —acto de suma gravedad institucional— requiere que la contradicción con la Constitución Nacional sea manifiesta, clara e indudable (Fallos: 314:424, "Pupelis", y 320:1166, "Café la Virginia S.A., entre otros), lo que no se encuentra configurado en el *sub lite*.

En suma, estimo que la competencia que la Ley n° 27.348 le otorga a las comisiones médicas, para intervenir con carácter previo y obligatorio en los conflictos derivados de infortunios laborales, se ajusta a los parámetros constitucionales expuestos a fin de resguardar los principios previstos en los artículos 18, 109 y 116 de la Constitución Nacional.

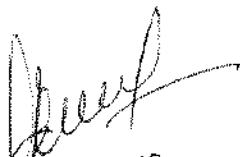
-V-

Opino, por lo tanto, que corresponde hacer lugar a la queja, declarar formalmente admisible el recurso extraordinario, y confirmar la sentencia apelada.

Buenos Aires, 17 de mayo de 2019.

ES COPIA

EDUARDO EZEQUIEL CASAL



ADRIANA V. MARCHISIO
Subsecretaría Administrativa
Procuración General de la Nación



Corte Suprema de Justicia de la Nación

Buenos Aires, 2 de Septiembre de 2021

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Esso Petrolera Argentina S.R.L. y otro c/ Municipalidad de Quilmes s/ acción contencioso administrativa", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que Esso Petrolera Argentina S.R.L. (ESSO en lo sucesivo; hoy Pan American Energy S.A. Sucursal Argentina) promovió demanda contra el Municipio de Quilmes a fin de que se deje sin efecto la resolución de fecha 19 de diciembre de 2002, mediante la cual se desestimó el recurso jerárquico contra la intimación al pago de las sumas de \$ 138.723,35 y \$ 5.284,32, en concepto de remanente adeudado por tasa por inspección de seguridad e higiene (en adelante TISH).

En su presentación inicial, la actora sostuvo que liquidó y pagó la TISH luego de distribuir sus ingresos brutos totales en las diferentes jurisdicciones en que desarrolla actividad comercial, tomando como base imponible únicamente los ingresos brutos devengados en el Municipio de Quilmes. En concreto, explicó que la liquidación y pago de la suma de \$ 210.136 en concepto de TISH cubría íntegramente los costos directos e indirectos por los servicios efectivamente prestados por el Municipio de Quilmes en dos estaciones de servicio ubicadas en su jurisdicción, más precisamente en la calle Aristóbulo del Valle esquina Presidente Perón (períodos 4/96 a 12/01) y en la calle Mitre 880 (períodos 8/00 a 7/02)

respectivamente. Señaló que su liquidación -calculada en demasía- incluso tuvo en cuenta ingresos originados en otras diez estaciones de servicio ubicadas en Quilmes pero explotadas por operadores independientes de ESSO (conf. el expediente 4091-8960-D-02 y demanda de fs. 63/70 vta. de los autos principales a los que también corresponden las referencias de fojas subsiguientes).

En este marco, cuestionó que el municipio pretendiera cobrarle la TISH sobre una base imponible que alcanzaba a los ingresos devengados en otros municipios de la Provincia de Buenos Aires y en las que ESSO no tiene local o establecimiento habilitado.

Puntualmente cuestionó la intimación y la resolución de la municipalidad, pues entendió que no se daban las condiciones necesarias para la aplicación del artículo 35 del Convenio Multilateral. En este sentido, consideró que tal cláusula no era aplicable a tasas toda vez que, según afirmó, estas deben retribuir la prestación de un servicio público individualizado y guardar proporcionalidad con el "costo del servicio público efectivamente prestado como contrapartida por la comuna". Bajo tal premisa, explicó, "resulta inadmisible" determinar la tasa por una circunstancia tan ajena a la prestación misma del servicio como lo sería el calcular su base tomando en cuenta los ingresos devengados por ESSO en un territorio ajeno a la municipalidad.



Corte Suprema de Justicia de la Nación

Subsidiariamente, planteó la inconstitucionalidad del referido artículo 35 del Convenio Multilateral. Tachó de irrazonable que el poder tributario municipal pudiera desbordar su jurisdicción territorial incluso en el modo de calcular las bases imponibles dirigidas a cuantificarlo. A su vez, consideró violatorio del derecho a la igualdad que pudieran crearse dos categorías de contribuyentes: unos cuya actividad se reduce al municipio y otros cuyos ingresos se generan en otros municipios.

2º) Que la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires rechazó la demanda entablada. Para así decidir, señaló que la actora cuenta con dos establecimientos habilitados en el municipio demandado y, con base en la interpretación del artículo 35 del Convenio Multilateral elaborada en otros precedentes propios, entendió que el tercer párrafo de esa disposición autoriza al municipio a calcular el gravamen sobre el cien por ciento del monto imponible del impuesto a los ingresos brutos atribuible al fisco provincial. Asimismo, descartó, por infundados, los planteos de inconstitucionalidad del artículo 35 del Convenio Multilateral citado.

Por otra parte, y en función de las constancias de la causa, tuvo por acreditada una efectiva prestación del servicio con diversas visitas e inspecciones por parte del personal municipal en las estaciones de servicio de su propiedad ya señaladas.

Acreditada la prestación del servicio, descartó el agravio vinculado a la desproporcionalidad de la tasa. En este sentido, sostuvo que no existen normas constitucionales o legales que impongan a las tasas una proporcionalidad estricta entre el costo del servicio y el monto del gravamen. En ese orden indicó que mediante esta tasa no debía atenderse exclusivamente a los gastos de la oficina que prestaba el servicio en cuestión, ya que su existencia y el cumplimiento de sus fines dependían de la organización municipal en su totalidad, cuyas erogaciones generales debían incidir en las prestaciones particulares en una medida cuya determinación era cuestión propia de la política financiera local. En este entendimiento de los estándares contra los que debe ponderarse la razonabilidad de la tasa, consideró que, en el caso, no se había demostrado la alegada desproporcionalidad.

3º) Que ESSO dedujo recurso extraordinario federal contra esa sentencia el que, luego de ser respondido por la contraria, fue denegado por el *a quo*, circunstancia que motivó la interposición de la presente queja (cf. fs. 237/242 vta., 250/254 y 258/258 vta.).

En su recurso, la actora expresa tres agravios:

1. En primer lugar, sostiene que el artículo 35 del Convenio Multilateral no puede ser entendido como la autorización para que una municipalidad pueda "gravar hechos imponibles ocurridos fuera de sus límites geográficos" (cf. fs.



Corte Suprema de Justicia de la Nación

240 vta.). Alega que tal agravio resulta admisible y suscita una cuestión federal en la medida en que el litigio "versa sobre la interpretación de normas de carácter federal como lo es el Convenio Multilateral de 1977" (fs. 239), y toda vez que la sentencia es arbitraria porque (i) la cuestión aquí debatida ya ha sido resuelta por esta Corte de manera favorable a su pretensión en un caso "estrictamente análogo", en el expediente caratulado "YPF S.A." (Fallos: 329:5); y (ii) contradice la jurisprudencia de este Tribunal en la causa CSJ 340/2003 (39-H)/CS1 "Helicópteros Marinos S.A. c/ Tierra del Fuego, Provincia de s/ acción declarativa", sentencia del 8 de junio de 2010, que estableció la necesaria existencia de "un punto de conexión" entre las actividades desarrolladas y la jurisdicción que las grava.

2. En segundo lugar, en lo que respecta a la inexistencia de una norma que exija la proporcionalidad entre el monto de la tasa y el costo del servicio, así como la efectiva prestación de este último, denuncia que la postura adoptada por el pronunciamiento apelado confronta con los parámetros constitucionales estructurados por esta Corte -doctrina de Fallos: 234:663; 259:413; 329:792, entre otros- que no solo exigen la prestación efectiva del servicio, "sino también una vinculación razonable entre el costo del mismo y lo que recauda el municipio en contrapartida" (fs. 242).

3. Finalmente, plantea que el artículo 35 del Convenio Multilateral resulta inconstitucional. Para fundar este agravio

-subsidiario del primero- explica que la interpretación según la cual "el citado acuerdo autoriza a la apropiación de ingresos foráneos al municipio (...) resultaría contraria al principio de razonabilidad (art. 28 CN), por vulneración del régimen federal de gobierno y la distribución de competencias tributarias consagrados en la Constitución Nacional (art. 75, incs. 2 y 12), con afectación, también, de la 'cláusula comercial' (cfr. art. 75, inc. 13 de la CN)" -fs. 241 vta.-.

4º) Que, con arreglo a lo previsto en la acordada 30/2007, el Tribunal celebró el 6 de junio de 2019 una audiencia pública informativa con la participación de las partes y de los Amigos del Tribunal admitidos en los términos de la acordada 7/2013, en la cual los miembros de esta Corte preguntaron sobre distintos aspectos de la controversia (cfr. acta de fs. 166/166 vta. del cuaderno de queja).

5º) Que, respecto del primer agravio de la recurrente vinculado a cómo debe leerse el artículo 35 del Convenio Multilateral, corresponde desestimar por manifiestamente infundada su afirmación de que la interpretación de esa norma constituye cuestión federal, toda vez que se trata de derecho federal según el precedente "Canteras" (Fallos: 303:1595). En efecto, la sucinta justificación de la recurrente omite por completo que esta Corte al fallar en los autos "Papel Misionero SAIFC" (Fallos: 332:1007) abandonó la doctrina sentada en las causas "El Cóndor Empresa de Transportes S.A." (Fallos: 324:4226) y "Argencard S.A." (Fallos: 327:1473), reinstituyendo



Corte Suprema de Justicia de la Nación

el tradicional entendimiento según el cual el Convenio Multilateral forma parte del derecho público local (arg. doctrina de Fallos: 316:324 y 327; 332:1007 y 336:443). Tiene dicho este Tribunal que ese convenio consiste en "un régimen contractual entre los estados provinciales y la ciudad de Buenos Aires con arreglo al cual se distribuye la base imponible en el impuesto sobre los ingresos brutos entre las distintas jurisdicciones (arg. Fallos: 329:59 y su cita)", (Fallos: 338:845, considerando 4º), constituyendo una "herramienta de coordinación financiera..." (Fallos: 338:845, considerando 5º).

Con específica referencia al artículo 35 del Convenio Multilateral, tiene dicho este Tribunal que las "divergencias sobre la interpretación de normas de derecho público local -como lo es el Convenio Multilateral- deben ser ventiladas ante los jueces locales, que deberán examinar el alcance de un tributo que deriva de una ordenanza municipal creada y aplicada por las autoridades de igual carácter, interpretándolos en el espíritu y en los efectos que la soberanía local ha querido darles", (Fallos: 331:2586). Ello -concluyó el Tribunal- tiene fundamento en el "resguardo del respeto al sistema federal y de las autonomías provinciales que requieren que sean los jueces locales los que intervengan en las causas en que se ventilen cuestiones de esa naturaleza" (arg. doctrina de Fallos: 331:2586).

6º) Que, en línea con lo expresado, tampoco resulta admisible el primer agravio en razón de la arbitrariedad

invocada por la actora en cuanto a que la máxima instancia local en su lectura del artículo 35 del Convenio Multilateral se habría apartado de precedentes de esta Corte. Por el contrario, ninguno de los pronunciamientos en los que se fundamenta la arbitrariedad resultan aplicables a este caso.

Recuérdese que el artículo 35 del Convenio Multilateral del 18 de agosto de 1977, en lo pertinente, prescribe que:

"En el caso de actividades objeto del presente Convenio, las municipalidades, comunas y otros entes locales similares de las jurisdicciones adheridas, podrán gravar en concepto de impuestos, tasas, derechos de inspección o cualquier otro tributo cuya aplicación les sea permitida por las leyes locales sobre los comercios, industrias o actividades ejercidas en el respectivo ámbito jurisdiccional, únicamente la parte de ingresos brutos atribuibles a dichos fiscos adheridos, como resultado de la aplicación de las normas del presente Convenio.

La distribución de dicho monto imponible entre las jurisdicciones citadas, se hará con arreglo a las disposiciones previstas en este Convenio, si no existiere un acuerdo interjurisdiccional que reemplace la citada distribución en cada jurisdicción provincial adherida.

Cuando las normas legales vigentes en las municipalidades, comunas y otros entes locales similares de las jurisdicciones adheridas sólo permitan la percepción de los tributos en



Corte Suprema de Justicia de la Nación

aquellos casos en que exista local, establecimiento u oficina donde se desarrolle la actividad gravada, las jurisdicciones referidas en las que el contribuyente posea la correspondiente habilitación, podrán gravar en conjunto el ciento por ciento (100%) del monto imponible atribuible al fisco provincial...".

Así, en el primero de los precedentes invocados por la recurrente, "YPF S.A.", (Fallos: 329:5), este Tribunal declaró arbitraria una sentencia en la cual la Cámara Federal de Apelaciones de Paraná había admitido que la Municipalidad de Concepción del Uruguay exigiera una tasa de higiene sobre el 100% de los ingresos provinciales con fundamento en que el contribuyente había omitido probar debidamente el pago efectuado por tasas similares a otras municipalidades de la Provincia de Entre Ríos. De tal manera, la solución dada por esta Corte al caso se limitó a invalidar esa lectura, lo cual -como puede advertirse sin dificultad- constituye un supuesto evidentemente distinto al presente, el cual no trata de las consecuencias que emergen de la posibilidad de un contribuyente de demostrar el pago de una tasa similar en otras localidades de la misma provincia. Es así que del precedente citado no es dable concluir -como lo hace el dictamen de la Procuración en el párrafo 7º de su apartado III- que su doctrina consiste en que el Convenio "no prevé la posibilidad de acrecentamiento (...) como consecuencia (...) de ausencia de local o establecimiento" en otro u otros municipios.

En cuanto al segundo fallo invocado, CSJ 340/2003 (39-H)/CS1 "Helicópteros Marinos S.A. c/ Tierra del Fuego, Provincia de s/ acción declarativa", sentencia del 8 de junio de 2010, cabe puntualizar que tanto los hechos -referidos al alcance de la jurisdicción tributaria de la Provincia de Tierra del Fuego sobre el mar territorial adyacente a sus costas- como la solución dada por este Tribunal -el rechazo de esa pretensión frente a la inexistencia de un "punto de conexión" entre el territorio provincial y la porción de actividad realizada a extramuros de sus límites- en nada se relacionan con el mecanismo previsto en el artículo 35 del Convenio Multilateral, cuya finalidad es evitar la superposición tributaria respecto de aquellos contribuyentes que ejercen actividades en más de una jurisdicción fiscal (Fallos: 338:845).

7º) Que despejados los puntos anteriores, el recurso extraordinario es formalmente admisible, en cambio, con relación al segundo agravio, esto es la proporcionalidad de la tasa, pues se pone en tela de juicio la validez de normas locales por ser contrarias -entre otros- a los artículos 28 y 75, incisos 2º y 13 de la Constitución Nacional, y la sentencia definitiva del superior tribunal de la causa ha sido a favor de las primeras (artículo 14, inciso 2º, de la ley 48).

8º) Que la cuestión central sobre la que se agravia ESSO radica en cuestionar la potestad tributaria del municipio ejercida en el marco de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, la ley orgánica de las municipalidades y las



Corte Suprema de Justicia de la Nación

ordenanzas municipales pertinentes, y finalmente al amparo de la autonomía municipal que reconoce la Constitución Nacional.

Al respecto, cabe señalar que desde su texto originario la Constitución Nacional consagró al municipio como parte integrante de la organización política federal, ordenando a las provincias el aseguramiento de su régimen (artículo 5º). Luego, la reforma constitucional de 1994 -al incorporar el artículo 123- ratificó esa intencionalidad, explicitando que el "régimen municipal" del citado artículo 5º refería a la capacidad jurídico-política de la autonomía en sus aspectos institucional, político, administrativo, económico y financiero, y confiriendo a las provincias la atribución de reglamentar -sin desnaturalizar- su contenido y alcances concretos (*Fallos*: 325:1249, considerando 7º; 337:1263 y 341:939).

De acuerdo a este diseño, el municipio como ente autónomo encuentra su origen normativo en la Constitución Nacional y el *quantum* de sus atribuciones, competencias e incumbencias, en las constituciones provinciales y demás normas complementarias de derecho público interno.

Bidart Campos ha dicho que esta cláusula recogió la mejor tradición municipalista pues "la autonomía de los municipios de provincia ya no podrá ser una mera autarquía administrativa, ni los municipios podrán ser reputados simples circunscripciones territoriales, o descentralizaciones administrativas" (Bidart Campos, Germán, "Tratado Elemental de

Derecho Constitucional Argentino", Nueva edición ampliada y actualizada a 1999-2000, Tomo I-A, Ediar, Buenos Aires, p. 670).

9º) Que el reconocimiento de la autonomía importa, necesariamente, garantizar los medios para la subsistencia de los municipios. En efecto, cuando la Constitución Nacional manda a las provincias a "asegurar el régimen municipal", dispone -naturalmente- el reconocimiento de una realidad preexistente que solo puede garantizarse con el "derecho a los medios".

Dentro del "derecho a los medios" para la subsistencia del municipio, se encuentran los recursos provenientes de la potestad tributaria que titularizan, la cual les permite "...generar sus rentas y recaudar para invertir y controlar sus recursos que, a su vez, podrán ser manejados independientemente de otro poder, complementando así las facultades de administración que le son propias" (Convencional Prieto, Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994, T. VI, p. 5380, citado en Fallos: 337:1263 y 341:939).

10) Que, entre los recursos tributarios, las tasas municipales constituyen un capítulo central para lograr el cumplimiento de los cometidos de dicha organización estatal, cuya finalidad primaria consiste en atender las necesidades más concretas, inmediatas e indispensables de la comunidad. En ese orden, las tasas, por su naturaleza, se encuentran sujetas a los límites y exigencias que resultan de los principios constitucionales de la tributación (artículos 1º, 16, 17, 19 y



Corte Suprema de Justicia de la Nación

33 de la Constitución Nacional), como así también a la distribución de competencias propia de nuestra forma de estado federal (artículos 1º, 4º, 5º, 9º, 10, 11, 75 incisos 2º, 3º, 13, 18 y 30, 121, 123, 124 y 129 de la Constitución Nacional).

En tal sentido, esta Corte ha calificado a la tasa como una categoría tributaria derivada del poder de imperio del Estado, con estructura jurídica análoga al impuesto y del cual se diferencia por el presupuesto de hecho adoptado por la ley, que consiste en el desarrollo de una actividad estatal que atañe al contribuyente (Fallos: 332:1503, entre otros).

La atribución de los municipios para crear una tasa, entendida como un recurso de naturaleza coactiva, con fuente legal, regido por el Derecho Público, se encuentra sujeta a las siguientes pautas: a) la definición clara y precisa del hecho imponible y la individualización de los servicios o actividades que se ofrecen; b) la organización y puesta a disposición del servicio al contribuyente, pues de lo contrario el cobro carecería de causa importando un agravio al derecho de propiedad (doctrina de Fallos: 312:1575); y c) la adecuada y precisa cuantificación del tributo (base imponible, alícuota, exenciones y deducciones), debiendo para ello la autoridad fiscal ponderar prudencialmente, entre otros parámetros, el costo global del servicio o actividad concernido (Fallos: 234:663) y la capacidad contributiva (Fallos: 343:1688, voto de los jueces Maqueda y Rosatti).

11) Que, en lo atinente a la prestación del servicio, esta Corte ha señalado invariablemente que desde el momento en que el Estado organiza el servicio y lo pone a disposición del particular, este no puede rehusar su pago aun cuando no haga uso de aquél, ni tenga interés en él, ya que el servicio tiene en mira el interés general (Fallos: 251:50; 312:1575; 323:3770; 326:4251; 332:1503; 335:1987 y sus citas).

En el caso, del dictamen pericial contable elaborado en base a los libros de inspecciones labrados en las estaciones de servicios involucradas, se desprende que se documentaron tres inspecciones en una de las dos estaciones de servicio (cfr. respuesta al punto de pericia número 7, a fs. 163), y esa prueba solo mereció una impugnación del municipio, quien sostuvo la presencia de otras visitas a los establecimientos e inclusive un acta de infracción derivada de ellas (fs. 171 vta. y 172).

Sobre esa base, la máxima instancia local tuvo por acreditada no solo la organización y puesta a disposición del servicio sino la prestación efectiva y directa en reiteradas oportunidades de los servicios.

12) Que en lo referido a la cuantificación del tributo, y específicamente en la selección de la base imponible, este Tribunal ha resuelto que para que aquella constituya una legítima manifestación del poder tributario, resulta inobjetable que la fijación de su cuantía tome en consideración no solo el costo de los servicios que se ponen a disposición de cada



Corte Suprema de Justicia de la Nación

contribuyente sino también su capacidad contributiva (*Fallos: 343:1688*, voto de los jueces Maqueda y Rosatti, arg. doctrina de *Fallos: 234:663; 277:218* y *287:184*).

En este orden de ideas, no existen reparos de índole constitucional para recurrir a los ingresos brutos del contribuyente como indicador de capacidad contributiva y factor para el cálculo de la base imponible de un tributo como el considerado en autos, en tanto ello no derive en resultados irrazonables, desproporcionados y disociados de las prestaciones directas e indirectas que afronta el municipio para organizar y poner a disposición el servicio.

13) Que en la audiencia celebrada el 6 de junio de 2019, frente a una consulta efectuada a la representante de la parte actora, esta reconoció que “[l]a capacidad contributiva tiene que ser un elemento fundante de la aplicación de las tasas, pero no en la misma medida que lo es en el impuesto, sino sujeto a que con eso se cubra toda la financiación del servicio que el municipio necesite para prestar plenamente la inspección por razones de seguridad e higiene, salubridad, medioambiente, y las demás funciones que estén establecidas por el legislador local en el hecho imponible” (cfr. versión taquigráfica de la audiencia citada).

En tal sentido, el artículo 22 de la ordenanza fiscal aplicable definió al hecho imponible con alcances cuya razonabilidad se encuentra fuera de discusión en el caso,

requiriendo el pago del gravamen "[p]or los servicios generales de inspección, información, asesoramiento, zonificación destinados a preservar la seguridad, salubridad, higiene y contaminación del medio ambiente, en locales, establecimientos, oficinas y dependencias donde se desarrollen actividades comerciales, industriales y de servicios; inclusive la prestación de servicios públicos".

Admitida la capacidad contributiva como un componente de la tasa municipal que se considera en autos y, por ende, la facultad del municipio de vincular su quantum a los ingresos brutos, cuadra destacar que en su recurso extraordinario la apelante no ha aportado argumentos tendientes a demostrar en concreto la irrazonabilidad o desproporción del tributo, limitándose a manifestar "...en lo que respecta a la *inexistencia de norma que exija proporcionalidad entre el costo de la tasa y el servicio prestado y la necesidad de la prestación efectiva del mismo*, la sentencia dictada confronta con la pacífica doctrina [jurisprudencial] de la Corte Nacional que exige, para cobrar una tasa, la concreta, efectiva e individualizada prestación de un servicio...", agregando que "[e]llo no solo comprende la prestación efectiva del servicio -y no potencial-sino también a una vinculación razonable entre el costo del mismo y lo que recauda el municipio en concepto de la tasa" (fs. 242).



Corte Suprema de Justicia de la Nación

Se trata en definitiva de afirmaciones que no alcanzan para descalificar a la tasa cuestionada y convertirla en un tributo constitucionalmente inválido.

14) Que, por último, con relación al tercer agravio de la recurrente vinculado a la inconstitucionalidad del artículo 35 del Convenio Multilateral cabe recordar que esa declaración constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia, ya que configura un acto de suma gravedad que debe ser considerado como la *ultima ratio* del orden jurídico, por lo que no debe recurrirse a ella sino cuando una estricta necesidad lo requiera (Fallos: 327:1899 y 342:685). Asimismo se ha dicho que no cabe efectuarla sino cuando la repugnancia del precepto con la cláusula constitucional invocada sea manifiesta, requiriendo de manera inexcusable un sólido desarrollo argumental y la demostración de un agravio determinado y específico (Fallos: 249:51; 299:291; 335:2333; 338:1444, 1504; 339:323, 1277; 340:669 y 341:1768).

En el caso, la alegada inconstitucionalidad del tercer párrafo del artículo 35 del Convenio Multilateral carece de sustento fáctico y jurídico consistente, sin ninguna referencia que conecte los hechos de la causa a las normas constitucionales invocadas; el simple cotejo del planteo subsidiario de inconstitucionalidad esbozado a fs. 241/242 del remedio federal denota la insuficiencia argumentativa de la actora, lo cual conduce a su irremediable desestimación.

Por lo demás, admitida dentro de la base imponible la posibilidad de ponderar los ingresos brutos del contribuyente y la ausencia de un agravio correctamente desarrollado para comprobar la desproporción de la tasa, los cuestionamientos contra la constitucionalidad del artículo 35 del Convenio Multilateral devienen meramente conjeturales e hipotéticos y carecen de vinculación directa con la solución del caso.

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara parcialmente admisible el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada. Con costas. Reintégrese el depósito obrante a fs. 40 del cuaderno de queja. Agréguese la queja al principal, notifíquese y devuélvase.

VO-/-



Corte Suprema de Justicia de la Nación

-//-TO DE LA SEÑORA VICEPRESIDENTA DOCTORA DOÑA ELENA I. HIGHTON
de NOLASCO

Considerando:

1º) Que Esso Petrolera Argentina S.R.L. (hoy Pan American Energy S.A. Sucursal Argentina) promovió demanda contra la Municipalidad de Quilmes para que se dejara sin efecto la resolución dictada por ese municipio con fecha 19 de diciembre de 2002, en el expediente 4091-8960-D-02, mediante la cual se la había intimado a ingresar las sumas de \$ 138.723,35 y \$ 5.284,32, en concepto de tasa por inspección de seguridad e higiene correspondiente a servicios prestados en dos estaciones de servicio ubicadas en las calles Aristóbulo del Valle esquina Presidente Perón (periódos 4/96 a 12/01) y Mitre 880 (periódos 8/00 a 7/02), respectivamente.

2º) Que la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires rechazó la demanda. Para así decidir, señaló que la actora no discutía su calidad de sujeto pasivo del gravamen sino que su pretensión estaba vinculada con el cálculo de la obligación tributaria respectiva, pues se computaba como base imponible, además de los ingresos brutos originados en el ámbito territorial del municipio demandado, los obtenidos en otros municipios en los cuales no existían establecimientos de su propiedad, lo cual –según la actora– estaba en contraposición con lo establecido en el artículo 35 del Convenio Multilateral.

Afirmó el a quo que la demandante tenía dos locales habilitados en el municipio y que, por lo tanto, su actividad se encontraba alcanzada por la tasa. Agregó que, como tenía dicho en reiteradas oportunidades, la circunstancia de que no concurriesen otros municipios no vedaba la posibilidad del municipio demandado de gravar el 100% de la porción de los ingresos brutos correspondientes a la provincia –luego de la aplicación del Convenio Multilateral y repartida la base total del contribuyente con las demás provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires–, ya que, precisamente, el tercer párrafo del artículo 35 del citado convenio autorizaba a tomar como base imponible de la tasa ese 100% de la porción de base atribuible a la provincia respectiva.

Por otra parte, sostuvo que no se observaba que el ataque subsidiario a la constitucionalidad del tercer párrafo del artículo 35 del Convenio Multilateral que había argüido la actora fuese consistente en su fundamentación pues, según surgía de su propio planteo, no sustentaba la impugnación en norma constitucional alguna ni había explicitado concretamente en qué consistía la afectación a sus derechos.

Entendió que tampoco merecían acogida favorable las consideraciones referidas a la ilegitimidad del tributo en razón de que el monto a pagar no se correspondía exactamente con el costo del servicio. Expresó, siguiendo su propia jurisprudencia, que era indudable la facultad de los municipios bonaerenses para crear y exigir el pago de la tasa, a la luz de lo dispuesto en



Corte Suprema de Justicia de la Nación

la constitución de la provincia y en la ley orgánica de las municipalidades, máxime cuando el contribuyente no había cuestionado la constitucionalidad de tales normas.

Agregó que tampoco cabía reputar inválida la tasa por el hecho de que se hubiese recurrido a los ingresos brutos, en general, como mecanismo de cuantificación de la base imponible, toda vez que ello también respondía a una legítima aplicación del esquema tributario de acuerdo con lo establecido en el artículo 35 del Convenio Multilateral y en el artículo 10 de la ley local 10.559 (ley de coparticipación de impuestos entre la Provincia de Buenos Aires y sus municipalidades), cuya validez no había sido puesta en tela de juicio. En particular, enfatizó que el artículo 10 de la ley 10.559 establecía la prohibición para los municipios de la provincia de disponer gravámenes que se determinasen sobre los ingresos brutos, pero excluía expresamente de esa veda la tasa por inspección de seguridad e higiene.

Finalmente, señaló que no existían normas constitucionales o legales que obligaran a que las tasas exhibiesen proporcionalidad entre el costo del servicio y el monto del gravamen, ya que mediante lo que se percibe por ellas no debía atenderse exclusivamente a los gastos de la oficina que prestaba el servicio, sino que tanto la existencia de esta como el cumplimiento de sus fines dependían de la organización municipal en su totalidad, cuyas erogaciones generales debían incidir en las prestaciones particulares en una medida cuya

determinación era una cuestión propia de la política financiera local. Añadió que, al contrario de lo expresado por la actora, de las constancias de la causa surgía que se habían efectuado varias visitas e inspecciones por parte del personal municipal en ambas estaciones de servicio de su propiedad, a fin de realizar la prestación retribuida mediante la gabela en disputa.

3º) Que contra esa sentencia, Esso Petrolera Argentina S.R.L. dedujo el recurso extraordinario cuya denegación motivó la presente queja.

La recurrente aduce que al tomar como base imponible para la tasa la porción de ingresos brutos correspondiente a toda la provincia, el municipio grava hechos imponibles ocurridos fuera de su jurisdicción, lo cual está en contraposición con lo establecido por este Tribunal en Fallos: 319:2211 y en la causa CSJ 340/2003 (39-H)/CS1 "Helicópteros Marinos S.A. c/ Tierra del Fuego, Provincia de s/ acción declarativa", sentencia del 8 de junio de 2010. Sostiene que necesariamente debe existir un punto de conexión entre las actividades desarrolladas por cada contribuyente y el municipio impositor para que este pueda tomarlas como base imponible del tributo, lo que no acontece en el caso de autos; y agrega que las cuestiones aquí planteadas guardan analogía con las debatidas en el precedente de Fallos: 329:5.

Por otra parte, expresa que el planteo de inconstitucionalidad del tercer párrafo del artículo 35 del



Corte Suprema de Justicia de la Nación

Convenio Multilateral fue realizado en subsidio, para el supuesto en que se interprete que el citado precepto autorizare la apropiación de ingresos ajenos al municipio; y que dicha hermenéutica es contraria al principio de razonabilidad (artículo 28 de la Constitución Nacional), vulnera el régimen federal de gobierno y la distribución de las competencias tributarias consagradas en la Constitución (artículo 75, incisos 2º y 12) y afecta la "cláusula comercial" (artículo 75, inciso 13). También considera que el accionar de la demandada constituyó una intromisión en la potestad fiscal de otros municipios al alcanzar la riqueza producida en otras jurisdicciones, afectando su derecho de propiedad.

Por último, sostiene que el monto cobrado por la tasa no resulta razonable en comparación con el costo de la prestación del servicio, circunstancia que, a su juicio, quedó acreditada en autos con la prueba producida.

4º) Que con arreglo a lo previsto en la acordada 30/2007, el Tribunal fijó una audiencia pública informativa para el día 6 de junio de 2019, a la cual se convocó a las partes y a los Amigos del Tribunal que habían sido admitidos en los términos de la acordada 7/2013. Luego de que estos últimos efectuaran sus presentaciones, el Tribunal interrogó a las partes sobre distintos aspectos de la controversia, tal como da cuenta el acta incorporada a fs. 166/166 vta.

5º) Que con respecto al agravio vinculado con la interpretación del artículo 35 del Convenio Multilateral, cabe recordar que esta Corte ha considerado que dicho instrumento forma parte del derecho público local (*Fallos*: 316:324, 327; 332:1007; 336:443) y consiste en un régimen contractual entre los estados provinciales y la Ciudad de Buenos Aires con arreglo al cual se distribuye la base imponible en el impuesto sobre los ingresos brutos entre las distintas jurisdicciones (*Fallos*: 329:59 y sus citas; 338:845).

Por consiguiente, resulta aplicable al caso la consolidada doctrina del Tribunal según la cual el conocimiento de las cuestiones de derecho público local se encuentra reservado a los jueces provinciales y es, en consecuencia, ajeno a la vía extraordinaria prevista en el artículo 14 de la ley 48 (*Fallos*: 335:98; 343:580). En este sentido, tiene dicho esta Corte que lo decidido por el superior tribunal de justicia de la provincia no resulta irrazonable si fue resuelto sobre la base de la interpretación de normas locales, a la luz de las circunstancias fácticas del pleito, que por ser propias del conocimiento de los jueces de la causa no autorizan la apertura de la instancia federal, cuando cuenta con argumentos suficientes que, al margen de su acierto o error, impiden su descalificación en los términos de la doctrina de la arbitrariedad (*Fallos*: 330:4211).

A su vez, cabe recordar que la doctrina de la arbitrariedad posee carácter excepcional y no tiene por objeto



Corte Suprema de Justicia de la Nación

corregir pronunciamientos presuntamente equivocados en orden a temas no federales, pues para su procedencia se requiere un apartamiento inequívoco de la solución normativa o una absoluta carencia de fundamentación que descalifique la sentencia apelada como acto jurisdiccional válido (Fallos: 329:2206, 3761; 330:133). En otros términos, esta doctrina impide a esta Corte sustituir a los jueces de la causa en cuestiones que les son privativas y solo habilita su intervención en supuestos de desaciertos y omisiones de extrema gravedad, a causa de los cuales los pronunciamientos no puedan adquirir validez jurisdiccional (Fallos: 324:3421, 3494 y 4321).

Bajo ese estándar, por las razones que se expresan a continuación, la decisión apelada no resulta descalificable, máxime cuando esta Corte tiene dicho que la apreciación de la tacha de arbitrariedad es particularmente restringida respecto de pronunciamientos de superiores tribunales de provincia cuando deciden sobre cuestiones de hecho y derecho público local, como ocurre en el caso (Fallos: 326:3334; 330:1491; 343:580).

En efecto, el *a quo* señaló que resultaba aplicable la parte final del artículo 35 del Convenio Multilateral en cuanto establece que "...cuando las normas legales vigentes en las municipalidades, comunas y otros entes locales o similares de las jurisdicciones adheridas, solo permitan la percepción de los tributos en aquellos casos en que exista local, establecimiento u otra oficina donde se desarrolle la actividad gravada, las jurisdicciones referidas en las que el contribuyente posea la

correspondiente habilitación podrán gravar en conjunto el ciento por ciento (100%) del monto imponible atribuible al fisco provincial". Sobre esa base, consideró –tal como lo había hecho en otros precedentes que citó– que la circunstancia de que no concurran otros municipios no desplazaba la posibilidad de gravar en un 100% los ingresos provinciales, al entender que la falta de participación tributaria entre más de una comuna autorizaba el gravamen del total del monto imponible atribuible al fisco provincial. Agregó que tal criterio era el sostenido, al tiempo de liquidarse el tributo, por la Comisión Arbitral y que fue luego ratificado por la ley local 14.393.

Sostuvo también que en el caso concurrían los supuestos del precepto y que las particulares condiciones en que desarrollaban su actividad los agentes de comercialización de la actora no constituyan una razón suficiente que permitiera legitimar un apartamiento interpretativo de la clara y categórica previsión normativa.

Finalmente, señaló –recordando sus propias doctrinas– que si las normas tributarias son claras en la descripción de las circunstancias configurativas del hecho imponible, no procede en la instancia contencioso administrativa más que analizar su aplicación al caso concreto, y que constituye elemental regla de hermenéutica que cuando el texto de la norma es claro y expreso no cabe prescindir de sus términos, correspondiendo aplicarla estrictamente y en el sentido que resulta de su propio contenido.



Corte Suprema de Justicia de la Nación

Si bien la recurrente alega que el alcance otorgado por el superior tribunal provincial al tercer párrafo del citado artículo 35 del Convenio Multilateral deviene irrazonable en tanto habilita al fisco local a cobrar un tributo que excede los ingresos brutos generados en el ámbito jurisdiccional del municipio demandado, no logra demostrar –ni se advierte en el caso– que tal interpretación constituya un supuesto excepcional de arbitrariedad que justifique la intervención de esta Corte. La crítica del recurrente traduce un evidente desacuerdo con el sentido que la corte provincial asignó a la norma en cuestión y con las consecuencias que de allí se derivan, postulando una conclusión diversa. Mas los defectos hermenéuticos que sostienen el planteo distan de alcanzar el estándar definido por este Tribunal hace más de cincuenta años para dar lugar a un supuesto de inequívoco carácter excepcional como es la arbitrariedad (caso "Estrada", Fallos: 247:713; 330:4797; 340:914), con arreglo al cual se debe demostrar que la equivocación del pronunciamiento impugnado es tan grosera que aparece como algo inconcebible dentro de una racional administración de justicia. En definitiva, la crítica de la recurrente es insuficiente para concluir que la interpretación realizada por el tribunal provincial no resulte una de las posibles de acuerdo con las disposiciones legales en juego.

Tal conclusión encuentra sustento en la inveterada doctrina de esta Corte según la cual el respeto a la autonomía de las provincias requiere que se reserven a sus jueces las

causas que en lo sustancial del litigio versen sobre aspectos propios de esa jurisdicción (Fallos: 311:1428; 312:943; 313:548; 314:810, entre otros). De ahí que las cuestiones que se vinculan con las facultades de los tribunales provinciales, el alcance de su jurisdicción y la forma en que ejercen su ministerio, son materias que se encuentran regladas por la Constitución y las leyes locales y escapan a la instancia del recurso extraordinario, en virtud del respeto debido a las atribuciones de las provincias de darse sus propias instituciones y regirse por ellas (Fallos: 303:469; 305:112; 306:617; 311:100 y 1855; 330:1491). Ese mismo respeto determina que esta Corte no pueda transformarse en el intérprete final de las decisiones que adoptan los tribunales provinciales dentro de sus atribuciones y por aplicación de las normas que integran sus ordenamientos jurídicos, o en un órgano de unificación de la jurisprudencia provincial (Fallos: 330:1491).

6º) Que con relación al planteo subsidiario de inconstitucionalidad, cabe recordar que la declaración judicial de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional que debe ser considerado como *ultima ratio* del orden jurídico, por lo que no cabe efectuarla sino cuando la repugnancia del precepto con la cláusula constitucional invocada sea manifiesta y de incompatibilidad inconciliable (Fallos: 311:394; 312:122; 322:842; 338:1504, entre muchos otros), requiriendo de manera inexcusable un sólido desarrollo argumental y la demostración de un agravio



Corte Suprema de Justicia de la Nación

determinado y específico (Fallos: 249:51; 299:291; 324:3345; 327:831; 333:447; 335:2333; 338:1444, 1504; 339:1277; 340:669; 341:1768).

El a quo ya había advertido sobre la inconsistencia del cuestionamiento formulado en este sentido por la recurrente, al señalar que tal como surgía con toda evidencia de su propio planteo, no sustentaba la impugnación en norma constitucional alguna ni explicitaba en qué consistía concretamente la afectación a sus derechos.

Frente a ello, en su remedio federal, la actora se limitó a señalar que la interpretación realizada por el a quo del tercer párrafo del artículo 35 del Convenio Multilateral "...resultaría contraria al principio de razonabilidad (art. 28 CN), por vulneración del régimen federal de gobierno y la distribución de competencias tributarias consagradas en la Constitución Nacional (art. 75, incs. 2 y 12), con afectación, también, de la 'cláusula comercial' (cfr. art. 75, inc. 13 de la CN)"; y que "...el proceder de la Municipalidad de Quilmes constituye una intromisión en la potestad fiscal de otros Municipios al alcanzar la riqueza producida en sus jurisdicciones con lesión, por lo tanto, del derecho de propiedad (art. 18 de la C.N.)...".

Tan escueta y genérica alegación de inconstitucionalidad, desprovista de sustento fáctico y jurídico consistente, resulta insuficiente para que este Tribunal ejerza

la atribución que reiteradamente ha calificado como la más delicada de las funciones que pueden encomendarse a un tribunal de justicia (Fallos: 312:72; 322:842; 328:1416; causa CSJ 578/2007 (43-D)/CS1 "Defensoría Pública de Menores nº 4 c/ Molinari, Pedro Carlos", sentencia del 1º de abril de 2008), circunstancia que conduce a su desestimación.

7º) Que los agravios dirigidos a cuestionar lo decidido en cuanto a la prestación del servicio, tampoco son aptos para suscitar la apertura de esta instancia extraordinaria, toda vez que ese aspecto de la decisión se fundó exclusivamente en el examen y ponderación de los hechos y de los instrumentos probatorios existentes en la causa, razón por la cual dichos planteos remiten también a la consideración de cuestiones que, por su naturaleza, son propias de los jueces de la causa y ajena a la instancia del artículo 14 de la ley 48, sin que la interesada haya logrado demostrar la arbitrariedad que alega.

Ello es así, toda vez que la recurrente se limita a expresar que la prestación del servicio por parte del municipio debe ser efectiva y no potencial, pero omite toda referencia respecto de la prueba valorada por el a quo para tener por acreditada la prestación efectiva del servicio, especialmente cuando este último expresó que "[a]l contrario de lo afirmado por la actora, de las constancias de la causa surge que se efectuaron varias visitas e inspecciones por parte del personal municipal (secretaría de política sanitaria, entre el 21-X-1996



Corte Suprema de Justicia de la Nación

y el mes de mayo de 2002, conf. últimas fojas sin numeración del Memorando nº 08, del 1º de abril de 2008, agregado por cuerda a las presentes actuaciones)".

La efectiva prestación de un servicio individualizado en el contribuyente es un elemento esencial para justificar la validez de la imposición de una tasa, por lo cual es un punto que debe ser debidamente esclarecido para la adecuada decisión del pleito (Fallos: 335:1987). En el caso, el a quo consideró probado dicho extremo con la prueba aportada por el municipio demandado y la recurrente no realizó impugnación alguna al respecto.

8º) Que, en cambio, el recurso extraordinario resulta formalmente admisible en cuanto al agravio relativo a la falta de proporcionalidad entre lo recaudado por el municipio mediante el cobro de la tasa y el costo del servicio prestado, pues se cuestiona la validez de normas locales bajo la pretensión de ser contrarias a la Constitución Nacional y la sentencia definitiva del superior tribunal de la causa ha sido a favor de las primeras (artículo 14, inciso 2º, de la ley 48).

Sobre el punto, el Tribunal tiene dicho que la relación que debe existir entre la tasa y el costo del servicio público que justifica su cobro no implica una equivalencia estricta sino que al cobro de una tasa corresponda siempre la concreta, efectiva e individualizada prestación de un servicio a algo no menos individualizado –bien o acto– del contribuyente

(Fallos: 236:22; 251:222; 259:413; 312:1575; 329:792; 335:1987); y que dada la imposibilidad de establecer con exactitud el costo individual para cada caso particular, la tasa se fija como una contraprestación aproximadamente equivalente al costo del servicio prestado (Fallos: 192:139; 201:545).

A su vez, el Tribunal ha considerado equitativo y aceptable que, para la fijación de la cuantía de la tasa retributiva de los servicios públicos, se tome en cuenta no solo el costo efectivo de ellos con relación a cada contribuyente, sino también la capacidad contributiva de los mismos, ya sea representada por el valor del inmueble o el de su renta, o bien estimada en función de los ingresos brutos originados por la actividad industrial o comercial que desarrolla, a fin de cobrar a los menos capacitados una contribución menor que la requerida a los de mayor capacidad, equilibrando de ese modo el costo total del servicio (Fallos: 234:663; 277:218; 287:184). Por consiguiente, los principios de igualdad y de capacidad contributiva tienen incidencia para la determinación del modo de calcular la base imponible de la tasa, referida a los costos de la prestación del servicio, tal como lo ha reiterado el Tribunal en el reciente precedente de Fallos: 343:1688.

Sobre esas bases, en el caso, los cuestionamientos constitucionales al modo en que las normas locales determinan los elementos cuantitativos de la tasa en cuestión debían sustentarse no solo en su falta de proporción con relación al costo del servicio prestado por el municipio demandado, sino



Corte Suprema de Justicia de la Nación

también en función de la capacidad contributiva tenida en cuenta por el referido tributo, extremo que la recurrente no ha siquiera invocado.

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara parcialmente admisible el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada. Con costas. Reintégrese el depósito obrante a fs. 40. Agréguese la queja al principal, notifíquese y devuélvase.

VO-/-

-//-/TO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON RICARDO LUIS LORENZETTI

Considerando:

1º) Que Esso Petrolera Argentina S.R.L. (hoy Pan American Energy S.A. Sucursal Argentina) promovió demanda contra la Municipalidad de Quilmes a fin de que se dejase sin efecto la resolución dictada por ese municipio con fecha 19 de diciembre de 2002, en el expediente 4091-8960-D-02, mediante la cual se la había intimado a ingresar las sumas de \$ 138.723,35 y \$ 5.284,32, en concepto de tasa por inspección de seguridad e higiene correspondiente a servicios prestados en dos estaciones de servicio ubicadas en la calle Aristóbulo del Valle esquina Presidente Perón (períodos 4/96 a 12/01) y en la calle Mitre 880 (períodos 8/00 a 7/02), respectivamente.

2º) Que la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires rechazó la acción intentada. Para así decidir, señaló que la actora no discutía su calidad de sujeto pasivo del gravamen, sino que su pretensión estaba vinculada con el cálculo de la obligación tributaria respectiva, pues se computaba como base imponible, además de los ingresos brutos originados en el ámbito territorial del municipio demandado, los obtenidos en otros municipios en los cuales no existían establecimientos de su propiedad, lo cual -según la accionante- estaba en contraposición con lo establecido en el artículo 35 del Convenio Multilateral (en adelante CM).



Corte Suprema de Justicia de la Nación

En ese sentido, afirmó que la actora tenía dos locales habilitados en el municipio y que, por lo tanto, su actividad se encontraba alcanzada por la tasa. Agregó que, como tenía dicho en reiteradas oportunidades, la circunstancia de que no concurriesen otros municipios no vedaba la posibilidad del municipio demandado de gravar el 100% de la porción de los ingresos brutos correspondientes a la provincia -luego de la aplicación del citado CM y repartida la base total del contribuyente con las demás provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires-, ya que, precisamente, el tercer párrafo del artículo 35 del CM autorizaba a tomar como base imponible de la tasa ese 100% de la porción de base atribuible a la provincia respectiva.

Por otra parte, sostuvo que no se observaba que el ataque subsidiario a la constitucionalidad del tercer párrafo del artículo 35 del CM que había argüido la actora fuese consistente en su fundamentación pues, según surgía de su propio planteo, no sustentaba la impugnación en norma constitucional alguna ni había explicitado concretamente en qué consistía la afectación a sus derechos.

A su vez, entendió que tampoco merecían acogida favorable las consideraciones referidas a la ilegitimidad del tributo en razón de que el monto a pagar no se correspondía exactamente con el costo del servicio. Expresó, siguiendo su propia jurisprudencia, que era indudable la facultad de los municipios bonaerenses para crear y exigir el pago de la tasa, a

la luz de lo dispuesto en la constitución de la provincia y en la ley orgánica de las municipalidades, máxime cuando el contribuyente no había cuestionado la constitucionalidad de tales normas. Añadió que, al contrario de lo expresado por la actora, de las constancias de la causa surgía que se habían efectuado varias visitas e inspecciones por parte del personal municipal en ambas estaciones de servicio de su propiedad, a fin de realizar la prestación retribuida mediante la gabela en disputa. En este entendimiento de los estándares contra los que debe ponderarse la razonabilidad de la tasa, consideró que, en el caso, no se había demostrado la alegada desproporcionalidad.

Agregó que tampoco cabía reputar inválida la tasa por el hecho de que se hubiese recurrido a los ingresos brutos, en general, como mecanismo de cuantificación de la base imponible, toda vez que ello también respondía a una legítima aplicación del esquema tributario de acuerdo con lo establecido en el artículo 35 del CM y en el artículo 10 de la ley local 10.559 (ley de coparticipación de impuestos entre la Provincia de Buenos Aires y sus municipalidades), cuya validez no había sido puesta en tela de juicio. En particular, enfatizó que el artículo 10 de la ley 10.559 establecía la prohibición para los municipios de la provincia de disponer gravámenes que se determinasen sobre los ingresos brutos, pero excluía expresamente de esa veda la tasa por inspección de seguridad e higiene.



Corte Suprema de Justicia de la Nación

3º) Que, contra esa sentencia, Esso Petrolera Argentina S.R.L. dedujo el recurso extraordinario cuya denegación motivó la presente queja.

La recurrente aduce que al tomar como base imponible para la tasa la porción de ingresos brutos correspondiente a toda la provincia, el municipio grava hechos imponibles ocurridos fuera de su jurisdicción, lo cual está en contraposición con lo establecido por este Tribunal en Fallos: 319:2211 y en la causa CSJ 340/2003 (39-H)/CS1 "Helicópteros Marinos S.A. c/ Tierra del Fuego, Provincia de s/ acción declarativa", sentencia del 8 de junio de 2010. Sostiene que necesariamente debe existir un punto de conexión entre las actividades desarrolladas por cada contribuyente y el municipio para que este pueda tomarlas como base imponible del tributo, lo que no acontece en el caso de autos; y agrega que las cuestiones aquí planteadas guardan analogía con las debatidas en el precedente de Fallos: 329:5.

Por otra parte, expresa que el planteo de inconstitucionalidad del tercer párrafo del artículo 35 del CM fue realizado en subsidio, para el supuesto en que se interpretase que el citado precepto autoriza la apropiación de ingresos ajenos al municipio; y que dicha hermenéutica es contraria al principio de razonabilidad (artículo 28 de la Constitución Nacional), vulnera el régimen federal de gobierno y la distribución de las competencias tributarias consagradas en la Constitución (artículo 75, incisos 2º y 12) y afecta la

"cláusula comercial" (artículo 75, inciso 13). También considera que el accionar de la demandada constituyó una intromisión en la potestad fiscal de otros municipios al alcanzar la riqueza producida en otras jurisdicciones, afectando su derecho de propiedad.

Por último, sostiene que el monto cobrado por la tasa no resulta razonable en comparación con el costo de la prestación del servicio, circunstancia que, a su juicio, quedó acreditada en autos con la prueba producida.

4º) Que el recurso resulta admisible, en primer lugar, en relación con el agravio relativo a la falta de prestación del servicio, a la proporcionalidad de la tasa y a su costo, en los que el recurrente alega que la sentencia apelada confronta con la pacífica doctrina de esta Corte.

5º) Que esta Corte Suprema ha señalado que el sistema federal, que la Constitución reconoce (Fallos: 338:1356), sería una mera declaración si no fuera completado con un principio general de descentralización institucional, inspirado en el objetivo de lograr una sociedad más abierta y participativa (arg. Fallos: 342:1061, "Telefónica Móviles Argentina S.A.", voto del juez Lorenzetti).

Este principio importa un reparto equilibrado entre la Nación, las provincias y los municipios.



Corte Suprema de Justicia de la Nación

En esta línea, esta Corte ha interpretado que la Constitución reconoce a las provincias sus poderes originarios e indefinidos (artículo 121), en tanto que los delegados a la Nación son definidos y expresos (artículo 75) (*Fallos*: 304:1186, entre muchos otros).

Por esta razón, a las provincias corresponde exclusivamente "darse leyes y ordenanzas de impuestos locales de policía [...] y, en general, todas las que juzguen conducentes a su bienestar y prosperidad sin más limitaciones que las enumeradas en el art. 108 (actual art. 126) de la Constitución Nacional" (*Fallos*: 7:373; 9:277; 150:419 y 320:619, entre otros) y la razonabilidad, que es requisito de todo acto legítimo (*Fallos*: 288:240).

Con específica relación a los municipios, esta Corte ha señalado que son actores principales del sistema federal, y requieren de los recursos necesarios para cumplir sus finalidades (arg. *Fallos*: 337:1263, considerando 7º y 343:1389, voto de los jueces Maqueda, Lorenzetti y Rosatti).

En consecuencia, no pueden ser privados de las atribuciones mínimas necesarias para desempeñar su cometido.

6º) Que este principio federal de descentralización institucional y de suficiencia de recursos obliga a la Nación en relación con las provincias y a las provincias en relación con los municipios.

En este sentido, el régimen financiero federal debe asegurar la suficiencia de recursos para que cada nivel de gobierno cumpla con sus cometidos constitucionales.

Ello es así porque "...el sistema federal constitucional argentino se funda en el principio de 'lealtad federal' o 'buena fe federal', conforme al cual en el juego armónico y dual de competencias debe evitarse que los estados 'abusen en el ejercicio de esas competencias, tanto si son propias como si son compartidas o concurrentes'" (Fallos: 342:509, "Bazan"). El régimen de coparticipación permite conferir "racionalidad a la administración y distribución de recursos financieros y fiscales entre las diferentes jurisdicciones; estructurar un espacio institucional de concertación federal desde donde se diseñe, en un marco de participación igualitaria, la matriz tributaria y la pauta distributiva de los fondos que se recauden; superar los inconvenientes que genera un sistema rígido de separación de fuentes tributarias; beneficiar al contribuyente individual, disminuyendo la presión fiscal global y reduciendo los costos de la percepción, fundamentalmente dando posibilidad a las provincias chicas de poder compartir la recaudación de otras provincias; favorecer a los estados provinciales más pobres, que permite su subsistencia en este momento..." (Fallos: 338:1389; "Santa Fe", considerando 4º).

7º) Que el principio de autonomía municipal y suficiencia de recursos ha sido afectado en el caso.



Corte Suprema de Justicia de la Nación

En materia municipal el principio de suficiencia significa que cada municipio tiene que disponer de ingresos suficientes para cumplir con sus fines y se integra con el de solidaridad que exige, por su parte, a las provincias responder por la suficiencia financiera de aquellos municipios que no alcancen a cubrir sus gastos con el ejercicio de sus potestades propias.

En clara relación con lo señalado, en la audiencia pública celebrada en este expediente quedó en evidencia la preocupante situación financiera de los municipios, ya que se incrementaron sus funciones y se disminuyeron sus recursos.

Las normas presupuestarias de la Nación y de las provincias deben prever ingresos suficientes para que los municipios puedan desempeñar su función. En la medida en que se le adjudican más funciones, deben contar con los recursos necesarios para poder cumplirlas.

8º) Que el incumplimiento de estos principios de descentralización y suficiencia de recursos produce un efecto de traslación de cargas tributarias, y es la causa de este tipo de conflictos.

En numerosos casos, esta Corte Suprema tuvo que resolver conflictos derivados de la insuficiencia de recursos de las provincias, que hace que ellas aumenten las cargas tributarias en procura de mayores ingresos. En el mismo sentido, si los municipios no reciben recursos adecuados también aumentan

las cargas, distorsionando así todo el sistema fiscal, con la consecuente sobrecarga tributaria hacia los contribuyentes.

Las circunstancias referidas en dicha audiencia, acerca de la falta de correspondencia entre las funciones asignadas a estos entes y los recursos con los que cuentan para llevarlas adelante, requieren un serio debate parlamentario y deben ser contempladas por los demás actores del federalismo.

La falta de cumplimiento de las normas dentro del sistema federal no puede constituirse en una habilitación para crear tributos por fuera de los límites constitucionales.

Por ello, resulta necesario el cumplimiento estricto de la Nación hacia las provincias y de estas respecto de los municipios, pero estos últimos deben evitar crear cargas de manera anómala para suplir las deficiencias del federalismo fiscal.

Sin perjuicio de lo dicho, y en ausencia de una solución general, corresponde a esta Corte decidir el caso.

9º) Que definido con claridad el principio de descentralización institucional, la autonomía financiera de los municipios para cumplir sus funciones, y constatado el desequilibrio en el reparto de recursos, corresponde examinar la decisión de fijar una tasa municipal en el caso.

Esta Corte ha especificado con claridad los caracteres jurídicos de la tasa municipal.



Corte Suprema de Justicia de la Nación

El primero de ellos es que su presupuesto de hecho consiste en el desarrollo de una actividad estatal que ataña al obligado. Los precedentes son claros al señalar que al cobro de una tasa debe corresponder siempre la concreta, efectiva e individualizada prestación de un servicio referido a algo no menos individualizado (bien o acto) del contribuyente (Fallos: 234:663; 236:22; 251:222; 259:413; 312:1575; 325:1370; 329:792; 332:1503, entre otros).

El segundo es que la suma dineraria que se cobra debe tener un vínculo razonable con la prestación del servicio. En este sentido, esta Corte ha indicado que el "pago de tasas o servicios... finca en una contraprestación aproximadamente equivalente al costo del servicio prestado" (arg. Fallos: 192:139) y que resulta necesario que el monto de la tasa y el costo del servicio guarden cierta relación, sin que ello deba interpretarse como una equivalencia estricta, prácticamente imposible de establecer (arg. Fallos: 201:545; 234:663, entre otros). Ello es así pues, desde el punto de vista de la cuantía global de la tasa, ella no puede superar más allá de un límite discreto y razonable el costo del servicio, toda vez que no puede admitirse que con el ingreso obtenido por la prestación de un servicio divisible se financien otros servicios -divisibles o indivisibles- y aun funciones del gobierno municipal.

En efecto, una interpretación contraria importaría desnaturalizar la esencia de la tasa ya que, si se exige un

servicio de tales características, consecuencia lógica de ello es la razonable relación entre ambos elementos.

El juicio de razonabilidad exige una proporción entre el costo del servicio que el legislador decidió que debía prestarse y el monto de lo recaudado por el tributo que el mismo legislador eligió para financiar ese servicio -y no otro-, en tanto tiene que existir una determinada ligazón entre el aspecto material del hecho imponible y el cuantitativo.

Este control de razonabilidad es aplicable también cuando se utiliza la capacidad contributiva como parámetro ya que, si bien esto puede ser legítimo (*Fallos*: 234:663; 277:218, entre otros), no puede haber un resultado desproporcionado o disociado del gasto que demanda la prestación del servicio.

El tercer carácter es que no es necesario que el obligado haga uso efectivo del servicio. La tasa, basada en un servicio, no es una relación obligacional privada que requiera el cumplimiento de una prestación para exigir su pago. Por ello, una vez que el Estado organiza el servicio y lo pone a disposición del particular, este no puede rehusar su pago aun cuando no haga uso de aquél, o no tenga interés en él, ya que el servicio tiene en mira el interés general (*Fallos*: 251:50 y 222; 312:1575; 323:3770; 326:4251; 332:1503; 335:1987, entre otros).

El cuarto elemento es que, tratándose de un servicio de higiene y seguridad basado en una decisión de un municipio que tiene una jurisdicción determinada, hay una delimitación



Corte Suprema de Justicia de la Nación

territorial. Esta es la regla general que resulta razonable y de la que se desprende la adecuada proporción que debe guardar la gabela con la prestación comunal que se cumple dentro del ámbito territorial de la municipalidad (arg. Fallos: 319:2211). Sin embargo, como se verá más adelante, lo dicho no puede confundirse con la hipótesis discutida en autos respecto de lo establecido en el tercer párrafo del artículo 35 del CM y la interpretación que de su texto realiza la corte provincial.

De estos precedentes surge que la tasa municipal es una suma dineraria que debe tener una vinculación razonable con el costo del servicio, con el territorio en el que se lo presta, que puede tener una referencia a la capacidad contributiva y para cuyo cobro alcanza con la organización y puesta a disposición del particular, sin que este pueda rehusar su pago por no hacer uso o no tener interés en él.

10) Que, en el presente caso, no se ha probado la violación de estos principios.

Tanto la alegada falta de prestación del servicio, así como lo referido a la proporcionalidad de la tasa y su relación con el costo del servicio por ella retribuido, no fueron suficientemente fundados por la actora en su recurso, al tratarse de simples manifestaciones sin respaldo y, muchas de ellas, incluso dogmáticas (conf. fs. 242 de los autos principales), que no lograron desvirtuar la ponderación, realizada por el a quo, de la prueba producida en autos.

La apelante se ha limitado a expresar que la prestación del servicio por parte del municipio "debe ser efectiva y no potencial", pero omite toda referencia concreta al caso y no consigue derribar la valoración de la corte provincial, en cuanto tuvo por acreditada, de las constancias de la causa, la prestación efectiva del servicio (mediante visitas e inspecciones efectuadas por el personal municipal) y, a su vez, descartó el agravio vinculado a la desproporción del tributo en cuestión.

En alusión a esto último, la recurrente tampoco ha refutado los fundamentos del decisorio apelado ya que se circumscribe a reproducir expresiones genéricas acerca de la vinculación entre el costo del servicio y lo recaudado en concepto de tasa y a invocar precedentes de este Tribunal, pero sin articularlo ni correlacionarlo con las circunstancias del expediente.

En este sentido, en su recurso, el apelante sostuvo que el monto cobrado por la tasa no resultaba razonable en comparación con el costo de la prestación del servicio, circunstancia que, a su juicio, quedó acreditada en autos con la prueba producida. Sin embargo, a diferencia de lo que alega, queda claro de los párrafos precedentes que no ha logrado demostrar que el *a quo*, en sus valoraciones, se haya apartado de las constancias de la causa ni ha probado la irrazonabilidad o desproporción del tributo en cuestión. La sola invocación de una doctrina de esta Corte, en tanto ella no esté razonada con



Corte Suprema de Justicia de la Nación

referencia a las circunstancias de la causa y a los términos del fallo que lo resuelve, resulta insuficiente. Todo ello conduce, de manera inevitable, a la desestimación de su argumento.

11) Que lo dicho es suficiente para rechazar el recurso por falta de argumentación y de prueba en el caso concreto.

No obstante ello, corresponde aclarar la cuestión relativa al Convenio Multilateral.

En primer término, cabe señalar que la mayoría de esta Corte ha afirmado que este instrumento forma parte del derecho público local. Sin embargo, el suscripto ha votado en disidencia en el citado precedente de *Fallos: 332:1007*, que abandonó la doctrina sentada en "El Cóndor Empresa de Transporte S.A." (*Fallos: 324:4226*), y en otros posteriores.

En segundo lugar, es dable resaltar su jerarquía y recordar que esta Corte tiene dicho que los "pactos fiscales, como las demás creaciones legales del federalismo de concertación, configuran el derecho intrafederal y se incorporan una vez ratificados por las legislaturas al derecho público interno de cada Estado provincial, aunque con la diversa jerarquía que les otorga su condición de ser expresión de la voluntad común de los órganos superiores de nuestra organización constitucional: nación y provincias, [...] prueba de su categoría singular es que no es posible su derogación unilateral por cualquiera de las partes [...] esa jerarquía superior que cabe

reconocerle a los acuerdos intrafederales y a las leyes-convenio es inherente a su propia naturaleza..." (Fallos: 338:1356).

La finalidad de este instrumento es evitar la superposición tributaria respecto de aquellos contribuyentes que ejercen actividades económicas en forma inescindible en más de una jurisdicción fiscal, al fijar una determinada esfera de imposición para cada una de estas (Fallos: 298:392, considerando 6º; 305:1471; 329:59; 338:845, entre muchos otros).

Asimismo, cabe subrayar el importante rol que cumple como herramienta de coordinación financiera, norma a la que se refiere el artículo 9º, inciso b, ap. 1, de la ley 23.548, que prescribe la obligación de las provincias que adhieran al régimen de coparticipación vigente a suscribir y a respetar el citado Convenio (Fallos: 338:845, considerando 5º, primer párrafo). Del mismo modo, es misión del citado acuerdo medir cuánto de la actividad corresponde a cada jurisdicción y distribuirla entre ellas (Fallos: 338:845, considerando 6º, segundo párrafo).

En lo que hace ahora al tercer párrafo del artículo 35 de ese instrumento y, en concreto, al agravio de la actora referido a que el superior tribunal provincial, en su lectura de la norma, se habría apartado de precedentes de esta Corte, corresponde desestimarla por las razones que seguidamente se expondrán.



Corte Suprema de Justicia de la Nación

En el primero de los pronunciamientos citados (Fallos: 329:5) la actora afirma que la cuestión resuelta en aquella oportunidad por este Alto Tribunal resulta un caso "estrictamente análogo" al aquí debatido, pero cabe desde ya señalar lo incorrecto de este razonamiento. En efecto, yerra la recurrente cuando propugna una aplicación automática de dicho precedente, pues basta una mera lectura y el cotejo de ambas causas para advertir que se trata de supuestos distintos, en los que tanto los hechos, como la letra de los textos de los ordenamientos provinciales y municipales involucrados, resultan diferentes. A mayor abundamiento, no se discute en estas actuaciones cuáles son las previsiones del CM frente a la falta de prueba del contribuyente del pago del tributo en otra u otras jurisdicciones.

Más disímiles aun resultan las circunstancias, las normas analizadas, y la solución dada por el Tribunal, en el otro fallo traído a colación por la actora (causa CSJ 340/2003 (39-H)/CS1 "Helicópteros Marinos S.A. c/ Tierra del Fuego, Provincia de s/ acción declarativa", del 8 de junio de 2010), que versaba sobre la pretensión de la Provincia de Tierra del Fuego de gravar con el impuesto a los ingresos brutos las actividades desarrolladas por una empresa de transporte aéreo en dos plataformas petroleras ubicadas en el mar territorial argentino, pero fuera del límite de tres millas marinas y que, como surge con claridad del relato, en nada se relaciona con lo que se discute en autos.

En lo referido al agravio vinculado con el alcance que el *a quo* le asignó a ese tercer párrafo en aquellos casos en que no concurran otros municipios, la crítica de la recurrente no alcanza a desvirtuar el pronunciamiento como acto jurisdiccional válido y deviene insuficiente para concluir que la exégesis realizada por ese tribunal provincial no resulte una de las posibles.

12) Que, por último, con relación al planteo subsidiario de inconstitucionalidad de este artículo 35; tiene dicho esta Corte que la declaración de invalidez de una norma es un acto de suma gravedad institucional que debe ser considerado como la *ultima ratio* del orden jurídico y su procedencia requiere que el pedido pertinente tenga un sólido desarrollo argumental y contar con fundamentos de igual carácter (conf. arg. Fallos: 324:3345; 327:831, 1899; 329:4135; 337:149; 339:1277, entre otros).

Esta carga no puede considerarse cumplida en el caso con los cuestionamientos genéricos efectuados por la recurrente y sin dar cuenta precisa de un agravio determinado y específico, lo que deja en evidencia que el planteo fue desprovisto de un sustento fáctico y jurídico consistente y resulta insuficiente para que la Corte Suprema ejerza la atribución que reiteradamente ha calificado como la más delicada de las funciones que pueden encomendarse a un tribunal de justicia (Fallos: 249:51; 299:291; 335:2333; 338:1504; 339:323, 1277 y 340:669).



Corte Suprema de Justicia de la Nación

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara formalmente admisible el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada. Con costas. Reintégrese el depósito obrante a fs. 40. Agréguese la queja al principal, notifíquese y devuélvase.

Recurso de queja interpuesto por **Axion Energy Argentina SA (ex Esso Petrolera Argentina SRL)**, representada por el Dr. José María Sferco.

Tribunal de origen: **Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.**



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA IV
CAF 16928/2020 O., P. F. c/ EN - AGENCIA FEDERAL DE INTELIGENCIA s/
EMPLEO PUBLICO”

Buenos Aires, 26 de agosto de 2021.

VISTO:

El recurso de apelación deducido por la **parte actora** contra la sentencia del 29 de abril de 2021, *denegatoria* de la medida cautelar que tenía por objeto la suspensión de la resolución 1030/2020 de la Agencia Federal de Inteligencia (en adelante, AFI), y su reincorporación provisoria a ese organismo hasta tanto se dictase sentencia definitiva; y

CONSIDERANDO:

1º) Que el **juez de grado** fundó su pronunciamiento en el carácter innovativo de la tutela pretendida y en el mayor rigor exigido para su otorgamiento, sumado a la insuficiencia de los elementos obrantes en autos para dar por configurados la verosimilitud del derecho de la actora y de la ilegitimidad invocada, con cita de precedentes análogos de la Sala III de esta Cámara. Reseñó que la resolución AFI 495/19 había confirmado al actor en planta permanente del organismo, pero fue posteriormente revocada por razones de ilegitimidad, mediante la resolución AFI 1030/2020, que dispuso su baja. Sobre dicha base, el magistrado entendió que la cuestión sometida al proceso, vinculada con el efectivo cumplimiento de los requisitos para la confirmación de un agente de la agencia, demandaba un debate y prueba que excedía el marco de conocimiento de este incidente precautorio. Ello, porque involucraba el estudio de las constancias obrantes en el legajo personal ofrecido como prueba en la causa (lo cual debía ser aportado en el momento procesal oportuno y analizado después de que las partes pudiesen argumentar y defenderse) y la verificación del cumplimiento a su respecto de los requisitos formales previstos taxativamente en el decreto 656/16 para su “confirmación” en la Planta Permanente de la Administración Federal de Inteligencia.

2º) Que el **recurrente** se agravió de la valoración de las constancias de la causa para concluir en la ausencia de verosimilitud del derecho, la cual (según sostuvo) surgía de la documental ya incorporada al expediente, con apoyo en un precedente cautelar análogo de la Sala II de esta Cámara, toda vez que su designación en la planta permanente habría generado derechos subjetivos en cumplimiento y la contraria no alegó ni acreditó las circunstancias que habilitarían a sostener que debió conocer el vicio de aquel



acto, razón por la que —según sostuvo— la Administración no pudo válidamente revocar el acto en su sede, sino que debió promover la correspondiente acción judicial de lesividad. Finalmente, destacó el carácter alimentario de la medida a la que aspira.

3º) Que los agravios no logran desvirtuar los fundamentos de la decisión apelada, toda vez que en el memorial no demuestra el error de la instancia anterior en la valoración de las constancias de la causa para concluir —*en este estado del proceso*— en la denegatoria de la **tutela anticipatoria** pretendida.

Tal como lo destacó el juez de grado, la parte actora no procura conservar el *status quo ante* cuya modificación podría tornar infructuosa la sentencia, sino que pide un *anticipo* de esta última porque —según alega— su tardanza le ocasionaría daños irreversibles. En efecto, la tutela requerida implica, además de la suspensión del acto administrativo que dispuso su baja, la reincorporación del actor, circunstancia que justifica su encuadramiento en los recaudos de admisibilidad más rigurosos del art. 14 de la ley 26.854. De tal modo, será necesario verificar una inobservancia *clara e incontestable* de un deber jurídico *concreto y específico*, junto con una *fuerte probabilidad* de que el derecho a su reincorporación exista (art. 14 cit., inc. 1º, aps. a y b, ley 26.854).

4º) Que, en el limitado marco de conocimiento precautorio, la aplicación de estos criterios al caso concreto de autos, a la luz de los elementos de convicción que obran en la causa, permite adelantar que no asiste razón a la apelante cuando afirma que ha logrado satisfacer plenamente los requisitos que justifiquen acceder a la medida precautoria solicitada, ya que sus alegaciones no permiten determinar la configuración de tales extremos con el grado exigido para el dictado de una medida anticipatoria.

Sobre dicha base, el recurrente no desvirtúa el argumento dirimente del fallo apelado, referido a la ausencia de *verosimilitud del derecho y de la ilegitimidad invocados*, ya que la revisión judicial del ejercicio de la potestad anulatoria de la Administración exige, en el caso, **contar con las actuaciones administrativas** en las que se incluyan —como mínimo— los antecedentes a que alude el acto cuestionado, tales como las intervenciones de la ex Dirección Administrativa de Recursos Humanos, de la Dirección Ejecutiva de la Escuela Nacional de Inteligencia y del Servicio Jurídico Permanente. A tal fin, resulta insuficiente el legajo personal acompañado en oportunidad de producir el informe previo previsto en el art. 4º de la ley 26.854, toda vez que se encuentra





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA IV
CAF 16928/2020 O., P. F. c/ EN - AGENCIA FEDERAL DE INTELIGENCIA s/
EMPLEO PUBLICO”

testado y sólo permite la visualización del acto de confirmación y de baja. Por otra parte, no puede atribuirse a este último temperamento las consecuencias previstas en el art. 388, *in fine*, CPCCN, toda vez que el objeto de tal informe consiste en dar cuenta del interés público comprometido por la solicitud cautelar y acompañar las constancias documentales *que la Administración considere pertinentes*, siendo facultativo para esta última expedirse en torno a las condiciones de admisibilidad y procedencia de la medida solicitada. De modo que esta etapa del proceso no puede asimilarse a la contestación de la demanda, oportunidad en la que *deberá* acompañar la prueba documental ofrecida por la contraria, en caso de que ello sea admitido por el juez de grado y con el alcance que este último disponga.

Por otra parte, esta Sala tiene dicho que la existencia de pronunciamientos opuestos de distintas Salas de esta Cámara desmerezce, como principio, la configuración de la *máxima* verosimilitud que exigen este tipo de medidas (arg. esta Sala, causa 3544/2018/CA1, “Ferola”, consid. 9º, resol. del 1º de noviembre de 2018), circunstancia que se verifica en autos a tenor de los fallos emitidos por la Sala III citados por el *a quo*, coincidentes *mutatis mutandi* con el criterio adoptado por este Tribunal en las causas nº 58803/16, “C., A. B. c/ Estado Nacional s/ empleo público”, resol. del 31/10/17; y nº 57343/2016/CA1 S., G. A. c/ Estado Nacional s/ empleo público, resol. del 28 de diciembre de 2017, frente a los referidos por el recurrente.

En definitiva, las decisiones mencionadas refuerzan la idea de que nos encontramos frente a un conflicto cuya dilucidación exige un debate y prueba mayor que el permitido en el presente incidente, toda vez que aquel examen involucraría, entre otras cuestiones, la revisión de la invalidez del acto de confirmación del actor en la planta permanente, así como del conocimiento de tales vicios por parte de aquél, cuestiones que no resulta posible siquiera dilucidar liminarmente sin el debido despliegue probatorio con intervención de la contraria.

Lo expuesto resulta suficiente para rechazar el recurso, dada la necesaria configuración de todos los requisitos para la procedencia de la medida solicitada (arg. *Fallos* 326:2261; y esta Sala en causa nº 12.328/2012, “Arte Radiotelevisivo Argentino S.A.”, sent. del 22/5/12; entre otras).



En mérito a lo expuesto, **SE RESUELVE**: rechazar el recurso y confirmar la resolución apelada. Sin especial imposición de costas dada la ausencia de contradicción.

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

MARCELO DANIEL DUFFY

JORGE EDUARDO MORÁN

ROGELIO W. VINCENTI





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA III

7564/2021 COTO CENTRO INTEGRAL DE
COMERCIALIZACION SA c/ EN - M DESARROLLO
PRODUCTIVO (EX 20283923/21) s/DEFENSA DEL
CONSUMIDOR - LEY 24240 - ART 45

Buenos Aires, de agosto de 2021.- MST

Y VISTOS Y CONSIDERANDO:

I. Que, por Disposición DI-2019-140-APN-DNDC-MPYT de fecha 26 de marzo de 2019, la Dirección Nacional de Defensa del Consumidor impuso a la firma Coto Centro Integral de Comercialización S.A., sanción de multa de pesos \$50.000, por infracción a los arts. 7 y 8 de la ley n° 24.240, por incumplimiento de las modalidades y condiciones de la oferta.

Al respecto, se indicó que las actuaciones tuvieron su origen el 7 de octubre de 2016 mediante la solicitud de apertura de expediente por parte de la Dirección del Servicio de Conciliación Previa en las Relaciones de Consumo a fin de dar cumplimiento al art. 45, segundo párrafo, de la ley n° 24.240; que se agregó copia del expediente n° S01:0293334/2015 del registro del ex Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en el que consta el trámite efectuado por la denunciante Paula Varela ante el COPREC; que, en su reclamo, la requirente manifestó: que el día 11 de octubre de 2015 concurrió al supermercado COTO y compró dos desodorantes que se exhibían en góndola con un descuento del 25% llevando dos unidades por el precio de \$26.19 c/u combinando los productos como quiera, que realizado el pago advirtió que el descuento no fue practicado y que al realizar el reclamo en la sucursal le dijeron que las fragancias elegidas no se encontraban incluidas en la promoción.

Se señaló que se imputó a la firma COTO una presunta infracción a los arts. 7 y 8 de la ley n° 24.240 toda vez que se advirtió que la firma denunciada no habría dado efectivo cumplimiento a la



oferta dirigida al consumidor como así tampoco habría cumplido con lo publicitado respecto del bien adquirido por el reclamante, ello así en atención a que el denunciante adquirió dos frascos de antitranspirantes marca Dove en fecha 11/10/15, según ticket de compra obrante a fs. 12, debiendo aplicarse un descuento del 25% conforme a la impresión de la oferta publicada en la página web y a la fotografía del precio de góndola obrante a fs. 13/14.

Y, se concluyó que la documentación glosada a fs. 13 resulta idónea para verificar el hecho denunciado atento que del cartel indicativo de precios en góndola como de la publicidad efectuada a través de la página web, surge que el producto marca DOVE ANTITRANSPIRANTE VS FRAGANCIAS AER POR 100G se promociona con un descuento del 25% llevando dos unidades a \$26,19 c/u y se lo puede combinar como quiera y llevando una unidad el precio era de \$24,99.

En tal orden de ideas, se dejó asentado que del ticket de compra acompañado se advertía que la sumariada incumplió la oferta publicada toda vez que el precio efectivamente pagado por el producto ofertado no reflejaba el descuento promocionado.

Por último se consignó que, a los fines de la graduación de la multa, se tuvo en consideración: el perjuicio causado para el consumidor, la posición en el mercado del infractor, la cuantía del beneficio obtenido, el grado de intencionalidad, la gravedad de los riesgos o perjuicios sociales derivados de la infracción, su generalización y la reincidencia.

II.- Que, por presentación de fecha 24 de abril de 2019, COTO C.I.C.S.A. interpuso –en los términos del art. 45 de la ley nº 24.240- recurso de apelación contra el acto administrativo precedentemente individualizado.

Y, al efecto, sustancialmente postuló: que la D.N.D.C. resulta incompetente; que el producto elegido por la reclamante no se





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA III

7564/2021 COTO CENTRO INTEGRAL DE
COMERCIALIZACION SA c/ EN - M DESARROLLO
PRODUCTIVO (EX 20283923/21) s/DEFENSA DEL
CONSUMIDOR - LEY 24240 - ART 45

encontraba incluido en los descuentos ofertados; que, sin perjuicio de ello, en la audiencia celebrada se le ofreció realizar la devolución de la diferencia solicitada con más una caja de 6 unidades de vinos Malbec Alambrado Bodega Santa Julia y; que el monto de la sanción impuesta es arbitrario y desproporcionado.

III.- Que, por escrito de fecha 18 de mayo de 2021, el Estado Nacional (Ministerio de Desarrollo Productivo) contestó el recurso directo articulado en autos.

IV.- Que, preliminarmente, es oportuno recordar que el Tribunal no se encuentra obligado a seguir al apelante en todas y cada una de las cuestiones y argumentaciones que propone a consideración de la Alzada, sino tan sólo aquéllas que son conducentes para decidir el caso y bastan para dar sustento a un pronunciamiento válido (confr., CSJN, Fallos: 258:304; 262:222; 265:301; 272:225; 278:271; 291:390; 297:140; 301:970; esta Sala, in rebus: “ACIJ c/ EN- ley 24240- Mº Planificación s/ proceso de conocimiento”, sentencia del 29/5/2008; “Multicanal S.A. y otro c/ EN- SCI DLC (Actas 2600/09 y otras) s/ amparo ley 16.986”, sentencia del 21/5/2009; “Ciudadanos Libres Calidad Institucional Asoc Civil c/ EN- Dto 67/10 s/ medida cautelar (autónoma)”, sentencia del 21/10/2010; “CPACF- Inc Med (2-III-11) c/ BCRA Comunicación “A” 5147 y otro s/ proceso de conocimiento”, sentencia del 18/4/2011; “Nardelli Moreira Aldo Alberto c/ ENDNM Disp 1207/11 –Legajo 13975- (S02:9068/11) s/ medida cautelar (autónoma)”, sentencia del 25/8/2011, “Rodríguez Rubén Omar c/ DGI s/ Recurso directo de organismo externo”, sentencia del 7/8/2014, “Laham, Alberto Elías c/DGI s/Recurso directo de organismo externo”, sentencia del 7/5/2015; “Araujo



Medina Alexander Javier c/ EN –M Interior OP y V-DNM s/ recurso directo DNM”, sentencia del 27/4/2018, “TELEFONICA MOVILES ARGENTINA SA c/ DNICI s/ DEFENSA DEL CONSUMIDOR - LEY 24240 - ART 45”, del 30/09/2020; entre otros).

V.- Que, ahora bien, razones de orden lógico imponen tratar en primer lugar el agravio respecto a la incompetencia de la Dirección Nacional de Defensa del Consumidor para resolver en las actuaciones administrativas.

Al efecto, corresponde recordar que la ley nº 26.933, en lo que aquí interesa, expresamente establece en su art. 1, “Créase el Servicio de Conciliación Previa en las Relaciones de Consumo (COPREC) que funcionará en el ámbito de la autoridad de aplicación. El COPREC actuará a nivel nacional mediante su sede en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en las dependencias, delegaciones u oficinas fijas o móviles que se establezcan en el resto del país. El Poder Ejecutivo nacional designará la autoridad de aplicación del presente Título con facultades para dictar las normas de aplicación o interpretación”.

Y, el art. 5, en punto a las normas aplicables, dispone, “El procedimiento se regirá por las reglas y condiciones previstas por esta norma y los principios establecidos en la ley 24.240 y sus modificatorias”.

Y, el art. 17 establece que “Si el proceso de conciliación concluyera sin acuerdo de partes, el Conciliador labrará un acta que deberá suscribir junto a todos los comparecientes, en la que se hará constar el resultado del procedimiento, y de la que deberá remitir una copia a la autoridad de aplicación en el término de dos (2) días”. Y, en lo que aquí interesa, concretamente prevé que “El consumidor o usuario quedará habilitado para reclamar ante la Auditoría en las Relaciones de Consumo o, en su caso, demandar ante la Justicia Nacional en las Relaciones de Consumo, de acuerdo con lo





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA III

7564/2021 COTO CENTRO INTEGRAL DE
COMERCIALIZACION SA c/ EN - M DESARROLLO
PRODUCTIVO (EX 20283923/21) s/DEFENSA DEL
CONSUMIDOR - LEY 24240 - ART 45

establecido en los Títulos II y III de la presente ley, respectivamente, o ante la jurisdicción con competencia específica que establezca la ley”.

Por su parte, en el art. 22 expresa, “Créase, en el ámbito del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, la Auditoría en las Relaciones de Consumo. La Auditoría en las Relaciones de Consumo tendrá asiento en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en las dependencias, delegaciones u oficinas fijas o móviles que se establezcan en el resto del país. Será ejercida por los Auditores en las Relaciones de Consumo, los cuales se constituirán como autoridad independiente, con carácter de instancia administrativa, respecto de las controversias que correspondan a la competencia establecida en este Título. A los efectos del correcto funcionamiento de la Auditoría, la reglamentación establecerá la integración de los organismos de apoyo necesarios para el desarrollo de la tarea encomendada”.

En tanto el decreto n° 202/2015, reglamentario de los Títulos I y II de la ley n° 26.993 y del régimen disciplinario para los Conciliadores en las Relaciones de Consumo, establece en el art. 1 del Anexo I: “Desígnase a la SECRETARÍA DE COMERCIO dependiente del MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS como Autoridad de Aplicación del Título I de la Ley N° 26.993, sin perjuicio de las atribuciones que le corresponden al MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS en virtud de las disposiciones contenidas en dicha norma legal”. Y, en el art. 17, dispone que “En aquellos casos en que la conciliación sea concluida sin acuerdo de las partes, el Conciliador en las Relaciones de Consumo informará a los consumidores o usuarios sobre los derechos



que les asisten en relación a la prosecución del procedimiento ante las distintas instancias previstas en la Ley 26.993. Asimismo, en tales casos, el conciliador deberá informar a la SECRETARÍA DE COMERCIO a través de los medios que se establezcan al efecto y en un plazo de DOS (2) días a contar desde la conclusión de la conciliación sin acuerdo de partes, sobre: a) Partes del conflicto; b) Motivo del reclamo; c) Monto del reclamo; d) Resultado de la conciliación; e) Cualquier otra información que la SECRETARÍA DE COMERCIO considere necesaria. En los procedimientos de conciliación que concluyeran sin acuerdo de partes, una vez entregada por el conciliador la copia del acta a la autoridad competente en materia específica del Servicio de Conciliación Previa en las Relaciones del Consumo (COPREC), ésta deberá entregar constancia al conciliador designado de conformidad con lo dispuesto por el inciso a) del Artículo 7º de la Ley N° 26.993, para ser presentada ante el Fondo de Financiamiento a los fines de abonar el honorario básico dentro del plazo de QUINCE (15) días, de acuerdo con lo previsto en el Artículo 20 de dicha ley y de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 15 de esta reglamentación.”.

Por último, la ley n° 24240 -texto vigente según el art. 60 de la ley n° 26.933- en su art. 45 prevé que “La autoridad nacional de aplicación iniciará actuaciones administrativas en caso de presuntas infracciones a las disposiciones de esta ley, sus normas reglamentarias y resoluciones que en consecuencia se dicten, de oficio, por denuncia de quien invocare un interés particular o actuare en defensa del interés general de los consumidores, o por comunicación de autoridad administrativa o judicial”.

Ahora bien, una interpretación armónica de las distintas normas precedentemente citadas impone determinar que, contrariamente a lo sostenido por el recurrente, la autoridad de aplicación de las leyes n° 24.240 y n° 26.933 resulta competente para





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA III

7564/2021 COTO CENTRO INTEGRAL DE COMERCIALIZACION SA c/ EN - M DESARROLLO PRODUCTIVO (EX 20283923/21) s/DEFENSA DEL CONSUMIDOR - LEY 24240 - ART 45

intervenir en las cuestiones planteadas en las presentes actuaciones; tan es así que el art. 17 de la ley n° 26.933 -Sistema de Conciliación Previa en las Relaciones de Consumo- prevé que, una vez finalizado el proceso de conciliación sin acuerdo, el conciliador deberá remitir copia del Acta en la que hará constar el resultado del procedimiento a la autoridad de aplicación, momento a partir del cual la misma, a través de la Dirección Nacional de Defensa del Consumidor, puede instruir las actuaciones en caso de advertir presuntas infracciones a la ley n° 24240, ello con base a lo expresamente dispuesto por el art. 45 de la citada ley (confr. esta Sala, in re: causa n° 5272/2020, “COTO CENTRO INTEGRAL DE COMERCIALIZACION SA c/ DNCI s/DEFENSA DEL CONSUMIDOR - LEY 24240 - ART 45”, sentencia del 15/07/2020 y autos n° 5444/2020, “TELEFONICA MOVILES ARGENTINA SA c/ DNDC s/ DEFENSA DEL CONSUMIDOR - LEY 24240 - ART 45”, sentencia del 7/04/2021; entre otras).

En tal sentido, la Dirección Nacional posee facultades para iniciar actuaciones administrativas en caso de presuntas infracciones a las disposiciones de la ley, sus normas reglamentarias y resoluciones que en consecuencia se dicten, de oficio, por denuncia de quien invocare un interés particular o quien actuare en defensa del interés general de los consumidores (confr. esta Sala, expedientes n° 5272/2020 y n° 5444/2020, cit.).

Ello así sin perjuicio de la posibilidad prevista para el consumidor en el citado art. 17 de la ley n° 26.933 de proseguir el reclamo para la reparación de daño individual, circunstancia que por otra parte resulta ajena a estas actuaciones en tanto el objeto del acto que aquí se impugna es la imposición de una multa por



incumplimiento a los deberes impuestos en los arts. 7º y 8º de la ley nº 24.240.

Si optare el consumidor de proseguir el reclamo, el mismo es procedente ante el Auditor en las Relaciones de Consumo o bien ante la Justicia Nacional en las Relaciones de Consumo - instituciones estas que aún no fueron creadas- (confr. esta Sala, autos nº 5272/2020 y nº 5444/2020, cit.).

En razón de lo expuesto es que cabe rechazar los argumentos en contra de la competencia de la Dirección Nacional de Defensa del Consumidor.

VI.- Que, a continuación, conviene individualizar las normas que el acto administrativo impugnado consideró vulneradas, esto es, los arts. 7º y 8º de la ley nº 24.240, que –en cuanto aquí concierne- establecen que la oferta dirigida a consumidores potenciales indeterminados, obliga a quien la emite durante el tiempo en que se realice, debiendo contener la fecha precisa de comienzo y de finalización, así como también sus modalidades, condiciones o limitaciones y que la no efectivización de la oferta será considerada negativa o restricción injustificada de venta, pasible de las sanciones previstas en el artículo 47º de esa ley (art. 7º) y, asimismo, que las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios, prospectos, circulares u otros medios de difusión se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor y obligan al oferente (art. 8º).

Sentado ello, corresponde recordar que el derecho a la debida información y su correlativo deber impuesto al proveedor tiene carácter de principio general del derecho del consumidor y usuario como consagra el artículo 42 de la Constitución Nacional; la finalidad que persigue este deber de informar al consumidor, es permitir que el consentimiento que presta al comprar un producto o adquirir un servicio haya sido formado reflexivamente; a la hora de contratar, la posición jurídica del proveedor es claramente privilegiada con





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA III

7564/2021 COTO CENTRO INTEGRAL DE
COMERCIALIZACION SA c/ EN - M DESARROLLO
PRODUCTIVO (EX 20283923/21) s/DEFENSA DEL
CONSUMIDOR - LEY 24240 - ART 45

relación a la del consumidor por su conocimiento respecto de la materia objeto del contrato (confr. esta Sala, in re: causa n° 74599/2018, “BANCO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES c/ DNICI s/ DEFENSA DEL CONSUMIDOR - LEY 24240 - ART 45”, del 26/12/2018 y autos n° 5444/2020 “TELEFONICA MOVILES ARGENTINA SA c/ DNDC s/ DEFENSA DEL CONSUMIDOR - LEY 24240 - ART 45”, del 7/04/2021; Sala IV, in re: “Tito González Automotores SA C/ DNICI S/ Defensa del Consumidor – ley 24240 – art 4”, causa n° 29471/2014, del 3/02/2015; entre otros).

Ello así, se impone destacar que de la mera compulsa del cartel indicativo de precios en góndola como de la publicidad efectuada a través de la página web, se verifica con claridad que la oferta en cuestión no estaba circunscripta a una fragancia en particular (confr. fs. 13 de las actuaciones administrativas) como, asimismo, que el ticket de compra en cuestión demuestra de que no se efectuó el descuento promocionado (confr. fs. 12 del expediente administrativo).

Por otra parte, cabe señalar que las cuestiones fácticas alegadas no alcanzan para desvirtuar la omisión imputada en la medida en que, en supuestos como el examinado, no se requiere un daño concreto a los derechos de los consumidores sino la posibilidad de la existencia de tal daño y las normas legales imponen pautas y conductas objetivas, que deben ser respetadas, bajo apercibimiento de las sanciones previstas en las respectivas normas (confr. esta Sala in re:, causa n° 74599/2018, “BANCO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES c/ DNICI s/ DEFENSA DEL CONSUMIDOR - LEY 24240 - ART 45”, del 26/12/2018 y autos n° 5444/2020, “TELEFONICA MOVILES ARGENTINA SA c/ DNDC s/ DEFENSA DEL CONSUMIDOR - LEY 24240 -



ART 45”, sentencia del 7/04/2021 y; Sala IV, in re: “Haras Los Cerros S.A. c/ DNICI – Disp. 449/08 (Expte. S01:370618/06)”, causa nº 18.543/2008, del 30/03/2010; entre otros).

Asimismo, corresponde precisar que, en la especie, se trata de “infracciones formales” en las cuales la verificación de los hechos hace nacer, por sí, la responsabilidad del infractor; la infracción se configura por la sola omisión o el incumplimiento de los deberes u obligaciones a cargo de los prestadores de bienes o servicios y no requiere la producción de un daño concreto; pues basta la conducta objetiva contraria a la ley (conf. esta Sala in re: “Viajes ATI SA – Empresa de Viajes y Turismo c/ DNICI”, del 10/3/2009; “ITG SA C/ EN-SCI-Disp 391/08”, del 2/9/2010; “Círculo de inv. SA de Ahorro para fines Determ. c/DNCI s/ Recurso Directo”, del 20/11/2012; “FORD Argentina SCA c/ DDC- s/defensa del consumidor - Ley 24240 - Art 45”, del 23/02/2016; “COTO CICSA c/ DNICI s/DEFENSA DEL CONSUMIDOR - LEY 24240 - ART 45”, del 9/9/2020; “TELEFONICA MOVILES ARGENTINA SA c/ DNDC s/ DEFENSA DEL CONSUMIDOR - LEY 24240 - ART 45”, del 7/04/2021; entre muchos otros.).

En efecto, el derecho del consumidor es un sistema global de normas, principios, instituciones e instrumentos que tiene por finalidad, por un lado, garantizar a dicho sujeto una posición de equilibrio en sus relaciones con los empresarios y, por otro, preservar la lealtad en las relaciones comerciales, de manera de evitar que se produzcan desvíos o captación potencial de clientela por medio de métodos contrarios a dicha lealtad (confr. esta Sala, in re: causa nº 74599/2018, “BANCO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES c/ DNICI s/ DEFENSA DEL CONSUMIDOR - LEY 24240 - ART 45”, del 26/12/2018 y autos nº 5444/2020, “TELEFONICA MOVILES ARGENTINA SA c/ DNDC s/ DEFENSA DEL CONSUMIDOR - LEY 24240 - ART 45”, sentencia del 7/04/2021; Sala IV, in re: “Luis Losi SA c/ DNICI s/ Recurso Directo





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA III

7564/2021 COTO CENTRO INTEGRAL DE
COMERCIALIZACION SA c/ EN - M DESARROLLO
PRODUCTIVO (EX 20283923/21) s/DEFENSA DEL
CONSUMIDOR - LEY 24240 - ART 45

Ley 24.240 –art. 45”, causa nº 29997/2014, del 17/03/2015; entre otros).

En tales condiciones, se deben desestimar las defensas de fondo intentadas en el recurso en examen en la medida en que el recurrente no logró refutar con documentación alguna el incumplimiento normativo atribuido, por lo que corresponde se confirme la decisión sancionatoria.

VII.- Que, tampoco pueden prosperar los argumentos mediante los que la apelante cuestiona la multa impuesta, con sustento en una supuesta desproporcionalidad en la cuantía de la sanción.

Al respecto, corresponde recordar que, como principio, la graduación de la sanción es resorte primario del órgano administrativo y constituye una potestad discrecional de la autoridad de aplicación; no obstante lo cual, no hay actividad de la Administración que resulte ajena al control judicial de legalidad y razonabilidad, de modo que aun tratándose de una manifestación de las potestades discretionales, éstas en ningún caso pueden resultar contrarias al derecho; la actuación administrativa debe ser racional y justa y la circunstancia de que la Administración obre en ejercicio de facultades discretionales no constituye justificativo de su conducta arbitraria, pues es precisamente la razonabilidad con que se ejercen tales facultades el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado y que permite a los jueces, ante planteos concretos de la parte interesada, verificar el cumplimiento de dicho presupuesto (confr. CSJN, Fallos: 304:721, 305:1489, 306:126; esta Sala, in re: “Círculo de Inv. S.A. de Ahorro para fines deter. c/ DNICI s/recurso directo”, causa nº 152691/2002, del 20/11/12; “Fravega S.A. c/ DNICI



s/ Lealtad Comercial –Ley 22802– Art. 22”, del 30/12/14; causa n° 25134/2019 “TELEFONICA MOVILES ARGENTINA SA c/ DNCI s/ DEFENSA DEL CONSUMIDOR - LEY 24240 - ART 45”, del 30/09/20 y autos n° 3973/2020 “TELEFONICA DE ARGENTINA SA c/ DNCI s/DEFENSA DEL CONSUMIDOR - LEY 24240 - ART 45”, del 14/04/21; entre otros).

Asimismo, no cabe soslayar que la función judicial no puede reemplazar la acción de los otros poderes, ni asumir sus responsabilidades o sustituirlos en las facultades que a ellos les conciernen; precisamente, en el ejercicio de la potestad sancionatoria ha de reconocerse al órgano competente un razonable margen de apreciación en la graduación de la pena a imponer (confr. esta Sala, in re: “Lamagna SRL-TF 25088-I c/ DGI”, del 10/4/08, “Obras Civiles SA –TF 20336-I c/ DGI”, del 16/4/08 y sus citas, causas n° 152691/02 del 20/11/2012, n° 25134/2019, del 30/09/20 y n° 3973/2020, del 14/04/21, precedentemente citadas), debiendo en cada supuesto particular verificar el regular ejercicio de tal prerrogativa.

En tal orden de ideas, se debe insistir en que la apreciación de los hechos, la gravedad de la falta y la graduación de las sanciones pertenecen al ámbito de las facultades discrecionales de la Administración, en cuyo ejercicio éste no debe ser sustituido por los jueces a quienes solo les cabe revisarlas en caso de irrazonabilidad o arbitrariedad manifiesta, extremos que no se advierten en el sub examen (confr., CSJN, Fallos: 303:1029; 304:1033; 306:1792; 307:1282; esta Sala, in re: “Gorrini”, del 17/10/96, “Cochlar”, del 25/5/87; “Provencred 2 Suc. Arg. c/DNCI –DISP 588/09”, del 11/02/11; “Tecnología Digital S.A.”, del 9/10/18 y causas n° 25134/2019, del 30/09/20 y n° 3973/2020, del 14/04/21, precedentemente mencionadas; entre otros).

Desde esta perspectiva, corresponde entonces poner de relieve que la Disposición DI-2019-140-APN-DNDC-MPYT tuvo en





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA III

7564/2021 COTO CENTRO INTEGRAL DE
COMERCIALIZACION SA c/ EN - M DESARROLLO
PRODUCTIVO (EX 20283923/21) s/DEFENSA DEL
CONSUMIDOR - LEY 24240 - ART 45

consideración: el perjuicio causado para el consumidor, la posición en el mercado del infractor, la cuantía del beneficio obtenido, el grado de intencionalidad, la gravedad de los riesgos o perjuicios sociales derivados de la infracción, su generalización y la reincidencia -18 sanciones firmes y 3 en estado de apelación-.

Ello así y toda vez que se encuentra debidamente acreditado el incumplimiento normativo atribuido a la aquí apelante y que el monto de la sanción allí impuesta se encuentra comprendido dentro de la escala contemplada en el inc. b) del art. 47º de la ley nº 24.240, se concluye entonces que la multa aplicada no se presenta como irrazonable o desproporcionada.

En virtud, entonces, de las consideraciones expuestas, SE RESUELVE: rechazar el recurso de apelación directa interpuesto por la firma COTO C.I.C.S.A. y, en consecuencia, confirmar la Disposición DI-2019-140-APN-DNDC-MPYT, con costas a la vencida por no existir mérito para la dispensa (confr. artículo 68, primer párrafo, del Código Procesal).

Teniendo presente la naturaleza, monto y resultado del litigio, la calidad y eficacia de la gestión profesional, la etapa cumplida y la circunstancia de que la Sala ha declarado reiteradamente que los emolumentos que corresponde fijar a los profesionales y auxiliares de la justicia deben traducir -aún en los juicios de monto exiguo e inclusive sin monto- una justa retribución de las tareas desplegadas compatible con la dignidad en el ejercicio profesional, SE FIJAN los honorarios de la dirección letrada y representación de la parte demandada –Dra. Verónica L. Treviño- en 5 UMAS, que equivalen –a la fecha- a la suma de pesos veinticuatro



mil ochocientos noventa -\$24.890- (conf. arts. 16, 19, 21, 29, 44, 51 y 54 de la ley nº 27.423).

El importe del impuesto al valor agregado integra las costas del juicio y deberá adicionarse a los emolumentos cuando el profesional acreedor revista la calidad de responsable inscripto en dicho tributo.

Los honorarios fijados precedentemente deberán ser abonados dentro de los diez (10) días de quedar firme la presente (art. 54 de la ley nº 27.423).

En caso de incumplimiento el acreedor queda facultado para solicitar la intimación de pago para que se cumpla en el plazo de cinco (5) días, bajo apercibimiento de ejecución, la que tramitará por ante primera instancia del fuero.

Para el caso de que el profesional no haya denunciado la calidad que inviste frente al IVA, el plazo para el pago del tributo sobre el honorario regulado, correrá a partir de la fecha en que lo haga.

A los fines del art. 109 del Reglamento para la Justicia Nacional, se deja constancia que suscriben la presente dos vocales por hallarse vacante el tercer cargo.

Regístrese, notifíquese y, oportunamente, devuélvanse.

SERGIO G. FERNANDEZ

CARLOS MANUEL GRECCO



Por ello, habiendo dictaminado el señor Procurador Fiscal, se deja sin efecto la sentencia apelada. Con costas. Notifíquese y devuélvase a fin de que, por quien corresponda, se dicte nuevo pronunciamiento conforme a lo resuelto en la presente.

CARLOS S. FAYT.

S.A. FURLOTTI SETIEN Hnos. v. INSTITUTO NACIONAL DE VITIVINICULTURA

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestión federal. Cuestiones federales simples. Interpretación de las leyes federales. Leyes federales en general.

Son de naturaleza federal las normas contenidas en las leyes 14.878 y 19.549.

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.

La facultad revocatoria de la propia administración encuentra suficiente justificación en la necesidad de restablecer sin dilaciones el imperio de la juridicidad, comprometida por la existencia de un acto afectado de nulidad absoluta y que, por esa razón, carece de la estabilidad propia de los actos regulares y no puede generar válidamente derechos subjetivos de los particulares frente al orden público interesado en la vigencia de la legalidad.

VINOS.

El Instituto Nacional de Vitivinicultura no se encontraba habilitado para revocar en sede administrativa una disposición del mismo instituto, en tanto de ella se habían derivado derechos subjetivos en favor de la actora; debió a tal efecto requerir el auxilio judicial, mediante el proceso de lesividad a que se refieren los arts. 17 *in fine* y 26 de la ley 19.549.

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.

La limitación impuesta por el art. 17 *in fine* de la ley 19.549 en cuanto constituye una excepción a la potestad revocatoria de la administración, establecida como principio general en la primera parte de su texto, debe ser interpretada con carácter estricto toda vez que su aplicación acarrea la subsistencia en el mundo jurídico de un acto viciado de nulidad absoluta hasta tanto se produzca la declaración judicial pertinente.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 23 de abril de 1991.

Vistos los autos: "S.A. Furlotti Setien Hnos. c/ I.N.V. por recurso de apelación".

Considerando:

1º) Que contra la sentencia de la Cámara Federal de Mendoza de fs. 469/471 que -al confirmar el fallo de primera instancia de fs. 413/421- dejó sin efecto la sanción administrativa impuesta a la actora, interpuso la demandada el recurso extraordinario de fs. 474/480, que fue concedido a fs. 490.

2º) Que para así decidir, el *a quo* sostuvo, entre otros argumentos, que el procedimiento que derivó en la citada sanción debía reputarse inválido toda vez que al dejar el I.N.V. sin efecto, mediante la disposición nº 169.959 del 28 de septiembre de 1983, la nº 169.917 de fecha 6 de agosto de 1983, violó lo dispuesto en el art. 17 *in fine* de la ley 19.549 en contraposición al principio de estabilidad de los actos administrativos.

3º) Que contra esa decisión se agravia la recurrente. Destaca, entre otras consideraciones, que la sentencia dictada por el *a quo* -a la que tacha de arbitraria- omitió considerar la incidencia que en la resolución de la causa tendrían las disposiciones de la ley 14.878. Defiende, por su parte, la validez del acto impugnado destacando que al contestar la acción instaurada dejó planteado en subsidio -y para el supuesto de que se considerase necesaria la anulación judicial de la disposición nº 169.917- el pedido a fin de que se declarara judicialmente la nulidad de su propio acto.

4º) Que el recurso extraordinario interpuesto resulta formalmente procedente, toda vez que se encuentra en discusión el alcance de normas de naturaleza federal como las contenidas en las leyes 14.878 y 19.549 y el fallo definitivo del superior tribunal de la causa es contrario a las pretensiones que la recurrente sustenta en ellas.

5º) Que en lo que al caso interesa, la cuestión central debatida en el *sub examine* gira alrededor de las facultades con que cuentan los órganos estatales -en el caso específico el Instituto Nacional de Vitivinicultura- para dejar sin efecto sus actos irregulares y los alcances que cabe otorgar a la

pretensión deducida subsidiariamente por éste al responder la acción entablada.

6º) Que, a este respecto, el art. 17 de la ley 19.549 establece expresamente -siguiendo a los ordenamientos más modernos en el derecho extranjero- la obligación de la administración pública de revocar en sede administrativa sus actos irregulares, salvo que el acto se encontrara "firme y consentido y hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo", supuesto en el cual "sólo se podrá impedir su subsistencia y la de sus efectos aún pendientes mediante declaración judicial de nulidad".

7º) Que, por tanto, supuesta la irregularidad del acto por conllevar un vicio que determina su nulidad absoluta, resulta en principio legítima la actividad revocatoria de la propia administración, salvo que concurre la excepción señalada en el considerando anterior. Esa facultad encuentra suficiente justificación en la necesidad de restablecer sin dilaciones el imperio de la juridicidad, comprometida por la existencia de un acto afectado de nulidad absoluta y que, por esa razón, carece de la estabilidad propia de los actos regulares y no puede generar válidamente derechos subjetivos de los particulares frente al orden público interesado en la vigencia de la legalidad (doctrina de Fallos: 250:491, considerando 6º y sus citas; 302:545).

8º) Que, desde esa óptica, el I.N.V. no se encontraba habilitado para revocar en sede administrativa la disposición nº 169.917, como lo hizo mediante la resolución nº 169.959, en tanto de aquélla se habían derivado derechos subjetivos en favor de la actora. Debió, a tal efecto, requerir el auxilio judicial, mediante el proceso de lesividad a que se refieren los arts. 17 *in fine* y 26 de la ley 19.549.

9º) Que no obsta a ello la mención que efectúa el recurrente de la ley 14.878, toda vez que no surge de ésta ni indica válidamente el apelante en qué disposiciones del citado cuerpo legal funda las razones por las cuales se impondría una solución diferente a la hasta aquí esbozada, aplicable supletoriamente al I.N.V. en virtud de lo dispuesto por el decreto 9101/72 (Fallos: 306:136, entre otros).

10) Que, sin embargo, la limitación impuesta por el art. 17 *in fine* de la ley 19.549, en cuanto constituye una excepción a la potestad revocatoria de la administración, establecida como principio general en la primera parte de su texto, debe ser interpretada con carácter estricto toda vez que su aplicación acarrea la subsistencia en el mundo jurídico de un acto viciado de nulidad

absoluta hasta tanto se produzca la declaración judicial pertinente (*Fallos*: 304:898, considerando 7º; 305:2170).

11) Que, desde esta perspectiva, la sentencia recurrida incurrió en igual error que el cometido por el juez de primera instancia al omitir considerar la petición de nulidad interpuesta en forma subsidiaria por el ente demandado (fs. 70 y 417). En este aspecto, debe destacarse que si bien la acción de lesividad presupone la existencia necesaria de un juicio pleno con amplio debate y prueba -dificilmente admisible en un proceso de revisión limitada como son los existentes, en general, contra la imposición de sanciones administrativas- la tramitación otorgada en el *sub examine* se diferencia notoriamente de otros supuestos. En efecto, tal como surge de la providencia de fs. 61, el trámite impuesto a la presente causa fue el del proceso ordinario, apto para tratar -como defensa o reconvenCIÓN- la pretensión anulatoria de la administración, con independencia de la calificación dada a ésta por las partes.

12) Que, en esas condiciones, la adecuada valoración de los hechos, principios y normas jurídicas en juego en el caso, imponía la consideración de la petición del Estado, apta para ser tratada en este proceso, sin perjuicio de adoptar los tribunales de la causa las medidas que pudieran haber juzgado pertinentes hasta tanto se resolviera sobre la procedencia o improcedencia de la petición de la administración.

Por ello, se declara procedente el recurso extraordinario interpuesto y se deja sin efecto la sentencia apelada. Con costas. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo aquí declarado. Notifíquese y devuélvase.

RICARDO LEVENE (H) — RODOLFO C. BARRA — CARLOS S. FAYT (*en disidencia*) — AUGUSTO CESAR BELLUSCIO — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JULIO S. NAZARENO — EDUARDO MOLINÉ O'CONNOR.

DISIDENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON CARLOS S. FAYT

Considerando:

1º) Que contra la sentencia de la Cámara Federal de Mendoza, que confirmó la de primera instancia que dejó sin efecto la sanción administrativa

impuesta en los autos, interpuso la demandada el recurso extraordinario concedido a fs. 490/490 vta.

2º) Que el *a quo* señala que tal sanción pudo nacer tras la declaración de nulidad, por parte de la administración, de un anterior pronunciamiento absolutorio de ella. Dicha nulidad, se dictó con fundamento en las conclusiones de una causa penal posterior, pero ello no autoriza la declaración de nulidad por la propia parte, obviando la vía del art. 17 de la ley 19.549.

3º) Que en lo esencial y en lo que a la solución del caso resulta de interés, la recurrente aduce que el acto absolutorio era nulo de nulidad absoluta pues adolecía del error esencial referido en el art. 14, inc. a), de la ley citada.

4º) Que la norma de referencia en que se funda el *a quo* es clara en cuanto a que, generados como en el caso derechos subjetivos de una decisión de la propia administración, no puede ella, ante actos afectados de nulidad absoluta sino requerir de la justicia la declaración de nulidad, camino no seguido en la causa. Por otra parte, la mención que efectúa el recurrente de la aplicabilidad al caso de la ley 14.878, en virtud del decreto 9101/72, no basta para obviar la clara conclusión antes sentada, enderezada a la preservación de las garantías constitucionales comprometidas en la preservación de la seguridad jurídica, de la que no cabe afirmar un posible apartamiento válido extraído de aquella ley. Esto es así, máxime que el recurrente no indica cuál es la solución diferente que surgiría de la consideración de la citada norma (Fallos: 278:62; 306:136).

5º) Que en relación a la carga de las costas, cabe que ella sea distribuida en el orden causado, atento a que la vencida pudo considerarse con derecho a recurrir en atención a las peculiares circunstancias de la causa, pues la adulteración imputada fue admitida por decisión judicial.

Por ello, se confirma la sentencia apelada. Costas por su orden. Notifíquese y devuélvanse.

CARLOS S. FAYT.

Buenos Aires, 24 de febrero de 2009

Vistos los autos: "Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - ley 25.873 -
dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986".

Considerando:

1º) Que Ernesto Halabi promovió acción de amparo reclamando que se declare la inconstitucionalidad de la ley 25.873 y de su decreto reglamentario 1563/04, en virtud de considerar que sus disposiciones vulneran las garantías establecidas en los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional, en cuanto autorizan la intervención de las comunicaciones telefónicas y por Internet sin que una ley determine "en qué casos y con qué justificativos". Alegó que esa intromisión constituye una violación de sus derechos a la privacidad y a la intimidad, en su condición de usuario, a la par que menoscaba el privilegio de confidencialidad que, como abogado, ostenta en las comunicaciones con sus clientes (fs. 2/8).

2º) Que, al producir su informe, el Estado Nacional sostuvo que la vía del amparo no resultaba apta para debatir el planteo del actor. Afirmó, además, que la cuestión se había tornado abstracta en virtud del dictado del decreto 357/05, que suspendió la aplicación del decreto 1563/04, toda vez que con ello se disipó la posibilidad de que exista un daño actual o inminente para el actor, o para cualquier usuario del sistema (fs. 50/54).

3º) Que la magistrada de primera instancia hizo lugar a la demanda y declaró la inconstitucionalidad de los arts. 1º y 2º de la ley 25.873 y del decreto 1563/04. A ese efecto sostuvo que: a) no existió un debate legislativo suficiente previo al dictado de la ley, la cual carece de motivación y fundamentación apropiada; b) de los antecedentes de derecho comparado surge que diversas legislaciones extranjeras tomaron precauciones para no incurrir en violaciones al derecho a la intimidad —por ejemplo limitaron el tiempo de guarda de los datos— que no fueron

consideradas en este proyecto; c) las normas exhiben gran vaguedad pues de sus previsiones no queda claro en qué medida pueden las prestatarias captar el contenido de las comunicaciones sin la debida autorización judicial; d) aquéllas están redactadas de tal manera que crean el riesgo de que los datos captados sean utilizados para fines distintos de los que ella prevé; e) el Poder Ejecutivo se excedió en la reglamentación de la ley al dictar el decreto 1563/04 (fs. 70/78).

4º) Que la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal confirmó dicho pronunciamiento. Sin perjuicio de advertir que el recurso de apelación del Estado Nacional exhibía defectos técnicos que conducían a declararlo desierto, estimó que, por la trascendencia de la cuestión debatida, correspondía tratar los argumentos desarrollados en defensa de las normas impugnadas. Al respecto y, en primer lugar, aclaró que la pretensión no se había tornado abstracta, pues la ley cuestionada seguía vigente por el hecho de que el decreto 1563/04 que la reglamentó sólo había sido suspendido "por tiempo indeterminado" mediante el decreto 357/05 sin que hubiese sido "expulsado del plexo normativo vigente". En segundo término, precisó que el planteo articulado no era meramente consultivo sino que existía un interés jurídico concreto en cabeza del actor como usuario de distintos servicios de telecomunicaciones y en su carácter de abogado. En cuanto a la viabilidad de la acción de amparo, sostuvo que no existía en el caso otro remedio judicial más idóneo para proteger los derechos invocados, además de que la cuestión no requería una mayor amplitud de debate o prueba por resultar "prácticamente" de puro derecho. Respecto del fondo del asunto, hizo suyos los argumentos desarrollados por la jueza de grado a los que, con citas de jurisprudencia nacional y extranjera, añadió consideraciones generales sobre el derecho a la intimidad y a la inviolabilidad de la correspondencia, concluyendo que éstos debían primar —en situaciones como la que presenta el sub lite—

más allá de que el objetivo general de las normas impugnadas hubiera sido el de "combatir el flagelo de la delincuencia". Subrayó que "en nada cambia la conclusión a la que se arriba que la ley establezca (en su art. 3º) la asunción de responsabilidad por parte del Estado por los eventuales perjuicios que se derivaren para terceros". Por lo demás, estimó que la legitimación del actor "no excluía la incidencia colectiva de la afectación a la luz del 2º párrafo del art. 43 de la Constitución Nacional" por lo que la sentencia dictada en tales condiciones debía "...aprovechar a todos los usuarios que no han participado en el juicio" (fs. 109/116).

5º) Que contra esa decisión, el Estado Nacional interpuso el recurso extraordinario de fs. 120/126 en el que invoca la existencia de cuestión federal, arbitrariedad y gravedad institucional. El remedio ha sido concedido a fs. 156 y resulta formalmente procedente toda vez que el agravio del recurrente pone en cuestión la inteligencia que cabe atribuir a la cláusula del art. 43 de la Constitución Nacional y la decisión es contraria a la validez del derecho que se fundó en ella y es materia de litigio (art. 14, inc. 3º, de la ley 48). Por lo demás, cabe señalar que el tema planteado tiene repercusión institucional, en la medida en que excede el mero interés de las partes y repercuten en un importante sector de la comunidad por haberse sometido a debate la legitimidad de medidas de alcance general que interesan a actividades cuyo ejercicio no es ajeno al bienestar común (confr. doctrina de Fallos: 247:601 y, entre otras, causa F.1074.XLI "Fecred S.A. c/ Mazzei, Osvaldo Daniel y otro s/ ejecución hipotecaria", sentencia del 6 de mayo de 2008). Es pertinente recordar que, según lo ha sostenido invariablemente en sus pronunciamientos esta Corte, en la tarea de establecer la inteligencia de preceptos constitucionales y de normas federales no se encuentra limitada por las posiciones del tribunal apelado ni por los argumentos de las partes sino que le

incumbe efectuar una declaración sobre el punto disputado, según la interpretación que rectamente les otorgue (*Fallos*: 326:2880; 328:2694; 329:2876 y 3666, entre muchos otros).

6º) Que debe mencionarse que el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal y la Federación Argentina de Colegios de Abogados se presentaron en autos adhiriendo a los planteos del actor (fs. 176/178 y 235/237, respectivamente). A su turno, con arreglo a lo establecido en la acordada 30/2007, el Tribunal llamó a una audiencia pública de carácter informativo, la que tuvo lugar el 2 de julio de 2008 y en la cual las representaciones letradas de cada una de las partes han sido interrogadas sobre diversos aspectos de la controversia, conforme da cuenta el acta y el instrumento incorporados a este expediente.

7º) Que la impugnación del Estado Nacional se dirige exclusivamente a descalificar el efecto *erga omnes* que la cámara atribuyó a su pronunciamiento. Al respecto señala que, sin perjuicio de la indudable dimensión colectiva de los derechos debatidos en el caso, según las prescripciones constitucionales, para conferir tal alcance al fallo era necesaria la participación del Defensor del Pueblo de la Nación en el proceso, circunstancia que no se ha producido. La pretensión fue deducida exclusivamente por un particular.

8º) Que para la dilucidación de este aspecto, según los propios términos en que ha sido formulado el cuestionamiento, es necesario determinar cuál es la naturaleza jurídica del derecho cuya salvaguarda se procuró mediante la acción deducida, quiénes son los sujetos habilitados para articularla, bajo qué condiciones puede resultar admisible y cuáles son los efectos que derivan de la resolución que en definitiva se dicte.

9º) Que en materia de legitimación procesal corresponde, como primer paso, delimitar con precisión tres categorías de derechos: individuales, de incidencia colectiva que tienen

por objeto bienes colectivos, y de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos.

En todos esos supuestos, la comprobación de la existencia de un "caso" es imprescindible (art. 116 de la Constitución Nacional; art. 2 de la ley 27; y Fallos: 310: 2342, considerando 7º; 311:2580, considerando 3º; y 326: 3007, considerandos 7º y 8º, entre muchos otros), ya que no se admite una acción que persiga el control de la mera legalidad de una disposición. Sin embargo es preciso señalar que el "caso" tiene una configuración típica diferente en cada uno de ellos, siendo esto esencial para decidir sobre la procedencia formal de pretensiones, como se verá en los considerandos siguientes. También es relevante determinar si la controversia en cada uno de esos supuestos se refiere a una afectación actual o se trata de la amenaza de una lesión futura causalmente previsible.

10) Que la regla general en materia de legitimación es que los derechos sobre bienes jurídicos individuales son ejercidos por su titular. Ello no cambia por la circunstancia de que existan numerosas personas involucradas, toda vez que se trata de obligaciones con pluralidad de sujetos activos o pasivos, o supuestos en los que aparece un litisconsorcio activo o pasivo derivado de la pluralidad de sujetos acreedores o deudores, o bien una representación plural. En estos casos, no hay variación en cuanto a la existencia de un derecho subjetivo sobre un bien individualmente disponible por su titular, quien debe, indispensablemente, probar una lesión a ese derecho para que se configure una cuestión justiciable.

A esta categoría de derechos se refiere el primer párrafo del artículo 43 de la Constitución Nacional en que encuentra cabida la tradicional acción de amparo, instituida por vía pretoriana por esta Corte en los conocidos precedentes "*Siri*" y "*Kot*" (Fallos: 239:459 y 241:291, respectivamente) y consagrada más tarde legislativamente. Esta acción está destinada a obtener la protección de derechos divisibles, no homogéneos y se

caracteriza por la búsqueda de la reparación de un daño esencialmente individual y propio de cada uno de los afectados.

11) Que los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos (art. 43 de la Constitución Nacional) son ejercidos por el Defensor del Pueblo de la Nación, las asociaciones que concentran el interés colectivo y el afectado.

En estos supuestos existen dos elementos de calificación que resultan prevalentes.

En primer lugar, la petición debe tener por objeto la tutela de un bien colectivo, lo que ocurre cuando éste pertenece a toda la comunidad, siendo indivisible y no admitiendo exclusión alguna. Por esta razón sólo se concede una legitimación extraordinaria para reforzar su protección, pero en ningún caso existe un derecho de apropiación individual sobre el bien ya que no se hallan en juego derechos subjetivos. No se trata solamente de la existencia de pluralidad de sujetos, sino de un bien que, como el ambiente, es de naturaleza colectiva. Es necesario precisar que estos bienes no tienen por titulares a una pluralidad indeterminada de personas, ya que ello implicaría que si se determinara el sujeto en el proceso éste sería el titular, lo cual no es admisible. Tampoco hay una comunidad en sentido técnico, ya que ello importaría la posibilidad de peticionar la extinción del régimen de cotitularidad. Estos bienes no pertenecen a la esfera individual sino social y no son divisibles en modo alguno.

En segundo lugar, la pretensión debe ser focalizada en la incidencia colectiva del derecho. Ello es así porque la lesión a este tipo de bienes puede tener una repercusión sobre el patrimonio individual, como sucede en el caso del daño ambiental, pero esta última acción corresponde a su titular y resulta concurrente con la primera.

De tal manera, cuando se ejercita en forma individual una pretensión procesal para la prevención o reparación del

perjuicio causado a un bien colectivo, se obtiene una decisión cuyos efectos repercuten sobre el objeto de la causa *petendi*, pero no hay beneficio directo para el individuo que ostenta la legitimación.

En este tipo de supuestos, la prueba de la causa o controversia se halla relacionada con una lesión a derechos sobre el bien colectivo y no sobre el patrimonio del peticionario o de quienes éste representa.

Puede afirmarse, pues, que la tutela de los derechos de incidencia colectiva sobre bienes colectivos corresponde al Defensor del Pueblo, a las asociaciones y a los afectados, y que ella debe ser diferenciada de la protección de los bienes individuales, sean patrimoniales o no, para los cuales hay una esfera de disponibilidad en cabeza de su titular.

12) Que la Constitución Nacional admite en el segundo párrafo del art. 43 una tercera categoría conformada por derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. Tal sería el caso de los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, de los derechos de los usuarios y consumidores como de los derechos de sujetos discriminados.

En estos casos no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo, hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea. Ese dato tiene relevancia jurídica porque en tales casos la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre. Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño.

Sin embargo, no hay en nuestro derecho una ley que reglamente el ejercicio efectivo de las denominadas acciones de

clase en el ámbito específico que es objeto de esta litis. Este aspecto resulta de gran importancia porque debe existir una ley que determine cuándo se da una pluralidad relevante de individuos que permita ejercer dichas acciones, cómo se define la clase homogénea, si la legitimación corresponde exclusivamente a un integrante de la clase o también a organismos públicos o asociaciones, cómo tramitan estos procesos, cuáles son los efectos expansivos de la sentencia a dictar y cómo se hacen efectivos.

Frente a esa falta de regulación —la que, por lo demás, constituye una mora que el legislador debe solucionar cuanto antes sea posible, para facilitar el acceso a la justicia que la Ley Suprema ha instituido—, cabe señalar que la referida disposición constitucional es claramente operativa y es obligación de los jueces darle eficacia, cuando se aporta nítida evidencia sobre la afectación de un derecho fundamental y del acceso a la justicia de su titular. Esta Corte ha dicho que donde hay un derecho hay un remedio legal para hacerlo valer toda vez que sea desconocido; principio del que ha nacido la acción de amparo, pues las garantías constitucionales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar en la Constitución e independientemente de sus leyes reglamentarias, cuyas limitaciones no pueden constituir obstáculo para la vigencia efectiva de dichas garantías (Fallos: 239:459; 241:291 y 315:1492).

La eficacia de las garantías sustantivas y procesales debe ser armonizada con el ejercicio individual de los derechos que la Constitución también protege como derivación de la tutela de la propiedad, del contrato, de la libertad de comercio, del derecho de trabajar, y la esfera privada, todos derechos de ejercicio privado. Por otro lado, también debe existir una interpretación armónica con el derecho a la defensa en juicio, de modo de evitar que alguien sea perjudicado por una sentencia dictada en un proceso en el que no ha participado (doctrina de

Fallos: 211:1056 y 215:357).

En la búsqueda de la efectividad no cabe recurrir a criterios excesivamente indeterminados alejados de la prudencia que dicho balance exige.

13) Que la procedencia de este tipo de acciones requiere la verificación de una causa fáctica común, una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho y la constatación de que el ejercicio individual no aparece plenamente justificado. Sin perjuicio de lo cual, también procederá cuando, pese a tratarse de derechos individuales, exista un fuerte interés estatal en su protección, sea por su trascendencia social o en virtud de las particulares características de los sectores afectados.

El primer elemento es la existencia de un hecho único o complejo que causa una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales.

El segundo elemento consiste en que la pretensión debe estar concentrada en los efectos comunes y no en lo que cada individuo puede peticionar, como ocurre en los casos en que hay hechos que dañan a dos o más personas y que pueden motivar acciones de la primera categoría. De tal manera, la existencia de causa o controversia, en estos supuestos, no se relaciona con el daño diferenciado que cada sujeto sufra en su esfera, sino con los elementos homogéneos que tiene esa pluralidad de sujetos al estar afectados por un mismo hecho.

Como tercer elemento es exigible que el interés individual considerado aisladamente, no justifique la promoción de una demanda, con lo cual podría verse afectado el acceso a la justicia. Sin perjuicio de ello, como se anticipó, la acción resultará de todos modos procedente en aquellos supuestos en los que cobran preeminencia otros aspectos referidos a materias tales como el ambiente, el consumo o la salud o afectan a grupos que tradicionalmente han sido postergados, o en su caso, débilmente protegidos. En esas circunstancias, la naturaleza de

esos derechos excede el interés de cada parte, y al mismo tiempo, pone en evidencia la presencia de un fuerte interés estatal para su protección, entendido como el de la sociedad en su conjunto. En tal sentido, los artículos 41, 42 y 43, párrafo segundo, de la Constitución Nacional brindan una pauta en la línea expuesta.

14) Que la pretensión deducida por el abogado Ernesto Halabi puede ser calificada como un supuesto de ejercicio de derechos de incidencia colectiva referentes a los intereses individuales homogéneos definidos en los considerandos 12 y 13 de este pronunciamiento.

En efecto, el pretensor interpuso acción de amparo en virtud de considerar que las disposiciones de la ley 25.873 y de su decreto reglamentario 1563/04 vulneran los derechos establecidos en los artículos 18 y 19 de la Carta Constitucional en la medida en que autorizan la intervención de las comunicaciones telefónicas y por Internet sin determinar "en qué casos y con qué justificativos" esa intromisión puede llevarse a cabo. La referida intervención importa una violación de sus derechos a la privacidad y a la intimidad, y además pone en serio riesgo el "secreto profesional" que como letrado se ve obligado a guardar y garantizar (arts. 6º inc. f, 7º, inc. c y 21, inc. j, de la ley 23.187). Su pretensión no se circscribe a procurar una tutela para sus propios intereses sino que, por la índole de los derechos en juego, es representativa de los intereses de todos los usuarios de los servicios de telecomunicaciones como también de todos los abogados.

Como se anticipó en el considerando 7º, corresponde resolver el alcance del pronunciamiento. Al respecto, este Tribunal considera cumplidos los recaudos que, para las acciones colectivas, se delinean en esta sentencia.

En efecto, existe un hecho único —la normativa en cuestión— que causa una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales.

La pretensión está concentrada en los efectos comunes para toda la clase de sujetos afectados, con lo que se cumple el segundo requisito expuesto en el considerando anterior. La simple lectura de la ley 25.837 y de su decreto reglamentario revela que sus preceptos alcanzan por igual y sin excepciones a todo el colectivo que en esta causa representa el abogado Halabi.

Finalmente, hay una clara afectación del acceso a la justicia, porque no se justifica que cada uno de los posibles afectados de la clase de sujetos involucrados promueva una demanda peticionando la inconstitucionalidad de la norma, con lo que se cumple el tercero de los elementos señalados en el considerando anterior.

Por lo demás, esta Corte estima que, dado que es la primera oportunidad en la que se delinean los caracteres de la acción colectiva que tiene por objeto la protección de derechos individuales homogéneos y que no existe una reglamentación al respecto, cabe ser menos riguroso a la hora de evaluar el resto de los recaudos que habrá que exigir en lo sucesivo en los procesos de esta naturaleza. En estas condiciones, se considera que ha existido una adecuada representación de todas las personas, usuarios de los servicios de telecomunicaciones —dentro de los que se encuentran los abogados— a las que se extenderán los efectos de la sentencia.

Para arribar a esta conclusión se tiene en cuenta la publicidad que se le dio a la audiencia celebrada ante esta Corte, como también la circunstancia de que la declaración de inconstitucionalidad de la ley 25.873 se encuentra firme y que el decreto reglamentario 1563/04 ha sido suspendido en su vigencia. Asimismo, se consideran las presentaciones que, en apoyo de la pretensión del demandante, han realizado como Amigos del Tribunal, la Federación Argentina de Colegios de Abogados y el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal que comparecían para evitar "las nefastas consecuencias que para todos

los habitantes de nuestro país y en particular para los abogados matriculados en nuestro colegio traería aparejada la subsistencia formal de las normas cuestionadas" (fs. 215/216 y 235/237). Similares consideraciones fueron realizadas en la audiencia celebrada ante el Tribunal por los oradores de esas dos instituciones (fs. 347/357).

15) Que la conclusión mencionada no puede ser objetada so pretexto de que la acción colectiva prefigurada en la referida cláusula constitucional no encuentre, en el plano normativo infraconstitucional, un carril procesal apto para hacerla efectiva. Ese presunto vacío legal no es óbice para que los jueces arbitren las medidas apropiadas y oportunas para una tutela efectiva de los derechos constitucionales que se aducen vulnerados. Ha expresado el Tribunal al respecto que basta la comprobación inmediata de un gravamen para que una garantía constitucional deba ser restablecida por los jueces en su integridad, sin que pueda alegarse en contrario la inexistencia de una ley que la reglamente: las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas por la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias. En apoyo de tal afirmación, esta Corte sostuvo que ya a fines del siglo XIX señalaba Joaquín V. González: "No son, como puede creerse, las 'declaraciones, derechos y garantías', simples fórmulas teóricas: cada uno de los artículos y cláusulas que las contienen poseen fuerza obligatoria para los individuos, para las autoridades y para toda la Nación. Los jueces deben aplicarla en la plenitud de su sentido, sin alterar o debilitar con vagas interpretaciones o ambigüedades la expresa significación de su texto. Porque son la defensa personal, el patrimonio inalterable que hace de cada hombre, ciudadano o no, un ser libre e independiente dentro de la Nación Argentina" ("Manual de la Constitución argentina", en "Obras completas", vol. 3, Buenos Aires, 1935, núm. 82; confr., además, núms. 89 y 90). Los preceptos constitucionales tanto como la experiencia

institucional del país reclaman de consumo el goce y ejercicio pleno de las garantías individuales para la efectiva vigencia del Estado de derecho e imponen a los jueces el deber de asegurarlas (confr. causa "*Siri*", Fallos: 239:459).

16) Que es innegable, entonces, que una inteligencia dinámica del texto constitucional, superadora de una concepción pétreas de sus directivas, conlleva la posibilidad de encontrar en él los remedios adecuados para cada una de las circunstancias que está llamado a regir. En ese sentido ha observado también el Tribunal que la Constitución, que es la ley de las leyes y se halla en el cimiento de todo el orden jurídico positivo, tiene la virtualidad necesaria de poder gobernar las relaciones jurídicas nacidas en circunstancias sociales diferentes a las que existían en tiempo de su sanción. Este avance de los principios constitucionales, que es de natural desarrollo y no de contradicción, es la obra genuina de los intérpretes, en particular de los jueces, quienes deben consagrarse la inteligencia que mejor asegure los grandes objetivos para que fue dictada la Constitución. Entre esos grandes objetivos y aun el primero entre todos, está el de "asegurar los beneficios de la libertad, para nosotros, para nuestra posteridad y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino" (Preámbulo). De ahí que la Constitución esté dirigida irrevocablemente a asegurar a todos los habitantes "los beneficios de la libertad" y este propósito, que se halla en la raíz de nuestra vida como Nación, se debilita o se corrompe cuando se introducen distinciones que, directa o indirectamente, se traducen en obstáculos o postergaciones para la efectiva plenitud de los derechos (confr. causa "*Kot*", Fallos: 241:291).

17) Que ante la imperiosa necesidad de dar una respuesta jurisdiccional que esté a la altura de la evolución de las instituciones y a las exigencias actuales de la sociedad, no puede pasar desapercibida a los magistrados la experiencia recogida en otros sistemas jurídicos. Al respecto, en lo que

aquí interesa, resulta ilustrativo traer a colación que en los Estados Unidos de Norteamérica, a partir de las directivas del *Bill of peace* del siglo XVII, mediante la labor jurisprudencial, se ha delineado la institución de las *class actions* cuya definición conceptual quedó plasmada en las *Federal Rules of Civil Procedure* de 1938 y que ha experimentado una evolución posterior mediante numerosas decisiones judiciales hasta obtener contornos más precisos en las *Federal Rules* de 1966. La Regla 23 (*Equity Rule 23*) de ese ordenamiento determinó que uno o más miembros de una clase puede demandar o ser demandado como parte en representación de todos cuando: 1) la clase es tan numerosa que la actuación de todos es impracticable, 2) existen cuestiones de hecho y de derecho comunes a la clase, 3) las demandas o defensas de las partes representantes son típicas de las demandas o defensas de la clase, y 4) las partes representantes protegerán los intereses de la clase justa y adecuadamente. El juez debe admitir la pretensión deducida por parte de un representante de la clase, efectuando un adecuado control de su representatividad y de la existencia de una comunidad de intereses. La decisión que se adopta tiene efectos *erga omnes*.

En el contexto de la citada disposición es posible distinguir tres tipos de acciones: la primera diseñada para los supuestos en que el ejercicio individual de las pretensiones mediante procesos individuales resulte perjudicial para el enjuiciado o para los miembros del colectivo por crear el riesgo de sentencias contradictorias o disímiles respecto de los sujetos individuales, que impongan comportamientos incompatibles a la parte opuesta del grupo o que, en la práctica, sean dispositivas de los intereses de otros miembros no partes, o que sustancialmente menoscaben o eliminen la posibilidad de proteger sus intereses. El segundo tipo es aquél concerniente a los supuestos en que la contraparte del grupo ha evidenciado una conducta positiva u omisiva por motivos vinculados a aquél, lo que torna apropiado una resolución condenatoria o declarativa que

involucre a todo el conjunto. El tipo restante se presenta cuando el juez otorga primacía a los puntos fácticos o jurídicos comunes a los integrantes del grupo por sobre cualquier cuestión que afecte sólo a sus miembros individuales, de manera tal que la acción del colectivo es siempre superior a la acción individual.

18) Que cabe hacer presente, asimismo, la regulación vigente en España que, aunque circunscripta al ámbito de los consumidores y de los usuarios, presenta una singular solución para los problemas que generan la participación, la legitimación procesal y los alcances de las decisiones en las demandas de contenido colectivo. En efecto, la Ley de Enjuiciamiento Civil española (nº 1 del 7 de enero de 2000; BOE núm. 7, del 8 de enero de 2000, pág. 575-728, corrección de errores BOE núm. 90, del 14 de abril de 2000, pág. 15278 y BOE núm. 180, del 28 de julio de 2001, pág. 27746) reconoce la calidad de parte procesal ante los tribunales civiles a los "grupos de consumidores o usuarios afectados por un hecho dañoso cuando los individuos que lo compongan estén determinados o sean fácilmente determinables". El grupo podrá demandar en juicio cuando se constituya con la mayoría de los afectados (art. 6º, inc. 7º). En esas condiciones, la norma otorga legitimación para la tutela de los intereses colectivos no sólo a las asociaciones de consumidores y usuarios y a las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de éstos sino, además, a los propios grupos de afectados (art. 11, inc. 2).

En referencia también a los derechos e intereses de los consumidores, el ordenamiento legal de Brasil prevé una acción civil colectiva de responsabilidad por daños individualmente sufridos cuya articulación puede ser ejercida en juicio en forma individual o a título colectivo. La normativa autoriza la defensa colectiva para los supuestos de intereses o derechos difusos transindividuales de naturaleza indivisible de que sean titulares personas indeterminadas y relacionadas por circuns-

tancias reales; los intereses o derechos colectivos transindividuales de naturaleza indivisible de que sea titular un grupo, categoría o clase de personas relacionadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base; y los intereses o derechos individuales homogéneos, por los que se entienden los resultantes de origen común (arts. 81, 91 y ss. del Código de Defensa del Consumidor, ley 8078, del 11 de septiembre de 1990).

19) Que en lo referente al derecho argentino, esta Corte ha advertido en otras ocasiones que el propio texto constitucional autoriza el ejercicio de las acciones apropiadas para la defensa de intereses colectivos con prescindencia de las figuras expresamente diseñadas en él o en las normas procesales vigentes. Es oportuno recordar, en ese sentido que, al interpretar el ya tantas veces mencionado art. 43 de la Constitución Nacional, el Tribunal admitió que la protección judicial efectiva no se reduce únicamente al amparo *strictu sensu* sino que es susceptible de extenderse a otro tipo de remedios procesales de carácter general como —en esa ocasión— el *hábeas corpus* colectivo, pues es lógico suponer que si se reconoce la tutela colectiva de los derechos citados en el párrafo segundo, con igual o mayor razón la Constitución otorga las mismas herramientas a un bien jurídico de valor prioritario y del que se ocupa en especial, no precisamente para reducir o acotar su tutela sino para privilegiarla (Fallos: 328:1146, considerandos 15 y 16). Por lo tanto, frente a una situación como la planteada en el sub examine, dada la naturaleza de los derechos en juego, la calidad de los sujetos integrantes del colectivo y conforme a lo sostenido reiteradamente por esta Corte en materia de interpretación jurídica, en el sentido de que, además de la letra de la norma, debe tenerse en cuenta la finalidad perseguida y la dinámica de la realidad, es perfectamente aceptable dentro del esquema de nuestro ordenamiento que un afectado, el Defensor del Pueblo o determinadas asociaciones deduzcan, en los términos del ya citado segundo párrafo del artículo 43, una

acción colectiva con análogas características y efectos a la existente en el derecho norteamericano (confr. fallo referido, considerando 17 y sus citas).

20) Que no obstante ello, ante la ya advertida ausencia de pautas adjetivas mínimas que regulen la materia, se torna indispensable formular algunas precisiones, con el objeto de que ante la utilización que en lo sucesivo se haga de la figura de la "acción colectiva" que se ha delineado en el presente fallo se resguarde el derecho de la defensa en juicio, de modo de evitar que alguien pueda verse afectado por una sentencia dictada en un proceso en el que no ha tenido la posibilidad efectiva de participar. Es por ello que esta Corte entiende que la admisión formal de toda acción colectiva requiere la verificación de ciertos recaudos elementales que hacen a su viabilidad tales como la precisa identificación del grupo o colectivo afectado, la idoneidad de quien pretenda asumir su representación y la existencia de un planteo que involucre, por sobre los aspectos individuales, cuestiones de hecho y de derecho que sean comunes y homogéneas a todo el colectivo. Es esencial, asimismo, que se arbitre en cada caso un procedimiento apto para garantizar la adecuada notificación de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio, de manera de asegurarles tanto la alternativa de optar por quedar fuera del pleito como la de comparecer en él como parte o contraparte. Es menester, por lo demás, que se implementen adecuadas medidas de publicidad orientadas a evitar la multiplicación o superposición de procesos colectivos con un mismo objeto a fin de aventar el peligro de que se dicten sentencias disímiles o contradictorias sobre idénticos puntos.

21) Que a esta altura de la exposición se impone recordar que el apelante centró sus agravios en el aspecto de la sentencia mediante el cual la cámara procuró reforzar la virtualidad de su decisión atribuyéndole carácter *erga omnes*. En razón de ello, para dar una respuesta definitoria a la impugna-

ción articulada es conveniente remarcar, como conclusión de lo que se lleva dicho, que el fundamento de esa amplitud de los efectos de la decisión no se halla sólo en la búsqueda, por parte del juzgador, de arbitrios tendientes a superar el escollo derivado de la arraigada concepción individualista en materia de legitimación. El verdadero sustento de la proyección superadora de la regla *inter partes*, determinante de la admisibilidad de la legitimación grupal, es inherente a la propia naturaleza de la acción colectiva en virtud de la trascendencia de los derechos que por su intermedio se intentan proteger. Tal estándar jurídico, como se ha expresado, reconoce su fuente primaria en el propio texto constitucional y, lejos de ser una construcción novedosa, aparece como una institución ya arraigada en el ordenamiento normativo vigente. En efecto, las regulaciones especiales que instauran instrumentos de carácter colectivo para obtener reivindicaciones en materia de defensa a los usuarios y consumidores y en lo atinente a daño ambiental, prevén expresamente soluciones de la índole referida. Así el art. 54, párrafo segundo, de la ley 24.240 establece que "la sentencia que haga lugar a la pretensión hará cosa juzgada para el demandado y para todos los consumidores o usuarios que se encuentren en similares condiciones, excepto de aquellos que manifiesten su voluntad en contrario previo a la sentencia en los términos y condiciones que el magistrado disponga". De un modo semejante, el art. 33, *in fine*, de la ley 25.675 dispone que "la sentencia hará cosa juzgada y tendrá efecto *erga omnes*, a excepción de que la acción sea rechazada, aunque sea parcialmente, por cuestiones probatorias".

22) Que para concluir y, sin perjuicio de las limitaciones con que ha quedado abierta la jurisdicción de esta Corte según lo indicado en el considerando 7º, es conveniente dar una ligera mirada sobre el tema planteado como cuestión de fondo pues, como se ha expuesto a lo largo de este pronunciamiento, lo referente a la admisibilidad de la acción colectiva, a la

legitimación para interponerla y a la proyección de los efectos de la sentencia que en su cauce se dicte, depende fundamentalmente de la índole del derecho que por ese medio se procura resguardar. La tacha de inconstitucionalidad deducida en la demanda que abrió este proceso recayó sobre la ley 25.873 y su reglamentación. Esa norma legal incorporó a la ley 19.798 —de regulación del servicio de telecomunicaciones— los artículos 45 bis, ter y quáter que, en síntesis, prevén que: a) los prestadores de telecomunicaciones deberán disponer de los recursos humanos y tecnológicos necesarios para la captación y derivación de las comunicaciones que transmiten, para su observación remota a requerimiento del Poder Judicial o el Ministerio Público de conformidad con la legislación vigente; b) los costos deberán ser soportados por los prestadores y el servicio deberá estar disponible en todo momento; c) los prestadores deberán registrar y sistematizar los datos filiatorios y domiciliarios de sus usuarios y clientes y los registros de tráfico de comunicaciones para su consulta sin cargo por parte del Poder Judicial o el Ministerio Público; d) esa información deberá ser conservada por diez años; e) el Estado Nacional asume la responsabilidad por los eventuales daños y perjuicios que pudieran derivar para terceros de la observación y utilización de la información obtenida por el mecanismo previsto. A su turno, el decreto 1563/04 reglamentó la norma legal pero su aplicación fue suspendida más tarde por el decreto 357/05. El tribunal a quo observó al respecto —mediante un señalamiento que ha quedado firme ante la ausencia de agravio— que la suspensión del reglamento no implicó su exclusión del ordenamiento jurídico y, por ende, el precepto resulta susceptible de ocasionar una afectación actual o inminente a los derechos del actor. Tal dispositivo, en lo que interesa, determina que la Dirección de Observaciones Judiciales de la Secretaría de Inteligencia del Estado (SIDE) será el órgano encargado de realizar las interceptaciones y que los prestadores deberán obtener los recursos

para realizarlas y mantenerlas en confidencialidad.

23) Que el fallo recurrido, en el tramo que también ha adquirido carácter inamovible por no haber merecido objeciones del apelante, confirmó por sus fundamentos la decisión dictada en primera instancia con lo cual la declaración de inconstitucionalidad de las normas quedó sustentada, entre otros extremos valorados, en que: a) las previsiones de la ley exhiben vaguedad en sus previsiones de las que no resulta claro en qué medida pueden las prestatarias captar el contenido de las comunicaciones sin la debida autorización judicial, y b) tal como está redactada la norma, existe el riesgo de que los datos sean utilizados para fines distintos que aquéllos en ella previstos.

En relación con los aspectos reseñados resulta oportuno señalar que las comunicaciones a las que se refiere la ley 25.873 y todo lo que los individuos transmiten por las vías pertinentes integran la esfera de intimidad personal y se encuentran alcanzadas por las previsiones de los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional. El derecho a la intimidad y la garantía consecuente contra su lesión actúa contra toda "injerencia" o "intromisión" "arbitraria" o "abusiva" en la "vida privada" de los afectados (conf. art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y art. 11, inc. 2º, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —tratados, ambos, con jerarquía constitucional en los términos del art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional— y art. 1071 bis del Código Civil).

24) Que, en sentido coincidente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene dicho que el poder del Estado para garantizar la seguridad y mantener el orden público no es ilimitado, sino que "su actuación está condicionada por el respeto de los derechos fundamentales de los individuos que se encuentren bajo su jurisdicción y a la observación de los procedimientos conforme a Derecho (...) con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos en la misma" (Corte Interamericana de Derechos Humanos. Serie C, n° 100, caso "Bu-

lacio v. Argentina", sentencia del 18 de septiembre de 2003, ptos. 124 y 125; ver Fallos: 330:3801).

Acerca de estas situaciones este Tribunal ha subrayado que sólo la ley puede justificar la intromisión en la vida privada de una persona, siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen (Fallos: 306:1892; 316:703, entre otros). Es en este marco constitucional que debe comprenderse, en el orden del proceso penal federal, la utilización del registro de comunicaciones telefónicas a los fines de la investigación penal que requiere ser emitida por un juez competente mediante auto fundado (confr. art. 236, segunda parte, del Código Procesal Penal de la Nación, según el texto establecido por la ley 25.760), de manera que el común de los habitantes está sometido a restricciones en esta esfera semejantes a las que existen respecto a la intervención sobre el contenido de las comunicaciones escritas o telefónicas. Esta norma concuerda con el artículo 18 de la ley 19.798 que establece que "la correspondencia de telecomunicaciones es inviolable. Su interceptación sólo procederá a requerimiento de juez competente".

En idéntico sentido, el Tribunal Constitucional de España, mediante su sentencia del 5 de abril de 1999 (STC 49/1999), con cita del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), ha sostenido que "si el secreto pudiera alzarse sobre la base de meras hipótesis subjetivas, el derecho al secreto de las comunicaciones (...) quedaría materialmente vacío de contenido". Así, el TEDH acepta como garantía adecuada frente a los abusos que la injerencia sólo pueda producirse allí donde "existan datos fácticos o indicios que permitan suponer que alguien intenta cometer, está cometiendo o ha cometido una infracción grave" —Caso K., núm. 51— o donde existan "buenas razones" o "fuertes presunciones" de que las infracciones están a punto de cometerse (TEDH S 15 jun. 1992, caso L, núm. 38).

25) Que la libertad, en cada una de sus fases, tiene su historia y su connotación (Fallos: 199:483); de ahí que las consideraciones en particular sobre el tema en discusión deban mantener un muy especial apego a las circunstancias del caso. El Tribunal tiene dicho que los motivos que determinan el examen de la correspondencia en el caso de un delincuente, pueden diferir de los referentes a un quebrado, a un vinculado al comercio, a un sujeto de obligaciones tributarias, etc.; por ello ha interpretado que el art. 18 de la Constitución no exige que la respectiva ley reglamentaria deba ser "única y general" (Fallos: 171:348; 318:1894, entre otros).

Cabe recordar que en el precedente de Fallos: 318:1894 (en el voto de los jueces Fayt, Petracchi y Boggiano) se afirmó que, para restringir válidamente la inviolabilidad de la correspondencia, supuesto que cabe evidentemente extender al presente, se requiere: a) que haya sido dictada una ley que determine los "casos" y los "justificativos" en que podrá procederse a tomar conocimiento del contenido de dicha correspondencia; b) que la ley esté fundada en la existencia de un sustancial o importante objetivo del Estado, desvinculado de la supresión de la inviolabilidad de la correspondencia epistolar y de la libertad de expresión; c) que la aludida restricción resulte un medio compatible con el fin legítimo propuesto y d) que dicho medio no sea más extenso que lo indispensable para el aludido logro. A su vez, fines y medios deberán sopesarse con arreglo a la interferencia que pudiesen producir en otros intereses concurrentes.

26) Que lo resuelto en el sub lite por los jueces de la causa se ajusta a los requisitos que conforman el estándar enunciado y que imponen la aplicación de criterios de interpretación restrictivos en el examen de las intercepciones de las comunicaciones personales. Tal como ha sido apreciado por los magistrados de los tribunales intervenientes en las instancias anteriores, es evidente que lo que las normas cuestionadas han

establecido no es otra cosa que una restricción que afecta una de las facetas del ámbito de la autonomía individual que constituye el derecho a la intimidad, por cuanto sus previsiones no distinguen ni precisan de modo suficiente las oportunidades ni las situaciones en las que operarán las interceptaciones, toda vez que no especifican el tratamiento del tráfico de información de Internet en cuyo contexto es indiscutible que los datos de navegación anudan a los contenidos. Se añade, a ello, la circunstancia de que las normas tampoco prevén un sistema específico para la protección de las comunicaciones en relación con la acumulación y tratamiento automatizado de los datos personales. En suma, como atinadamente ha sido juzgado en autos, resulta inadmisible que las restricciones autorizadas por la ley estén desprovistas del imprescindible grado de determinación que excluya la posibilidad de que su ejecución concreta por agentes de la Administración quede en manos de la más libre discreción de estos últimos, afirmación que adquiere primordial relevancia si se advierte que desde 1992 es la Dirección de Observaciones Judiciales de la SIDE, que actúa bajo la órbita del poder político, la que debe cumplir con los requerimientos que formule el Poder Judicial en orden a la interceptación de comunicaciones telefónicas u otros medios de transmisión que se efectúen por esos circuitos. Ello es así por cuanto, en el marco de la transferencia de la prestación del servicio de telecomunicaciones de la ex Empresa Nacional de Telecomunicaciones a licenciatarias privadas, el decreto 1801/1992 dispuso que la Dirección de Observaciones Judiciales de aquella empresa estatal pasara a depender de la SIDE, a los fines de cumplir con dichos requerimientos de los jueces.

27) Que, por lo demás, no cabe perder de vista que ha sido el propio legislador quien, al establecer en el artículo 3º de la ley 25.873 la responsabilidad estatal por los daños y perjuicios que pudieran derivar para terceros de la observación y utilización de la información obtenida, ha reconocido que el

sistema de captación, derivación y registro de comunicaciones que implementó podría no respetar las garantías mínimas exigibles para tan drástica injerencia en la esfera íntima de los particulares.

28) Que, cabe aclarar, que la Dra. Highton de Nolasco deja a salvo su opinión respecto a la legitimación del Defensor del Pueblo de la Nación para la defensa de intereses individuales homogéneos puramente patrimoniales (conf. D.2080.XXXVII "Defensor del Pueblo de la Nación c/ E.N. - PEN- dtos. 1570/01 y 1606/01 s/ amparo ley 16.986", sentencia del 26 de junio de 2007).

En las condiciones expuestas y por los fundamentos que anteceden, corresponde confirmar la sentencia apelada en cuanto ha sido materia de recurso.

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal, se declara procedente el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada. Con costas. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.
RICARDO LUIS LORENZETTI - ELENA I. HIGHTON de NOLASCO - CARLOS S. FAYT (en disidencia parcial)- ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI (en disidencia parcial)- JUAN CARLOS MAQUEDA - E. RAUL ZAFFARONI - CARMEN M. ARGIBAY (en disidencia parcial).

ES COPIA

DISI-/-

-//DENCIA PARCIAL DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI Y DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

1º) Que la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal confirmó el pronunciamiento de primera instancia que había hecho lugar a la acción de amparo entablada por Ernesto Halabi y declaró la inconstitucionalidad de la ley 25.873 (arts. 1º y 2º) y del decreto 1563/04.

2º) Que el a quo declaró desierto el recurso de apelación interpuesto por el Estado Nacional por considerar que el memorial del recurrente no cumplía con los recaudos exigidos por la ley procesal, en razón de que el Estado se limitó a reiterar planteos anteriores que habían sido pormenorizadamente rechazados por la jueza interveniente. No obstante ello, entendió que la trascendencia de la cuestión debatida justificaba el tratamiento de los argumentos invocados en favor de la legitimidad de la normativa impugnada.

3º) Que, en este orden de ideas, luego de examinar las condiciones de admisibilidad de la vía del amparo, convalidó los fundamentos de la instancia anterior relativos a la inadmisibilidad constitucional de las injerencias en las comunicaciones previstas por dicha normativa. Entre otros aspectos, puso de relevancia la ausencia de un debate legislativo suficiente en una materia tan sensible, la necesidad de que una norma de tales características sea motivada y fundada, la peligrosa vaguedad de muchas de sus previsiones, la dificultad para separar los "datos de tráfico" del contenido mismo de la comunicación y el riesgo cierto de que los datos registrados sean indebidamente utilizados. Con relación al argumento del Estado relativo a que las normas en cuestión se dirigen a atender al interés de la comunidad en su totalidad, y que, por ello, deben prevalecer sobre los intereses meramente individuales o secto-

riales, la cámara destacó la significación que adquiere la protección del ámbito de privacidad en el marco de los estados de derecho. Dicho ámbito de privacidad —señaló— sólo puede ser invadido por el Estado "sobre la base de ponderadísimos juicios que sean capaces de demostrar que las restricciones conciernen a la subsistencia de la propia sociedad" (fs. 113 vta.), y la sola invocación de la finalidad de "combatir el delito" no basta para "convertir a todos los habitantes de la Nación en rehenes de un sistema inquisitivo en el que todas sus telecomunicaciones pueden ser captadas para su eventual observación remota" (fs. 114).

4º) Que, por último, con relación al alcance de la sentencia, el a quo explicitó las razones por las cuales el fallo debe aprovechar a todos los usuarios que no han participado en el juicio, en razón de que el carácter colectivo de la controversia tiene como consecuencia lógica necesaria que el control de constitucionalidad ejercido tendrá "alcance colectivo para todos los usuarios que se encuentren en la misma condición que el actor" (fs. 115).

5º) Que este último aspecto de la decisión fue el que motivó el recurso extraordinario del Estado Nacional (fs. 120/126), concedido a fs. 156.

En dicha presentación, el recurrente se limita a manifestar su disconformidad con la interpretación de la sentencia en punto a la dimensión colectiva del interés invocado por el amparista, y nada dice en defensa de la constitucionalidad de las normas en debate. Esta cuestión, por lo tanto, ha quedado excluida de la jurisdicción apelada del Tribunal.

6º) Que, de acuerdo con lo argumentado por el Estado Nacional, la cámara realizó una errónea interpretación del art. 43 de la Constitución Nacional, en tanto el carácter colectivo de un derecho no autorizaría al tribunal a dictar una sentencia de alcance general si quien acciona no es el Defensor del Pueblo

ni una asociación protectora de los derechos de los usuarios y consumidores. Según su punto de vista, el resultado del pleito sólo podría aplicarse al caso del afectado en particular y "bajo ningún punto de vista puede hacerse extensivo a la sociedad toda".

7º) Que si bien es cierto que este Tribunal tiene dicho que sus sentencias producen efectos solamente respecto de quienes han revestido el carácter de partes en el juicio, y no pueden aprovechar ni perjudicar a los terceros que han permanecido ajenos a él (Fallos: 321:1252 y sus citas —considerando 18 del voto del juez Petracchi—), tal aseveración reviste el carácter de principio general. En efecto, cuando la naturaleza de la pretensión invocada impide, fáctica o jurídicamente, restringir el alcance de lo decidido a las partes intervenientes en el juicio, dicha regla debe ceder. De otro modo, la tutela de derechos reclamada no podría hacerse efectiva, y se vulneraría el principio mismo del que ha nacido la acción de amparo (conf. Fallos: 322:3008, esp. considerandos 12 y 13 de la disidencia del juez Petracchi, y sus citas).

8º) Que, en este sentido, resulta incomprensible la pretensión de la recurrente dirigida a que los efectos de lo decidido en la presente causa se limiten al amparista, pues —sostiene— "no existe imposibilidad de excluirlo a él de la aplicación de la normativa sin que ello implique que no se deba aplicar la normativa en general". En efecto, tal afirmación prescinde del carácter indivisible de la materia en discusión. Si bien la "privacidad", desde cierto punto de vista, puede ser vista como un bien propio de cada individuo en particular, no se trata en el caso de un reclamo de protección limitado a un cierto espacio físico o a algún aparato de comunicación en particular. Por el contrario, lo que entra en juego es el derecho a la privacidad en el ámbito de las *telecomunicaciones*. Ello, por definición, presupone la interacción con otros interlocutores, cuya ausencia de protección —por ser ajenos al juicio—

derivaría, necesariamente, en el fracaso de la protección al amparista mismo. Desde este punto de vista, la necesidad de protección invocada no podría ser restringida a la "propia" esfera de privacidad. En consecuencia, al no haber sido invocada por la recurrente razón o argumento alguno acerca de cómo sería posible satisfacer la pretensión del reclamante manteniendo la injerencia a la privacidad de terceros, ajenos al pleito, pero potenciales interlocutores, el recurso extraordinario presenta falencias en su fundamentación de entidad suficiente como para impedir su procedencia.

9º) Que, por lo mismo, frente a la ausencia de argumentos relativos a cómo podrían ser restringidos los efectos de la sentencia al caso particular sin vulnerar la protección de la privacidad pretendida, no se advierte relación directa e inmediata entre lo resuelto en estos actuados y la interpretación restrictiva de los alcances del art. 43 de la Constitución Nacional propuesta por la recurrente (conf., entre muchos otros, Fallos: 329:2060, 4535; 330:4399).

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal, se declara improcedente el recurso extraordinario. Sin costas en atención a la naturaleza de la cuestión debatida. Hágase saber y, oportunamente, devuélvase. ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI - CARMEN M. ARGIBAY.

ES COPIA

DISI-//-

-//DENCIA PARCIAL DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON CARLOS S. FAYT

Considerando:

1º) Que la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal confirmó el pronunciamiento de primera instancia que había hecho lugar a la acción de amparo entablada por Ernesto Halabi y declaró la constitucionalidad de la ley 25.873 (arts. 1º y 2º) y del decreto 1563/04.

2º) Que el a quo declaró desierto el recurso de apelación interpuesto por el Estado Nacional por considerar que el memorial del recurrente no cumplía con los recaudos exigidos por la ley procesal, en razón de que el Estado se limitó a reiterar planteos anteriores que habían sido pormenorizadamente rechazados por la jueza interveniente. No obstante ello, entendió que la trascendencia de la cuestión debatida justificaba el tratamiento de los argumentos invocados a favor de la legitimidad de la normativa impugnada.

3º) Que, en este orden de ideas, luego de examinar las condiciones de admisibilidad de la vía de amparo, convalidó los fundamentos de la instancia anterior relativos a la inadmisibilidad constitucional de las injerencias en las comunicaciones previstas por dicha normativa. Entre otros aspectos, puso de relevancia la ausencia de un debate legislativo suficiente en una materia tan sensible, la necesidad de que una norma de tales características sea motivada y fundada, la peligrosa vaguedad de muchas de sus previsiones, la dificultad para separar los "datos de tráfico" del contenido mismo de la comunicación y el riesgo cierto de que los datos registrados sean indebidamente utilizados. Con relación al argumento del Estado relativo a que las normas en cuestión se dirigen a atender al interés de la comunidad en su totalidad, y que, por ello, deben prevalecer sobre los intereses meramente individuales o sectoriales, la cámara destacó la significación que adquiere la protección del ámbito de privacidad en el marco de los Estados de derecho.

Dicho ámbito de privacidad —señaló— sólo puede ser invadido por el Estado "sobre la base de ponderadísimos juicios que sean capaces de demostrar que las restricciones conciernen a la subsistencia de la propia sociedad" (fs. 113 vta.), y la sola invocación de la finalidad de "combatir el delito" no basta para "convertir a todos los habitantes de la Nación en rehenes de un sistema inquisitivo en el que todas sus telecomunicaciones pueden ser captadas para su eventual observación remota" (fs. 114).

4º) Que, por último, con relación al alcance de la sentencia, el a quo explicitó las razones por las cuales el fallo debía aprovechar a todos los usuarios que no han participado en el juicio, en razón de que el carácter colectivo de la controversia tiene como consecuencia lógica necesaria que el control de constitucionalidad ejercido tenga "alcance colectivo para todos los usuarios que se encuentren en la misma condición que el actor" (fs. 115).

5º) Que este último aspecto de la decisión fue el que motivó el recurso extraordinario del Estado Nacional (fs. 120/126), concedido a fs. 156.

En dicha presentación, el recurrente se limita a manifestar su disconformidad con la interpretación de la sentencia en punto a la dimensión colectiva del interés invocado por el amparista, y nada dice en defensa de la constitucionalidad de las normas en debate. Esta cuestión, por lo tanto, ha quedado excluida de la jurisdicción apelada del Tribunal.

6º) Que, de acuerdo con lo argumentado por la demandada, la cámara realizó una errónea interpretación del art. 43 de la Constitución Nacional, en tanto el carácter colectivo de un derecho no autorizaría al tribunal a dictar una sentencia de alcance general si quien acciona no es el Defensor del Pueblo ni una asociación protectora de los derechos de los usuarios y consumidores. Según su punto de vista, el resultado del pleito sólo podría aplicarse al caso del afectado en particular y "bajo ningún punto de vista puede hacerse extensivo a la sociedad

toda".

7º) Que si bien es cierto que este Tribunal tiene dicho que sus sentencias producen efectos solamente respecto de quienes han revestido el carácter de partes en el juicio y no pueden aprovechar ni perjudicar a los terceros que han permanecido ajenos a él (Fallos: 321:1252 y sus citas —considerando 18 del voto del juez Petracchi—), tal aseveración reviste el carácter de principio general. En efecto, cuando la naturaleza de la pretensión invocada impide, fáctica o jurídicamente, restringir el alcance de lo decidido a las partes intervenientes en el juicio, dicha regla debe ceder. De otro modo, la tutela de derechos reclamada no podría hacerse efectiva y se vulneraría el principio mismo del que ha nacido la acción de amparo (conf. Fallos: 322:3008, esp. considerandos 12 y 13 de la disidencia del juez Petracchi, y sus citas).

8º) Que en este sentido no puede perderse de vista el carácter invocado por el actor para demandar, toda vez que la condición de ciudadano alegada resulta determinante en orden a la delimitación del ámbito de aplicación de la solución a la que se arribó en autos. Ello es así, en la medida en que el actor, en tal carácter, integra el pueblo, en cuanto sustancia del Estado, basamento humano de la sociedad política. Se trata del "pueblo" en los términos del art. 1º de la Constitución Nacional, esto es, "no [...] como formación natural, ni cultural ni espiritual, sino como pueblo del Estado [...]" (Fallos: 312:2110, voto del juez Fayt). No es el pueblo en el Estado, es decir, la población, la masa de habitantes, sino [...] [aquellos] para quienes 'el ser y modo de ser del Estado desembocan constantemente en una decisión de deber ser' y que 'participan, pues, con actividad consciente, en la conservación y formación del Estado' (Heller, Hermann, *Teoría del Estado*, 3^a ed., F.C.E., México, 1955)" (Fallos: 317:711, disidencia del juez Fayt).

Se trata, en definitiva, de la noción de pueblo políticamente integrado a partir de una unidad, ya sea étnica, his-

tórica o cultural. Luego, a ello ha de agregarse la dimensión comunicacional tal como se manifiesta en el contexto actual del nuevo orden mundial, determinado por la revolución tecnológica y la globalización. Ambos aspectos, en cuanto fenómenos transformadores del marco que le era propio a las comunicaciones, son aspectos de los que no puede prescindirse para una adecuada decisión del caso.

En ese contexto, el actor se encuentra inmerso en una realidad social, esto es, en una unidad de naturaleza, y cultura, condicionada más que nunca por la total conexión a la que hacía referencia Hermann Heller (*Teoría del Estado*, 2^a ed., F.C.E., México, 1947, p. 93). Ello es así en el entendimiento de que, en definitiva, esa realidad social no es sino acción social, tanto individual como colectiva, en unidad dialéctica inseparable que, por lo tanto, no puede ser construida partiendo de individualidades insularmente separadas. Por el contrario, en ese marco, el sujeto es el centro de vivencias y actos de la realidad social; ello, no sin comunicación con el exterior sino sólo en su reciprocidad con otros sujetos, "de tal suerte que el yo no puede concebirse sin su correlato [...] en recíproca motivación" (Heller, Hermann, ob. cit., ps. 100 y ss.).

En tales circunstancias, toda acción individual del hombre no produce sino "una conexión y con sentido". Ello es así, en la medida en que un acto en particular, de tal suerte condicionado, no da lugar a un simple agregado de formaciones individuales en relación entre sí, sino que produce un todo coherente y ordenado (Heller, Hermann, ob. cit., p. 103).

Luego, aun cuando de todas las acciones particulares que a diario se ejecutan en incesante repetición sólo percibimos una relación concreta entre dos personas, resulta innegable la recíproca interpenetración en razón de la cual todos esos actos trabajan, aunque inconscientemente, por una unidad ordenada de acción social. De resultas de ello, el individuo no puede ser aislado ni puede ser considerado como una "sustancia", pues

"sólo en intercambio con otros se hace individuo humano" (Heller, Hermann, ob. cit., p. 112 y ss.)

9º) Que, en el caso específico de autos, es evidente que estas circunstancias se ponen de manifiesto de forma indubitable, en la medida en que el contexto de las telecomunicaciones opera como un escenario singular en el que cada individuo del grupo deviene portador de una mediación social que se expande en todas las direcciones. Se produce así, más que nunca en toda la historia, aquel enlace simultáneo por el que, finalmente, cada uno se halla unido con los demás por una conexión, aun cuando ésta no siempre es necesariamente consciente (Heller, Hermann, ob. cit., p. 113).

10) Que, en este sentido, resulta incomprensible la pretensión de la recurrente dirigida a que los efectos de lo decidido en la presente causa se limiten al amparista, pues —sostiene— "no existe ninguna imposibilidad de excluirlo a él de la aplicación de la normativa sin que ello implique que no se deba aplicar la normativa general". En efecto, tal afirmación prescinde del carácter indivisible de la materia en discusión. Si bien la "privacidad", desde cierto punto de vista, puede ser concebida como un bien propio de cada individuo en particular, no se trata en el caso de un reclamo de protección limitado a un cierto espacio físico o a algún aparato de comunicación en particular. Por el contrario, lo que entra en juego es el derecho a la privacidad en el ámbito de las telecomunicaciones. Ello, por definición, presupone la interacción con otros interlocutores, cuya ausencia de protección —por ser ajenos al juicio— derivaría, necesariamente, en el fracaso de la protección al amparista mismo.

Desde este punto de vista, la necesidad de protección invocada no podría ser restringida a la "propia" esfera de privacidad. En consecuencia, al no haber sido invocada por la recurrente razón o argumento alguno acerca de cómo sería posible satisfacer la pretensión del reclamante manteniendo la injeren-

cia a la privacidad de terceros ajenos al pleito, pero potenciales interlocutores, el recurso extraordinario presenta fallencias en su fundamentación de entidad suficiente como para impedir su procedencia.

11) Que, por lo mismo, frente a la ausencia de argumentos relativos a cómo podrían ser restringidos los efectos de la sentencia al caso particular sin vulnerar la protección de la privacidad pretendida, no se advierte relación directa e inmediata entre lo resuelto en estos actuados y la interpretación restrictiva de los alcances del art. 43 de la Constitución Nacional, propuesta por la recurrente (conf., entre muchos otros, Fallos: 329:2060, 4535, 330:4399).

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal, se declara improcedente el recurso extraordinario. Sin costas en atención a la naturaleza de la cuestión debatida. Hágase saber, y oportunamente, devuélvase. CARLOS S. FAYT.

ES COPIA

Recurso extraordinario interpuesto por **el Estado Nacional**, representado por la Dra. **Mariana Tamara Saulquin**.

Traslado contestado por **el Dr. Ernesto Halabi** (por derecho propio).

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

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 10**.



Escuela del Cuerpo de
Abogados del Estado



Procuración del Tesoro
Argentina