



Control de convencionalidad

¿PUEDE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS DEJAR SIN EFECTO FALLOS DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES?

Juan Carlos Hitters

SUMARIO: I. Antecedentes.— II. Contenido del Fallo de la Corte Suprema Nacional del 14 de febrero de 2017 (Caso “...Ministerio de Relaciones y Culto...”).— III. Casos en los que la Corte IDH ha mandado a “dejar sin efecto” fallos locales.— IV. Es posible dejar sin efecto fallos domésticos.— V. Réplica.— VI. Consecuencias jurídicas de la falta de anulación.— VII. La controvertida interpretación del Tribunal Supremo nacional.— VIII. Imposibilidad de incumplir un fallo de la Corte IDH. El caso “Radilla Pacheco”.— IX. Conclusiones.

➔ El fallo “Ministerio de Relaciones y Culto” ha significado para el sistema interamericano un retroceso, pues al limitar el poder rectificatorio de la Corte IDH, queda minimizada la tutela que surge de los tratados internacionales a los que el país se ha adherido. Ello así, habida cuenta de que, al desconocer la competencia de ese cuerpo jurisdiccional de la región, se ha vuelto de alguna manera al dualismo y además se ha afectado el principio de *no regresividad*.

do que si bien las sentencias de éste son obligatorias, dicho organismo no puede “casar” o “dejar sin efecto” decisiones judiciales locales.

Desanudar esta madeja es trascendente, porque se discuten en definitiva las potestades de estos órganos; y en tal cuestión no se puede albergar hesitación alguna, porque hace a la *distribución de competencia* de ambos tribunales uno nacional y otro supranacional; y además implica resolver si para cumplir con los fallos interamericanos es necesaria una especie de ‘contralor previo’ por parte de los más altos cuerpos jurisdiccionales domésticos.

I.2. El caso “Fontevecchia”

I.2.1. Sentencia de fondo y reparaciones (1)

Conviene aclarar previamente y de modo sintético, para luego desarrollar con mayor profundidad esta difícil cuestión, que la Corte Suprema de la Nación Argentina (CSJN), el 14 de febrero de 2017 (2) ha sostenido enfáticamente —por mayoría de fundamentos— *que ella no puede ser obligada a acatar el fallo supranacional de “dejar sin efecto” un pronunciamiento doméstico (3)*.

Será importante poner de relieve que los Tribunales argentinos habían condenado a la Editorial Perfil y a los Directivos Jorge Fontevecchia y Héctor D’Amico, en el año 2001 haciendo lugar al pedimento del entonces Presidente de la Nación, Dr. Carlos Saúl Menem, por la infracción a su *derecho a la intimidad* con motivo de la publicación de dos artículos en el año 1995 en la *Revista Noticias*; ambos se referían a un presunto hijo no reconocido del primer mandatario, así como a la relación de este último con su madre.

Luego la Corte IDH puso énfasis en sostener que *no hubo una injerencia arbitraria*

en el derecho a la vida privada del Presidente, funcionario público electivo del más alto grado del país. Ello así, pues las publicaciones de marras constituyeron un ejercicio legítimo del derecho a la libre expresión, habida cuenta que se trataba de: 1) *asuntos de interés público* y 2) *el presunto afectado no había contribuido a resguardar la noticia cuya difusión a posteriori objetó*.

Entendió entonces que al condenar a la Revista y a los Sres. Fontevecchia y D’Amico se cometió el error al excluir de toda ponderación, en el caso concreto, los aspectos de *interés público de la información*.

Aquí queda en claro que la Corte IDH le imputó a la jurisdicción doméstica un déficit, al “no valorar tal cuestión esencial”.

I.2.2. Primera Supervisión (4)

Como es sabido el Tribunal regional tiene la competencia de Supervisar el Cumplimiento (5) de sus fallos (6).

Por ello el 19 de septiembre de 2015 ante la falta de acatamiento de alguna de las mandas impuestas en el proveimiento interamericano de 2011 (7) sostuvo éste que pasados dos años y ocho meses del pronunciamiento pristino, la Argentina no había informado respecto de implementación del acatamiento de la aludida sentencia ni presentó escrito alguno (8), lo que implica un incumplimiento de la obligación de informar. Por esto dijo que ante el silencio estatal la Supervisión debía continuar (9).

I.2.3. Segunda Supervisión (10)

Luego, el 22 de noviembre de 2016 consideró que a esa fecha, el Estado había acatado la mayoría de los mandatos de la sentencia de 2011, salvo: a) *dejar sin efecto la*

condena civil a los Sres. Jorge Fontevecchia y Héctor D’Amico y todas sus consecuencias (puntos dispositivo 2° de la Sentencia); y b) *entregar en concepto de reintegro las sumas efectivamente pagadas, las costas y gastos de la etapa internacional (11)*.

Por ello *mantuvo abierto el proceso de Supervisión* y no cerró el caso.

II. Contenido del Fallo de la Corte Suprema Nacional del 14 de febrero de 2017 (Caso “...Ministerio de Relaciones y Culto...”)

Para dejar perfectamente enfocada esta problemática, no será ocioso llevar a cabo una pequeña explicación de los tramos de estas actuaciones que pasaron por tres tribunales locales, por la Comisión IDH y luego la Corte IDH. En efecto la demanda original fue desestimada en Primera Instancia. La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil la revocó, y como consecuencia hizo lugar a la pretensión del entonces Presidente Dr. Carlos Menem y condenó a la *Revista Noticias* y a los demandados ya aludidos, fijando un monto indemnizatorio. La Corte Suprema de la Nación, en su pronunciamiento del 25 de septiembre de 2001, ratificó la sentencia del *a quo*, sólo reduciendo la cuantía indemnizatoria.

Con posterioridad primero intervino la Comisión IDH y luego la Corte IDH en su fallo de Fondo del 29 de noviembre de 2011, y en la dos Supervisiones que ya aludimos, la primera del 1 de septiembre de 2015 y la segunda del 22 de noviembre de 2016.

La Corte regional ordenó entre otros tópicos que se debía: “a. *Dejar sin efecto la condena civil impuesta a Jorge Fontevecchia y Héctor D’Amico, como así también todas sus consecuencias...*” (12).

Este pronunciamiento fue parcialmente acatado por el sistema doméstico, salvo

I. Antecedentes

I.1. *Generalidades. Conflicto de competencias entre el Supremo Tribunal argentino y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*

El difícil problema que pretendemos poner de relieve es focalizar las facultades decisorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en su relación con los supremos tribunales de los diversos países que se han plegado al modelo del Pacto de San José de Costa Rica.

Es decir, lo que buscamos saber es si aquel cuerpo regional estaría en condiciones de “dejar sin efecto” o “revocar” los pronunciamientos de las más altas cortes domésticas.

Esta cuestión se ha planteado recientemente en la Argentina donde la Corte Suprema le disputa parte de la competencia al tribunal interamericano, sostenien-

DOCTRINA. Control de convencionalidad ¿Puede la Corte Interamericana de Derechos Humanos dejar sin efecto fallos de los tribunales superiores?

Juan Carlos Hitters 1

NOTA A FALLO. Condena subsidiaria en materia de alimentos

Marcos M. Córdoba 8

JURISPRUDENCIA

ALIMENTOS. Cuota provisoria. Obligación que no puede imponerse a los abuelos. Capacidad de los progenitores (CNCiv.) 8

RIESGO CREADO. Caída de una persona de la puerta de un colectivo tras la decisión de no emprender el viaje. Maniobra imprudente del chofer. Inaplicabilidad del art. 184 del Código de Comercio. Aplicación de la teoría del riesgo creado. Recepción en el Código Civil y Comercial. Indemnización (CNCiv.) 9

SOLIDARIDAD LABORAL. Despido indirecto de un trabajador que presta servicios en un establecimiento de salud. Ausencia de responsabilidad de la obra social codemandada en los términos del art. 30 de la Ley 20.744 (CNTTrab.) 11



el apart. “a.”, ya que el más alto tribunal de la Nación, en su fallo de 14 de febrero de 2017 (13) expuso, por mayoría compuesta por los jueces Dr. Ricardo Lorenzetti, Dra. Elena Highton de Nolasco, Dr. Carlos Rosenkrantz, y el voto concordante del Dr. Horacio Rosatti, y con el voto disidente del Dr. Juan Carlos Maqueda, que el cuerpo interamericano “no puede dejar sin efecto la condena civil impuesta”, pese a que señaló que las sentencias de la Corte IDH dictadas en procesos contenciosos contra el Estado Argentino son, en principio, de cumplimiento obligatorio. Empero añadió que “...Dicha obligatoriedad, sin embargo, alcanza únicamente a las sentencias de dictadas por el tribunal internacional dentro del marco de sus potestades remediales. En efecto, es con ese alcance que el Estado Argentino se ha obligado internacionalmente a acatar las decisiones de la Corte IDH...” (14) (énfasis añadido).

En definitiva la Corte Suprema le negó a su par regional la potestad de revocar fallos domésticos de la más alta jerarquía local.

II.1. Postura de la mayoría de la Corte nacional

En forma estenográfica corresponde reiterar que según el más alto cuerpo jurisdiccional doméstico, él no puede “dejar sin efecto la condena civil impuesta” habida cuenta que la Corte IDH carece de aptitud para disponer esta orden. Señaló en paralelo que dicho cuerpo interamericano no constituye una cuarta instancia que revise o anule decisiones judiciales estatales

dado que la jurisdicción es *subsidiaria*, coadyuvante y complementaria (15).

Adunó en paralelo que la vía de “dejar sin efecto” una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada es “un mecanismo restitutivo que no se encuentra previsto en el texto convencional”. Agregando que por definición los tribunales internacionales son de *competencia limitada de la manera prescrita en los instrumentos que los han constituido*.

“Dejar sin efecto” —añadió— equivale a “revocar” y que ese trámite está fuera de la competencia convencional.

Postuló en ese sentido que el art. 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) no contempla este andarivel, que tampoco ha sido siquiera imaginado —dice— en los Trabajos Preparatorios de la Convención (16).

“Dejar sin efecto” un decisorio de la Corte Suprema con calidad de *res judicata* es uno de los supuestos en los que la restitución resulta jurídicamente imposible a la luz del art. 27 de la Constitución Nacional, ya que dicha norma impone una *esfera de reserva soberana* (17) que se denomina *fórmula argentina*, postulado éste que no ha sido modificado en la Convención Constituyente de 1994.

Antes de seguir adelante conviene alertar que lo hasta acá expresado por la mayoría de la Corte Suprema no resulta ser una novedad, ya que remarca en gran parte lo sostenido por los votos disidentes

del los Dres. Fayt y Boggiano en los autos “Arancibia Clavel” (18), y repetido luego por el Dr. Fayt en su voto minoritario “Espósito” (19), entre otros (20).

II.2. Postura concurrente del juez Rosatti

Este Ministro —que fue miembro de la Convención Nacional Constituyente— se pliega a los argumentos de la mayoría, particularmente en lo que hace a la esfera de *reserva soberana* de nuestro país, añadiendo fundamentos propios (21).

Para mientes en que “no se puede hacer prevalecer automáticamente y sin escrutinio alguno el derecho internacional —sea de fuente normativa o jurisprudencial— sobre el ordenamiento constitucional argentino, a los cuales los Tratados Internacionales (y con más razón la interpretación de dichos tratados) deben ajustarse y con los cuales debe guardar conformidad” (22).

Esta interpretación, agrega, *es reflejo de una fuerte tradición constitucional doméstica*, tal como supo exponer Joaquín V. González: “Un Tratado no puede tener la supremacía de la Constitución Nacional”.

Señala que frase de la Corte IDH “dejar sin efecto” debe interpretarse de manera armónica con el ejercicio de la máxima potestad jurisdiccional instituida en el sistema republicano constituido por el ordenamiento constitucional argentino (arts. 1°, 8° y 16°), “no siendo posible concretar la revocación formal del decisorio nacional sin violentar lo dispuesto en los arts. 27 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional ar-

gentina, cláusulas por cuya observancia esta Corte debe velar” (23).

II.3. Postura minoritaria del juez Maqueda

El Ministro referido en el epígrafe —que también integró la Convención Constituyente de 1994— se pone, en alguna medida, en las antípodas de sus colegas, entiendo que los decisorios de la Corte Interamericana deben cumplirse en su totalidad.

Por ello siguiendo a pie juntillas los fundamentos de la Corte IDH en el caso “Fontevecchia”, sostiene justamente que corresponde “dejar sin efecto” la anterior decisión de la Corte nacional fallada con otra composición.

El Dr. Maqueda coherentemente con sus opiniones anteriores, en su lúcido voto discrepa con los jueces de la mayoría, pues siendo las sentencias del organismo interamericano “obligatorias” y “vinculantes” en el ámbito de su competencia; no acatarlas —dice— implica una infracción convencional (art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados) (24). Además explica que negarse a dejarlas sin efecto, evita cuestionamientos futuros (consid. 6°).

III. Casos en los que la Corte IDH ha mandado a “dejar sin efecto” fallos locales

III.1. Generalidades

Si bien es por demás sabido que los órganos judiciales pueden —y a veces deben— modificar su jurisprudencia cuando

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) Corte IDH, “Caso Fontevecchia y D’Amico c. Argentina”, Sentencia de 29 de noviembre de 2011, Serie C nro. 238.

(2) CS, 14 de febrero de 2017, 368/1998 (34-M)/CS1 “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada para el caso “Fontevecchia y D’Amico c. Argentina” por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

(3) En tanto la Corte IDH resolvió “...Mantener abierto el procedimiento de supervisión de cumplimiento respecto de las medidas de reparación (...) relativas a: dejar sin efecto la condena civil impuesta a los señores Jorge Fontevecchia y Hector D’Amico así como todas sus consecuencias...”, conf. Corte IDH, “Caso Fontevecchia y D’Amico c. Argentina”, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de noviembre de 2016.

(4) Corte IDH, “Caso Fontevecchia y D’Amico c. Argentina”, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1 de septiembre de 2015.

(5) HITTERS, Juan Carlos, “Cumplimiento de las Sentencias de la Corte Interamericana”, LA LEY, 6 de junio de 2012, p. 1.

(6) Dicha potestad surge de la propia jurisprudencia de la entidad jurisdiccional de marras, caso “Baena, Ricardo y otros c. Panamá”, y además se desprende de lo dispuesto en los arts. 33, 62.1, 62.3 y 65 de la Convención Americana de Derechos Humanos, art. 30 de su Estatuto y 69 del Reglamento.

(7) Corte IDH, “Caso Fontevecchia”, Sentencia de 29 de noviembre de 2011, cit.

(8) Señala la Corte en esta Supervisión de Cumplimiento que: “...los Estados Partes de la Convención Americana tienen la obligación convencional de implementar tanto a nivel internacional como interno y de forma pronta e íntegra, lo dispuesto por el Tribunal en las Sentencias que a ellos conciernan, obligación que, como lo señala el derecho internacional consuetudinario y lo ha recordado la Corte, vincula a todos los poderes y órganos estatales” (Cfr. “Caso Castillo Petrucci c. Perú”. Resolución de 17 de noviembre de 1999, consid. 3°; “Caso Baena, Ricardo c. Panamá” Sentencia de 28 de noviembre de 2003. Serie C nro. 104, párr. 131, y “Caso Masacres de Río Negro y Gudiel Álvarez”. Resolución de 21 de agosto de 2014, consid. 6°) y que, de no cumplirse, se incurre en un ilícito internacional. Al respecto, es menester añadir que siempre, según el derecho internacional

consuetudinario y lo afirmado por la Corte, al producirse un hecho ilícito atribuible a un Estado, surge la responsabilidad internacional de éste por violación de una norma internacional, dándose así origen a una relación jurídica nueva que consiste en la obligación de reparar (Cfr. “Caso Garrido y Baigorria c. Argentina”. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C nro. 39, párr. 40, y Supervisión conjunta de “11 casos c. Guatemala”. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 21 de agosto de 2014, consid. 6°). Tal como ha indicado la Corte (Cfr. “Caso Castillo Páez c. Perú”. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C nro. 43, párr. 50, y “Caso Cruz Sánchez c. Perú”. Sentencia de 17 de abril de 2015, Serie C nro. 292, párr. 451), el art. 63.1 de la Convención reproduce el texto de una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del derecho de la responsabilidad internacional de los Estados (Cfr. Supervisión conjunta de “11 casos c. Guatemala”. Resolución del 21 de agosto de 2014, consid. 6°) Corte IDH, “Caso Fontevecchia” Supervisión de Cumplimiento, Resolución de 1 de septiembre de 2015, cit., consid. 5° (Primera Supervisión).

(9) Por ello resolvió: “1) Disponer que Argentina adopte, en definitiva y a la mayor brevedad posible, las medidas que sean necesarias para dar efectivo y pronto cumplimiento a las reparaciones dispuestas en la Sentencia de fondo, reparaciones y costas dictada en el presente caso, de acuerdo con lo estipulado en el art. 68.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 2) Disponer que el Estado presente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a más tardar el 31 de marzo de 2016, un informe en el cual indique las medidas adoptadas para cumplir con las reparaciones ordenadas por esta Corte, de conformidad con la parte considerativa de esta Resolución, 3) Disponer que los representantes de las víctimas y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos presenten observaciones al informe del Estado mencionado en el punto resolutivo anterior, en los plazos de cuatro y seis semanas, respectivamente, contados a partir de la recepción del informe, y 4) Disponer que la Secretaría de la Corte notifique la presente Resolución al Estado, a los representantes de las víctimas y a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, Corte IDH, “Caso Fontevecchia”. Supervisión de Cumplimiento, Resolución de 1° de septiembre de 2015, cit., Resuelve, puntos 3, 4, 5 y 6.

(10) Corte IDH, “Caso Fontevecchia y D’Amico c. Argentina”, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Hu-

manos de 22 de noviembre de 2016.

(11) Ver párrs. 105, 117, 128 y 129 de la sentencia Corte IDH, “Caso Fontevecchia y D’Amico c. Argentina”, 2011.

(12) Además dispuso publicar un resumen oficial de su sentencia elaborado por la Corte Suprema, por una sola vez, en el Diario Oficial y en un diario de amplia circulación nacional, así como publicar la sentencia completa de la Corte Interamericana en la página del Centro de Información Judicial de la Corte Suprema; y asimismo entregar sumas de dinero reconocidas como reintegro de los montos de condena oportunamente fijados en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, como de los correspondientes a las reparaciones admitidas en su decisión internacional (daño material, gastos derivados del trámite del proceso interno como del procedimiento internacional).

(13) CS 368/1998, “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe”, (cit.)

(14) CS 368/1998, “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe”, (cit.), consid. 6°.

(15) CS 368/1998, “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe”, (cit.), consid. 8°.

(16) Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica 7-22 de noviembre de 1969, Actas y Documentos, Secretaría General, Organización de los Estados Americanos, Washington, D.C., OEA/Ser.K/XVI/1.2. Cfr. CSJ 368/1998, “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe”, (cit.), consid. 14°.

(17) CS 368/1998, “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe”, (cit.), consid. 16°.

(18) CS, 24/08/2014, “Arancibia Clavel, Enrique L. s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros. Causa 259”.

(19) CS, E 224 - XXIX. 23 de diciembre de 2004, “Espósito, Miguel Á. s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa - Bulacio, Walter D.”.

(20) Con respecto al incumplimiento de los tratados en el ámbito doméstico, la argentina (CS, expte. 1307/2003) fue condenada por primera vez por la Corte IDH (fallo del 28 de noviembre de 2002, “Cantos vs. Argentina”), por violentar los arts. 1.1, 8° y 25 de la CADH. En efecto, el más alto órgano de justicia local no dio acatamiento al pronunciamiento supranacional con respecto a unas costas producidas en el derecho interno y a la reducción de los honorarios de los peritos y abogados intervinientes. Como respuesta de ello el Superior Tribunal de la Argentina (en una sentencia dividida), ante el pedido del Procurador Nacional respecto a que se

cumpla el fallo interamericano (esto es reducir la paga de los emolumentos profesionales), sostuvo por mayoría que no podía disponer lo pedido, porque de esa manera se afectaría el derecho de los terceros que no intervinieron en el pleito, y que además no podía afectarse a cosa juzgada local que había dispuesto un monto mayor. Allí el Dr. Maqueda en su voto minoritario puso de relieve que el Estado debía dar cumplimiento a las disposiciones de la Corte Interamericana por ser obligatorias. El 26 de agosto de 2010, al Supervisar la Corte IDH dichas actuaciones, *dispuso que el Estado debía adoptar las medidas necesarias para dar cumplimiento pronto a los puntos resolutive pendientes de acatamiento de la sentencia regional*. Ésta todavía no ha sido cumplida por el derecho interno pese a que ha habido varias actuaciones para no violentar el fallo regional.

(21) Señaló el juez Rosatti que “...a la luz de la obligación que surge del art. 68.1 de la CADH que ha sido suscrita por la República Argentina y goza de jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional), por la cual el Estado Nacional se compromete a cumplir con las decisiones de la Corte IDH en los procesos en que ha sido parte, corresponde poner de manifiesto lo siguiente: Con relación al inc. c) del consid. 2°, se ha informado a este Tribunal que, por intermedio del Ministerio de Relaciones Exteriores, se encuentra en vías de cumplimiento la medida de reparación prevista en el punto 4 de la parte dispositiva del referido fallo, hecho que da cuenta del principio de ejecución de dicho punto del pronunciamiento internacional (véase fs. 23/24 del escrito 2869/2016; fs. 1 del escrito 3201/2016). Con relación al inc. b) del consid. 2°, el 22 de noviembre de 2016 la Corte IOB declaró que el Estado argentino dio cumplimiento total a la medida de reparación ordenada en el punto 3 de su sentencia, relativa a la realización de las publicaciones del pronunciamiento internacional y del resumen oficial en los medios allí contemplados. Cfr. CS 368/1998, “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe”, (cit.), Voto del Dr. Rosatti, consid. 4°.

(22) CS 368/1998, “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe”, (cit.), Voto del dr. Rosatti, consid. 5°.

(23) CS 368/1998, “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe”, (cit.), Voto del dr. Rosatti, consid. 8°.

(24) CS 368/1998, “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe”, (cit.), Voto del dr. Maqueda, consid. 4° y 5°.

resulte necesario, no lo es menos que en este asunto la Corte Suprema se pasó a las antípodas, concretando una doctrina que nos parece muy endeble.

En verdad lo resuelto en “Fontevicchia” por el Tribunal del Pacto no es una novedad, ya que ha habido otros precedentes del mismo cuerpo en sentido similar.

Antes que nada —y para evitar confusiones— hay que tener bien en cuenta que en este trabajo estamos hablando de casos en que el tribunal de Costa Rica ha dejado sin efecto *sentencias*, pues como parece una obviedad en muchísimos otros asuntos mandó a dejar sin efecto, “*prácticas*”, “*normas*” y “*leyes*” violatorias de la Convención (25).

Vamos a traer a colación algunos asuntos sobre el particular sin pretender agotar los casos.

III.2. El “Caso Palamara Iribarne c. Chile” (26)

En el fallo citado en el epígrafe la Corte IDH determinó que los procesos llevados a cabo en la *jurisdicción ‘penal’ militar* en contra de la víctima no tuvieron las garantías de competencia, imparcialidad e independencia necesarios en un Estado democrático, el país debe “dejar sin efecto” en el plazo de seis meses la sentencia emitida por la Corte Marcial de la armada chilena por el delito de desacato (27).

Esta sentencia espeja una saga de pronunciamientos —sobre todo de México— de ese tribunal donde fustigó la posibilidad de que los cuerpos judiciales castrenses juzguen a civiles por delitos comunes (28).

Importa alertar que Chile finalmente cumplió con el mandato de “dejar sin efecto en todos sus extremos las sentencias condenatorias emitidas en contra del señor Humberto Palamara” (29) (quien fue la víctima) (30).

Sin duda que la solución aquí brindada no podía ser enfocada de otra manera, ya que se trataba de una sentencia de un Tribunal Penal Militar totalmente incompetente y parcial.

III.3. El “Caso Tristán Donoso c. Panamá” (31)

Otro ejemplo de esta matriz lo podemos ver en “Tristán Donoso c. Panamá” donde

finalmente la Corte IDH condenó a “dejar sin efecto” una sentencia penal por violentar el Pacto de San José de Costa Rica.

La víctima, Santander Tristán Donoso, trabajaba en el año 1996 como Asesor legal de una Diócesis y en paralelo como abogado litigante y defensor. En su momento tuvo una conversación telefónica privada con su cliente que fue interceptada y grabada subrepticamente, de donde surgiría *prima facie* que el Procurador General de la Nación habría recibido en el año 1994 un dinero en calidad de donación de dudosa procedencia. Dicho funcionario público divulgó el contenido y debido a ello el letrado aludido finalmente fue condenado por el delito de injurias.

Ante tal situación, luego de agotar los recursos internos, patrocinado por el CEJIL promovió la denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH) que luego llegó a la Corte IDH. El tribunal regional con fecha 21 de enero de 2009 condenó al Estado a “...dejar sin efecto la condena penal (...) y todas las consecuencias que de ella se deriven, en el plazo de un año contado a partir de la notificación de la presente sentencia...” (32).

En cumplimiento de lo dispuesto por la Corte IDH, la Sala Segunda de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia (CCSJ) de Panamá, absolvió al mencionado letrado de los cargos como autor del delito de calumnias; y dejó sin efecto las penas impuestas de dieciocho meses de prisión, la inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos y el pago de la indemnización civil por el daño material causado a la víctima.

Por todo ello, en la Supervisión (33) del 1 de septiembre de 2010 a Corte IDH dio por cumplido en forma total los puntos resolutivos de la Sentencia ya aludida y *archivó las actuaciones* (34).

Obsérvese que el máximo órgano de justicia de Panamá, en su Sala Segunda, aca-
tó sin ambages lo dispuesto por la Corte regional, “dejó sin efecto” la providencia condenatoria, *basándose exclusivamente en el mandato de la Corte IDH*.

III.4. El “Caso Kimel c. Argentina” (35)

Eduardo Kimel era un conocido periodista de investigación quien escribió el libro “La masacre de San Patricio”, ocurri-

da durante la dictadura militar argentina el día 4 de julio de 1976. Allí se aludía a un asesinato de cinco religiosos de la Orden de los Palotinos. El actor criticó la actuación de las autoridades encargadas de la investigación y al juez en particular. El magistrado promovió una querrela criminal de la cual resultó condenado en primera instancia Kimel a un año de prisión en suspenso y una multa de veinte mil pesos.

Resulta preciso señalar para entender en pocas líneas el trámite de estas actuaciones que transitaron por el derecho interno, luego por la Comisión IDH y por último en la Corte IDH.

Allí la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal había absuelto en 1996 —por mayoría— al Sr. Kimel. Sin embargo la Corte Suprema Nacional, también por mayoría, con fecha 22 de diciembre de 1998 (36), revocó la sentencia absolutoria de segunda instancia y remitió la causa a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal para que dictara una nueva sentencia. El máximo órgano jurisdiccional nacional considero que la decisión había sido arbitraria.

Después el 17 de marzo de 1999 la Sala IV siguiendo los lineamientos de la Corte doméstica confirmó parcialmente la decisión condenatoria de primera instancia en lo que respecta a las penas, pero en vez de sentenciar al Sr. Kimel por injurias, entendió que se había configurado el delito de calumnias.

Contra la providencia de alzada el afectado interpuso un recurso extraordinario ante la Corte Suprema Nacional que fue rechazado, lo mismo que una queja que también fue desestimada, por lo que la condena quedó firme en el campo argentino el 14 de septiembre de 2000.

Ya en la instancia supranacional el Tribunal interamericano el 2 de mayo de 2008 concluyó, entre otros temas, que el Estado debe *dejar sin efecto* la condena penal impuesta a Kimel y todas las consecuencias que de ella se deriven, en el plazo de seis meses a partir de la notificación de la sentencia.

Luego —y otra vez al ámbito doméstico—, el pronunciamiento de la Sala IV aludido fue atacado por vía del recurso de revisión, y resuelto el 10 de noviembre de

2011 (37), el que se apuntó en dos pilares: 1) el fallo de la Corte IDH que había mandado dejar sin efecto la sentencia; y 2) que la modificación legal dispuesta por la ley 26.551 (argentina) (38) de los tipos penales en las que se basó la postura condenatoria, habilita el recurso de revisión (art. 479 inc. 5º del Código Procesal Penal). Ante dicha petición el Fiscal General y la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación, en su calidad de “Amigo del Tribunal” aceptaron que se haga lugar al recurso de revisión.

Con base en ello dicha Sala de la Cámara Nacional de Casación Penal, y basándose más en la modificación legislativa que en el fallo de la Corte IDH hizo lugar al recurso de revisión y dejó sin efecto el pronunciamiento condenatorio *acatando de ese modo el decisorio interamericano del 2 de mayo de 2008*.

Finalmente la Corte IDH luego de tres Supervisiones declaró que el Estado Argentino ha dado total cumplimiento a la obligación de *dejar sin efecto* la condena penal por lo que decidió archivar el expediente (39).

Se advierte aquí que el Poder Judicial doméstico, por vía indirecta (a través del recurso de revisión) *dejó sin efecto* una sentencia local, que esta vez no había sido dictada por la Corte Suprema, sino por un Tribunal inferior.

IV.5. El “Caso Bueno Álvarez c. Argentina” (40)

En el caso aludido en el epígrafe, tramitado durante la época democrática en Argentina (1988), fue detenido Bueno Álvarez quien denunció casos de tortura. Como consecuencia de ello se condenó a René J. Derecho, por el delito de torturas de las que había resultado víctima también a Pérez Galindo, siendo el caso sobreeso por el Tribunal Supremo Argentino como consecuencia de haberse declarado extinguida la acción penal por prescripción (41).

Contra el fallo, y en las mismas actuaciones, el Sr. Pérez Galindo —como querellante— dedujo un recurso de aclaratoria, vía que fue recalificada por la Corte Suprema como “recurso de revocatoria”. Este cuerpo hizo lugar a tal planteo —por mayoría— (42) citando expresamente las consideraciones expuestas en el precedente “Espósito” (43). En consecuencia, sin más

{ NOTAS }

(25) Eduardo FERRER Mac-GREGOR, Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el Juez Mexicano”, en CARBONEL - SALAZAR (coordinadores), “Derechos Humanos: un nuevo modelo constitucional”, México, UNAM, II. J., 2011, ps. 339-429. Ídem FERRER Mac-GREGOR, Eduardo (Coordinador), “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, Fundap, México, 2012, p. 163.

(26) Corte IDH, “Caso Palamara Iribarne c. Chile”, Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C no. 135.

(27) Corte IDH, “Caso Palamara Iribarne c. Chile”, (cit.), párr. 253.

(28) Como bien dice la jurista chilena María José Eva PARADA (“Chile ante el sistema interamericano, el caso Palamara”, Anuario de Derechos Humanos, Universidad de Chile, *repositorio.uchile.cl*, 2006), el fallo es de gran importancia para ese país, pues entre otras cosas exige adecuar el ordenamiento interno no sólo en lo que señala con relación a las leyes de desacato, sino también en lo que respecta a la justicia militar. En ese orden de ideas la Ley 20477 del 22 de noviembre de 2016 restringió la competencia de los tribunales militares de la forma aquí indicada.

(29) Corte IDH. “Caso Palamara Iribarne c. Chile”. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1º de sep-

tiembre de 2016.

(30) Véase CEJIL, “Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó resolución en relación con el caso Palamara Iribarne c. Chile”, de 27 de agosto de 2009.

(31) Corte IDH, “Caso Tristán Donoso c. Panamá”, Sentencia de 27 de enero de 2009, Serie C no. 193.

(32) Dijo allí: “Esta Corte ha determinado que la sanción penal emitida en contra del señor Tristán Donoso afectó su derecho a la libertad de expresión (*supra* párr. 130). Por lo tanto el Tribunal dispone que, conforme a su jurisprudencia, el Estado debe dejar sin efecto dicha sentencia en todos sus extremos, incluyendo los alcances que ésta pudiere tener respecto de terceros, a saber: a) la calificación del señor Tristán Donoso como autor del delito de calumnia; b) la imposición de la pena de 18 meses de prisión (reemplazada por 75 días-multa); c) la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas por igual término; d) la indemnización civil pendiente de determinación; y e) la inclusión de su nombre de cualquier registro penal. Para ello, el Estado cuenta con un plazo de un año contado a partir de la notificación de la presente Sentencia”. Corte IDH, “Caso Tristán Donoso c. Panamá”, (cit.), párr. 195; íbidem Puntos Resolutivos, Disposición 14º.

(33) Corte IDH. “Caso Tristán Donoso c. Panamá”. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1º de septiembre de 2010.

(34) Con fecha 1º de septiembre de 2010.

(35) Corte IDH, “Caso Kimel c. Argentina”, Sentencia de 2 de mayo de 2008, Serie C no. 177.

(36) CS, Fallos 321-3596.

(37) Causa 13.272, Fallo de la Sala III, CNP, “Kimel, Eduardo G. s/ recurso de revisión” registro 17/08/2011.

(38) Cabe enfatizar que como consecuencia del tránsito supranacional del caso “Kimel” se sancionó el 18 de noviembre de 2009 la ley 26.551, que modificó parcialmente el Código Penal del país. Por el art. 1º de dicha norma legislativa se sustituyó el art. 109 por el siguiente texto: “la calumnia o falsa imputación a una persona física determinada de la comisión de un delito concreto y circunstanciado que dé lugar a la acción pública, será reprimida por multa de pesos tres mil (\$ 3000) a pesos treinta mil (\$ 30.000). En ningún caso configurarán delito de calumnia las expresiones referidas a asuntos de interés público o las cuales no sean asertivas”. El art. 2º de dicha ley modificó el art. 110 del siguiente modo: “el que intencionalmente deshonrare o desacreditare a una persona física determinada será reprimido con multa de pesos mil quinientos (\$ 1500) a pesos veinte mil (\$ 20.000). En ningún caso configurarán delito de injurias las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas tampoco configurarán delito de injurias los calificativos lesivos del honor cuando guardas en relación con un asunto de interés público”.

(39) El pronunciamiento fue el siguiente: “...Declara que: El Estado ha dado cumplimiento total a la obligación de dejar sin efecto la condena penal impuesta al señor Kimel y to-

das las consecuencias que de ella se deriven (*punto resolutivo séptimo de la Sentencia*), de conformidad con lo señalado en los Considerandos noveno a décimo tercero de la presente Resolución. Y Resuelve: 1. Dar por concluido el caso *Kimel*, dado que la República Argentina ha dado cumplimiento íntegro a lo dispuesto en la Sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 2 de mayo de 2008. 2. Archivar el expediente del presente caso. 3. Comunicar esta Resolución a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos por conducto del Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del año 2013. 4. Que la Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos notifique la presente Resolución a la República Argentina, a los representantes de los familiares de la víctima y a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos...” Corte IDH, “Caso Kimel c. Argentina”, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 5 de febrero de 2013.

(40) Corte IDH, “Caso Bueno Alves c. Argentina”, Sentencia de 11 de mayo de 2007, Serie C no. 164.

(41) CS, “Derecho, René Jesús s/ incidente de prescripción de la acción penal -causa 24.079”, D. 1682. XL. Sentencia 29 de Noviembre de 2011.

(42) Con los sufragios de los jueces: Highton de Nolasco, Petracchi, Zaffaroni y Maqueda según su voto, y con las disidencias de los jueces Faty y Argibay quienes propusieron hacer lugar a la prescripción.

(43) CS, Caso “Espósito”, año 2004. Fallos 327:5668.

argumentación que la referencia al caso “Bulacio”, le dio cabida a la revocatoria, *dejando sin efecto el fallo de la propia Corte* y devolviendo las actuaciones al Tribunal de origen (44).

IV.6. El “Caso Herrero Ulloa c. Costa Rica”

El caso “Herrera Ulloa” (45) tiene una gran similitud con el asunto “Fontevicchia”.

Mauricio Herrera Ulloa fue condenado por vía penal y civil en el derecho interno costarricense a raíz de varias publicaciones. Se trató de un periodista que trabajaba en el diario local *La Nación* que publicó, en su momento, un grupo de artículos en los cuales denunciaba por diversas conductas ilícitas a un funcionario, Félix Przeborski, que representaba a dicha nación ante un organismo supranacional, la Organización Internacional de Energía Atómica (EURATON).

Este último incoó en mayo de 1995 dos querrelas por “delitos de difamación, calumnias y publicaciones ofensas”. Herrera Ulloa finalmente fue condenado por el máximo tribunal de justicia del país, lo mismo que a la empresa periodística donde trabajaba.

Posteriormente la Corte IDH sancionó al Estado de marras considerando que en el territorio aludido no estaba prevista la doble instancia en materia penal, de conformidad con el art. 8.2.h del Pacto de San José de Costa Rica, y existiendo otras irregularidades al debido proceso legal. Sostuvo que se debía dejar sin efecto en todos los extremos la sentencia penal condenatoria.

En la Supervisión de Sentencia del 22 de noviembre del 2010, la Corte IDH señaló que Costa Rica cumplió a cabalidad con el fallo.

Adviértase que en este asunto en el derecho interno en lugar de ‘anular’ literalmente la decisión condenatoria y sus consecuencias; el Estado acató las órdenes de la siguiente manera: 1. Por medio del Juzgado Contencioso Administrativo ordenó la cancelación de los intereses etc., y 2. En cuanto a las costas, a través de un Tribunal Constitucional Administrativo puso a disposición del Diario *La Nación* los fondos pertinentes (46).

No va a resultar ocioso puntualizar que a causa de ello ese cuerpo judicial interamericano dio por cerrado el caso y archivó las actuaciones (47).

Obsérvese que ni el Estado en general, ni el Poder Judicial en particular hicieron ob-

jeciones algunas a la posibilidad de “dejar sin efecto” fallos domésticos, no se cuestionó entonces —como hizo la Corte Suprema argentina— las potestades del órgano regional.

De paso debemos tener presente que no fue el Tribunal Superior el que cumplió el fallo, sino otros órganos del ámbito doméstico.

IV. Es posible dejar sin efecto fallos domésticos

IV.1. Argumentos del fallo argentino comentado

Como anticipamos el pronunciamiento bajo análisis si bien implicó un tratamiento meduloso de la cuestión que venimos enfocando, consideramos que la mayoría se ha apegado demasiado al *dualismo*, minimizando de algún modo las potestades de la Corte IDH en lo que tiene que ver con los arts. 62 inc. 3º y 68 de la CADH. Fluye de la postura mayoritaria que si bien los pronunciamientos de ese órgano jurisdiccional regional son obligatorios, *no pueden ordenarle a la más alta jerarquía judicial doméstica, cazar, anular o dejar sin efecto sentencias*.

Lo que importa aquí no es tanto el incumplimiento de la Corte Suprema, *sino los principios que fijó el fallo*; que puede significar un paso atrás para la Argentina en el ámbito de los derechos humanos y en el control de convencionalidad (48).

Se parte del art. 27 de la Constitución Nacional, que señala que los tratados con las potencias extranjeras *deben estar en conformidad con los principios del derecho público establecidos por la Carta Magna*. Parece surgir de ese postulado un debate que todavía continúa sobre la prioridad de la Constitución con respecto a los tratados internacionales y viceversa. Por ello el pronunciamiento de marras parte de la idea de que la jurisdicción supranacional tiene una esencia “subsidiaria” y que nuestro tribunal “supremo” nacional por su carácter de tal, *no puede recibir órdenes del cuerpo jurisdiccional interamericano*.

Lo que debe quedar bien en claro es que los fallos de la Corte IDH tienen como fuentes el *ius cogens* (la costumbre internacional), y los tratados sobre Derechos Humanos que, como vemos, son de distinta esencia que los tratados entre dos Estados.

De allí que según nuestra posición el art. 27 de la Constitución Nacional obviamente no tuvo en miras —considerando la época— los tratados sobre Derechos

Humanos que implican *una cesión parcial de la soberanía* cuando el Estado se adhiere a ellos; porque la Corte IDH no es un Tribunal extranjero, sino que forma una soldadura indestructible entre el derecho interno y el derecho internacional.

Siendo ello así puede ser que la Corte IDH haya utilizado en varias oportunidades la frase “dejar sin efecto” de manera no muy feliz en su aspecto terminológico, ya que en lugar de sostener ello pudo decir que el derecho doméstico se adapte a la Convención, sin aludir a esa expresión (“dejar sin efecto”) que lleva a posturas ríspidas en el campo local. Por ello pensamos que en el futuro debería adaptarse esta fraseología sin mutar su esencia.

Lo cierto es que las cuestiones *sub examine* llegan al Tribunal Supremo argentino vía un oficio de la Cancillería (Dirección General de Derechos Humanos) para que ese cuerpo “...cumpla en lo que corresponda y de conformidad con su competencia, con la sentencia publicada por la Corte Interamericana...” (párr. 4º).

Recuérdese que la Corte IDH había dispuesto: *a. dejar sin efecto la condena civil así como todas sus consecuencias; b. publicar un resumen oficial de la sentencia; y c. entregar las sumas reconocidas en dicho fallo*.

Uno de los puntos nucleares del fallo analizado es que el cuerpo interamericano *no tiene competencia para ordenar a los órganos jurisdiccionales de la más alta jerarquía del derecho interno ‘dejar sin efecto’ sus sentencias*, y otro de los argumentos basilares radica —según la mayoría (consid. 16)— en que *dejar sin efecto* una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada es uno de los supuestos en los que la restitución “*resulta jurídicamente imposible a la luz de los principios centrales del derecho público argentino*”.

Entre esos postulados inmovibles se halla —dice el pronunciamiento— el “carácter de órgano supremo” de la Corte de Justicia de la Nación. De ahí entonces que según esta opinión —que no compartimos— el mismo no puede recibir “órdenes” internacionales; se trata de una “*esfera de reserva soberana*” (art. 27 Constitución Nacional) a la cual los tratados internacionales deben ajustarse. Esta pauta es totalmente ratificada por el ministro Rosatti (49) (consids. 4º, 5º y 6º).

Parece fácil deducir de lo antes contextualizado, que los fundamentos de la mayoría sumados a los del juez Rosatti se apocan en alguna medida en la disidencia del Dr. Fayt en el caso “Espósito” (50)

(consid. 13º) que a su vez venían instalados en “Arancibia Clavel” (51). Es decir que el ex Ministro supremo enlaza los argumentos de “Arancibia Clavel” y de “Espósito” que en definitiva —eso creemos— florecen en el asunto “Ministerio de Relaciones Exteriores” (“Fontevicchia”) aquí comentado (52).

Sin perjuicio de que el Dr. Rosatti pone énfasis en sostener que los Tratados internacionales están en una escala inferior a la Constitución Nacional —por lo que deduce que no puede cumplirse la orden de la Corte IDH de “dejar sin efecto” el fallo de la Corte Nacional del 2011. Aclara —y en esto estamos totalmente de acuerdo— (en el consid. 8º de su voto), que en un contexto de “diálogo jurisprudencial” debe procurarse mantener la convergencia decisional entre los organismos con competencia para dirimir conflictos en los ámbitos nacional e internacional “reconociendo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos como último intérprete de la CADH (art. 62, puntos I y III CADH)” y a la Corte Suprema de Justicia de la Nación como último intérprete de la Constitución Nacional Argentina (arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional). Por ello concluye en que la sentencia Fontevicchia está “prácticamente cumplida” (53), lo único que no es posible es revocar —aduna— el decisorio nacional.

En síntesis de los basamentos centrales del fallo mayoritario podemos llegar a las siguientes conclusiones: 1. no es competencia de la Corte Interamericana “dejar sin efecto” un fallo de la más alta autoridad judicial del país; 2. tal mecanismo reconstitutivo no está contemplado en el art. 63.1 de la CADH, ni siquiera fue pensado en los trabajos preparatorios de la Convención Americana; 3- la competencia de la Corte del Pacto está “limitada” sobre la base del principio de subsidiariedad. Esta comprensión —dice la Corte Suprema— está abrazada enfáticamente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sus doctrinas del *margen de apreciación nacional*; 4. el cimerio tribunal regional no revisa los pronunciamientos domésticos; 5. dejar sin efecto equivaldría a “revocar”; 6. la *integrum restitutio* —el remedio reconstitutivo— visto por la Corte IDH como forma de reparación, pues ella misma ha sostenido en muchos casos que tal remedio es improcedente, pues puede suceder que dicho esquema en ciertas hipótesis sea imposible o íntegramente inadecuado; 7. la cualidad de “órgano supremo” de la Corte Suprema forma parte de los principios de derecho público a los que hace referencia el art. 27 de la Constitución Nacional. El constituyente —añade— ha consagrado en

{ NOTAS }

(44) La Corte IDH en su Supervisión de Sentencia del 5 de julio de 2011, dispuso entre otras cosas realizar las debidas investigaciones para determinar las correspondientes responsabilidades por los hechos de este caso y aplicar las consecuencias que la ley prevea (punto 3.b).

(45) Corte IDH, “Caso Herrera Ulloa c. Costa Rica”, Sentencia de 2 de julio de 2004, Serie C nro. 107.

(46) Sobre el particular dijo el tribunal “...Con respecto a la obligación de dejar sin efecto, en todos sus extremos, la sentencia emitida el 12 de noviembre de 1999 por el Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de San José (punto resolutivo cuarto de la Sentencia), el Estado informó lo siguiente: a) sobre la suma adeudada por intereses, el Juzgado Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda aprobó, mediante resolución de 8 de septiembre de 2009, la cancelación de intereses legales y moratorios por un monto de €8.447.457,44 colones, el cual fue depositado a favor de *La Nación* el 13 de noviembre de 2009, y b) en cuanto al monto adeudado por costas personales, el Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera del Segundo Circuito Judicial de San José, aprobó por medio de resolución

de 23 de febrero de 2010 la suma de €422.372,87 colones, la cual ‘se encuentra a disposición de la empresa para ser girada contra el fondo de costas que el Estado mantiene para este fin’. Asimismo, señaló que ha solicitado la gestión de los trámites correspondientes para que dicho monto sea depositado en la cuenta bancaria de la empresa. Por lo anterior, el Estado consideró que ‘ha satisfecho las obligaciones derivadas de la Sentencia de 2 de julio de 2004, motivo por el cual solicitó que se declare el cumplimiento definitivo en este aspecto’”, Corte IDH, “Caso Herrera Ulloa c. Costa Rica”, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de noviembre de 2010, párr. 7º.

(47) En tal sentido resolvió: “...1. Dar por concluido el caso Herrera Ulloa, dado que la República de Costa Rica ha dado cumplimiento íntegro a lo ordenado en la Sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 2 de julio de 2004; 2. Archivar el expediente del presente caso; 3. Comunicar esta Resolución a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos en su próximo período ordinario de sesiones por conducto del Informe Anual

de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del año 2010; y 4. Requerir a la Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que notifique la presente Resolución a la República de Costa Rica, a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y a los representantes de la víctima”, Corte IDH, “Caso Herrera Ulloa c. Costa Rica”, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, 22 de noviembre de 2010, cit., puntos resolutivos.

(48) HITTERS, Juan Carlos, “Control de Convencionalidad. Adelantos y retrocesos”, Ed. Porrúa, Colección Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional nro. III, México, 2015.

(49) Sostiene este Ministro —citando a Joaquín V. González— que un Tratado no puede alterar la supremacía de la Constitución Nacional, por ejemplo, cambiando la forma de gobierno, suprimiendo una provincia, ni suprimir o disminuir en forma alguna las garantías constitucionales creadas para hacerlos efectivos “... en cuanto a la Constitución Nacional sea lo que es, el art. 27 tiene para la Nación significado singular en el derecho internacional” (cita textual de Joaquín V. GONZÁLEZ).

(50) Dijo allí que “... el art. 27 de la Constitución

Nacional debe ser ponderado como una norma de inestimable valor para la soberanía de un país, en particular, frente al estado de las relaciones actuales entre los integrantes de la comunidad internacional. Por ello, la interpretación propiciada preserva —ante las marcadas asimetrías económicas y sociales que pueden presentar los Estados signatarios de un mismo Tratado—, el avance de los más poderosos sobre los asuntos internos de los más débiles; en suma, aventa la desnaturalización de las bases mismas del Derecho Internacional contemporáneo pues procura evitar que detrás de un aparente humanismo jurídico se permitan ejercicios coloniales de extensión de la soberanía” aquí cita su disidencia en el caso ‘Arancibia Clavel’, consid. 16”.

(51) CS, “Arancibia Clavel, Enrique L. s/ homicidio y asociación ilícita -causa 259”, sentencia del 8 de marzo de 2005.

(52) Repárese, y esto creemos que es de gran importancia, que en ambos expedientes donde vota el Dr. Fayt en disidencia se tratan cuestiones “penales”, mientras que aquí estamos haciendo referencia a asuntos “civiles”.

(53) En esto —como veremos—, no estamos de acuerdo.

la citada norma (54), una esfera de reserva soberana, a la cual los tratados internacionales deben ajustarse. Por ello no es posible hacer prevalecer automáticamente —sin escrutinio alguno—, el derecho internacional sobre la Carta Magna; 8. la Corte Suprema no niega obligatoriedad al pronunciamiento del tribunal internacional, solo que en este caso carece de competencia; 9. por último, tanto la mayoría como el voto coincidente del Dr. Rosatti, entienden que la cuestión debe resolverse en un contexto de diálogo jurisprudencial partiendo de la base —para dirimir conflictos en los ámbitos nacional e internacional—, que la Corte IDH es el último intérprete de la CADH (art. 62, puntos 1 y 3 CADH), y que la Corte Suprema es el último intérprete de la Constitución Nacional (arts. 116 y 117).

V. Réplica

V.1. *Tratados clásicos y tratados sobre derechos humanos*

Antes que nada conviene repetir que no coincidimos con todos los argumentos del pronunciamiento local de la mayoría, pues los principios de derecho público, a los que según el mismo deben conformarse los tratados, que no fueron pensados para esta época donde imperan los “Tratados sobre Derechos Humanos”, sin perjuicio —claro está— de lo dispuesto en la Reforma de 1994, esencialmente en el art. 75 inc. 22 de ese ordenamiento que obviamente los tuvo en cuenta.

Es importante hacer una marcada dicotomía entre los tratados clásicos, y los que reglamentan internacionalmente los Derechos Humanos, aunque que se aprecian notables diferencias entre los tradicionales y los atinentes a las libertades del hombre. En efecto, éstos tienen un contenido que apunta a una garantía mínima cuyo desarrollo progresivo casi siempre se prevé; además no están restringidos por la contraposición del interés de los signatarios, ni rige para ellos el principio de reciprocidad entre los derechos y obligaciones contraídas. En este tipo de instrumentos el destinatario es el ser humano; y los Estados en estos casos no tienen un interés propio, puesto que apuntan a mantener las prerrogativas del ser humano. Por otra parte la mayoría de ellos crea para los gobiernos obligaciones *erga omnes*, y además no se aplican las reglas generales sobre “reservas”, que imperan para los tratados clásicos (55).

Digamos que el *objeto y fin* de los documentos abordados en este apartado, son los derechos fundamentales del hombre, y *no quedan sin efecto* —como los otros— en caso de incumplimiento de las partes. Uno de sus rasgos definidores es que se le reconoce al individuo la calidad de sujeto de derecho internacional.

Siendo ello así fácil es colegir que cuando el voto mayoritario habla de la *fórmula argentina, de la reserva de soberanía, y de los tratados que estén en conformidad con los principios del derecho público argentino* establecidos en el art. 27 de la Constitución Nacional (consids. 16, 17 y 18), creemos que el razonamiento no se autoabastece, ya que existe una notable diferencia entre aquellos tratados y los que regulan los derechos humanos ya aludidos.

En efecto la Carta Magna de 1853-1860 aludía a los tratados de paz y comercio de aquel momento que nada tienen que ver con las Convenciones internacionales tuitivas de las potestades y libertades del hombre (56).

V.2. *Kompetenz kompetenz*

El fallo de la Corte Suprema considera que la entidad judicial Interamericana no tiene “competencia” para dejar sin efecto sentencias domésticas que han pasado en autoridad de cosa juzgada.

Sin embargo como se infiere de un postulado clásico del derecho procesal, es el cuerpo de la más alta jerarquía judicial, el que *tiene la aptitud de juzgar sobre su propia competencia*.

Si bien es cierto que la Conferencia Especializada (57) eliminó la potestad que surgía del art. 51 del Proyecto de la Comisión (a diferencia de su homónima europea (58) que la contempló), la Convención Americana nada dijo sobre esta temática, aunque de su contexto se infiere tal posibilidad, por ser la Corte IDH el único órgano jurisdiccional del modelo regional. Además —como expresa Buergenthal— tal laguna fácilmente puede llenarse sosteniendo que es regla del derecho internacional generalmente reconocido, que es incumbencia del más alto cuerpo de justicia sentenciar sobre su propia competencia, lo que los alemanes llaman *kompetenz kompetenz*. Es que decidir esto, al igual que interpretar el Estatuto y el Reglamento que rigen su organización y funciones, constituye una atribución esencial de la

independencia que debe poseer todo órgano convencional.

Así lo ha hecho presente la Corte IDH al parar mientes en que, como todo cuerpo con funciones jurisdiccionales, tiene el poder inherente a sus atribuciones de determinar el alcance de su propia competencia, ya que el reconocimiento de la misma por el Estado presupone la admisión del derecho del tribunal a resolver cualquier controversia relativa a su jurisdicción, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 62.1 de la Convención Americana (59). En tal sentido, ha considerado que no puede dejar a la voluntad de los países la determinación de cuáles hechos se encuentran excluidos de su competencia (60).

De ello fácilmente cabe colegir que cualquiera sea el argumento de la Corte argentina, la potestad de decidir la competencia de la interamericana es exclusiva del tribunal con asiento en Costa Rica (61).

V.3. *Vuelta al dualismo*

Desde otro punto de vista, como bien señalan algunos autores al no darle a los tratados internacionales la verdadera jerarquía constitucional que poseen se vuelve a la teoría dualista (62) —por oposición a la monista— apareciendo generalmente una serie de conflictos entre ambos modelos en relación con la “autonomía” de cada uno y con la “prioridad” o “prelación” que le corresponde.

V.4. *El principio de subsidiariedad*

Sostiene el voto mayoritario, en el asunto comentado, que impera en el modelo regional el *principio de subsidiariedad*, criterio que compartimos ampliamente (consid. 8°). Pero de ello no puede inferirse de ninguna manera que en el sector nacional es posible resolver los juicios sin acatar los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana (63).

La premisa de la CADH es que los países deben concluir sus problemas dentro de sus fronteras, *pero a sabiendas de que si se equivocan, las actuaciones pueden llegar* —vía la Comisión IDH— *a la propia Corte que es* —como varias veces dijimos— *el último y más genuino intérprete de los tratados a los que el país se ha plegado* (64).

Cuando la el tribunal cimero nacional en el voto del Dr. Rosatti hace referencia al

“diálogo” pensamos que una de las formas más contundentes para lograrlo es “armonizando” el derecho nacional y el internacional de los derechos humanos a través de lo que se ha dado en llamar *“cláusula de interpretación conforme”* (65) (arts. 27, 75 inc. 22 y 108 de la Constitución Nacional y art. 27 de la CADH).

En síntesis el principio de subsidiariedad tiene en miras que en el ámbito doméstico se concluyen los pleitos (art. 46.1 CADH), el tribunal regional sólo interviene —y con amplias potestades— cuando no se han respetado las convenciones.

Bajo esta hermenéutica, si bien el fallo analizado habla de “diálogo”, no debería haber concluido en que los pronunciamientos de la corte local *no pueden ser dejados sin efecto por el tribunal interamericano*.

V.5. *Margen de apreciación nacional*

El fundamento del “margen de apreciación nacional” utilizado por la mayoría nos parece que no puede llegar a resultados tan contundentes. Tiene límites y juega a fondo, sólo cuando no hay jurisprudencia de la Corte IDH sobre el tema.

La Corte Suprema señala que el tribunal interamericano no posee carácter de órgano de casación o de apelación, citando en esto un fallo del tribunal regional “Genie Lacayo” (66). De esa manera liga los conceptos de *“margen de apreciación nacional”* con el de “subsidiariedad” (consid. 10°) (67), deduciendo que la Corte IDH no posee el poder de dejar sin efecto la sentencia de la causa en cuestión porque esto significaría inmiscuirse en el derecho interno (consid. 11°).

Uno de los temas más complicados de esta problemática es saber *cuál es el margen y qué amplitud tiene* (68). Tal figura ha sido utilizada —dice nuestra Corte Nacional— por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (69). La podemos definir como una especie de “deferencia” del cuerpo supranacional hacia las autoridades locales, para que sean éstas las que fallen en determinadas cuestiones, con independencia de los organismos que imponen los tratados internacionales. Ello se da en aquellas hipótesis en las que el cuerpo jurisdiccional internacional “considera” que los judiciales internos están en mejores condiciones para fallar el asunto.

Por eso pensamos que el campo se “achica” cuando existen criterios o estándares establecidos por la Corte IDH (70).

{ NOTAS }

(54) Citando a Joaquín V. González, como ya vimos.

(55) HITTERS, Juan Carlos, “Control de Convencionalidad. Adelantos y Retrocesos”, ob. cit., cap. XI, p. 108.

(56) En este sentido sostiene con acierto Midón que aquel precepto aludía a los tratados de paz y comercio propios de ese contexto histórico “...paz en cuanto antítesis de guerra y comercio en la más pura acepción de compraventa de mercancías”, MIDÓN, Mario, “El alzamiento de la corte ante una sentencia de la CIDH” (cit. por GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “Estado constitucional y convencional de derecho y control de convencionalidad”, LA LEY, del 03/04/2017).

(57) Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, Secretaría General, Organización de los Estados Americanos, OE/Ser.K/XVI/1.2., San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969. Véase HITTERS, Juan Carlos, “Control de Convencionalidad...”, ob. cit., cap. XI, p. 108.

(58) El art. 49 del Convenio de Roma dice: “En caso de que sea discutida la competencia del Tribunal, éste decidirá sobre la misma”. Tal criterio había sido instalado por el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (BUERGENTHAL, Thomas, “Las Convenciones Europeas y Americana: algunas similitudes y diferencias; en La Convención Americana sobre Derechos Humanos”, Organización de los Estados Americanos, Washington, D.C. 1980, p. 121).

(59) Corte IDH, casos: “Baena Ricardo”, sentencia

de 28 de noviembre de 2003, cit., párr. 68; del Tribunal Constitucional, sentencia de 24 de septiembre de 1999, párr. 33; “Ivcher Bronstein”, sentencia de 24 de septiembre de 1999, párr. 34; “Niñas Yean y Bosico”, sentencia de 8 de septiembre de 2005, párr. 78; “de las Hermanas Serrano Cruz”, sentencia de 23 de noviembre de 2004, párr. 74; “Almonacid Arellano”, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párr. 45; “García Prieto”, sentencia de 20 de noviembre de 2007, párr. 41; “Radilla Pacheco”, sentencia de 23 de noviembre de 2009, párr. 14.

(60) Aplicación de esta potestad se observa en el caso “Vélez Loor”, en el que se había cuestionado la competencia de la Corte IDH para conocer de violaciones a la Convención contra la Tortura. Por ello expresó allí que “*Si bien el art. 8° de la Convención contra la Tortura* (Este precepto dispone respecto a la competencia para aplicarla que “una vez agotado el ordenamiento jurídico interno del respectivo Estado y los recursos que éste prevé, el caso podrá ser sometido a instancias internacionales cuya competencia haya sido aceptada por ese Estado” al que se atribuye la violación de dicho tratado) *no menciona explícitamente a la Corte Interamericana, este Tribunal se ha referido a su propia competencia para interpretar y aplicar dicha Convención, en base a un medio de interpretación complementario, como son los trabajos preparatorios, ante la posible ambigüedad de la disposición*”, Corte IDH, casos “Vélez Loor c. Panamá”, cit., párr. 33; y “González y otras” (“Campo Algodonero”), cit., párr. 51.

(61) Desde esta vertiente ha dicho el profesor Nogueira Alcalá que en Chile las reglas derivadas de la Convención Americana son normas internacionales incorporadas al derecho interno por lo cual deben ser aplicadas por la jurisdicción local como fuente del ordenamiento jurídico del país, además de ser normas internacionales cuyo intérprete supremo es la Corte de San José. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “Los desafíos de la sentencia de la Corte interamericana en el caso Almonacid Arellano”, *Revista Ius et Praxis*, 12[2]:363-364, 2006.

(62) ABRAMOVICH, Víctor, “Comentarios sobre el ‘Caso Fontevecchia’”, 17 de febrero de 2017, CJDH UNLA.

(63) HITTERS, Juan Carlos, “La responsabilidad del Estado por violación de Tratados Internacionales”, *Revista Estudios Constitucionales*, año 5, nro. 1, Universidad de Talca, 2007, ps. 208 y ss.

(64) Al respecto, debe recordarse, como lo ha establecido el mencionado cuerpo regional que “el Estado es el principal garante de los derechos humanos de las personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno [...], antes de tener que responder ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano, lo cual deriva del carácter subsidiario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas nacionales de garantías de los derechos huma-

nos” (Conf. Corte IDH, “Caso Acevedo Jaramillo y otros c. Perú”, Sentencia de 7 de febrero de 2006, Serie C No. 144, párr. 66), Corte IDH, “Caso Brewer Carías c. Venezuela”, Sentencia de 26 de mayo de 2014. Serie C nro. 278, voto conjunto disidente los jueces Manuel E. Ventura Robles y Eduardo Ferrer MacGregor Poisot, párr. 63.

(65) La misma consiste en una técnica hermenéutica por medio de la cual las reglas contenidas en las cartas magnas locales son “armonizadas” con los postulados y principios que surgen de los tratados de derechos humanos. Hablamos de tratados constitucionalizados.

(66) Corte IDH, “Caso Genie Lacayo c. Nicaragua”, Sentencia de 29 de enero de 1997, Serie C nro. 30.

(67) DÍAZ CREGO, María, “Margen de apreciación nacional”, en “Diccionario Iberoamericano de Derechos Humanos y Fundamentales”, Universidad de Alcalá, Última actualización: 09/05/2011, (http://diccionario.Pradpi.org/inicio/indez.php/términos_pub/view/94).

(68) Como vimos esta es la teoría que manejó el Dr. Fayt en sus votos de Simón, Mazzeo y Bulacio, entre otros.

(69) Aunque en puridad de verdad fue la ex Comisión Europea de Derechos Humanos la que hizo expresa referencia a tal corriente, hundiendo sus raíces en la idea del *marge d’appréciation* aplicada por el Consejo de Estado Francés. DÍAS GREGO, “Margen...”, ob. cit.

(70) Véase GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “El control judicial interno de convencionalidad”, en *IUS, Revista del*

De todos modos lo cierto es que tal cual ya lo expresamos, sería conveniente “flexibilizar” en lo posible esa posición que impone la supremacía convencional o interpretación jerárquica, por el “principio de la coordinación” entre los sistemas nacionales e internacionales y viceversa (71), esto es lo que ha dado en llamarse *diálogo jurisprudencial* entre justicia local y la internacional (72).

Un ejemplo que ha dado la Corte interamericana sobre la aplicación del margen de apreciación nacional fue en el caso “Castañeda Gutman c. México” (73), donde “permitió” que la Dirección del Gobierno y su actividad democrática interior sea competencia exclusiva del Estado mexicano, en ciertos temas electorales (74).

Sin embargo asuntos como en el caso “Gelman c. Uruguay” (75) el cuerpo regional de marras le negó a la Suprema Corte (76) de ese país la posibilidad de poner en juego el margen de apreciación nacional. Ello ocurrió cuando el tribunal interamericano se ocupó del problema en la Supervisión de Cumplimiento de Sentencia (77), sosteniendo que ese país debía acatar el fallo dictado por ella.

Este fue un caso muy similar a “Fontevicchia - Ministerio” (78), ya que la Corte IDH entendió que la Suprema Corte oriental no había acatado su fallo “Gelman c. Uruguay”.

VI. Consecuencias jurídicas de la falta de anulación

Al haber rechazado la Corte Suprema en el año 2011 la posibilidad de *dejar sin efecto su fallo del 2001* (79), quedan dos decisorios firmes que encierran una contradicción.

El tribunal cimero argentino había condenado en el año 2001 a los accionados por violación al derecho a la integridad moral, el honor y la intimidad de las personas (arts. 14°, 19° y 33° Constitución Nacional, 17° párrs. 1° y 2° del Pacto Internacional de los Derechos Políticos y Civiles; y 2° y 3° de la CADH), y a pagar una indemnización a favor del ex Presidente Carlos Menem.

La Corte IDH en el 2011 hizo lugar a la demanda contra el Estado argentino y dispuso dejar sin efecto aquella “*condena civil*”, así como todas sus consecuencias. Recuérdese que en la vía doméstica se había dispuesto indemnizar a Carlos Menem, y que el tribunal supranacional dijo que tal reparación era improcedente. Esto implicó que al haber abonado el Estado la indemnización correspondiente por la sentencia del año 2001, luego y como consecuencia

de ello, tal pago puede verse como un enriquecimiento (sin causa) en virtud de lo dispuesto en el art. 1794 del Código Civil, lo que podría potenciar al Estado a llevar a cabo la repetición (80).

Lo cierto es que como acabamos de sostener, y pese a la interpretación de la Corte Argentina (81), la contradicción sería: por un lado pagarle a Menem (fallo Corte Suprema, 2001), y por otra parte el Estado Nacional debe entregar las sumas reconocidas en el fallo regional (82).

Si esto se acata a pie juntillas el Estado estaría haciendo un pago indebido.

VII. La controvertida interpretación del tribunal supremo nacional

Este órgano judicial llevó a cabo una forzada interpretación del sistema interamericano —creemos—, para llegar a la conclusión de que no puede ser obligado a “dejar sin efecto” los pronunciamientos que él emite.

A nuestro modo de ver las reglas regionales *no necesitan ningún tipo de interpretación*, pues el art. 63.1 es muy claro al sostener que cuando hubo violación la Corte IDH puede disponer que se garantice al lesionado el goce de su derecho o libertad vulnerados, y si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias y el pago de una indemnización. Y justamente en la frase “*que se reparen las consecuencias*” está incluida la posibilidad de “*dejar sin efecto*” un decisorio local (*in claris non fit interpretatio*).

Ello así, pues “*anulando*” o “*revocando*” una sentencia local deficitaria se reparan las consecuencias y se puede indemnizar a la víctima.

No obstante eso —y a todo evento— si fuese imprescindible una hermenéutica, nos parece que la que ejerció la Corte Suprema es muy discutible, y creemos que los casos que cita no se acomodan al caso analizado.

Como sabemos, se parte de la base del art. 27 de la Constitución Nacional para llegar —a través de los arts. 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados— al resultado de la imposibilidad de revocar o anular, por mandato de la Corte IDH, los fallos domésticos.

Vemos que aquí también hay un hueco argumental en nuestro tribunal argentino, porque si bien es cierto que la Convención de Viena ilumina el Derecho de los Tratados, no lo es menos, que ese cuerpo nor-

mativo apunta especialmente a los convenios entre países, y no específicamente a los atinentes a los Derechos Humanos, que como lo expresamos precisan de una interpretación muy afinada teniendo en cuenta la materia sobre la que se ocupan.

Desde esa vertiente pensamos que al “cambiar” la Corte nacional su anterior jurisprudencia se ha inaplicado el *principio de no regresividad*, el cual establece que no debe crearse o modificarse normativa o postulados que vengán a reducir la pantalla protectora ya existente.

Esto es por vía del principio, pues obviamente, no significa que un tribunal no pueda alterar sus criterios cuando lo considere necesario; pero debe tenerse mucho cuidado en el campo de derechos humanos.

En efecto, si tenemos en cuenta que ese cuerpo jurisdiccional en “Kimel” abrió la posibilidad de ‘dejar sin efecto sus sentencias’, resulta que ahora ha puesto en discusión ese postulado, lo que implica una regresión (no regresividad).

En el consid. 12° dice el tribunal supremo argentino que dejar sin efecto una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, importa acudir a un mecanismo reparatorio que no se encuentra previsto por el texto convencional, agregando que el análisis “textual” —gramatical— es fundamental, puesto que la letra de los tratados determina los límites de la competencia remedial.

Deduco del art. 31 de la Convención de Viena que los organismos internacionales poseen competencia limitada, de la manera prescrita en los instrumentos que los han constituido, y carecen de jurisdicción para seleccionar los remedios que quieran; y por lo que a tenor literal del art. 63.1 de la Convención, se entiende que el Tribunal regional no está en condiciones de disponer tal ‘amputación’ a una sentencia dictada en sede nacional (83).

Observando la problemática interpretativa desde la ventana del el Pacto de San José y de la jurisprudencia interamericana, debemos reiterar que cuando la Corte doméstica se niega a modificar su propio fallo *achica la tutela internacional* dándole prioridad a una norma interna (art. 27 de la Constitución Nacional) (84), en infracción al art. 27 de la Convención de Viena ya aludida.

La clave de bóveda para evitar desenfoces es no olvidar la doctrina legal del propio tribunal del sistema regional donde se sostiene que para interpretar una convención sobre derechos humanos, hay que

tener en cuenta tres elementos fundamentales: 1. el propio tratado, 2. el *ius cogens*, y 3. la jurisprudencia de la Corte IDH.

Estas doctrinas fueron ratificadas por las Opiniones Consultivas OC-3/83 (85) y OC-8/87 (86) donde —ya lo adelantamos— se llega a la conclusión que el sistema de la Convención Americana está dirigido a reconocer derechos y libertades a las personas y no a facultar a los Estados para hacerlo. Cada uno de los Convenios sobre derechos humanos debe analizarse teniendo como base el objeto y fin de los mismos. Por ello dijimos que nuestro Tribunal Supremo ha desinterpretado lo dicho por la Corte IDH en “Perozo”, “Genie Lacayo”, “Aloeboetoe” y “Blake” (87), entre otros.

Veamos, cuando la Corte Suprema trae a colación los casos “Aloeboetoe” y “Blake” para llegar a la conclusión que “el mecanismo reparatorio no está regulado en la CADH, importa poner de relieve que *en ambos asuntos la situación fáctica era muy distinta a la aquí analizada*, pues en sendos precedentes la *restitutio* no fue posible, pues las víctimas habían fallecido.

El primero de ellos abordaba entre otras la cuestión de la desaparición forzada de Nicholas Blake (88), de ahí que la “revisión” no era factible, aunque sí la indemnización compensatoria a los familiares.

En el caso “Aloeboetoe” (89) se trataba de cinco campesinos que vivían alejados de los centros urbanos —*cimarrones* se dice en el fallo— que fueron asesinados por las fuerzas militares de Surinam. Allí tampoco fue posible la *restitutio in integrum* (90), por eso se indemnizó a los deudos.

La Corte Suprema (91) haciendo referencia al caso “Perozo” (92) sostiene que el sistema interamericano se autodefine como subsidiario y que el cuerpo jurisdiccional regional no constituye una “cuarta instancia” que revisa o anula fallos internos. Si bien ello es cierto, creemos que el citado expediente contra Venezuela tampoco es cabalmente aplicable al caso que no ocupa, porque allí la Corte IDH no pudo juzgar el fondo pues *no se habían agotado, en ese momento los recursos internos* (art. 46.1), ya que el Estado no tenía concluidas las investigaciones (civiles y penales) en sede local (93). Por eso dice la Corte IDH que ella sólo interviene “después” de que el país ha tenido la oportunidad de conocer (94).

Obsérvese que en “Ministerio-Fontevicchia” las actuaciones *concluyeron en Argentina*, fueron abordadas luego en la Comisión Interamericana y posteriormente falladas por la Corte regional; mientras que

{ NOTAS }

Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, A.C., vol. V, nro. 28, diciembre de 2011, Puebla, México.

(71) CARPIZO, Enrique, “El control de convencionalidad y su relación con el sistema constitucional Mexicano. Hacia una simple actividad protectora de los derechos humanos”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XLVI, nro. 138, sept.-dic. de 2013, ps. 939-971.

(72) NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “El diálogo jurisdiccional entre tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile”, Ponencia del XXV Congreso Argentino de Derecho Internacional, La Plata, Argentina, organizado por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de las Universidades Nacional de La Plata, Católica de La Plata y Universidad del Este, septiembre de 2013.

(73) Sentencia de 6 de agosto de 2008.

(74) CARPIZO, Enrique, “El control de convencionalidad...”, ob. cit.

(75) Corte IDH, “Caso Gelman c. Uruguay”, Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C nro. 221, párrs. 241 a 246.

(76) Caso “M. L., J. F. F., O. Denuncia excepción de inconstitucionalidad”, IUE -II- 109971/2011. Sentencia del 18/02/2013, por mayoría.

(77) Caso “Gelman c. Uruguay”, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución del 20 de marzo de 2013, párr. 69.

(78) Similar pero no idéntico, porque la Corte Uruguaya, a diferencia de la Argentina le había negado valor vinculante al pronunciamiento de la Corte Interamericana sobre el tema.

(79) CNJN, 324:2985, del 25/09/2001 (cit.).

(80) Como dice Palacio de Caero “aquí se torna importante indagar acerca de un resarcimiento por parte del Estado nacional debido a sumas pagadas a un tercero que finalmente se benefició. A resultar condenas patrimoniales aquél debe tener la posibilidad de resarcirse, pero tal contingencia se torna imposible al mantenerse la autoridad de la cosa juzgada interna en el caso ‘Menem...’, cuyos efectos fueron dejados sin efecto y anulados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, PALACIO de CAEIRO, Silvina, “El cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, LA LEY 08/03/2017, p. 21.

(81) Véase voto del Dr. Maqueda, consid. 6°.

(82) Conforme a lo dispuesto en la sentencia regio-

nal y en la última Supervisión de la Corte del 29-11-2016, Punto Resolutivo 1.d.

(83) Consid. 13°, voto de la mayoría.

(84) Piza Escalante, su voto separado en Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984.

(85) Corte IDH, 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, párrafo 48.

(86) Corte IDH, El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (Arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-8/87 de 30 de enero de 1987, Serie A nro. 8, párrs. 4-21.

(87) CS, fallo “Ministerio del Interior...” (cit.), consid. 15°.

(88) Corte IDH, “Caso Blake c. Guatemala”, Sentencia de 24 de enero de 1998, Serie C nro. 36.

(89) Corte IDH, “Caso Aloeboetoe y otros c. Surinam”, Sentencia de 4 de diciembre de 1991, Serie C nro. 11.

(90) Dijo la Corte IDH en lo que hace al derecho a la vida no es posible devolver su goce a las víctimas. En

estos casos la reparación debe asumir otras formas reparatorias, como la reparación pecuniaria (Corte IDH, “Caso Aloeboetoe y otros c. Surinam”, Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C nro. 1e, párrs. 49 y 50).

(91) Consid. 8°.

(92) Corte IDH, “Caso Perozo y otros c. Venezuela”, Sentencia de 28 de enero de 2009, Serie C nro. 195, párr. 64.

(93) Para entender en profundidad este expediente que cita la Corte argentina como fundamento de su decisión, conviene conocer en profundidad las circunstancias fácticas. En efecto, los hechos se refieren a una serie de actos y omisiones, ocurridos entre octubre de 2001 y agosto de 2005, consistentes en declaraciones de funcionarios públicos, actos de hostigamiento agresiones físicas y verbales, y obstaculizaciones a las labores periodísticas, cometidos por agentes estatales y particulares en perjuicio de 44 personas vinculadas al canal de Televisión Globovisión, entre ellas figuran periodistas, personal técnico asociados, empleados, directivos y accionistas. Corte IDH, “Caso Perozo” (cit.), párr. 64.

(94) Corte IDH, “Caso Perozo” (cit.), párrs. 65 a 74.

en “Perozo” —como ya se dijo— faltaban una serie de investigaciones domésticas y por ende el proceso no estaba concluido (95) (véase CS, “Ministerio”, cit., consid. 8°).

Algo similar ha sucedido en *Genie Lacayo* (96) donde finalmente el Estado nicaragüense fue condenado por obstaculizar la investigación policial y por una demora no razonable en el proceso (arts. 8.1 y 1.1 de la CADH). Aquí la investigación —como en “Perozo”— *no había sido concluida* (97), por ello expresó que la Corte supranacional (98) que “...carece de competencia para subsanar... violaciones en el ámbito interno...” (99).

En síntesis digamos por un lado que el art. 63.1 de la CADH es muy claro, y no hacía falta más que aplicarlo. Si hubo violación, la Corte IDH debe disponer que ‘se deje sin efecto’ el fallo doméstico.

Por otro lado si a todo evento se necesitaba una interpretación, no es pertinente partir sólo de la “letra” (mirada gramatical) de la Convención de Viena (arts. 31 y 32) ni acudir a los Trabajos Preparatorios del Pacto de San José (100) (véase CS, “Ministerio”, cit., consid. 12°), más correcto hubiese sido ejercitar la interpretación evolutiva de los Tratados sobre Derechos Humanos que ha hecho el cuerpo judicial de la región (arts. 26 y 29 de dicho instrumento y Opiniones Consultivas 3, 8 y 9 de la Corte IDH).

VIII. Imposibilidad de incumplir un Fallo de la Corte IDH. El caso “Radilla Pacheco”

Un ejemplo de lo que venimos marcando lo tenemos en los Estados Unidos de México cuando la Corte Interamericana, en el caso “Radilla Pacheco” (101), condenó a ese país por la violación de varios derechos consignados en la CADH, ordenando reformar el art. 57 del Código de Justicia Militar referente a la imposibilidad de juzgar a los civiles en dicho fuero (102). Tal apertura ha implicado que esa Nación reformara su propia Carta Magna Nacional (103), incluyendo en su art. 1° la problemática de los Derechos Humanos (104).

La Suprema Corte al analizar el pronunciamiento condenatorio, aceptó el control

difuso de “constitucionalidad” y también la inspección difusa (105) de “convencionalidad” (106).

Quedó en claro que la sentencia del Tribunal regional es *obligatoria para México y, por ende, deben ser cumplidas en su totalidad*.

Como expresa Ferrer Mac-Gregor (107) “la Suprema Corte de Justicia al decidir sobre el cumplimiento del caso ‘Radilla Pacheco’ el 14 de julio de 2011 y que el propio Presidente de dicho Tribunal calificó como un asunto ‘histórico’, realizó interpretaciones constitucionales de gran calado para el sistema jurídico mexicano, apoyándose en gran medida en los nuevos contenidos normativos del vigente artículo 1° constitucional”. Uno de los criterios principales que deriva de dicho asunto es la *obligatoriedad de las sentencias condenatorias de la Corte IDH* en los temas donde esa nación ha sido parte; por lo que no pueden ser objeto de revisión por la el supremo cuerpo judicial del país, ni siquiera cuando se trata de reservas o declaraciones interpretativas formuladas en su momento por el Estado mexicano.

IX. Conclusiones

Para finalizar y en forma estenográfica queremos poner de resalto que el fallo del supremo tribunal argentino fue elaborado sobre la base de una serie de argumentos muy meditados, empero, respetuosamente, creemos que ha significado para el sistema interamericano *un retroceso*, pues al limitar el poder rectificatorio de la Corte IDH, queda minimizada la tutela que surge de los tratados internacionales a los que el país se ha adherido. Ello así, habida cuenta de que, al desconocer la competencia de ese cuerpo jurisdiccional de la región, se ha vuelto de alguna manera al dualismo y además se ha afectado el principio de *no regresividad*.

El tribunal había reconocido hasta ahora la jurisdicción completa de la Corte con asiento en San José; empero el nuevo pronunciamiento de la mayoría sostiene que si bien los fallos de aquel cuerpo son obligatorios, estima que en determinadas circunstancias pueden carecer de “competencia” para fallar.

Ello implica que se ha partido de la base que para acatar en profundidad una sen-

tencia interamericana es preciso llevar a cabo en el orden doméstico una especie de *exequatur* para examinar si la Corte IDH ha tenido *competencia* para expedirse.

Lo que aquí está en juego, en puridad de verdad, es una errónea disputa de ‘competencia’ con el organismo regional, que es el que debe resolver la problemática por ser justamente el último intérprete del sistema de la región cuando están en juego normas internacionales (*kompetenz-kompetenz*) (108), tal cual ya lo hemos expresado.

El fallo interno sostiene que no puede ordenarse dejar sin efecto sus propios pronunciamientos, porque tal potestad no está contemplada en el art. 63.1 de la CADH ni en los trabajos preparatorios de la Convención.

Adelantamos ya que del análisis de la citada normativa puede inferirse sin hesitación que ese tribunal regional está expresamente facultado para dejar sin efecto providencias domésticas, ya que, al permitírsele disponer que “se reparen las consecuencias”, obviamente se lo potencia para anular las sentencias locales que violen la Convención.

No tenemos que olvidar que los tratados sobre Derechos Humanos tienen que ser interpretados, como sostiene la doctrina de la Corte IDH, conforme su objeto y fin; y que cuando el Estado se sujeta a este tipo de convenios, debe tener en consideración que alguna manera “limita” su propia soberanía en beneficio del modelo regional.

Resulta imposible —a nuestro entender— invocar lisa y llanamente el postulado del “margen de apreciación nacional”, pues el mismo tiene límites que finalmente dependen de la apreciación del último intérprete de los instrumentos internacionales como lo es la Corte IDH, que no resulta obviamente un organismo extranjero.

El tribunal argentino parte del art. 27 de la Constitución sosteniendo que los tratados con las potencias extranjeras deben estar en conformidad con los principios de derecho público establecidos en la Carta Magna y en consecuencia considera que la jurisdicción supranacional posee una esencia “subsidiaria” que le impide recibir órdenes del cuerpo jurisdiccional intera-

americano. Esta fundamentación ha sido tomada casi textualmente —sin haberlos citado— de los votos del Doctor Fayt en los casos “Arancibia Clavel” (consider. 15) y de “Bulacio”, “Espósito” (consider. 11 a 4) a los que ya hemos aludido.

Pensamos que tal argumentación infringe el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, pues la base hermenéutica del fallo se apoya en el concepto que la Corte Nacional es “suprema” en el ámbito de su competencia. Y esta idea de prelación doméstica se basa en el art. 27 de la Constitución del país, dado que la Corte es “suprema” y tal categoría —dice la sentencia— resulta ser un principio del derecho público de linaje constitucional que no puede infringirse.

Con ese criterio podría dejar de existir el control de convencionalidad y todo el modelo interamericano quedaría en falsete.

Lo que debe quedar bien en claro es que la Corte IDH y todo el esquema regional tienen como fuentes el *ius cogens* (costumbre internacional) y los tratados sobre Derechos Humanos, y que tales convenios son de distinta esencia a los que alude el art. 27 local y que no fueron ni siquiera pensados al redactar dicha regla magna.

De la forma en que la Corte Suprema juzgó el caso, se advierte que queda plasmada una contradicción, habida cuenta que el fallo nacional beneficia al ex presidente Menem y lo hace acreedor a una indemnización; mientras que la Corte IDH dice todo lo contrario.

Desde otro ángulo hemos pretendido poner de relieve que la Corte IDH en varios casos, entre ellos “Palamara Iribarne”, “Tristán Donoso”, “Bueno Alves”, “Kimel” y “Herreiro Ulloa”, ha dispuesto modificaciones a las sentencias locales, decisiones que han sido toleradas por los órganos jurisdiccionales domésticos, incluyendo a la Corte argentina.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha seguido las mismas aguas que la Corte IDH en el caso resuelto en el 12 de junio de 2014 (“Príncipe de Mónaco - Grimaldi”) (109), en una temática similar a “Fontevicchia” sobre libertad de expresión.

{ NOTAS }

(95) Por eso la Corte dijo que en el futuro “...El Estado debe conducir eficazmente y dentro de un plazo razonable las investigaciones y procesos penales abiertos a nivel interno que se encuentran en trámite, así como los que se abran en lo sucesivo, para determinar las correspondientes responsabilidades por los hechos de este caso y aplicar las consecuencias que la ley prevea...” véase Corte IDH, “Caso Perozo” (cit.), puntos resolutivos, párr. 426.11.

(96) Los hechos ocurrieron el 28 de octubre de 1990, Jean Paul Genie Lacayo, de 16 años de edad y residente en la ciudad de Managua, se dirigía en automóvil a su domicilio en el reparto Las Colinas. Cuando conducía en la carretera se encontró con una caravana de vehículos con efectivos militares quienes, al ver que los trataba de sobrepasar, le dispararon con sus armas. Luego de ello Jean Paul Genie Lacayo fue abandonado en la carretera y murió de *shock* hipovolémico a consecuencia de la hemorragia. Sus familiares presentaron una serie de recursos ante instancias administrativas, policiales, judiciales y militares, todos ellos dirigidos a investigar y sancionar a los responsables de la muerte de Jean Paul Genie Lacayo. No obstante, existieron numerosos obstáculos en la investigación, y no se llegó a identificar y sancionar a los autores (Corte IDH, “Caso Genie Lacayo c. Nicaragua”, Sentencia de 29 de enero de 1997, Serie C nro. 30).

(97) Por eso señaló que “...Finalmente de acuerdo con el derecho internacional general, la Corte Interamericana no tiene el carácter de tribunal de apelación o de casación de los organismos jurisdiccionales de carácter nacional; sólo puede en este caso, señalar las violaciones procesales de los derechos consagrados en la Convención que hayan perjudicado al señor Raymond Genie

Peñalba, que es el afectado en este asunto, pero carece de competencia para subsanar dichas violaciones en el ámbito interno, lo que corresponde hacer, según se ha expresado anteriormente, a la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua al resolver el recurso de casación que se encuentra pendiente...”, Corte IDH, “Caso Genie Lacayo” (cit.), párr. 94.

(98) Corte IDH, “Caso Genie Lacayo” (cit.), párr. 94.

(99) Contra ese fallo se interpuso un recurso de revisión que fue desestimado por la Corte Interamericana, pero ahí sostuvo en un voto disidente el juez Antonio Cancado Trindade: “...Cuando la Corte establece la violación de una o más disposiciones de la Convención, surge la obligación del Estado de cumplir con el fallo de la Corte, a la cual corresponde el derecho del individuo demandante de requerir que su fallo sea cumplido” Corte IDH, “Caso Genie Lacayo”, 13 de septiembre de 1997, párr. 26 *in fine*.

(100) La Conferencia Especializada se celebró en San José, Costa Rica, en noviembre de 1969, cuando todavía ni siquiera funcionaba —obviamente— la Corte IDH. Aunque en dichas sesiones se contempló —como ya pusimos de relieve— después no se reflejó expresamente en el Pacto. Véase Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, Secretaría General, Organización de los Estados Americanos, (cit.).

(101) Corte IDH, “Caso Radilla Pacheco c. México”, Sentencia de 23 de noviembre de 2009, Serie C nro. 209.

(102) Corte IDH, “Caso Radilla Pacheco c. México”, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución de la Corte IDH 19 de mayo de 2011, párr. 58. 2. c). Dijo allí que el país debía “adoptar, en un plazo razonable, las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar el art. 57 del Código de Justicia Militar con los estándares

internacionales en la materia y con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (punto resolutivo décimo y consider. 20 a 22)”.

(103) Véase el libro de los autores FERRER MAC-GREGOR, Eduardo - SILVA GARCÍA, Fernando, “El caso ‘Castañeda Gutman’ ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, Ed. Porrúa - Universidad Nacional Autónoma de México, año 2009; allí se estudia en profundidad el asunto de referencia.

(104) En su art. 1° dispone: “En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece [...] Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia [...] Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley [...] Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes [...] Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las

condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas” (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 5 de febrero de 1917, modificada el 10 de junio de 2011, publicada en el DOF el 10 de junio de 2011).

(105) De ello resulta que ahora todos los jueces de México deben inspeccionar la compatibilidad de las leyes internas, con las de la CADH en los asuntos en los que están involucrados.

(106) Corte IDH, “Caso Cabrera García y Montiel Flores c. México”, Sentencia de 26 de noviembre de 2010, Serie C nro. 220.

(107) Véase el trabajo de Eduardo FERRER MAC-GREGOR, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad”, ob. cit., ps. 163, 339-429.

(108) Véase NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (“Los desafíos de la sentencia de la Corte interamericana en el caso ‘Almonacid Arellano’”, ob. cit.), donde señala que “...el juez nacional, al resolver los casos específicos de los cuales conoce en el ámbito de su competencia, puede y debe realizar la interpretación de las normas convencionales incorporadas al derecho interno en clave convencional, debiendo necesariamente tener en cuenta la jurisprudencia de la Corte Interamericana”.

(109) Dijimos que el tema es muy parecido a Fontevicchia ya que se trató de un decisorio de la más alta jerarquía jurisdiccional francesa que había condenado a la revista *Paris Match* por haber revelado la existencia de un hijo extramatrimonial del Príncipe de Mónaco. La abogada de esa editora, Marie Christine de Persin, remarcó justamente la diferencia que existe entre las personas

El pronunciamiento mayoritario argentino del 2011 —Ministerio de Relaciones Exteriores (“Fontevicchia”)— desinterpretó —creemos— a la CADH y seguramente cuando la Corte regional se ocupe nuevamente del tema —no nos olvidemos que ya realizó dos Supervisiones— condenará al Estado.

Coincidimos ampliamente con el voto minoritario del Dr. Maqueda que sigue una postura que armoniza con sus propios y los precedentes de la Corte Suprema, en el sentido que los fallos interamericanos deben cumplirse a cabalidad sin rodeos pues de lo contrario se incurre en responsabilidad internacional del Estado y en este caso

para acatar no hay otro remedio que dejar sin efecto.

En definitiva la problemática aquí planteada podría resolverse armonizando el derecho interno con el regional (diálogo) porque por ejemplo el pensamiento del Jurista Joaquín V. González —vertida hace muchas décadas— no puede invocarse hoy a rajatabla cuando a partir de la reforma de 1994 tenemos una Constitución convencionalizada (110) por ello hablamos de dialogar, armonizar. La Corte del país utilizó esta fraseología, pero finalmente tomó una decisión unilateral, dándole prioridad al derecho doméstico.

Aunque la frase “dejar sin efecto” parezca —y realmente lo es— demasiado fuerte, quizá sería mejor hablar de “adaptar” las sentencias locales a los fallos interamericanos. Técnicamente no es del todo correcto hablar ni de revocación (que implica una impugnación previa) ni de nulificación o invalidamiento, ya que la Corte IHD no es un organismo *ad quem* respecto a los tribunales locales (111), se trata de cuerpos jurisdiccionales distintos, que no tienen un relación jerárquica.

De todos modos no debemos olvidar que al dejar sin efecto, casi siempre se afectan derechos de tercero que no fueron parte en el sector interno. ●

Cita on line: AR/DOC/2033/2017

! MÁS INFORMACIÓN

Gullco, Hernán V., “Corte Suprema vs. Corte Interamericana: ¿quién debe tener la última palabra?”, LA LEY 27/04/2017, 5.

Gil Domínguez, Andrés, “Estado constitucional y convencional de derecho y control de convencionalidad”, LA LEY 03/04/2017, 1.

Santiago, Alfonso, “¿Desobediencia debida? ¿Quién tiene la última palabra?”, LA LEY 2017-A, 472, DFyP 2017 (abril), 145.

{ NOTAS }

públicas y quienes no lo son con referencia a la problemática aquí abordada. En un fallo unánime la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) declaró que Francia vulneró la libertad de expresión al condenar a la editorial Hachette Filipacchi y a la directora de la revista “Paris Match”, por publicar información de la vida privada del príncipe Alberto de Mónaco. El día 5 de mayo de 2005 la referida revista publicó una entre-

vista a Nicole Coste, madre soltera de un hijo del príncipe Alberto de Mónaco, agregando en su portada dos fotos del niño junto a su padre y su madre, razón por la cual se condenó al pago de 50.000 euros al Príncipe por concepto de indemnización. Los afectados recurrieron al TEDH argumentando que dicha condena vulneró el derecho a la libertad de expresión, consagrado en el art. 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos. Su

recurso fue acogido por la Quinta Sala del TEDH, ante lo cual Francia apeló. En su sentencia, la Gran Sala del TEDH sostuvo en lo grueso que tanto la editorial, como la directora de la revista “Paris Match”, contribuyeron a cubrir un asunto de interés público, dada la naturaleza hereditaria de las funciones del Jefe de Estado de Mónaco. TEDH, “Case of Couderc and Hachette Filipacchi Associés v. France”, *Application* n. 40454/2007, Estras-

burgo, 10 de noviembre 2015.

(110) SAGÜÉS, Néstor, “¿Puede válidamente la Corte Interamericana obligar a que una Corte Suprema Nacional deje sin efecto una sentencia suya?”, ED 272, 04/04/2017, nro. 14.155.

(111) HITTERS, Juan Carlos, “Técnica de los recursos extraordinarios y de la casación”, Librería Editora Plátense, 1998, 1ª ed., reimpresión 2002, p. 190.

NOTA A FALLO

Alimentos

Cuota provisoria. Obligación que no puede imponerse a los abuelos. Capacidad de los progenitores.

Hechos: La sentencia decidió fijar una cuota de alimentos provisionales a favor de

la menor a cargo de su padre y de su abuela. La Cámara la revocó parcialmente en cuanto a la obligación impuesta a esta última.

La imposición de alimentos provisionales a cargo de la abuela paterna del menor resulta prematura, ya que ambos progenitores cuentan con empleos remunerados y se trata de dos personas muy jóve-

nes que no parecen tener enfermedades ni impedimentos para redoblar sus esfuerzos en procura de producir las mejores condiciones económicas para la atención de su hija pequeña.

120.313 — CNCiv., sala M, 03/03/2017. - L. C., M. A. c. P., W. H. y otro s/ ART. 250 C.P.C - incidente familia.

[Cita on line: AR/JUR/8460/2017]

[El fallo *in extenso* puede consultarse en el Diario LA LEY del 13/06/2017, p. 5, Atención al Cliente, www.laleyonline.com.ar o en Proview]

Condena subsidiaria en materia de alimentos

Marcos M. Córdoba

SUMARIO: I. Introducción.— II. Comentario.

I. Introducción

La Sala M de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, integrada por las doctoras Elisa M. Díaz De Vivar, Mabel De Los Santos y María Isabel Benavente, juzgó en recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de la primera instancia que decidió fijar cuota de alimentos provisionales de cinco mil pesos a favor de una persona menor, estableciendo a cargo de su padre la cantidad de pesos tres mil y de su abuela dos mil. La decisión fue apelada por esta última.

Mediante concreta y fundamentada consideración el tribunal de la alzada resolvió revocar lo resuelto con relación a los alimentos provisionales de dos mil pesos cuyo pago se impuso a la abuela de la menor de autos, quedando a cargo del padre la cuota de cinco mil pesos fijada a favor de la menor.

II. Comentario

El pronunciamiento judicial que se comenta resuelve en materia que constituye problema social y legal que provoca la ocupación de los juristas desde época inmemorial.

Bossert expone que: “Sigue siendo un problema real y grave el incumplimiento en que incurren, con excesiva frecuencia, los deudores de alimentos; es innecesario señalar los graves perjuicios que ello implica para quienes necesitan esa cuota para atender a sus necesidades” (1).

Se sostiene que “Estadísticamente los procesos judiciales por demandas de alimentos ocupan el primer lugar en número entre los procesos de naturaleza civil.

Seguramente, la cantidad de condenas incumplidas también implica el mayor porcentaje, si se tienen en cuenta los incumplimientos totales y parciales” (2).

Es, entonces, la alerta efectuada por la doctrina lo que motiva la difusión de la producción doctrinaria útil a efectos de dar solución al problema social y jurídico expuesto con aquellos pronunciamientos que sean resultado de lo esperable por constituir la aplicación del Derecho establecido con relación a las circunstancias de la causa en que se aplican y en la medida y forma habilitadas por el conjunto de la estructura jurídica.

Expone la sentencia transcrita que el nuevo diseño, que causa la vigencia del Código Civil y Comercial, “acoge una innovación procesal que ya venía siendo debatida, esto es, la posibilidad de demandar simultáneamente al obligado principal (los progenitores) junto a los ascendientes, siempre que se acredite verosimilmente la dificultad del primero para cumplir con la obligación a su cargo”.

Agregando que “Se trata, por cierto, de una flexibilización desde el aspecto procesal, para una más rápida satisfacción del derecho de fondo vulnerado”.

El tribunal considera que “Esta norma constituye uno de los supuestos más claros donde se observa la interrelación entre el Derecho de fondo y el Derecho de forma o Procesal, es decir, en cómo los aspectos procesales deben estar en consonancia con las cuestiones de fondo”.

Lo expuesto implica estricta aplicación del derecho positivo vigente y, en consecuencia, satisfacción de la expectativa de resultado esperable.

Lo dicho, por cuanto el art. 2 del Código Civil y Comercial ordena que “La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”. Resalto: “modo coherente con todo el ordenamiento”.

Es que toda norma de la estructura jurídica aplicada individualmente presenta debilidad e insuficiencia. Por ello es que requieren ser in-

terpretadas en conjunto, de modo que pueda extraérseles la quintaesencia lógica de la suma de reglas, respetando en ello no sólo las jerarquías normativas, también la generalidad o especialidad de su contenido y el tiempo de sus vigencias.

Es que el Derecho se fortalece mediante abono que cada una de sus normas produce sobre las demás, creándose así un sistema interactivo de Derecho, que provee cohesión y coherencia normativa.

Ihering enseña que “hacer esto es la función de la doctrina autoral” (3), cuya expresión de fundamentos debe resultar de tal solvencia que incida en la producción legislativa y en la interpretación jurisprudencial.

En lo resuelto es necesario atender que el art. 668 del CCyC habilita a reclamar alimentos a los ascendientes en el mismo proceso en que se demanda a los progenitores, pero debe acreditarse verosimilmente las dificultades del actor para percibir los alimentos del progenitor obligado en grado preferente.

Esta norma fue receptada por la legislación como consecuencia que el 3 de noviembre del año 1993 la Honorable Cámara de Diputados Nación sancionó por unanimidad la Unificación de la Legislación Civil y Comercial cuyo proyecto fue redactado por la denominada Comisión Federal.

El artículo 319 de dicha sanción estableció que “El requirente de alimentos puede accionar simultáneamente, incluso, contra obligados de distinto orden. La sentencia impondrá el deber al más próximo y, en caso de que éste no pudiere satisfacerlo, a los que siguieren; o puede estable-

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) BOSSERT, Gustavo A., “Régimen Jurídico de los Alimentos”, Ed. Astrea, Bs. As., p. 517.

(2) CÓRDOBA, Marcos M. - VANELLA, Vilma R.,

“Necesidad de nuevas normas tendientes al cumplimiento del deber alimentario”, LA LEY, 1998-D, 1003

(3) Von IHERING, Rudolf, “El Espíritu del Derecho Romano”, Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 41.

cer una contribución entre parientes de igual o distinto llamamiento, teniendo en cuenta las posibilidades de cumplimiento de cada uno de ellos" (4).

Fue ella la que inspiró resoluciones judiciales que habilitaron la acción simultánea contra obligados de distinto orden debiendo determinarse en la sentencia que el deber corresponde en primer término al que el ordenamiento jurídico establece en la prelación de grados. Es decir que el más próximo des-

plaza a los siguientes en caso de poder cumplir la prestación.

Un cuarto de siglo demoró la norma propuesta en ser integrada al derecho positivo argentino, al igual que aquellas propuestas por la misma Comisión Federal y sancionadas en la misma oportunidad por la H.C.D.N. que con sus artículos 311 a 368 introdujo en el Derecho nacional las ideas recogidas por la Comisión redactora del Código Civil y Comercial de la Nación, entre

ellas la determinación de la extensión de la prestación alimentaria, el efecto retroactivo de la sentencia en los casos en que el obligado haya sido constituido en mora, que propuso el art. 315 de la sanción de 1993 y receptó el art 548, CCyC.

Se agrega a ello que el contenido del artículo 551 del Código vigente impone la solidaridad respecto del cumplimiento de deudas alimentarias a quien incumple la orden judicial de depositar la suma que debió descontar a su dependiente o a cualquier otro acreedor, que el proyecto de la Comisión Federal introdujo en el derecho argentino mediante la redacción del art 324 de su propuesta legislativa.

En términos generales resulta satisfactoria la aplicación del derecho vigente realizada en la construcción de la sentencia que se comenta por constituir una solución útil a la satisfacción de lo imprescindible para la sub-

sistencia y certera, en cuanto a lo esperable, por resultar la aplicación de lo exigible, según la imposición constitucional de legalidad.

Con invocación de destacada doctrina, acertadamente se sostiene que la obligación alimentaria de los abuelos es subsidiaria: se puede reclamar contra los abuelos, con el requisito de acreditar verosimilmente las dificultades o inconvenientes de percibir los alimentos del principal o principales obligados, que son los padres.

Es decir, la subsidiariedad legal no supone — correlativamente— una sucesividad procesal.

La evolución aquí expuesta en la materia proyecta hacia la mejora en la satisfacción de lo imprescindible para la subsistencia de los vulnerables. ●

Cita on line: AR/DOC/1222/2017

{ NOTAS }

(4) La Comisión Federal, creada por el Poder Legislativo de la Nación, fue integrada por Héctor Alegría, Jorge Horacio Alterini, Miguel C. Araya, María Artieda de Duré, Alberto Mario Azpeitía, Enrique C. Banchio, Alberto J. Bueres, Osvaldo Camisar, Marcos M. Córdoba, Rafael Manóvil, Luis Moisset de Españés,

Jorge Mosset Iturraspe, Juan Carlos Palmero, Ana Isabel Piaggi, Efraín H. Richard, Néstor E. Solari, Félix Trigo Represas, Ernesto Wayar. La redacción final del proyecto fue realizada por los doctores Héctor Alegría, Jorge H. Alterini, Alberto J. Bueres y Marcos M. Córdoba.

JURISPRUDENCIA

Riesgo creado

Caída de una persona de la puerta de un colectivo tras la decisión de no emprender el viaje. Maniobra imprudente del chofer. Inaplicabilidad del art. 184 del Código de Comercio. Aplicación de la teoría del riesgo creado. Recepción en el Código Civil y Comercial. Indemnización

Hechos: Una persona preguntó al chofer de un colectivo el recorrido y decidió no viajar. Cuando intentaba descender por la puerta delantera el chofer emprendió la marcha y aquella cayó en la vía pública. Intentada acción de daños, la sentencia admitió la pretensión. La Cámara elevó el monto de condena.

1.- La demanda de daños intentada por quien cayó de un colectivo cuando el chofer emprendió la marcha sin aguardar la finalización del descenso de la víctima, quien decidió no viajar luego de preguntar a aquél el recorrido, debe admitirse, ya que los demandados no acreditaron que el hecho se produjo por la culpa de la víctima o de un tercero por quien no deban responder, con fundamento en la teoría del riesgo creado prevista en el art. 1113, segunda parte *in fine* del Código Civil derogado, que encuentra su correlato en los arts. 1722, 1725, 1737, 1749, srgtes. y conc. del Código Civil y Comercial.

2.- El art. 184 del Código de Comercio es inaplicable a una acción de daños intentada por una persona que cayó de la puerta de un colectivo cuando el chofer emprendió la marcha luego de que aquella preguntara el recorrido y decidiera no viajar, pues, en tales circunstancias, no llegó a convertirse en pasajera.

120.314 — CNCiv., sala D, 16/02/2017. - Montequin Cifuentes, María Luisa Elvira c. Dota S.A. de Transporte Automotor y otros s/ daños y perjuicios.

[Cita on line: AR/JUR/3054/2017]

COSTAS
Se imponen a las demandadas y citadas en garantía que resultaron sustancialmente vencidas.

INTERESES
Desde la fecha del accidente hasta el efectivo pago a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a 30 días del Banco de la Nación Argentina.

2ª Instancia.- Buenos Aires, febrero 16 de 2017.

¿Es ajustada a derecho la sentencia apelada?

La doctora *Barbieri* dijo:

I. Apelación y agravios

La parte actora apeló la sentencia a fs. 280, recurso que fue concedido libremente a fs. 281. Expresó agravios a fs. 308/17 cuyo traslado fue contestado por las contrapartes a fs. 324. Se queja de los reducidos montos acordados para resarcir la incapacidad física y psíquica sobreviniente, el tratamiento psicológico y los gastos de asistencia médica, farmacia y de traslados.

La parte demandada y la citada en garantía apelaron la sentencia a fs. 283 con recurso concedido libremente a fs. 286. Expresaron agravios a fs. 319/22 cuyo traslado fue respondido por la parte actora a fs. 325/7. Cuestionaron la decisión del sentenciante en cuanto atribuyó la responsabilidad total del evento a sus mandantes.

Refieren que estaba en cabeza de la parte actora probar la responsabilidad del chofer en el hecho. Que no ha aportado declaración testimonial que avale sus dichos ni su versión de los hechos por lo que en definitiva no se ha probado la mecánica del accidente en forma fehaciente ni la supuesta negligencia del chofer demandado. Alegan que por el contrario, se acreditó la culpa de la víctima. Criticaron además los montos acordados para resarcir la incapacidad sobreviniente, el daño moral y los gastos médicos por considerarlos excesivos. Asimismo se quejan de la extensión de la condena a la citada en garantía en tanto dicen que el “*a quo*” aplicó al caso la doctrina plenaria sentada en el fallo “Obarrio”, no contemplando la franquicia pactada en la póliza de seguros y denunciada en autos. Por

último discrepan con la tasa de interés fijada por el sentenciante solicitando se modifique y se establezca que una tasa pura del 6% anual o tasa pasiva desde el hecho hasta la condena firme y recién desde allí la tasa activa.

II. La sentencia

A fs. 269/79 se dictó sentencia admitiendo la demanda interpuesta por la actora, condenando a DOTA S.A. de Transporte Automotor y Armando Luis Flores a abonar al accionante la suma de \$111.300 con más los intereses y las costas del proceso. Asimismo, hizo extensiva la condena a la aseguradora Argos Mutual de Seguros del Transporte Público de Pasajeros, declarando la inoponibilidad de la franquicia denunciada. Por último, reguló los honorarios de los profesionales intervinientes.

Consideró probados los hechos en los que la actora sustentó su pretensión. Tuvo por acreditada la producción del accidente y las lesiones sufridas por la Sra. Montequin, sin que los demandados hayan desplegado actividad alguna que permita enervar la responsabilidad que objetivamente le impone el art. 184 del Código de Comercio.

Concedió la cantidad de \$75.000 en concepto de incapacidad sobreviniente, \$4.800 para un tratamiento psicológico, \$30.000 en concepto de daño moral y \$1.500 para cubrir los gastos de atención médica, traslados y medicamentos.

III. La solución

En primer lugar debo señalar que conforme ha sido sostenido reiteradamente, no me encuentro obligada a analizar todas y cada una de las argumentaciones de las partes, sino tan sólo aquellas que sean conducentes y posean relevancia para decidir el caso (CSJN, Fallos: 258:304; 262:222; 265:301; 272:225, etc.).

Asimismo, en sentido análogo, tampoco es obligación del juzgador ponderar todas las pruebas agregadas, sino aquellas que estime apropiadas para resolver el caso (CSJN, Fallos: 274:113; 280:320; 144:611).

a) Atribución de responsabilidad:

Como dijéramos anteriormente, la parte demandada y citada en garantía cuestionaron la decisión de la sentenciante en cuanto atribuyó la responsabilidad total del evento a sus representadas.

Brevemente recordemos que el reclamo fue efectuado por la actora, María Luisa Elvira Montequin Cifuentes, en virtud de los daños y perjuicios padecidos el día 23 de octubre de 2009, a las 11:20 hs. aproximadamente en ocasión en que la

reclamante ascendiera al colectivo de la línea 44 interno 211 se acercó al chofer para consultarle al chofer sobre el recorrido. Indica que ante la respuesta afirmativa del conductor se dirigió hacia la máquina expendedora y antes de abonar el pasaje, el demandado se apuró en informarle que no circulaba por la avenida San Martín, sino que cruzaba esa arteria, razón por la cual decidió descender de la unidad. Afirma que inició la bajada por la puerta delantera y antes de concluirlo, de manera inesperada el conductor del colectivo inició la marcha, arrancando de manera brusca e imprudente con la puerta abierta, por lo cual la actora perdió el equilibrio cayendo sobre el cordón de la acera, sufriendo politraumatismos varios.

Recordemos también que las demandadas y la aseguradora admitieron la ocurrencia del hecho en el día y hora señalados por la actora, aunque efectuaron un relato de los hechos diferente indicando que la Sra. Montequin subió el primer escalón y consultó al chofer si iba por la avenida San Martín, respondiéndosele que la dejaría en San Martín y Trelles, razón por la cual la actora decidió no viajar y en momentos en que estaba bajando del colectivo, perdió el equilibrio y cae sentada sobre la vereda. Concluyeron que el chofer la asistió y junto con un policía de la estación solicitaron la presencia del SAME. Entrando al fondo del asunto, he de precisar que en el caso la propia demandante señaló no haber perfeccionado el contrato con la demandada, ascendió al colectivo y por su propia voluntad decidió no viajar, pues el recorrido que ofrece la línea en cuestión, al parecer, no era de su conveniencia.

Es por ello que en atención a la particularidad del caso, entiendo que no corresponde la aplicación del art. 184 del Código de Comercio, pues la Sra. Montequin no llegó a convertirse en pasajera de ese colectivo.

Frente a ello, sabido es que el art. 1113, segunda parte “*in fine*” del Cód. Civil vigente a la época del accidente de esta *litis* (y que encuentra su correlato en los arts. 1722, 1725, 1737, 1749, srgtes. y conc. del Cód. Civil y Comercial) ha incorporado al ordenamiento normativo como fuente de responsabilidad, el riesgo creado. Cuando el daño se produce por el riesgo o vicio de la cosa, o sea cuando aquél se origina en virtud de que ha actuado una cosa que presenta riesgo o vicio, la responsabilidad está a cargo del dueño y el guardián de la cosa que generó el daño, que sólo pueden eximirse probando que no existió o que se interrumpió la relación causal entre el hecho de la cosa y el daño causado.

Cuando se acciona por el art. 1113, 2a. parte *in fine* del Cód. Civil, corresponde a la parte actora demostrar cuatro presupuestos básicos: 1) La existencia del daño; 2) El carácter riesgoso o vicioso de la cosa individualizándola concre-

CUANTIFICACION DEL DAÑO

El hecho dañoso:
Caída de una persona de un colectivo

Referencias de la víctima:
Sexo: Femenino
Edad: 63 años
Estado civil: Divorciada
Actividad: Jubilada

Componentes del daño:

Daño extrapatrimonial	
Daño moral genérico:	\$100.000
Daño patrimonial	
Incapacidad sobreviniente:	\$400.000
Daños varios: Tratamiento psicológico	\$20.800
Gastos de atención médica, traslados y medicamentos	\$1.500

tamente y objetivando su riesgo o vicio; 3) Que el perjuicio obedece al riesgo o vicio de la cosa y 4), Que el demandado es dueño guardián de la cosa. En este sentido, cada dueño y cada guardián deben afrontar los daños causados a otro, salvo que demuestren la concurrencia de alguna excepción legalmente prevista.

Aceptada la teoría del riesgo, o de la llamada responsabilidad objetiva, cabe advertir que el dueño de la cosa sólo se exime de responsabilidad total o parcialmente acreditando la culpa de la víctima. Es decir, que no es a la actora, sino a la demandada a quien le incumbe alegar la responsabilidad total o parcial de la víctima como eximente de la suya. (CSJN - 16/06/1988 - *Bonadaro Alberdi de Inaudi, Martha A. y otros c. Empresa Ferrocarriles Argentinos* - LA LEY 1988-E, 431).

Así las cosas, las demandadas y su aseguradora —que insisto reconocieron la ocurrencia del accidente denunciado— se quejan de la forma en que el “*a quo*” atribuyó la responsabilidad. En especial critican la valoración de la prueba testimonial rendida en la causa penal. Exponen que el deponente prestó declaración en dos oportunidades en forma contradictoria, tachando al mismo de inconsistente.

Veamos las pruebas.

Se labraron actuaciones penales con motivo del accidente discutido en esta *litis* caratuladas “Flores Armando s/ Art. 94 CP” de la que surge según acta de fs. 1 que el personal policial a cargo de la misma —Cabo J. A. C.— se apersonó en el lugar y pudo dar con un testigo (V. F. L.) que espontáneamente manifestó haber observado el accidente mientras aguardaba un colectivo en la parada de la línea 63, motivo por el cual lo invitó a concurrir a la seccional policial a fin de recibirle declaración testimonial. L. sostuvo que “...una persona del sexo femenino...que se encontraba haciendo la cola de la línea 44, una vez que los pasajeros subieron, el declarante observó, que esta señora sube al primer escalón de la puerta delantera... al querer descender la señora, girando sobre su pie derecho hacia su izquierda, el colectivo arrancó, ocasionando que la señora pierda el equilibrio cayendo sobre el cordón de la vereda...el deponente se acercó hacia la mujer, comenzando a asistirle...”.

En la segunda declaración (mencionada por la recurrente en sus quejas) el deponente amplió su declaración agregando que “...se detiene una unidad de la línea 44, a unos 30 o 40 cm del cordón, ascienden varios pasajeros y por último una mujer que se ubica en el primer escalón dado a la cantidad de gente que había ascendiendo. Que ve que la misma dialoga algo con el chofer, no pudiendo advertir qué cosa, dada la distancia a que se ubicaba el deponente. Que luego de unos segundos dicha persona, tratándose de una mujer de unos 50 años... intenta descender del colectivo, agarrándose con su brazo derecho de la manija derecha de la unidad, su pie derecho en el escalón del mismo y con su otro pie parado en el cordón. Que en ese momento el conductor arranca la circulación por un trayecto de 1 metro y medio o dos metros, por lo que la mujer se “suelta” cayendo sentada sobre la vereda con los pies mirando hacia el paredón...”.

Sabido es que la valoración de este medio probatorio constituye una facultad propia de los magistrados quienes pueden muy bien inclinarse hacia aquellas declaraciones que les merecen mayor fe para iluminar los hechos de que se trate. Lo relevante es el grado de credibilidad de los dichos, en orden a las circunstancias personales de los testigos, razón de ser de su conocimiento, interés en el asunto y coherencia, requisitos que de no concurrir, total o parcialmente, autorizan a alegar sobre la idoneidad del declarante, (CNCIV, Sala B, 07/06/1990 “Pirelli Roberto A. c. Kinjoi Hidejoi”, LA LEY, 1991-C, 116 y ss.). Por ello a los fines de efectuar una correcta apreciación de los dichos de testigos hay que tener en consideración una serie de elementos esenciales: moralidad, madurez intelectual, sexo, disposiciones afectivas, forma de per-

cepción y tiempo (cfr. Eduardo Couture, “Las reglas de la Sana Crítica en la apreciación de la prueba testimonial” Impresora Uruguaya SA, 1941). Es decir, para rechazar o aceptar la declaración habrá que examinar los dichos de éstos en función de las pautas señaladas. En el caso, considero que la declaración presentada por este testigo resulta suficiente para tener por probada la ocurrencia y, en su caso, el modo y circunstancias en que aconteció el evento reclamado por la parte actora en el escrito de inicio.

Llama la atención las quejas de las recurrentes en torno a este punto, pues es dable mencionar que desde la primera declaración el testigo hizo referencia a una maniobra —indebida— del chofer que no esperó prudencialmente que la accionante terminara de descender para arrancar la unidad. Y, si bien en la segunda oportunidad el testigo amplía sus dichos brindando datos más precisos, lo cierto es que aquí también remarca la maniobra imprudente del chofer, quien no aguardó a la finalización del descenso de la accionante, provocando el accidente.

Por lo tanto estimo prudente desestimar los agravios sobre este aspecto y concluir —en el mismo sentido que el sentenciante de grado— que con las constancias reseñadas se encuentra acreditado el hecho en ocasión del transporte, el daño y la relación de causalidad.

Por ello, encontrándose reconocida la producción del siniestro que nos ocupa y dado que ni los demandados ni la compañía aseguradora de manera alguna han acreditado que el hecho se produjo por la culpa de la víctima o de un tercero por quien no deban responder, en los términos de la norma legal citada precedentemente, propicio el rechazo de los agravios formulados por las recurrentes y la confirmación de la sentencia en cuanto a este punto respecta.

2) Incapacidad sobreviniente

El sentenciante admitió la cantidad \$75.000 en concepto de incapacidad psicofísica y \$4.800 para resarcir el daño psíquico y su tratamiento.

La parte actora se queja de ambas sumas por considerarlas sumamente reducidas mientras que la demandada y su aseguradora hacen lo propio en tanto las consideran excesivas en atención a las leves secuelas detectadas en la actora.

Se ha expedido esta Cámara Civil en el sentido que “la incapacidad sobreviniente comprende, salvo el daño moral y el lucro cesante, todos los supuestos susceptibles de reparación patrimonial, incluso los daños a la salud, a la integridad física y psíquica de la víctima, como así también a su aspecto estético, es decir, la reparación deberá abarcar no sólo el aspecto laborativo, sino también todas las consecuencias que afecten su personalidad íntegramente considerada” (conf. CCiv, sala “M” - 13/09/2010 - *Estévez, María Cristina c. Amarilla, Jorge Roberto y otros*, La Ley Online; AR/JUR/61637/2010).

La reparación del daño físico causado debe ser integral, es decir, debe comprender todos los aspectos de la vida de un individuo, dicho de otro modo, debe resarcir las disminuciones que se sufran a consecuencia del evento y que le impidan desarrollar normalmente todas las actividades que el sujeto realizaba, así como también compensar de algún modo las expectativas frustradas.

En consecuencia, por incapacidad sobreviniente debe entenderse una disminución en la salud, que afecta a la víctima en sus posibilidades tanto laborativas como de relación y que son consecuencia inmediata de la producción del accidente, prologando sus efectos por cierto tiempo o en forma permanente.

Habré de destacar que con respecto al daño psicológico o psíquico, a mi entender, no queda subsumido en el daño moral, pues ambos poseen distinta naturaleza.

En efecto el menoscabo psíquico corresponde resarcirlo en la medida que significa una disminución en las aptitudes psíquicas, que representan una alteración y afectación del cuerpo en lo anímico y psíquico, con el consiguiente quebranto espiritual, toda vez que éste importa un menoscabo a la salud considerada en un concepto integral.

Veamos las pruebas:

A fs. 47 de la causa penal obra informe médico legal del que surge que la Sra. Montequin fue trasladada por el SAME al Hospital Tornú y al examen presentó equimosis en hombro derecho, desde cadera derecha hasta rodilla numerosas equimosis, cuya data es mayor a 24 hs. por golpe o choque con o contra superficie dura.

A fs. 110/4 de estos obrados el SAME da cuenta del traslado de la actora al Hospital Tornú el día del accidente.

A fs. 178/190 obra informe médico realizado por el Dr. M. O. M. del que surge que la Sra. Montequin a consecuencia de la caída sufrió traumatismo de columna lumbosacrocoelácea, traumatismo de miembro superior derecho y de parrilla costal derecha. De las radiografías solicitadas por el perito surge protrusión discal posterolateral de 3ra, 4ta y 5ta disco lumbar de origen postraumático y rx de columna lumbosacrocoelácea donde se visualiza presencia de fractura incompleta de coxis. Informa que todo ello, aplicando el cálculo de la capacidad restante, la incapacita en forma parcial y permanente en un 44% de la total vida, en relación causal con el accidente de esta *litis* (20% por síndrome lumbosacro y 30% por perineopatía).

Con respecto a la faz psíquica informó el licenciado en psicología J. D. C. a fs. 130/144 que en base a las entrevistas efectuadas puede inferir que la actora recibió un estímulo traumático, vinculado con el hecho de autos, que le produce una perturbación en el equilibrio psíquico que influyó e influye actualmente afectando áreas importantes de su vida. Concluyó que presenta un cuadro compatible con un Trastorno por Estrés Post Traumático Leve, cuadro compatible con un Trastorno afectivo (Episodio Depresivo Moderado), ambos diagnósticos que se encuentran vinculados con el hecho de autos y que la incapacitan en un 10% de la total obrera, recomendando que realice un tratamiento psicológico a fin de que las consecuencias psíquicas de los hechos traumáticos no continúen deteriorando su calidad de vida estimando la duración en un año de tratamiento, con una frecuencia semanal.

A fs. 149/51 la demandada y la citada en garantía impugnan el informe pericial psicológico con el apoyo de su consultora técnica, actitud que se repite a fs. 195/7 con relación a experticia médica, recibiendo respuestas a fs. 154/5 y 203.

A fs. 193 la actora pide explicaciones al experto médico, las que fueron satisfactoriamente contestadas a fs. 200.

Sobre este aspecto diré que la impugnación realizada por las recurrentes no alcanzan a rebatir las fundamentadas conclusiones arribadas por los expertos, pues, cuando se trata de un informe técnico, científico, etc. ajeno a la formación cultural del juez, éste para apartarse de sus conclusiones, deberá oponerle argumentos de la misma naturaleza debidamente fundados. Pero en esos mismos casos, si el juez comparte las conclusiones del dictamen, bastará con que así lo exprese sin necesidad de rebatir en su sentencia las impugnaciones que hayan opuesto las partes. (CNFed. Civ. y Com. Sala III, 14 XI—1989; DJ 1990— 2— 341, citados por Falcón, E., *Cód. Proc. Civ. y Comercial*, T. I., Ed. Abeledo Perrot, pág. 772y ss.).

Para poder apartarse el juzgador de las conclusiones allegadas por el técnico debe tener razones muy fundadas, pues si bien es verdad que las normas procesales no acuerdan al dictamen el carácter de prueba legal, no lo es menos que en cuanto el informe comporta la necesidad de

una apreciación específica del campo del saber del perito, técnicamente ajeno al hombre de derecho, para desvirtuarlo es imprescindible traer elementos de juicio que permitan concluir fehacientemente el error o el inadecuado uso que el experto hubiere hecho de los conocimientos científicos de los que por su profesión o título habilitante necesariamente ha de suponerse dotado (esta Sala, JA, 1981-II-442; íd. CNCiv., Sala A, 1981-III-227, esta Sala, *Rosalez, Martina y ot. c. GCBA s/ daños y perjuicios*, L. 111.931/98, del 08/08/2005; íd. *Settembre Carlos Alberto c. Ferreira Carlos A. s/daños y perjuicios*, L. 101.278/97, del 15/09/2005).

El desacuerdo expresado por los accionados es insuficiente para apartarse de las conclusiones sostenidas en los referidos trabajos periciales.

Sin perjuicio de ello, debo aclarar que la indemnización por incapacidad no puede fijarse meramente en función de rígidos porcentajes extraídos sobre la base de cálculos actuariales, sino que deben ponderarse en concreto las limitaciones que el damnificado padece en su desempeño laboral y social, teniendo en cuenta circunstancias particulares como su edad, sexo, condiciones socio-económicas, actividad laboral anterior, incidencia real de las lesiones en su actividad actual, etc. Por ello es que el porcentual determinado pericialmente cobra un valor meramente indiciario y no matemáticamente determinante del monto a reconocer.

En consecuencia, en atención a las constancias objetivas de la causa, la edad de la actora al momento del accidente (63 años), jubilada, divorciada y demás condiciones personales estimo que las cantidades fijadas en primera instancia resultan reducidas y propicio su elevación a cuatrocientos mil pesos (\$400.000) en concepto de incapacidad psicopsíquica y a veinte mil ochocientos pesos (\$20.800) para resarcir el rubro tratamiento psicológico, admitiendo parcialmente los agravios de la parte actora.

3) Daño moral:

El resarcimiento que corresponde por daño moral está destinado a reparar al individuo cuando se lesionan sentimientos o afecciones legítimas como persona, es decir cuando se le ocasionan perjuicios que se traducen en padecimientos físicos, o cuando de una manera u otra se ha perturbado su tranquilidad y el ritmo normal de su vida.

Se ha decidido en distintos pronunciamientos de esta Cámara que, es tarea delicada la cuantificación de este concepto, pues no se puede pretender dar un equivalente y reponer las cosas a su estado anterior, como en principio debe hacerse de acuerdo al artículo 1083 del Cód. Civil.

El dinero no cumple una función valorativa exacta, el dolor no puede medirse o tasarse, sino que se trata solamente de dar algunos medios de satisfacción, que no es igual a la equivalencia. La dificultad en calcular dolores no impide apreciarlos en su intensidad y grado por lo que cabe sostener que es posible justipreciar la satisfacción que procede para resarcir dentro de lo humanamente posible, las angustias, inquietudes, miedos, dolor físico, padecimientos propios de las curaciones y malestares subsistentes.

En primera instancia, el sentenciante accedió a una partida de treinta mil pesos (\$30.000).

Los demandados se quejan de ella pretendiendo su reducción y la damnificada pide sea elevada en atención a las vicisitudes por las que atravesó a raíz del accidente.

Tomando en cuenta las pautas señaladas, y a la luz de las pruebas rendidas en autos, especialmente las secuelas descriptas “*ut supra*”, su ingreso a la guardia, rehabilitación, valorando lo doloroso de los cuadros que presenta la víctima máxime teniendo en cuenta su edad, y demás condiciones personales, opino que el monto establecido en concepto de compensación del daño

moral resulta reducido y propongo su elevación a cien mil pesos (\$100.000), admitiendo las quejas vertidas por la parte actora.

4) Gastos de asistencia médica, farmacéutica y traslados

El juez de grado incluyó aquí la cantidad de un mil quinientos pesos (\$1.500). Se quejan los accionantes, pues la consideran reducida y piden su elevación haciendo lo propio las accionadas solicitando su reducción.

Reiteradamente la jurisprudencia ha admitido la procedencia del reintegro de estos gastos a la víctima como consecuencia de un hecho ilícito.

Ello es así aunque no exista prueba documentada que demuestre precisa y directamente su erogación, siempre que resulte razonable su correlación con la lesión sufrida y el tiempo de su tratamiento. Lo propio acontece aun en el caso que el damnificado haya sido atendido en hospitales públicos o que cuente con cobertura social, toda vez que siempre existen erogaciones que no son completamente cubiertas.

La presunción es susceptible de rebatirse por prueba en contrario, que deberá producir quien alega la improcedencia del reclamo, o pretende una suma inferior, o superior, a la fijada por el sentenciante. Esto no ha sucedido en el caso de marras.

De las constancias objetivas de autos, no resulta prueba alguna que justifique elevar o reducir la cantidad otorgada por este concepto.

En consecuencia, propongo su confirmación y el rechazo de los agravios al respecto.

5) Intereses

En el caso, el “*a quo*” dispuso que los intereses se liquiden desde la fecha del accidente hasta el efectivo pago a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a 30 días del Banco de la Nación Argentina (v. fs. 278 vta.).

De ello se queja la demandada y la citada en garantía solicitando la aplicación de la tasa pura de interés del 6% anual o la pasiva desde el hecho hasta la sentencia definitiva y recién a partir de allí la tasa de interés fijada por el sentenciante.

Teniendo en cuenta el marco de los agravios formulados y la fecha del hecho ventilado en autos (23 de octubre de 2009) en base a los fundamentos vertidos en mi voto, en los autos “Mondino, Silvana Andrea c. Tettamanzi, Hernán Diego y otros s/ daños y perjuicios” (R. 524.899) del 14/04/2010, a los que en honor a la brevedad me remito, propongo rechazar las quejas vertidas por las demandada y su aseguradora y confirmar la tasa fijada en la sentencia recurrida.

6) Franquicia

1) La citada en garantía se queja de lo decidido en torno a la franquicia toda vez que el Sr. juez de primera instancia desestimó la pretensión de la compañía aseguradora en torno a la aplicación de la franquicia contenida en el contrato de seguro celebrado entre ésta y la empresa de transporte y declaró la inoponibilidad de aquella respecto de la víctima.

2) Es sabido que el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación recaído en los autos “Gauna c. La Economía Comercial S.A. de Seguros” descalificó el plenario homónimo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que había establecido la inoponibilidad a la víctima de la franquicia prevista en un contrato de seguro de responsabilidad civil de vehículos destinados al transporte público de pasajeros, más dicha descalificación no conduce a su aplicación en forma absoluta.

Ya se ha pronunciado esta Sala, por mayoría, en su antigua composición, *in re* “Gómez, Carmen Clementina c. Monzón, Diego y otros” del 11/09/2008, en el sentido que el fallo de la Corte

Suprema de Justicia de la Nación recaído en los autos “Gauna c. La Economía Comercial S.A. de Seguros” no revocó el plenario homónimo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que había establecido la inoponibilidad a la víctima de la franquicia prevista en un contrato de seguro de responsabilidad civil de vehículos destinados al transporte público de pasajeros, pues la obligatoriedad de la sentencia del Supremo Tribunal no se extiende más allá de la causa en que ha sido dictada y el art. 303 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación dispone que la doctrina sentada en un fallo plenario sólo podrá modificarse por medio de una nueva sentencia plenaria”.

3) En consecuencia, entiendo que este pronunciamiento no dejó sin efecto la doctrina establecida en el fallo “Obarrio”, 2006/12/13 (LA LEY, 2007-A, 168), pues dicho tribunal juzgó y se pronunció en ese caso concreto, correspondiendo entonces su aplicación al supuesto en estudio, tal como lo ha dicho el Sr. juez de primera instancia.

Es por estas razones que propongo desestimar la queja atinente a la inoponibilidad de la franquicia y confirmar lo decidido en el fallo recurrido.

IV. Costas

Las costas de esta instancia se imponen a las demandadas y citada en garantía que resultaron sustancialmente vencidas (art. 68 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

Conclusión:

Por todo ello, y si mis distinguidos colegas compartieran mi opinión propongo al Acuerdo: 1) Admitir parcialmente los agravios de la parte actora elevando las indemnizaciones en concepto de incapacidad físico-psíquica, tratamiento psicológico y daño moral a cuatrocientos mil pesos (\$400.000), veinte mil ochocientos pesos (\$20.800) y cien mil pesos (\$100.000) respectivamente; 2) Confirmar la sentencia en todo lo demás que fuera materia de apelación y agravio; 3) Imponer las costas de esta instancia a la demandada y citada en garantía vencidas (art. 68 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación); 4) Tratar en el Acuerdo la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes.

Así mi voto.

Los doctores Álvarez y Brilla de Serrat, por análogas razones a las aducidas por la doctora Barbieri, votaron en el mismo sentido a la cuestión propuesta.

Por lo que resulta de la votación que instruye el Acuerdo que antecede, se resuelve: 1) Admitir parcialmente los agravios de la parte actora elevando las indemnizaciones en concepto de incapacidad físico-psíquica, tratamiento psicológico y daño moral a cuatrocientos mil pesos (\$400.000), veinte mil ochocientos pesos (\$20.800) y cien mil pesos (\$100.000) respectivamente; 2) confirmar la sentencia en todo lo demás que fuera materia de apelación y agravio; 3) imponer las costas de esta instancia a la demandada y citada en garantía vencidas. De conformidad con el presente pronunciamiento y en atención a lo dispuesto por el art. 279 del Código Procesal, teniendo en cuenta la naturaleza, importancia y extensión de los trabajos realizados en autos; las etapas cumplidas; el capital de condena más sus intereses; lo dispuesto por los arts. 1, 6, 7, 9, 10, 19, 37 y 38 del arancel y ley modificatoria 24.432; la proporción que deben guardar los honorarios de los peritos con los de los letrados y la incidencia de su labor en el resultado del pleito, se adecuan los regulados a fs. 279, fijándose los correspondientes a los Dres. J. L. M. y P. A. N., letrados apoderados de la parte actora, en pesos ... (\$...), en conjunto; los de las Dras. R. F. y P. S. I., letradas apoderadas de la demandada y la citada en garantía, en pesos ... (\$...), en conjunto; los del perito médico M. O. M., en pesos ... (\$...); los del perito psicólogo J. D. C., en pesos ... (\$...); y los de los consultores técnicos N. C. y M. M. D., en pesos ... (\$...) para cada uno de ellos. Por la actuación ante esta alzada, se re-

gula el honorario de los Dres. J. L. M. y P. A. N. en pesos ... (\$...), en conjunto, y el de la Dra. R. F., en pesos ... (\$...) (art. 14 ley de arancel 21.839). Se deja constancia que la publicación de la presente sentencia se encuentra sometida a lo dispuesto por el art. 164, 2° párrafo del Código Procesal y art. 64 del Reglamento para la Justicia Nacional. Notifíquese por Secretaría y devuélvase. — Patricia Barbieri. — Osvaldo O. Álvarez. — Ana M. Brilla de Serrat.

Solidaridad laboral

Despido indirecto de un trabajador que presta servicios en un establecimiento de salud. Ausencia de responsabilidad de la obra social codemandada en los términos del art. 30 de la ley 20.744.

Hechos: Se admitió parcialmente una acción por despido intentada por un trabajador que prestaba servicios en un centro de salud. Asimismo, se rechazó la responsabilidad de la obra social codemandada en los términos del art. 30 de la ley 20.744. Apela el decisorio, la Cámara lo confirmó.

1.- La obra social codemandada no puede ser responsabilizada en los términos del art. 30 de la ley 20.744 por las obligaciones que contrae uno de los prestadores que contrata para cumplir con sus obligaciones como agente del seguro de salud, pues la vinculación contractual que se configura entre ambos no implica la tercerización o cesión del objeto propio de conformidad con la norma mencionada.

2.- La actividad de un prestador de salud no puede calificarse como correspondiente a la normal y específica de una obra social a los fines de aplicar la responsabilidad solidaria prevista en el art. 30 de la ley 20.744, ya que esta última sólo es la de facilitar los medios instrumentales para que se acceda a las prestaciones, ya sea por sí o a través de prestadores de salud.

120.315 — CNTrab., sala II, 17/02/2017. - Schiazzano, Bibiana Edith c. Sanatoio 24 de Septiembre S.A. y otro s/ despido.

[Cita on line: AR/JUR/6136/2017]

! COSTAS

Se imponen en el orden causado.

2ª Instancia.- Buenos Aires, febrero 17 de 2017.

El doctor Maza dijo:

I. Contra la sentencia de primera instancia de fs. 182/184, dictada por la Dra. Graciela Pereira, que aceptó parcialmente la acción instaurada por la señora Schiazzano, se alza la parte actora a tenor del memorial de fs. 185/90.

II. Arriba firme a esta instancia que entre la señora Bibiana Schiazzano y el Sanatorio 24 de Septiembre S.A. existió una relación laboral que se mantuvo íntegramente fuera de registro y que finalizó por despido indirecto el 12/09/2012. La magistrada *a quo*, por tal motivo, condenó a la ex empleadora de la reclamante al pago de las indemnizaciones derivadas del distracto y de los demás rubros que surgen del considerando III del pronunciamiento en crisis

La Dra. Pereira, en cambio, decidió absolver de responsabilidad a la coaccionada Obra Social del Personal de Industrias Químicas y Petroquímicas, en el entendimiento de que no resultaba aplicable a ésta la solidaridad que prevé el art. 30 de la LCT. Desde su perspectiva, “sólo

cabe condenar a una Obra Social a abonar sumas de dinero reclamadas por profesionales de la industria de la salud en los términos [de la norma citada] cuando dicha entidad es la propietaria del establecimiento asistencial, pues en ese caso existe una real cesión del establecimiento”, pero que, en el caso, “la Obra Social demandada celebró un acuerdo con el Sanatorio 24 de Septiembre S.A. para que ésta en calidad de prestador brinde a los beneficiarios de la primera los servicios médicos”, lo que, a su entender, no guarda relación alguna con el presupuesto que regula el art. 30 de la LCT.

III. Critica la señora Schiazzano en su recurso este aspecto del decisorio de grado; finca su disenso, esencialmente, en dos argumentos: 1) que no existe ningún elemento en la causa que revele que la obra social demandada no es propietaria del establecimiento donde se desempeñaba; 2) que las accionadas reconocieron en sus respuestas “que entre ellas existió un contrato de prestación de servicios”, mediante el cual el Sanatorio se obligó a atender a los afiliados de la Obra social. Asegura, además, que la Obra Social resultaría solidaria en función de lo prescripto por el art. 14 de la LCT.

Se queja la pretensora, asimismo, de que la señora jueza *a quo* no condenara a las demandadas al pago de una multa en concepto de temeridad y malicia, y apela, en último lugar, la forma en que fueron impuestas las costas por la intervención de la obra social.

Abordaré, en primer lugar, la cuestión relativa a la solidaridad del art. 30 de la LCT; crítica que, adelanto, no tendrá favorable acogida en mi voto.

IV. Comienzo por señalar que, desde mi punto de vista, no es posible responsabilizar en los términos del art. 30 de la ley 20.744 a una obra social por las obligaciones laborales que contrae uno de los prestadores que contrata para cumplir con sus obligaciones como agente del seguro de salud (art. 4 de la ley 23.660).

Aseveró la O.S.P.I.Q.Y.P en su responde (fs. 39) que no posee sanatorios propios sino que, para brindarle atención a sus afiliados, contrata “prestadores de salud independientes (...) públicos o privados”, entre los que se encuentra el Sanatorio 24 de Septiembre S.A.; abona esta circunstancia la copia del “Convenio de Prestación de Servicios” que obra a fs. 36/37, y es la propia pretensora la que, en su responde, señala que “este contrato no hace otra cosa que demostrar que las demandadas tienen una íntima relación”.

Tal como sostuvo mi distinguido colega Miguel Ángel Pirolo —con mi adhesión— al votar en la causa “Ramírez, Karina Andrea y otros c. Obra Social para la Actividad de Seguros y otro s/ despido” (sent. def. n°. 95.287 del 09/10/2007), las obras sociales, como agentes legales del sistema de prestaciones regido por la ley 23.660, no tienen por objeto específico otorgar en forma personal ni directa la atención prestacional (ver arts. 6 y concordantes), sino que lo que la ley les asigna es la organización del sistema recaudatorio y la contratación de los servicios necesarios para brindar atención a sus afiliados. De esta forma, en mi opinión, la vinculación contractual que se configura entre una obra social y la prestadora del servicio médico, de modo alguno puede ser catalogada como la tercerización o cesión del objeto propio en los términos del art. 30 de la LCT.

Esta Sala, en una anterior integración, ha señalado que no se puede calificar la actividad del prestador de salud como correspondiente a la actividad normal y específica de una obra social ya que esta última sólo es la de facilitar los medios instrumentales para que se acceda a las prestaciones, ya sea por sí o a través de prestadores de salud (“Bulacio, María Antonia y otros c. Administradora Sanatorial Metropolitana S.A. y otros s/ cobro de salarios”, Sent. Def. Nro. 93221 del 04/02/2005).

De esta forma se evidencia que la obra social demandada, al contratar al Sanatorio 24 de Septiembre S.A. para que “brinde a los afiliados y restantes beneficiarios (...) —incluidos en el padrón correspondiente a la delegación Capital Federal y Zonas Adyacentes— los servicios de asistencia médica ambulatoria (consultorio) y de Internación de Baja y Mediana Complejidad (Niveles I y II)” (fs. 36), no hizo más que cumplir con los fines previstos por la ley marco 23.660, pero no delegó ni cedió parte de su actividad propia y específica. La innegable vinculación contractual existente entre la Obra Social coaccionada y quien fuera empleadora de la reclamante, desde esta perspectiva, de modo alguno puede habilitar la responsabilidad solidaria prevista en el art. 30 de la LCT

Por otro lado, no existe constancia en la lid que revele que el establecimiento donde prestaba servicios la señora Schiazzano perteneciera, en verdad, a la Obra Social del Personal de Industrias Químicas y Petroquímicas, de manera que pudiera decirse que delegó su explotación a la restante codemandada y, así, cedió parte de una actividad que realizaba por sí.

No sólo que, a mi modo de ver, no resulta dogmática —como señaló la recurrente— la expresión de la magistrada *a quo* respecto de que “sólo cabe condenar a una Obra Social a abonar sumas de dinero reclamadas por profesionales de la salud en los términos del art. 30 LCT, cuando dicha entidad es la propietaria del establecimiento”, sino que, además, la comparto. Y ello es así pues, en efecto, yo también considero que únicamente ante ese supuesto sería posible extender responsabilidad solidaria en los términos del art. 30 de la ley 20.744 a una obra social, en función de que sólo así sería posible decir que cedió parte de una actividad que realizaba por sí a un tercero.

Remarco, en este punto que, desde mi perspectiva, era a la señora Schiazzano a quien le correspondía acreditar, en todo caso, que el establecimiento donde se desempeñaba sí pertenecía, en verdad, a la obra social coaccionada, y que si, como adecuadamente, a mi ver, apuntó la Dra. Pereira —y ella reafirma— no existe en la causa “ningún elemento probatorio que así lo determine”, es su exclusiva responsabilidad.

De más está decir que, sobre este punto, ningún dato de interés aportaron M. P. M. (fs. 140/41), M. C. (fs. 142), N. H. (fs. 143) y R. L. C. (fs. 157), quienes fueron ofrecidas como testigos por la parte actora. Repárese en que si bien P. M. refirió que “el sanatorio pertenece al sindicato de químicos”, dijo tener conocimiento de ello por comentarios de las “secretarías”, quienes le decían que atendían “personal de química”, lo que carece de entidad probatoria.

V. Considero que tampoco se verifica en el caso la existencia de un fraude en los términos del art. 14 de la LCT, ni mucho menos que las codemandadas “pergeñaran” una maniobra “para evadir todo tipo de responsabilidad” (como señala la accionante a fs. 5vta). Insisto, nos encontramos aquí ante un Agente del Sistema Nacional del Seguro de Salud que, para llevar a cabo su cometido —brindar prestaciones de salud (art. 3 de la ley 23.660)—, contrató al Sanatorio 24 de Septiembre S.A., para quien trabajaba la señora Bibiana Schiazzano; la obra social demandada no delegó ni cedió parte de su actividad propia, y la reclamante no acreditó que el establecimiento donde se desempeñaba perteneciera a la obra social, de modo que pudiera decirse lo contrario.

A influjo de las razones expuestas, y sin dejar de resaltar la imprecisión en la que incurre la reclamante al accionar en base a la solidaridad prevista por los arts. “14, 29, 30 y 31” (ver fs. 5vta. del escrito inicial), estimo que debería confirmarse lo resuelto en grado en torno al rechazo de la demanda promovida por la señora Schiazzano contra la O.S.P.I.Q.Y.P.

Tal manera de resolver conlleva el rechazo de los primeros cuatro agravios de la parte actora, y también sella la suerte adversa del sexto, relativo a la forma en que, por la acción dirigida contra la Obra Social, fueron impuestas las costas (en el orden causado).

VI. Opino, asimismo, que debería desestimarse la queja que efectúa la señora Schiazzano respecto de la falta de aplicación

de una multa por temeridad y malicia. En efecto, no observo razones que justifiquen la aplicación de tal sanción, en tanto, desde mi óptica, Sanatorio 24 de Septiembre S.A. actuó, en el presente proceso, dentro del razonable marco que otorga su derecho de defensa, sin caer en conductas adjetivas reprochables. Considero, por ende, que el examen del caso por parte no permite ver configurada la situación prevista en los arts. 45 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación y 275 de la LCT. Auspicio, por ello, desestimar la séptima queja actuaral.

VII. Para finalizar, de conformidad con el resultado del recurso interpuesto, y dada la ausencia de réplica, voto por imponer las costas de Alzada en el orden causado (cfr. art. 68, 2° párr. del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación) a cuyo fin, en mérito a la extensión y la calidad de las labores desplegadas ante esta sede y en orden a lo que prevé el art. 14 de la ley 21.839, sugiero fijar los honorarios de la representación y patrocinio letrado del actor en el 25% y 25% de lo que, en definitiva, le corresponda percibir por su actuación en la instancia anterior.

La doctora *González* dijo:

Adhiero a las conclusiones del voto precedente por análogos fundamentos.

Por lo que resulta del acuerdo que antecede, el Tribunal resuelve: 1) Confirmar la sentencia apelada en todo cuanto ha sido materia de agravios; 2) Imponer las costas de Alzada en el orden causado; 3) Regular los honorarios de la representación letrada de la parte actora, por su actuación ante esta sede, en el 25% de lo que, en definitiva, le corresponda percibir por su actuación en la instancia anterior; 4) Hágase saber a los interesados, lo dispuesto por el art. 1 de la ley 26.586 y por la Acordada de la CSJN N° 15/2013, a sus efectos. Regístrese, notifíquese y, oportunamente, devuélvase. — *Graciela A. González*. — *Miguel A. Maza*.

THOMSON REUTERS
LA LEY

▶ LANZAMIENTO

DERECHO DEL TRABAJO COMENTADO

Miguel Ángel Pirolo (*Director*)



Cuente con toda la normativa que integra el Derecho del Trabajo, con el análisis doctrinario y jurisprudencial realizado por los más destacados especialistas.

Adquiera la obra en su sucursal más cercana o ingresando en www.TiendaTR.com.ar

La inteligencia, la tecnología y la experiencia profesional necesarias para obtener respuestas confiables.

the answer company™
THOMSON REUTERS®

Síguenos en:  ThomsonReutersLaLey •  @TRLaLey   ThomsonReutersLatam •  +LaleyArgentina

EDICTOS

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 8, Secretaría N° 15, sito en Libertad 731, 7° piso de Capital Federal, hace saber que a PATRICIA HELENA MEDINA JIMÉNEZ, nacida en Santo Domingo, República Dominicana, el 12 de octubre de 1985, con D.N.I. 95.412.484, ha petitionado la concesión de la ciudadanía argentina, a fin de que los interesados hagan saber a este Juzgado las circunstancias que pudiesen obstar a dicho pedido. El presente deberá ser publicado por dos veces en un lapso de quince días en LA LEY.

Buenos Aires, 6 de julio de 2017
Miguel Augusto Álvarez, sec. int.
LA LEY: I. 01/08/17 V. 01/08/17

El Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Civil N° 75, Sec. Única, sito en Avda. de los Inmigrantes 1950 PB, cita y emplaza para que dentro del plazo de quince días comparezca: 1) MANUELA BLANCO (DI 9930993) nacida 7/1/1914 Española; JOSÉ BLANCO (DI 34.117.877) nacido 6/5/1884 Español; 2) MARÍA CONSUELO BLANCO (DI 34.687.741) nacida 28/2/1902 Española; 3) JOSEFA BLANCO (DI 9920746) nacida 26/1/1899 Española; y 4) OLGA ARIAS Y BLANCO (DI 10001) nacida 25/8/1937 Española, para que tomen intervención en los autos: “LEIVA CASIMIRO y OTROS c/ BLANCO CLAUDIO y OTROS s/ PRESERIPCIÓN ADQUISITIVA” (Expte. N°: 34.335/2013) bajo apercibimiento de lo establecido el art. 59 del CPCC y de designarle Defensor Oficial para que lo represente en el juicio. Debiendo constituir domicilio legal en CABA, bajo apercibimiento de tenerlo por constituido en los estrados del Juzgado (arts. 40 y 41 CPCC), todo ello de acuerdo al

auto del 21/08/2013. El presente deberá publicarse por dos días en LA LEY.

Buenos Aires, 20 de febrero de 2017
Alejandra Mpolás Andreadis, sec. int.
LA LEY: I. 02/08/17 V. 02/08/17

Juz. Civ. y Com. Federal N° 1, Sec. N° 2 de la Cap. Fed., hace saber que ABDON DONG, de nacionalidad senegalesa pasaporte N° A00900737, solicitó la concesión de la CARTA DE CIUDADANÍA ARGENTINA. Se deja constancia que deberá publicarse por dos días en “La Ley”.

Buenos Aires, 12 de julio de 2017
Mercedes Maquieira, sec. int.
LA LEY: I. 28/07/17 V. 28/07/17

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 15, a cargo Dr. Marcelo Luis Gallo Tagle, Juez, Secretaría Única a mi cargo, con asiento en Av. De los Inmigrantes 1950, piso 6°, Capital Federal, en los autos caratulados “CABALLERO GISELA ELIZABETH y OTRO C/URBINA HÉCTOR DAMIÁN y OTROS S/DAÑOS Y PERJUICIOS (ACC. TRÁN. C/LES. O MUERTE), Expte. N° 39943/2012, cita y emplaza a los herederos del Sr. HÉCTOR DAMIÁN URBINA para que dentro del plazo de diez días comparezcan a tomar la intervención que le corresponda en autos, bajo apercibimiento de designarse al señor Defensor Público Oficial para que lo represente en juicio. Publíquese por 2 (dos) días sin cargo alguno, en el diario “LA LEY” de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Buenos Aires, 27 de junio de 2017
Adrián P. Ricordi, sec.
LA LEY: I. 27/07/17 V. 28/07/17

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 27, a cargo Dr. Eduardo Alejandro Caruso, Juez Subrogante, Secretaría Única a mi cargo, con asiento en Av. De los Inmigrantes 1950, piso 6°, Capital Federal, en los autos caratulados “RESTAINO GARCÍA AZUL CAROLINA C/FUNEZ ALEJANDRO DANIEL Y OTROS S/DAÑOS Y PERJUICIOS (ACC. TRÁN. C/LES. O MUERTE)”, Expte. N° 27469/2012, cita y emplaza al Sr. ALEJANDRO DANIEL FUNEZ para que dentro del plazo de quince días comparezca a tomar la intervención que le corresponda en autos, bajo apercibimiento de designarse al señor Defensor Público Oficial para que lo represente en juicio. Publíquese por 2 (dos) días sin cargo alguno, en el diario “La Ley” de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Buenos Aires, 27 de junio de 2017
Soledad Calatayud, sec.
LA LEY: I. 27/07/17 V. 28/07/17

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 8, Secretaría N° 15, sito en Libertad 731, 7° piso de Capital Federal, hace saber que a JOSÉ JUAN ZAPATA PACHECO, nacido en Torreón - Coahuila - México, el 08 de septiembre de 1984, con D.N.I. 95.156.613 ha petitionado la concesión de la ciudadanía argentina, a fin de que los interesados hagan saber a este Juzgado las circunstancias que pudiesen obstar a dicho pedido. El presente deberá ser publicado por dos veces en un lapso de quince días en LA LEY.

Buenos Aires, 24 de mayo de 2017
Miguel Augusto Álvarez, sec. int.
LA LEY: I. 27/07/17 V. 27/07/17