LA LEY

Acceda **sin cargo** al portal de noticias jurídicas **TRLaLey,** escaneando el siguiente **código QR.**

AÑO LXXXIII Nº 201 TOMO LA LEY 2019-C

BUENOS AIRES, ARGENTINA - VIERNES 25 DE OCTUBRE DE 2019 **ISSN 0024-1636**

COLUMNA DE **OPINIÓN**

Riesgo de trabajo

DECRETO INCONSTITUCIONAL, INCONVENCIONAL Y REGRESIVO

Gabriel De Vedia (*)

I. Introducción

En los últimos tiempos, leer el Boletín Oficial se ha convertido en una acción similar a abrir la mitológica caja de Pandora.

En ese temperamento, para sorpresa de gran parte de nuestra población, el 30/09/2019 se publicó en el Boletín Oficial el decreto de necesidad y urgencia 669/2019.

En esencia, el decreto de necesidad y urgencia (DNU) modifica el art. 12 de la ley 24.557 según la ley 27.348, al establecer en su art. 1º:

"Sustitúyese el art. 12 de la ley 24.557 y sus modificaciones, por el siguiente:

"'Art. 12: *Ingreso base.* Establécese, respecto del cálculo del monto de las indemnizaciones por incapacidad laboral definitiva o muerte del trabajador, la aplicación del siguiente criterio:

"'1. A los fines del cálculo del valor del ingreso base se considerará el promedio mensual de todos los salarios devengados —de conformidad con lo establecido por el art. 1º del Convenio 95 de la OIT— por el trabajador durante el año anterior a la primera manifestación invalidante, o en el tiempo de prestación de servicio si fuera menor. Los salarios mensuales tomados a fin de establecer el promedio se actualizarán mes a mes aplicándose la variación del índice Remuneraciones Imponibles Promedio de los Trabajadores Estables (RIPTE), elaborado y difundido por el Ministerio de Salud y Desarrollo Social.

CONTINÚA EN PÁGINA 5

Responsabilidad de las instituciones financieras internacionales

Oscar L. Fappiano (*)

SUMARIO: I. Introducción.— II. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos.— III. La Corte Interamericana de Derechos Humanos.— IV. La Asamblea General.— V. Los organismos internacionales.

Tanto la Corte Interamericana como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos han abordado progresivamente esta problemática en su jurisprudencia y práctica respectivamente, estableciendo criterios sobre la obligación que asumen los Estados partes frente a la violación de derechos humanos cometidas en el marco de la actividad empresarial y a la responsabilidad que recae en ellos en caso de no investigar, individualizar a sus autores y sancionarlos, ambas fundadas en estos instrumentos interamericanos.

I. Introducción (**)

Al igual que en los instrumentos de la ONU los propios que integran el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) —la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos— no se refieren expresamente a las obligaciones de los Estados en relación con las empresas. No obstante ello, tanto la Corte Interamericana (CorteIDH) como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) han abordado progresivamente esta problemática en su jurisprudencia y práctica respectivamente, estableciendo criterios sobre la obligación que asumen los Estados partes frente a la violación de derechos humanos cometidas en el marco de la actividad empresarial y a la responsabilidad que recae en ellos en caso de no investigar, individualizar a sus autores y sancionarlos, ambas fundadas en estos instrumentos interamericanos.

Una primera aproximación al tema que me ocupa está dada por el art. 36 de la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA) al disponer que "las empresas transnacionales y la inversión privada extranjera están sometidas a la legislación y a la jurisdicción de los tribunales nacionales competentes de los países receptores y a los tratados y convenios internacionales en los cuales estos sean Parte y, además, deben ajustarse a la política de desarrollo de los países receptores".

Norma —más tarde complementada por los arts. 1º de los Pactos de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y de Derechos Civiles y Políticos— cuyo contenido dogmático, y sentido valioso que de allí se desprende, no ha recibido la atención que merecía hasta el presente siglo que estamos transitando, según veremos más adelante; de modo que no solo permaneció ignorada por la legislación interna de los Estados Miembros, sino que, además de ello, estos dictaron leyes que admiten la competencia de tribunales extranjeros, como es el caso de Argentina, al reconocer la jurisdicción y competencia de los de los Estados Unidos de América y tribunales arbitrales no nacionales. Recuérdese que, tal como lo establece la CorteIDH, el derecho internacional prima sobre el nacional (CorteIDH, OC-6/86, "La expresión *leyes* en el art. 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos"; OC-13/93, "Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos" y OC-14/94, "Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención". Con cita esta última de los arts. 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados).

Un segundo acercamiento lo representa la doctrina del *Drittwirkung der Grundrechte* que, como expresa Cerqueira, pasó a sostener el deber de protección y garantía de los derechos fundamentales no solo en la relación Estado-individuos, sino entre particulares. Desarrollada a finales de la década del '50 por el Tribunal Federal Constitucional alemán, dicha doctrina influiría en el Poder Judicial de varios Estados fundados en el *constitucionalismo social*. En el ámbito internacional, mientras el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) asimiló implícitamente la doctrina del *Drittwirkung* desde la década del '80, los demás órganos supranacionales emplearían una doctrina bastante similar décadas más tarde (1).

II. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha reconocido que el deber de investigar las violaciones de derechos humanos cometidas por particulares se desprende tanto de la Convención como de la Declaración americanas.

En el marco del sistema de peticiones y casos, son dos los supuestos en los que la CIDH aborda la obligación estatal por actos cometidos en territorio extranjero: a) cuando los actos u omisiones tienen efecto fuera del territorio del Estado denunciado; o b) cuando la persona o el presunto trasgresor de una obligación internacional se encuentra bajo la autoridad o el control efectivo del Estado denunciado. En esa línea, la CIDH ha establecido que tanto la Declaración como la Convención americanas sobre Derechos humanos tienen aplicación extraterritorial respecto de actos de ocupación militar, acción militar y detención extraterritorial, como fueron, por ejemplo, la intervención militar estadounidense en Grenada y en Panamá y la aprehensión de una persona en territorio de México por parte de policías estadouni-

CONTINÚA EN PÁGINA 2

COLUMNA DE OPINIÓN. Riesgo de trabajo. Decreto inconstitucional, inconvencional y regresivo
Gabriel De Vedia 1

DOCTRINA. Responsabilidad de las instituciones financieras internacionales
Oscar L. Fappiano 1

NOTA A FALLO. Ausencia del daño resacible. El primer eslabón, perdido
José María Fidelibus 9

JURISPRUDENCIA
MALA PRAXIS MÉDICA. Tratamiento médico adecuado. Prueba pericial. Rechazo de la acción (CNCiv.) 8

FUERO FEDERAL. Sentencias que deniegan el fuero federal. Cuestionamiento de obligaciones tributarias municipales. Derechos de inspección, registro y servicio de contralor. Contratistas y subcontratistas de la Entidad Binacional Yacyretá. Causas que corresponden a la competencia federal (CS) 11

CADUCIDAD DE INSTANCIAS. Perención de la segunda instancia. Transcurso del plazo legal. Ausencia de actos procesales idóneos para impulsar el procedimiento (CNCiv) 11

CORREO ARGENTINO
CENTRAL B
FRANQUEO A PAGAR
CUENTA N° 10269/F1

Responsabilidad de las instituciones financieras internacionales

VIENE DE TAPA

denses, sin que se haya presentado formal pedido de extradición ni autorización para ingresar en ese país del cuerpo policial para llevar a ejecución esa detención. Este hecho motivó incluso una Opinión Consultiva de la CorteIDH (CorteIDH, OC-16/99, "Derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso penal").

En una de las pocas peticiones interestatales presentadas 112/10, la CIDH se pronunció sobre la cláusula de jurisdicción de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (PI-102. Ecuador c. Colombia. Informe 112/10).

En esta acción Ecuador demandó a Colombia por la violación de diversos derechos reconocidos en la Convención Americana en perjuicio de un ciudadano ecuatoriano, en particular, por su presunta ejecución extrajudicial por parte de agentes de la fuerza pública de Colombia en el marco de la "Operación Fénix" llevada a cabo en territorio ecuatoriano.

La CIDH interpretó la noción de "jurisdicción" contenida en el art. 1.1 de la CADH determinando que no estaba limitada al territorio nacional. En tal medida, reiteró los criterios ya establecidos por otros tribunales al señalar que un Estado parte de la Convención Americana puede ser responsable por los actos y omisiones de sus agentes, llevados a cabo, o con efecto, fuera de su territorio.

En el caso "Saldaño" Informe 38/99 la CIDH interpretó que la jurisdicción es una "noción ligada a la autoridad y el control efectivo y no meramente a los límites territoriales". Y en "Alejandre" (Informe 86/99) agregó que aunque el concepto usualmente se refiere a la autoridad sobre personas que se encuentran dentro del territorio de un Estado, los derechos humanos son inherentes a todas las personas y no se basan en su ciudadanía o ubicación. Así, bajo el derecho interamericano de los derechos humanos cada Estado está obligado en consecuencia a respetar los derechos de todas las personas dentro de su territorio, así como de aquellas presentes en el territorio de otro Estado pero sujetas al control de sus agentes.

En el caso del pueblo "Yanomami vs. Brasil", el Organismo reconoció ya en 1985 que la construcción por dicho Estado de una autopista (BR-210) sobre el territorio de este pueblo implicaba la violación de entre otros derechos de la Declaración Americana: el derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad de la persona (art. I); el de residencia y tránsito (art. VIII); y el derecho a la preservación de la salud y al bienestar (art. XI). Sobre esta base recomendó al gobierno la adopción de medidas sanitarias, preventivas y curativas, para proteger la vida y la salud de las poblaciones aborígenes, además de la consulta previa a los *yanomami* sobre todos los temas que afecten a sus intereses.

En el caso de las comunidades mapuche pehuenche de Chile ("Mercedes Julia Huenteao Beroiza *et al.* vs. Chile") denunciaron ante la CIDH la violación de múltiples derechos humanos de la Convención Americana (derecho a la vida, art. 4º; a la integridad personal, art. 5º; a las garantías judiciales, art. 8º; a la libertad de conciencia y de religión, art. 12; a la protección de la familia, art. 17; a la propiedad privada, art. 21 y a la protección judicial, art. 25) por la aprobación por el Estado chileno de la construcción de una central hidroeléctrica en el río Biobío. Las peticionarias y los representantes del Estado chileno alcanzaron en 2003 una solución amistosa ante la CIDH en el que Chile, reconociendo su responsabilidad en el contexto de la aprobación de esta central, se comprometió a adoptar medidas de perfeccionamiento de la institucionalidad para proteger los derechos de los pueblos indígenas, así como medidas para la protección del desarrollo y preservación ambiental del territorio de Alto Biobío, a compensar a las familias peticionarias por los daños causados por la central y a dotar de tierras a las comunidades mapuche pehuenche que carecen de ellas.

En el año 2009 la CIDH otorgó medidas cautelares a favor de los miembros de las comunidades del pueblo *ngöbe* de Panamá asentadas a lo largo del río Changuinola sobre el cual el Estado panameño había otorgado en favor de una empresa privada (AES Changuinola) una concesión para la construcción de represas hidroeléctricas. Las medidas tenían como fin evitar daños irreparables a los derechos de propiedad y a la seguridad del pueblo indígena *ngöbe*, solicitando al Estado panameño suspender las obras de construcción y demás actividades relacionadas con la concesión hasta tanto no se adoptase una decisión definitiva frente a la denuncia que le fue planteada por este pueblo.

En 2011 otorgó una medida similar a favor de comunidades indígenas de la cuenca del río Xingú, en el Estado de Pará, Brasil, cuya vida e integridad personal fue puesta en riesgo por el impacto de la construcción por una empresa pública (Electronorte) de la central hidroeléctrica Belo Monte. La CIDH solicitó al Gobierno de Brasil suspender el proceso de licencia del proyecto de esta central e impedir la realización de cualquier obra material hasta que se cumpliese, entre otras condiciones, la realización de procesos de consulta "previa, libre, informada, de buena fe, culturalmente adecuada, y con el objetivo de llegar a un acuerdo, en relación con cada una de las comunidades indígenas afectadas, beneficiarias de las presentes medidas cautelares"; y la adopción de medidas para proteger la vida e integridad personal de los miembros de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario de la cuenca del Xingú **(2)**.

La preocupación de este organismo del Sistema Interamericano en la materia se ve reflejada también en la decisión de la Vicepresidenta, Comisionada y Relatora de Pueblos Indígenas de la CIDH, Profesora Rose-Marie Belle Antoine, de preparar un informe regional enfocado en actividades encaminadas a la explotación de recursos naturales y su impacto en los derechos de los pueblos aborígenes, porque son precisamente esos pueblos de la Región los que se ven más afectados por la actividad empresarial que, al menos en América Latina, se traduce en la explotación de recursos naturales ubicados en sus tierras y territorios.

Dicha preocupación se manifiesta de igual modo con la decisión de crear la Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambiental (REDESCA) adoptada en 2014, siendo en abril de ese año que se inició el proceso de llevarla a cabo mediante la apertura de un fondo especial destinado a recaudar los recursos necesarios para financiarla. Antes, en 2012, la CIDH había creado una Unidad DESC que estuvo inicialmente a cargo de la Comisionada Rose-Marie Belle Antoine y desde enero de 2014 hasta la efectiva instalación de la REDESCA, a cargo del Comisionado Paulo Vannuchi. Luego, la REDESCA es la segunda de su tipo creada por la CIDH.

Al igual que la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (RELE), la REDESCA fue establecida por la Comisión como una oficina permanente y autónoma con estructura operativa propia e independencia funcional, que opera con el apoyo y dentro del marco jurídico de la CIDH para estimular la defensa hemisférica de los DESCA.

Las funciones principales de la Relatoría Especial son:

— Preparar el plan de trabajo de la Relatoría Especial DESCA, de conformidad al plan estratégico de la CIDH.

— Preparar informes sobre DESCA para la aprobación y publicación por parte de la CIDH, incluyendo informes temáticos, de situación general de derechos humanos de los Estados Miembros y secciones del informe anual de la Comisión.

— De conformidad al Reglamento de la CIDH y en coordinación con su Secretaría Ejecutiva, procesar relacionados con DESCA.

— Asistir a la CIDH en la promoción de instrumentos internacionales relacionados con DESCA, incluyendo la organización y participación en actividades de promoción dirigidas a autoridades, sociedad civil, movimientos sociales, organizaciones sindicales, profesionales, periodistas y estudiantes sobre el trabajo de la CIDH en este ámbito.

— Hacer recomendaciones a la CIDH sobre situaciones urgentes que podrían requerir la adopción de medidas cautelares o la solicitud de adopción de medidas provisionales ante la Corte Interamericana de Derechos humanos, entre otros mecanismos.

— Monitorear la situación de los DESCA en la región y brindar asesoría y asistencia a los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA) en la adopción de medidas legislativas, judiciales, administrativos, o de otra índole que sean necesarias para hacer efectivo el ejercicio de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales.

— Asesorar y asistir a otros órganos de la OEA en asuntos relacionados con DESCA en las Américas.

— Desarrollar las gestiones necesarias para la recaudación y gestión de fondos de cooperación y para el desarrollo de los proyectos requeridos para cumplir con el mandato asignado.

— Cumplir otras tareas relativas a la promoción y protección de los DESCA que le sean delegados por la CIDH, de conformidad con el mandato de la Relatoría Especial DESCA.

La REDESCA comenzó sus labores a fines de agosto de 2017, llevando como finalidad asegurar la promoción y protección de los derechos humanos en su integralidad, con apego a los principios de indivisibilidad, interdependencia e interrelación que requiere su realización efectiva.

Sobre esa base, la Relatoría trabajó durante 2018 en temas relacionados con la situación de pobreza en la región, así como con todos los DESCA desde una perspectiva holística e informada por los enfoques de: indivisibilidad, progresividad, género, diversidad e interseccionalidad, desarrollo y derechos humanos, interdisciplinariedad, educación en derechos humanos y anticorrupción. A partir del enfoque de interseccionalidad, prestó especial atención a las poblaciones en situación de vulnerabilidad o discriminación histórica, como mujeres, pueblos aborígenes, afrodescendientes, personas LGTBI, migrantes, niños, niñas y adolescentes, adultos mayores, personas con discapacidad o defensores y defensoras de los derechos sociales.

Asimismo, a partir de la puesta en marcha de la Relatoría la CIDH, viene dando mayor visibilidad al art. 26 de la CADH mediante su admisibilidad en peticiones que involucran derechos sociales o ambientales. Lo mismo ha ocurrido con su tratamiento en fase de fondo donde ha desarrollado diversos estándares de los DESCA o de empresas y derechos humanos, enmarcados en los hechos materia de litigio. Al respecto, se subraya el Caso 12.428, "Empleados de la Fábrica de Fuegos en Santo Antonio de Jesús y sus familiares vs. Brasil", el cual involucra temas como seguridad en el trabajo, trabajo infantil y la obligación del Estado de supervisar

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(*) Abogado (Universidad Nacional de La Plata). Ex Procurador General de la Nación, Secretario de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia de la Nación; profesor en las siguientes universidades: adjunto de "derechos humanos y garantías internacionales" (UBA); Austral, Kennedy, Blas Pascal y del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (Costa Rica) en diversas maestrías. Miembro y Presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y Juez Ad Hoc, de la Corte Interamericana. Fiscal ante el Superior Tribunal de Justicia de Tierra del Fuego.

(**) En el trabajo anterior publicado en esta Revista del 3 de setiembre último he abordado el tema del título de acuerdo con los desarrollos llevados a cabo por las Naciones Unidas y por la Unión Europea. Toca ahora completar esa visión con el abordaje encarado en nuestro Hemisferio Americano por los distintos organismos de la Organización de Estados Americanos. Como capítulo final presento a la consideración y reflexión de los lectores elucidar si esta responsabilidad de la que me vengo ocupando alcanza también a las Instituciones Financieras Internacionales.

(1) CERQUEIRA, Daniel, "La atribución de responsabilidad extraterritorial por actos de particulares en el sistema interamericano: Contribuciones al debate sobre empresas y derechos humanos, *Aportes DPL*, 20, año 8, agosto 2015.

(2) Ver también: CIDH, "Simone André Diniz", Caso 12.001. (Brasil). Informe de Fondo 66/06 de 21 de octubre de 2006, párr. 101; "Jessica Lenahan (Gonzáles) *et al"*, Caso 12.626. (Estados Unidos). Informe de Fondo 80/11 de 21/07/2011, párr. 130 (establece que los Estados pueden ser responsables por las violaciones de su deber de investigar y sancionar casos de violencia doméstica bajo la Declaración Americana), Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Chile. Capítulo III, Derecho a la Vida, literal C. Muertes Ejecutadas Fuera de Chile; de 8 de mayo de 1985; *Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Surinam.* Capítulo V, Libertad de Residencia y Tránsito, literal E. Consideraciones Especiales: Ataques Terroristas a la Comunidad Surinamesa en Exilio, de 2 de octubre de 1985. En "Coard vs. Estados Unidos", Caso 10.951, Informe 109/99, señala que "...dado que los derechos individuales son inherentes simplemente en virtud de la humanidad de una persona" sin distinción de nacionalidad o geografía, la investigación pertinente debería considerar si el Estado observó los derechos de una persona.

(3) Tomado de "Informe Anual de la Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (REDESCA)" de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) 2018.

(4) CorteIDH, Casos "Velásquez Rodríguez vs. Honduras", sentencia de 29/07/1988; "Blake vs. Guatemala". Excepciones Preliminares. Sentencia de 2/07/1996. En la Opinión Consultiva 18/03, sobre la "condición jurídica y derechos de los migrantes", la CorteIDH se refirió de manera expresa al llamado "efecto horizontal de los derechos humanos", al evaluar la obligación que tienen

actividades empresariales peligrosas. Dicho asunto se encuentra sometido a la CorteIDH desde septiembre de 2018.

La Relatoría preparó la nota conceptual y el índice preliminar del informe sobre estándares interamericanos en materia de empresas y derechos humanos, que fue aprobado unánimemente por la CIDH en febrero de 2018.

Con relación a nuestro país, señala que organizaciones de la sociedad civil han indicado que actualmente el uso de agroquímicos es uno de los asuntos preocupantes en materia ambiental.

En cuanto al derecho a la salud, la REDESCA ha dado especial seguimiento a los diversos obstáculos que siguen enfrentando las mujeres, niñas y adolescentes en el ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos.

También se denunció la existencia de falta de cumplimiento respecto a los derechos de consulta y consentimiento libre, previo e informado de comunidades aborígenes en Jujuy. Asimismo, expresa la creciente preocupación por el derretimiento de los glaciares patagónicos, que habrían perdido 1000 Km2 de superficie en los últimos 60 años (3).

III. La Corte Interamericana de Derechos Humanos

El carácter *erga omnes* de las obligaciones de reconocer y garantizar el pleno goce en el ejercicio de los derechos humanos se encuentra presente en la jurisprudencia de la CorteIDH desde sus primeras decisiones (4).

En el caso de la comunidad de "Awas Tingni vs. Nicaragua", afectada por la concesión de explotación forestal en sus tierras de ocupación ancestral en los años '90 por el Estado nicaragüense a una empresa extranjera, reconoció la validez de la posesión de la tierra basada en la costumbre indígena, aun a falta de título, como sostén de su propiedad sobre ella.

Posteriormente la CorteIDH ha reafirmado dicha interpretación al reconocer los derechos de carácter comunal de los pueblos aborígenes sobre sus tierras ancestrales a las comunidades de *Yakye Axa* y *Sawhoyamaka* en Paraguay. En estos casos, en que las tierras reclamadas por esas comunidades eran poseídas por propietarios privados, la CorteIDH estableció la necesidad de restringir la propiedad privada de los particulares para el logro del objetivo colectivo de preservar las identidades culturales de estas comunidades, exigiendo el pago de una justa indemnización a los perjudicados, de conformidad con el art. 21.2 de la Convención.

En su pronunciamiento en el caso de la Comunidad de "Sawhoyamaxa vs. Paraguay", la CorteIDH ha reconocido el derecho de propiedad no solo de la tierra, sino también de los recursos naturales que se encuentran en sus territorios tradicionales. Sostuvo al efecto que "[l]os integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen el derecho de ser titulares de los recursos naturales que han usado tradicionalmente dentro de su territorio por las mismas razones por las cuales tienen el derecho de ser titulares de la tierra que han usado y ocupado tradicionalmente durante siglos. Sin ellos, la supervivencia económica, social y cultural de dichos pueblos está en riesgo".

La CorteIDH afirmó en el caso "Saramaka vs. Surinam" (2008), en relación con los planes de desarrollo o inversión de gran escala que provocan impacto mayor en los territorios indígenas, que los Estados tienen la obligación no solo de consultarlos de manera apropiada, sino también de obtener su consentimiento libre, previo e informado, según sus costumbres y tradiciones. La Corte ha dispuesto también que los pueblos aborígenes tienen derecho a participar, en forma razonable, de los beneficios derivados de la restricción o privación del derecho al uso o goce de sus tierras y de los recursos naturales necesarios para su supervivencia, entendiendo esta participación como una forma de indemnización que deriva de la explotación de esas tierras y recursos.

En la Opinión Consultiva 18/03, sobre la condición jurídica y derechos de los migrantes, la CorteIDH se refirió de manera expresa al llamado "efecto horizontal de los derechos humanos" al evaluar la obligación que tienen los Estados de garantizar el derecho a la igualdad y no discriminación en la relación entre empleadores y trabajadores migrantes.

En un caso en que condenó al Estado de Ecuador a pagar una elevada indemnización al pueblo quichua de Sarayaku por los daños causados por una empresa petrolera en sus territorios sin mediar procesos de consulta y consentimiento libres, previos e informados, desarrolló el contenido de este derecho de aquellos pueblos disponiendo "que las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo". Igualmente dispuso que la consulta no deba agotarse en un mero trámite formal, sino que cabe concebirse como "un verdadero instrumento de participación", el "que debe responder al objetivo último de establecer un diálogo entre las partes basado en principios de confianza y respeto mutuos, y con miras a alcanzar un consenso entre las mismas". En el mismo asunto y con relación a los procesos de evaluación del impacto ambiental, la CorteIDH señaló que estos deben ser realizados por entidades independientes y con fiscalización adecuada del Estado, con la participación de los pueblos involucrados y tomando en cuenta la incidencia social, espiritual y cultural que las actividades previstas tendrán en los pueblos indígenas.

Es en el Caso "Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam", sentencia de 25 de noviembre de 2015, que la CorteIDH invoca como fundamento de su decisión los "Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos" de Naciones Unidas, circunstancia que pone de manifiesto su vigencia en nuestro Hemisferio. Expresa el Tribunal de San José:

"224. Al respecto, la Corte toma nota de los 'Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos', avalados por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, mediante los cuales se ha establecido que las empresas deben actuar de conformidad con el respeto y la protección de los derechos humanos, así como prevenir, mitigar y hacerse responsables por las consecuencias negativas de sus actividades sobre los derechos humanos. En este sentido, tal como lo reiteran dichos principios, los Estados tienen la responsabilidad de proteger los derechos humanos de las personas contra las violaciones cometidas en su territorio y/o su jurisdicción por terceros, incluidas las empresas. Para tal efecto los Estados deben adoptar las medidas apropiadas para prevenir, investigar, castigar y reparar, mediante políticas adecuadas, los abusos que aquellas puedan cometer, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia".

Va de suyo, y conviene aclararlo que, en razón de la organización del SIDH, la jurisdicción de sus organismos de tutela no comprende a los particulares, sean individuos o empresas, sino tan solo a los Estados partes del sistema, que son quienes han ratificado la Declaración Americana, o la Convención Americana, o ambos instrumentos internacionales. De lo cual también se desprende que tampoco alcanza esa jurisdicción a aquellos Estados que no pertenecen o se sitúan en el Hemisferio Americano. Por ello, asoma como más adecuado hablar de responsabilidad de las corporaciones multinacionales u otras empresas comerciales que de extraterritorialidad de los Estados, aunque una y otra constituyan la caras de una misma moneda.

Para el juez Sergio García Ramírez, al pronunciarse sobre la vigencia del concepto de *interpretación evolutiva* —consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el art. 29 de la CADH, así como las establecidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados— señala que el Tribunal Interamericano debe de mantener su "capacidad de respuesta" para interpretar todas las cuestiones no previstas en la redacción de la CADH desde los propios valores y principios que fundamentan este instrumento (Caso "Reyes vs. Chile", sentencia de 19 de setiembre de 2006).

Bravo Figueroa sostiene que "De hecho, en el derecho internacional de los derechos humanos, ya existen elementos para determinar la esfera en la que los Estados ejercen jurisdicción fuera de sus fronteras. De acuerdo con los Principios de Maastricht, las obligaciones extraterritoriales deberían imponerse en, al menos, dos supuestos que hasta ahora no han sido contemplados en el marco del SIDH:

"1) Situaciones en las que los actos u omisiones de un Estado causan efectos previsibles en el goce de los derechos humanos. Se refiere a las *'situaciones en las que un Estado, a través de su conducta, puede influir sobre el goce de los derechos humanos fuera de su territorio nacional, incluso dada la ausencia de un control o autoridad efectivos sobre una situación o persona'*. Como se aborda más adelante, básicamente, esta categoría está vinculada con la actualización de las obligaciones de protección y garantía de los derechos humanos desarrolladas ya por la jurisprudencia interamericana, por lo que sería viable ampliarlas respecto de actos u omisiones del Estado que producen efectos transfronterizos.

"2) Situaciones en las que el Estado está en la posición de ejercer una influencia decisiva. En principio, '...esta categoría toma en cuenta que existen situaciones en las que un Estado debe adoptar *'con mayor diligencia medidas positivas para asegurar'* la realización de los derechos humanos fuera de su territorio nacional", debido a la posibilidad que tienen para influir en terceros, ya sea por medios legales o políticos para que respeten este derecho. En realidad, este vínculo razonable entre el Estado y la conducta de que se trate puede actualizarse principalmente cuando el Estado figure como accionista de una empresa; o bien, esta tenga su centro de actividad, se encuentre domiciliada, tenga su sede principal de negocios o desarrolle actividades comerciales sustanciales en dicho Estado (*hoststate*). Estos principios podrían interpretarse en consonancia con la jurisprudencia interamericana a efectos de ampliar el alcance de las obligaciones de la CADH" (5).

IV. La Asamblea General

La importancia que ha adquirido la relación entre actividad empresarial y derechos humanos en la Región se ha visto reflejada, además, con la aprobación en junio de 2014 de la resolución de la Asamblea General de la OEA (AG/RES. 2840 (XLIV-O/14) sobre la Promoción y la Protección de los Derechos Humanos en el Ámbito Empresarial estableciendo en uno de sus fundamentos que "*reconociendo también* que las empresas, independientemente de su tamaño, sector de actividad, contexto operacional o estructura desempeñan un papel importante en la vida política, económica y social, y que tienen la responsabilidad de respetar los derechos humanos en cualquier lugar en que ejerzan sus actividades, independientemente de la capacidad de los Estados de cumplir con sus obligaciones en la materia, aunque esto no disminuye el deber de los Estados de proteger los derechos humanos, de conformidad con sus obligaciones de derecho internacional". En ella misma, junto con promover la aplicación de los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos y exhortar a los Estados Miembros a que den difusión a ellos (6) se solicitó a la CIDH y a la Secretaría Ejecutiva para el Desarrollo Integral (SEDI) a que de manera coordinada "continúen apoyando a los Estados en la promoción y aplicación de los compromisos estatales y empresariales en materia de derechos humanos y empresas". Asimismo motivó a los Estados "a estimular el diálogo constructivo entre empresas, gobierno y sociedad civil, y otros actores sociales, para la aplicación de los Principios Rectores".

En ese mismo año, aparece el informe sobre "Responsabilidad social de las empresas en el campo de los derechos humanos y el medio ambiente en las Américas", aprobado por el Comité Jurídico Interamericano mediante la resolución CJI/RES. 205 (LXXXIV-O/14).

Posteriormente en su Resolución AGRes 2887 (XLVI-O/16), la Asamblea consignó:

"1. Continuar promoviendo la implementación de los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos, exhortando a los Estados Miembros y a sus respectivos institutos nacionales de derechos humanos y/o instituciones competentes a que den la mayor difusión posible a estos principios, facilitando el intercambio de información, el diálogo constructivo y compartiendo buenas prácticas de promoción y protección de los derechos humanos en el ámbito empresarial, a fin de lograr una mayor concientización sobre los beneficios de su aplicación e invitar a todos los Estados Miembros a participar constructivamente en las iniciativas relacionadas al efectivo cumplimiento de las empresas con respecto a los derechos humanos.

"2. Alentar a los mecanismos regionales de financiamiento y de desarrollo, especialmente al Banco Interamericano de Desarrollo a que siempre que sea solicitado tanto por los Estados Miembros como por las empresas y otras entidades públicas o privadas, apoyen los esfuerzos de implementación de los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos entre otras iniciativas en la materia que tengan lugar en el Hemisferio y que consideren, en el ámbito de sus órganos de dirección, la evaluación de criterios para el respeto de los derechos hu-

{ NOTAS }

los Estados de garantizar el derecho a la igualdad y no discriminación en la relación entre empleadores y trabajadores migrantes.

(5) BRAVO FIGUEROA, Roberto L., "La responsabilidad internacional de los Estados de origen de las industrias extractivas. Aproximación a las obligaciones extraterritoriales del derecho a la consulta en el marco del SIDH", Washington College of Law, 2019

(6) 1. "Continuar promoviendo la aplicación de los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos, exhortando a los Estados Miembros a que den la mayor difusión posible a estos principios, facilitando el intercambio de información y compartiendo buenas prácticas de promoción y protección de los derechos humanos en el ámbito empresarial, a fin de lograr una mayor concientización sobre los be-

manos en sus mecanismos de financiación de proyectos.

"3. Solicitar a la Secretaría General, a la CIDH y a la Secretaría Ejecutiva para el Desarrollo Integral (SEDI), dentro del ámbito de sus competencias y de manera coordinada, que continúen apoyando a los Estados Miembros que así lo soliciten en la promoción y aplicación de los compromisos estatales y empresariales en materia de derechos humanos y empresas, incluidas entre otras iniciativas, el apoyo en el desarrollo de planes nacionales de acción sobre derechos humanos y empresas como una de las formas de aplicar los Principios Rectores.

"4. Solicitar a la CIDH que para el último semestre de 2016 realice un estudio sobre los estándares interamericanos en materia de empresas y derechos humanos a partir de un análisis de las convenciones, jurisprudencia e informes emanados del sistema interamericano, lo que podrá servir de insumo para los esfuerzos realizados por los Estados Miembros en varias iniciativas nacionales e internacionales en la esfera de empresas y derechos humanos. Este mandato estará condicionado a la identificación de los recursos financieros necesarios. Como seguimiento de lo anterior, pedir a la CIDH que informe al Consejo Permanente durante el primer trimestre de 2017 los resultados de dicho estudio".

Más adelante en el capítulo titulado "Regulación consciente y efectiva de las empresas en el ámbito de los derechos humanos", resolvió:

"1. "Hacer un llamamiento a los Estados Miembros para fortalecer los mecanismos que establecen garantías para el respeto de los derechos humanos y el medio ambiente por parte de las empresas, actuando en concordancia y observancia de los instrumentos internacionales aplicables, y de conformidad con las legislaciones nacionales.

"2. Alentar a los Estados Miembros a que consideren su participación en las iniciativas a nivel nacional, regional o global para la protección de los derechos humanos de quienes puedan verse afectados por actividades de las empresas.

"3. Solicitar al Comité Jurídico Interamericano que realice una recopilación de buenas prácticas, iniciativas, legislación, jurisprudencia y desafíos que puedan ser utilizados como base para identificar alternativas para el tratamiento del tema, la cual se pondrá a consideración del Consejo Permanente en el plazo de un año; y, adicionalmente, requerir a los órganos del sistema interamericano de derechos humanos que contribuyan con sus aportes y experiencia a dicho proceso. La ejecución del presente mandato estará sujeta a la disponibilidad de recursos financieros en el programa-presupuesto de la Organización y otros recursos".

V. Los organismos internacionales

Hasta ahora, tanto en el artículo anterior **(7)** como en el presente, el texto ha versado acerca de las corporaciones multinacionales y otras empresas comerciales del sector privado de la actividad comunitaria. Deberíamos preguntarnos entonces qué sucede con las entidades que pertenecen a organismos internacionales como Naciones Unidas (ONU) y la Organización de los Estados Americanos (OEA), por ejemplo. Un hito lo constituye el contenido de ese llamado efectuado por la Asamblea General de la OEA "*a los mecanismos regionales de financiamiento y de desarrollo, especialmente al Banco Interamericano de Desarrollo",* que he trascripto precedentemente, porque establece que tales instituciones tienen la responsabilidad de respetar y hacer respetar los derechos humanos en sus actividades propias y en las de aquellas personas u empresas que han solicitado y recibido su colaboración, porque ¿qué otro sentido puede tener sino ese?

El art. 28 de la Declaración Universal (DUDH) al requerir la existencia de un orden social e internacional en el que todos los derechos de la DUDH se pueden realizar, constituye, a mi juicio, la norma vinculante para las organizaciones internacionales.

Si bien los Principios de Maastricht no desarrollaron las obligaciones legales directas de las organizaciones internacionales, porque ese asunto necesita un escrutinio separado, sin embargo el Principio 16 declara que "[l]os presentes Principios se aplican a los Estados sin excluir su aplicabilidad *a las obligaciones en materia de derechos humanos de organizaciones internacionales* bajo el derecho internacional general y los acuerdos internacionales de los que sean partes, entre otros".

El Comentario a los Principios de Maastricht indica cuatro maneras en las que las organizaciones internacionales pueden estar obligadas por las normas de derechos humanos, a saber: a) por el derecho consuetudinario internacional en relación con los derechos humanos que puedan ser considerados parte del derecho consuetudinario; b), mediante los tratados de los que dichas organizaciones forman parte, por ejemplo, con respecto a la adhesión de la Unión Europea a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su inminente adhesión a la Convención Europea de Derechos Humanos; c) mediante sus constituciones, particularmente relevantes para las agencias especializadas de las Naciones Unidas, ya que están obligadas por la Carta de las Naciones Unidas; y d) por los principios generales del derecho. En relación con el derecho consuetudinario internacional y los principios generales del derecho se aboga por que, como mínimo, la Declaración Universal de Derechos Humanos vincule a las Organizaciones Internacionales como norma del derecho internacional y/o, en el caso de las agencias especiales de la ONU, como una interpretación con autoridad de la Carta de las Naciones Unidas.

Como agencia especial de las Naciones Unidas, el Banco Mundial está obligado a no dejar sin efecto los objetivos de la Carta de la ONU. Además, debe trabajar para alcanzar los objetivos de esa Carta y, por supuesto, no debe socavar tales objetivos. Queda claro en los artículos de la Carta de la ONU relacionados con las agencias especiales (en particular los arts. 57 y 59) que el objetivo de la creación de agencias especializadas, y/o de las vinculadas con Naciones Unidas, consiste en lograr los propósitos establecidos en el art. 55 de la Carta de Naciones Unidas. Entre estos propósitos se incluye la promoción del "respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos". Además, el art. 103 de la Carta de la ONU deja claro que "en caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta".

Las Instituciones Financieras Internacionales (IFI), y sus Estados miembros, pueden también jugar un papel importante en la realización global de los derechos humanos. Cuando el mandato o la actividad principal de una organización internacional substancialmente involucre asuntos de derechos humanos (como es el caso de las IFI, cuyos términos de préstamo y términos acompañantes pueden tener un impacto significativo sobre los derechos humanos, y en particular sobre los DESC), se requiere que los Estados Miembros tomen los pasos necesarios para proponer y apoyar las acciones de la organización para llevar a cabo su mandato y contribuir al cumplimiento de los derechos dentro de los límites de los recursos disponibles de dicha organización. El Principio 29 de Maastricht reconoce el requerimiento según el derecho internacional que:

"Los Estados deben adoptar medidas deliberadas, concretas y orientadas, por separado y conjuntamente mediante la cooperación internacional, a fin de crear un entorno internacional propicio para el cumplimiento universal de los derechos económicos, sociales y culturales, incluyendo cuestiones relativas al comercio bilateral y multilateral, inversión, tributación, finanzas, protección medioambiental y cooperación para el desarrollo. El cumplimiento de esta obligación debe ser logrado, entre otras, a través de las siguientes medidas:

"a) la elaboración, interpretación, aplicación y revisión regular de acuerdos multilaterales y bilaterales, así como de estándares internacionales;

"b) medidas y políticas adoptadas por los Estados en el ámbito de sus relaciones exteriores, incluyendo acciones en el seno de las organizaciones internacionales, y medidas y políticas domésticas que puedan contribuir al cumplimiento de los derechos económicos, sociales y culturales extraterritorialmente".

Además, el Principio 32 de Maastricht es de gran relevancia en la toma de decisiones de los órganos de gobierno de una IFI, al declarar que:

"En el cumplimiento de los derechos económicos, sociales y culturales en el plano extraterritorial, los Estados deben:

"a) priorizar la realización de los derechos de los grupos desfavorecidos, marginados y vulnerables;

"b) priorizar las obligaciones esenciales de realizar niveles mínimos básicos de los derechos económicos, sociales y culturales, y avanzar de la forma más rápida y eficaz posible hacia la realización plena de estos derechos;

"c) respetar los estándares internacionales de derechos humanos, incluyendo el derecho de autodeterminación y el derecho a participar en la toma de decisiones, así como también los principios de no discriminación e igualdad, incluyendo la igualdad de género, transparencia y exigibilidad; y

"d) evitar la adopción de cualquier medida regresiva o, de lo contrario, asumir su carga de probar que tales medidas están debidamente justificadas haciendo referencia a toda la gama de obligaciones en materia de derechos humanos, y fueron adoptadas únicamente tras examinar exhaustivamente las alternativas".

Estas directrices están basadas en las obligaciones legales internacionales en materia de derechos humanos. Cuando una IFI no cumple estas obligaciones, los Estados miembros con representación en sus órganos de gobierno, y que por lo tanto pueden ejercer su control e influenciar en las actividades de la IFI, deben ser hechos responsables. Los Principios de Maastricht proporcionan un recurso muy útil para los defensores y defensoras que buscan dicha rendición de cuentas.

En el Consejo de Derechos Humanos de la ONU en septiembre de 2013, 61 organizaciones presentaron una declaración para requerirle al Consejo tomar acción urgente y coordinada, a objeto de elaborar y reforzar las responsabilidades en derechos humanos de las IFI. Las ONG realizaron un llamamiento para que se desarrolle un debate oficial sobre este asunto en una futura sesión del Consejo. También declararon que el debate debería centrarse en la conexión de las actividades de las IFI con su responsabilidad de garantizar que los derechos humanos sean respetados y protegidos, y en las opciones disponibles para los Estados y para el Consejo de Derechos Humanos para abordar las violaciones **(8)**.

Cabe traer a colación una sentencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América, porque, a mi juicio, no solamente consagra en sede interna la responsabilidad de las IFI, sino que lo hace basado en un principio fundamental del gobierno limitado que vivimos a partir de la Revolución Francesa, esto es la responsabilidad de todo agente público. No es posible a esta altura que por el solo hecho de ser instituciones internacionales invoquen el principio propio de tiempos absolutamente superados: "The King do not wrong".

En 2015, Budha Ismail Jam y otros agricultores y comunidades de pescadores cercanas a la central eléctrica de carbón contaminante *Tata Mundra Ultra Mega* de Gujarat, India, demandaron a la Corporación Financiera Internacional (IFC) del Banco Mundial por su papel en el financiamiento de la construcción de la central por parte de la empresa privada *Costal Gujarat Power Limited*. Los actores solicitaron indemnización por daños y perjuicios y medidas cautelares por negligencia, molestias, invasión de propiedad ajena e incumplimiento de contrato, aduciendo que la contaminación proveniente de la obra y operación de la central de carbón había dañado las tierras de cultivo, el aire, el agua y la vida marina. Una auditoría interna de la IFC concluyó que la empresa no había cumplido con un plan ambiental y social exigido por el préstamo para proteger las áreas que rodean la planta. La auditoría también concluyó que la IFC no había supervisado adecuadamente el proyecto.

La cuestión que debía resolver la Suprema Corte de los Estados Unidos de América era si la IFC tenía inmunidad absoluta frente a demandas. La Corte interpretó que el derecho de los EE.UU. les otorgaba a ciertas organizaciones internacionales la inmunidad más restringida que actualmente beneficia a los gobiernos extranjeros y no la inmunidad casi absoluta otorgada inicialmente en 1945. Desde 1952, los gobiernos extranjeros habitualmente han podido ser demandados en los EE.UU. por ciertas actividades comerciales, incluso mientras, en general, continuaban gozando de la inmunidad absoluta en otras áreas.

Es importante aclarar que la Corte no declaró que las actividades de la IFC, o las actividades de préstamo de otros bancos internacionales de desarrollo, fueran definitivamente comerciales o que cualquier actividad dada tendría una conexión suficiente con los EE.UU. como para permitir que una demanda avance.

En su comentario al caso, la Red-DESC.-Red internacional para los Derechos Económicos Sociales y Culturales le acuerda el siguiente significado:

{ NOTAS }

neficios de su aplicación". 2. Resaltar la importancia de seguir avanzando en el tema de las Empresas y los Derechos Humanos y en este sentido invitar a los Estados Miembros a considerar el tema en las instancias correspondientes".

(7) AR/DOC/2875/2019.

(8) Tomado de "Las Obligaciones extraterritoriales en el contexto de las Instituciones Financieras", FIAN Internacional para el Consorcio ETO, Heidelberg, dic. 2014. Nótese que en este documento se responsabiliza no solo a la IFI, sino a los Estados que tienen representación en su directorio.

"Este caso abre la posibilidad de que las instituciones financieras internacionales deban responder por daños causados por los proyectos que financian, dado que la decisión reduce el estándar de inmunidad aplicable a las instituciones financieras bajo el derecho interno. La cuestión de si las actividades de una organización son comerciales y tienen suficiente conexión con los EE.UU. en un caso particular para permitir la responsabilidad potencial estará sujeta al litigio por hechos específicos, cuyo resultado es difícil de prever. En consecuencia, este menor estándar de inmunidad podrá ser un incentivo para una mejor supervisión por parte de las instituciones internacionales de préstamo o podrá disuadirlas de financiar proyectos con altos riesgos sociales, ambientales o relacionados con los derechos humanos".

"Esta decisión también puede tener un efecto inmediato en otros casos relacionados. La misma organización que representa a los actores en Jam, la organización sin fines de lucro *Earth Rights International* ha reanudado desde entonces el litigio en un caso contra una plantación de aceite de palma en Honduras que también recibió un préstamo de la IFC. Las fuerzas de seguridad privadas de la plantación presuntamente atacaron y mataron a miembros de la comunidad, lo que, de manera similar a las actividades de auditoría en Jam, fue documentado por informes internos de la IFC. Ahora la IFC tal vez se incline más a llegar a un acuerdo extrajudicial debido a su limitada inmunidad, en particular si el procedimiento del tribunal inferior de Jam deriva en indemnizaciones por daños para los actores".

Según se aprecia, el debate acerca de esta especie de responsabilidad no está cerrado, razón que me mueve a poner punto final al presente y dejarlo librado a la reflexión de los lectores, siempre prudente.

Cita on line: AR/DOC/3097/2019

MÁS INFORMACIÓN

Fappiano, Oscar L., "Las obligaciones extraterritoriales de los Estados", LA LEY 03/09/2019, 1; ARDOC/2875/2019.

_COLUMNA DE **OPINIÓN**

Riesgo de trabajo

VIENE DE TAPA

"'2. Desde la fecha de la primera manifestación invalidante y hasta la fecha en que deba realizarse la puesta a disposición de la indemnización por determinación de la incapacidad laboral definitiva, deceso del trabajador u homologación, el monto del ingreso base devengará un interés equivalente a la tasa de variación de las Remuneraciones Imponibles Promedio de los Trabajadores Estables (RIPTE) en el período considerado...'".

A su vez, el art. 3º prescribe que "Las modificaciones dispuestas en la presente norma se aplicarán en todos los casos, independientemente de la fecha de la primera manifestación invalidante".

El derecho vigente en nuestro país impide reconocer el DNU 669/2019 como un medio de expresión válido.

Este instrumento parece pergeñado con el afán de padecer una nulidad insalvable, con destino de quedar en el olvido.

Son varias las irregularidades que lo tornan susceptible de ser calificado como contrario a los derechos humanos y sociales reconocidos en nuestra Ley Suprema de la Nación y en los instrumentos internacionales que gozan de la misma jerarquía.

Ello es así, por cuanto la materia decretada sólo es pasible de ser modificada por el Congreso de la Nación a través del mecanismo diseñado en el art. 99, inc. 3º, de la CN.

Tampoco lo ameritan las circunstancias de generalidad, excepcionalidad y necesidad que exige nuestra Ley Suprema, ya que alude a ellas en términos generales.

En relación con el contenido reformado, lesiona el mandato jurídico de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Ello se agrava aún más, ya que la regresividad se ordena con carácter retroactivo.

En el presente se reflexionará acerca de estas premisas, con la preocupación que compartimos con un gran sector de la opinión pública acerca de la violación al orden público laboral.

Hasta el día de la fecha se conocen dos medidas cautelares que han dejado sin efecto la ejecución del decreto, ambas del mismo día: 09/10/2019.

Por un lado, la del Juzgado Nacional del Trabajo Nº 76, en una acción colectiva presentada por el Colegio Público, en la que el juez adhirió a los términos vertidos por el fiscal interviniente.

Por el otro, la del titular del Juzgado Nº 41 del mismo fuero, a través de una medulosa y fundada sentencia interlocutoria.

II. Lesión constitucional a los recaudos del art. 99, inc. 3º, de la CN por parte del DNU 669/2019

En los considerandos del DNU se argumenta: "la manera [en] que ulteriormente evolucionaron las variables macroeconómicas que inciden en las tasas bancarias, ha determinado que ese método de ajuste no alcance el fin pretendido y comprometa la estabilidad y continuidad del sistema instituido en beneficio de los trabajadores".

Además, se señala que "los incrementos desmedidos de las potenciales indemnizaciones como consecuencia de la aplicación de la tasa activa" prevista en la referida Ley de Riesgos del Trabajo "son perjudiciales para la necesaria solvencia del sistema".

Finalmente, se afirmó allí que la "presente medida se dicta en uso de las facultades emergentes del art. 99, inc. 3º, de la CN".

Vale recordar que la Constitución Nacional de 1853/60 estableció un sistema republicano de gobierno; nuestros constituyentes se basaron en el principio de la división de poderes ideado por Montesquieu en su célebre obra "El espíritu de las leyes".

A la luz de estos principios constitucionales ha de entenderse, pues, que la facultad que pueda tener el Poder Ejecutivo de dictar disposiciones de carácter legislativo ha de ser excepcional y absolutamente restringida. Ello emerge del precitado art. 99, inc. 3º, que establece —en lo que aquí interesa—: "El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo. Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos conjuntamente con el jefe de Gabinete de Ministros. El jefe de Gabinete de Ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara. Esta Comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras. Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso".

Este artículo constitucional ha sido reglamentado por medio de la ley 26.122, que puso en funcionamiento la Comisión Bicameral de Trámite Legislativo. Aquélla regula el procedimiento de aceptación o rechazo de los DNU.

En consideración a lo expuesto, cabría entender por "necesidad" aquella situación en la cual, de no intervenir el Poder Ejecutivo con premura, podría ocasionarse un riguroso perjuicio al interés social; por ende, solamente la actuación del Ejecutivo habría de disminuir o anular los efectos disvaliosos propios de determinadas circunstancias fácticas.

Lo realmente transcendente es delimitar en qué supuestos puede surgir esa necesidad, es decir, si se trata de un dato plenamente objetivo en relación con determinadas materias que pueden ser calificadas universalmente como necesidades de una actuación urgente (p. ej., catástrofes naturales) o bien, por el contrario, si el concepto se refiere a necesidades relativas, que son evacuadas desde la óptica de una determinada idea política o programa de gobierno.

Resulta importante postular la ausencia total de discrecionalidad por parte del Poder Ejecutivo en relación con las circunstancias que podrían derivar en la necesidad de un DNU; por tanto, las razones de su viabilidad debieran ser objetivamente apreciables por cualquier observador, independientemente de la política que se siga.

Aunado a esto, debe existir siempre la "urgencia", que obliga al Poder Ejecutivo a la realización de determinadas acciones, las cuales no dependen de su voluntad, sino que responden a la "necesidad", y ambas nociones juntas deben estar direccionadas hacia un fin específico.

En este contexto, se advierte que, al dictar el DNU 669/2019, el Poder Ejecutivo Nacional se arrogó facultades legislativas vedadas por el art. 99, inc. 3º, de la CN, toda vez que las genéricas manifestaciones expresadas en los considerandos del decreto carecen de razonabilidad y justificación para sortear la intervención del Congreso, tal como lo exige la Carta Magna.

Asimismo, no puede dejar de soslayarse que la Corte Federal, en el precedente "Verrocchi" **(1)**, resolvió que para que el presidente de la Nación pueda ejercer legítimamente las excepcionales facultades legislativas que, en principio, le son ajenas, es necesaria la concurrencia de alguna de estas dos circunstancias: 1) que sea imposible dictar la ley mediante el trámite ordinario previsto por la Constitución, es decir, que las Cámaras del Congreso no puedan reunirse por circunstancias de fuerza mayor que lo impidan, como ocurriría en el caso de acciones bélicas o desastres naturales que impidiesen su reunión o el traslado de los legisladores a la Capital Federal; o 2) que la situación que requiere solución legislativa sea de una urgencia tal que deba ser solucionada inmediatamente, en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de las leyes (consid. 9º).

Tales extremos resaltados por el Alto Tribunal no aparecen configurados en el dispositivo crítico, si se tiene en cuenta la referida generalidad que presentan las causas de emergencia invocadas en los considerandos del referido decreto, y que el Congreso Nacional en la actualidad se encuentra cumpliendo normalmente su actividad legislativa.

Asimismo, la doctrina ha señalado que "...el DNU no implica un ejercicio arbitrario del Poder Ejecutivo que, bajo el argumento de razones de urgencia y conveniencia, decide omitir la intervención del Congreso en el tratamiento de una temática determinada, pues, a la postre, no la omite, sino que la provoca, la fuerza. En tal sentido, el Congreso se verá obligado a expedirse no pudiendo guardar silencio" **(2)**.

De esta manera, claramente se prefigura que no se encuentra configurada la existencia de algún fundamento objetivo que justifique la necesidad, y menos la urgencia que se invoca en los mentados considerandos, como para obviar las pautas sentadas por el art. 99, inc. 3º, de la CN sobre el uso de los DNU por parte del Poder Ejecutivo Nacional y las previsiones que sobre el tópico sentó la Corte Suprema, tanto en el referido precedente como en el fallo "Consumidores Argentinos c. EN - PEN - dec. 558/2002 - ley 20.091 s/ amparo ley 16.986", donde sostuvo que "Las facultades para dictar un DNU son admitidas en condiciones de rigurosa excepcionalidad para limitar y no para ampliar el sistema presidencialista" (consids. 1º a 10) y que "Los jueces pueden controlar la existencia del estado de necesidad y urgencia, la que no es igual a la mera conveniencia política" (consids. 11, 12, 13).

Junto a los extremos de necesidad y urgencia, también se requiere como indispensable para su validez que el DNU tenga la finalidad de proteger los intereses generales de la sociedad, y no determinados individuos.

El objeto de los DNU consiste en la protección del interés público en situaciones excepcionales, que no pueden esperar a que el Congreso efectúe las sesiones y luego sancione la ley correspondiente.

A partir de la literalidad, el espíritu y la finalidad del decreto se vislumbra con claridad que éste persigue el fin de favorecer a un sector concreto de la sociedad, segmentado en las aseguradoras de riesgos del trabajo.

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(*) Fiscal a cargo de la Fiscalía Federal de la Seguridad Social Nº 1. Fiscal subrogante de la Fiscalía Nacional del Trabajo Nº 3. Magíster en Derecho y Magistratura Judicial, Universidad Austral.

(1) Fallos 322:1726.

(2) TORTI CERQUETTI, Patricio J., en Supl. Esp.: "Desburocratización y simplificación de la Administración Pública", Erreius, marzo/2018.

El mismo Poder Ejecutivo manifiesta expresamente que el decreto se firma para regular y beneficiar especialmente a las aseguradoras de riesgos del trabajo, al señalar en el considerando: "...así se advierte que actualmente el rendimiento financiero de los activos de la industria aseguradora es del orden del cuarenta y dos por ciento (42%) promedio, mientras que la tasa de interés vigente para las indemnizaciones por contingencias previstas en la ley 24.557 y sus modificaciones, asciende a niveles cercanos al noventa por ciento (90%).

"Que además del referido desequilibrio sistémico, el ajuste de las obligaciones de las aseguradoras mediante la aplicación de tasas financieras ha llevado a desnaturalizar los derechos de los trabajadores beneficiarios del sistema, haciendo que las indemnizaciones que les corresponden, legalmente orientadas a la finalidad reparadora de los daños sufridos por ellos, generen rendimientos financieros disociados del daño a reparar y ajenas al propósito que inspira la norma.

"Que la situación descripta crea incentivos adversos para el propósito mismo del sistema ya que el descalce entre el rendimiento financiero de los activos de las aseguradoras y la ultrautilidad en favor de los beneficiarios resultante de la actualización de sus pasivos, fomenta la litigiosidad (y los costos concomitantes) desalentando el logro de acuerdos conciliatorios que permitan acelerar los plazos de pago a los beneficiarios del sistema...".

En este temperamento, aun en caso de que el Congreso de la Nación apruebe el DNU en cuestión, judicialmente podría dictarse su nulidad absoluta e insanable.

Resultan ilustrativas al respecto las palabras del Dr. Rosatti en su "Tratado de derecho constitucional" **(3)**, donde asevera: "Respecto del control judicial sobre la actuación congresional, recordamos que la aprobación de los decretos no sanea los vicios derivados de la violación de los requisitos constitucionales básicos para el ejercicio en función materialmente legislativa por parte del Ejecutivo, tales como el desapego evidente respecto de la materia delegada a las bases de la delegación (en el caso de los reglamentos delegados), el avance sobre materias de regulación prohibida (en el caso del DNU) o la alteración evidente de la unidad normativa original (en el caso de la promulgación parcial)".

A ello puede añadirse que, aun en el supuesto caso de que la materia reglamentada sea susceptible de obviar la vía del Congreso Nacional, carece de virtualidad, ya que no está justificada por la excepcionalidad o la urgencia.

III. Principios que deben iluminar la legislación en materia de derechos sociales

A partir de la Segunda Guerra Mundial, la evolución histórica ha dado surgimiento a una nueva concepción de derecho, el denominado derecho social.

La tradición jurídica ha calificado a las distintas ramas del derecho, en el esquema romano germánico, asignándoles el carácter de público o privado según quiénes sean sus protagonistas: el Estado o los particulares.

Este derecho procura la regulación de las relaciones humanas, no ya como individuos, sino como integrantes de lo social.

Este proceso de socialización de la actividad privada, unido al rol que tiene el Estado y a la circunstancia de que los titulares del derecho sean las personas físicas, no frente a otro particular o individuo, sino ante la sociedad en cuanto tal o a través de la actividad del Estado, es mérito suficiente para darle la asignación de "social" a esta rama del derecho **(4)**.

La caracterización de este nuevo sistema jurídico está dada por el hecho de que las normas participan del carácter de orden público. Esta característica fue acompañada también por el marcado intervencionismo estatal para su aplicación y por la restricción a la autonomía de la voluntad de las partes. Todo ello porque está en juego no sólo el interés del individuo, sino el de la propia sociedad **(5)**.

Gustav Radbruch ha concebido la idea que sostiene que "El derecho social no es simplemente la idea de un derecho especial destinado a las clases bajas de la sociedad, sino que envuelve un alcance mucho mayor. Se trata en realidad de una nueva forma estilística del derecho en general. El derecho social es el resultado de una nueva concepción del hombre por el derecho" **(6)**.

Algunas de las manifestaciones principales del derecho social son el derecho de la seguridad social y el derecho del trabajo.

El primero nace como consecuencia de la evolución hacia el reconocimiento más profundo del ser humano, como individuo y como ser social, como responsable primigenio de su propio destino y como partícipe solidario en el destino de sus prójimos, en el proceso de socialización de la humanidad basado en la autonomía y la libertad de los individuos **(7)**.

La nueva concepción social del derecho debe interpretarse como un sistema con presupuestos teóricos, y no como una simple acumulación de normas con fin y destinatario comunes.

La idea central en que el derecho social se inspira no es la idea de la igualdad de las personas, sino la de la nivelación de las desigualdades que entre ellas existen; la igualdad deja de ser el punto de partida del derecho para convertirse en meta o aspiración del orden jurídico **(8)**.

Esta desigualdad puede verse entre individuos ligados entre sí por determinado vínculo jurídico o en aquellas situaciones objetivas que a las personas les tocan en suerte.

De este modo se advierte la existencia de individuos en una situación de mayor desventaja o vulnerabilidad que otros, por diferentes motivos: discapacidad o enfermedad, vejez, imposibilidad de subsistencia digna, etcétera.

La concepción igualitarista del derecho social propicia que estas personas o sectores en situación de vulnerabilidad, por esta sola causa y con fundamento en su natural dignidad humana, deban tener una mayor protección por parte de la comunidad, expresada principalmente a través de su forma institucional, que es el Estado **(9)**.

Radbruch sostiene que si quisiéramos traducir al lenguaje jurídico la enorme revolución que estamos presenciando en los hechos y en las ideas, diríamos que la tendencia hacia un derecho social va socavando la rígida separación entre el derecho privado y el derecho público, entre el derecho civil y el derecho administrativo, entre contrato y ley. Ambos tipos de derecho penetran el uno en el otro recíprocamente, dando lugar a la aparición de nuevos campos jurídicos, que no pueden ser atribuidos al derecho público ni al privado, sino que representan un derecho enteramente nuevo **(10)**.

Estos conceptos se aplican tanto al campo de la seguridad social como al laboral, donde, amén de intercalarse relaciones privadas con relaciones públicas, todas ellas tienen la misma finalidad: reconocerle al afectado por una contingencia social el derecho a gozar de una prestación que pueda cubrir las necesidades producidas **(11)**.

En orden a todo lo señalado, resulta evidente que el derecho de la seguridad social y el del trabajo se encuentran enmarcados dentro del denominado derecho social.

La temática en análisis participa del campo de los derechos sociales. Contiene elementos específicos del derecho de la seguridad social y del derecho laboral, más allá de la relación que pueda guardar con otros aspectos del mundo jurídico.

En este punto, corresponde reconocer un derecho, aun cuando no haya sido exigido expresamente ni acordado, porque es deber del juez no apartarse de la verdad jurídica objetiva y esclarecer los hechos, más cuando correspondería su otorgamiento por la simple aplicación de las disposiciones legales vigentes.

El Preámbulo de nuestra Constitución Nacional postula la promoción del bienestar general "para nosotros, para nuestra posteridad, y para todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino".

Todas las contingencias sociales a las que puede estar expuesto un individuo deben ser atendidas. El carácter integral que reviste esta temática así lo exige.

En relación con la justicia social como principio rector del derecho de la seguridad social, cabe reconocer el concepto esbozado por la Corte Suprema: "es la virtud que ordena al hombre a hacer posible el libre perfeccionamiento integral de los demás hombres. Es la obligación de quienes forman parte de una comunidad de contribuir al mantenimiento y estabilidad del bien común propio de ella, sin el cual se tornan ilusorios o no alcanzan plena satisfacción los derechos y las virtualidades auténticamente humanas de los integrantes de aquellas.

"En el marco de esta forma de justicia no puede hablarse con propiedad de contraprestación porque el primordial y suficiente bien del que participa el integrante de la comunidad no es un bien particular apropiable individualmente, sino un bien común que es de todos porque es del todo comunitario del que cada uno es parte integrante" **(12)**.

El principio de equidad reviste carácter vital en la tarea del intérprete, quien debe evitar que la aplicación de una norma configure una injusticia extrema. La vigencia del principio *pro homine* implica un "criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o a su suspensión extraordinaria [...]. Los instrumentos internacionales de derechos humanos establecen que ninguna de sus disposiciones autoriza a limitar los derechos protegidos en mayor medida de la prevista, al limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido en otra norma internacional o interna en vigor, ni excluir o limitar el efecto que puedan producir las normas consuetudinarias en materia de derechos humanos" **(13)**.

En el mismo temperamento, cabe destacar el principio de razonabilidad, vinculado a "la necesidad [de] que las prestaciones de toda naturaleza respondan a la magnitud y extensión de las contingencias resguardadas" **(14)**.

La Constitución Nacional, a través del art. 14 bis, reconoce los derechos de la seguridad social. La reforma de 1994 jerarquizó una serie de instrumentos internacionales que ampliaron dicho reconocimiento.

La trascendencia conferida por la Norma Suprema y los tratados internacionales se ve plasmada en la organización del sistema de la seguridad social nacional, el que, pese a ser preexistente a la última modificación constitucional, comenzó a cumplir un rol más protagónico a partir de ella.

El mentado art. 14 bis dispone que "El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna".

El Estado es el que debe garantizar el goce de los beneficios de la seguridad social y le incumbe, en ejercicio de su potestad legislativa, plasmar en la ley los derechos y obligaciones para realizar esa obligación de garantía.

Los "beneficios" consisten en las prestaciones resultantes de la cobertura de las contingencias que puedan afectar a la persona, provengan ellas de regímenes de carácter tanto contributivo como asistencial. La cualidad de "integral" que la Constitución impone a esa cobertura implica que debe ser amplia y total en relación con el conjunto de contingencias incluidas en el sistema, abarcándolas globalmente. El carácter de "irrenunciable" parece indicar una obligatoriedad que no admite voluntad en contrario respecto a la incorporación al sistema y al goce de sus beneficios **(15)**.

Sentados algunos de los principios que iluminan el derecho de la seguridad social, que la judicatura no puede dejar de lado al momento de resolver la procedencia de la medida cautelar, tampoco pueden dejar de soslayarse los principios del derecho del trabajo, entendidos como aquellas ideas fundantes que contribuyen a delinear la identidad de esta disciplina. Entre otros, se pueden mencionar:

Principio protectorio: parte del reconocimiento de que la relación social que el derecho del trabajo pretende regular jurídi-

{ NOTAS }

(3) ROSATTI, Horacio, "Tratado de derecho constitucional", Rubinzal-Culzoni Edit., 1ª ed., t. II, p. 413. CS, 19/08/1999, "Verrocchi, Ezio Daniel c. PEN - Inconstitucionalidad de los DNU".

(4) CHIRINOS, Bernabé L., "Tratado de la seguridad social", Ed. La Ley, 2009, p. 89.

(5) CHIRINOS, Bernabé L., Ob. cit.

(6) RADBRUCH, Gustav, "Introducción a la filosofía del derecho", CE, México, 1978, 3ª ed., p. 157.

(7) CHIRINOS, Bernabé L., ob. cit., p. 100.

(8) RADBRUCH, Gustav, "Introducción a la filosofía del derecho", ob. cit., p. 162.

(9) SOSA, Rodolfo A., en *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, UNLP, año 6, 2008, nro. 39.

(10) RADBRUCH, Gustav, "Introducción a la ciencia del derecho", *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1930.

(11) CHIRINOS, Bernabé L., ob. cit., p. 97.

(12) Fallos 300:836.

(13) Conf. PINTO, Mónica, "El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos", en AA.VV., *La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Editores del Puerto - PNUD, Buenos Aires, 1988, ps. 163-164.

(14) CHIRINOS, Bernabé L., ob. cit., t. 1, p. 62.

(15) Conf. BIDART CAMPOS, Germán, "Principios constitucionales del derecho del trabajo individual y

camente traduce una marcada desigualdad socioeconómica de carácter estructural entre el empleador dueño de los medios de producción y el trabajador aportante de la fuerza de trabajo; el principio protectorio procura atenuarla, introduciendo desigualdades jurídicas compensatorias en favor del trabajador.

En virtud de este principio, el trabajador —indudable destinatario de la protección— se convierte en un sujeto que debe recibir una preferente tutela jurídica del ordenamiento jurídico laboral.

En nuestro ordenamiento jurídico, el principio protectorio ha quedado consolidado en el derecho positivo a nivel constitucional, desde que el art. 14 bis de la CN establece que "el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes"; la regla *in dubio pro operario*, y la regla de la condición más beneficiosa (arts. 7º-9º, LCT).

Principio de irrenunciabilidad: por aplicación de este principio, el trabajador ni aun con el concurso de su propia voluntad puede aceptar modificaciones *in pejus* de los derechos que ha adquirido **(16)**.

Principio de progresividad: este principio intenta reducir progresivamente el estado de desposesión en el que se encuentran los trabajadores en el orden socioeconómico, imponiendo en favor de ellos el aumento sostenido y unidireccional de los niveles de tutela jurídica existentes.

Fundamentalmente, impide toda posibilidad de reducción regresiva de las conquistas sociales normativamente alcanzadas, estableciendo un vallado inexpugnable a cualquier pretensión de retrogradar —por vía legislativa y aun interpretativa— los derechos de los trabajadores.

De ese modo, el principio de progresividad procura la garantía de la conquista de un estado, transformándose en una válvula que impide el regreso a estadios del pasado, asegurando un mínimo de dignidad existencial a los trabajadores.

La Corte Suprema ha aplicado el principio de progresividad en numerosos y reconocidos precedentes: "Vizzoti c. AMSA" **(17)** y "Aquino c. Cargo" **(18)**.

En ese sentido, ha señalado calificada jurisprudencia: "Los fines de la legislación laboral responden a un principio protectorio en beneficio del trabajador, con el objeto de mantener el equilibrio entre las partes contratantes por la debilidad de aquél frente a su empleador, principio que encuentra fundamento constitucional en el art. 14 bis de la CN" **(19)**.

En la causa "Araujo c. El Chatarral SA" (sent. del 27/04/1999) sostuvo el mismo tribunal: "El principio protectorio, de consagración constitucional (art. 14 bis), tiene como fin mantener el equilibrio entre quienes están vinculados por un contrato de trabajo en atención a la diferencia de fuerzas que media entre los empleadores y los obreros".

Resaltando adecuadamente esa doble dimensión, ha dicho la Suprema Corte de Buenos Aires: "El principio de progresividad o de desarrollo progresivo de derechos implica no sólo una obligación positiva sino, también, una obligación negativa: el Estado, una vez que ya ha cumplido con la obligación de actuar para dar satisfacción al derecho social, pasa a estar obligado a abstenerse de atentar contra la realización dada al derecho social (principio de 'prohibición de retroceso social' o de 'prohibición de evolución reaccionaria')" **(20)**.

El principio de progresividad ha sido positivizado a nivel internacional en el art. 19, apart. 8º, de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, así como en los arts. 2º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos. En el orden nacional, lo contemplan (además de las normas internacionales mencionadas —art. 75, inc. 22, CN—) los arts. 75, inc. 23, de la CN —21— y 39, apart. 3º, de la Const. BA. Por otra parte, ha sido frecuentemente invocado en los últimos tiempos por la Corte Suprema para desactivar y descalificar constitucionalmente normas positivas regresivas, al punto que ha sido calificado por el tribunal como un principio arquitectónico, adjetivación a todas luces acertada, desde que su ausencia haría tambalear la estructura del derecho del trabajo.

Principio de indemnidad: este principio implica que el trabajador debe salir indemne (ileso, incólume, intacto) del contrato de trabajo.

IV. Regresividad de la modificación de la tasa activa por el RIPTE

El considerando del mentado decreto puntualiza que "...mediante la aplicación de tasas financieras ha llevado a desnaturalizar los derechos de los trabajadores beneficiarios del sistema, haciendo que las indemnizaciones que les corresponden, legalmente orientadas a la finalidad reparadora de los daños sufridos por ellos, generen rendimientos financieros disociados del daño a reparar y ajenas al propósito que inspira la norma [...]; resulta necesario asegurar la continuidad de las condiciones de sostenibilidad del sistema de riesgos del trabajo, propiciando la protección de los asegurados y trabajadores mediante un sistema financieramente viable, mediante garantías técnicas que permitan actuar ante un posible deterioro de la situación patrimonial de las aseguradoras [...]; la situación descripta crea incentivos adversos para el propósito mismo del sistema ya que el descalce entre el rendimiento financiero de los activos de las aseguradoras y la ultrautilidad en favor de los beneficiarios resultante de la actualización de sus pasivos, fomenta la litigiosidad [...]; la perjudicial asimetría de tratamiento entre los pasivos y activos de las compañías de seguros podría provocar un riesgo sistémico que la presente medida buscar evitar".

Cabe recordar que los tratados internacionales con validez constitucional obligan a adoptar las medidas necesarias para garantizar el progreso y la plena efectividad de los derechos humanos **(21)**.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en su art. 26 (cap. III: "Derechos económicos, sociales y culturales") que los Estados partes se comprometen a adoptar providencias para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que derivan de las normas económicas, sociales, sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, en la medida de los recursos disponibles.

La Declaración Universal sobre Derechos Humanos, por su parte, postula el derecho a un nivel de vida adecuado que asegure al núcleo familiar la salud, el bienestar, la alimentación, la asistencia médica y los servicios sociales, y los derechos a acceder a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de su subsistencia por circunstancias independientes a su voluntad. Un acabado estudio acerca de los derechos sociales —puntualmente los aquí involucrados—, en cuanto a su ejercicio y tutela, requiere hacer una necesaria referencia a las nociones de progresividad y no regresividad.

Sobre ello, distintos instrumentos internacionales establecen la obligación de los Estados de lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos sociales: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, etc. El Protocolo de San Salvador —protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos— define la noción de progresividad como "el criterio de avance paulatino en el establecimiento de condiciones necesarias para garantizar el ejercicio de un derecho económico, social o cultural". La nota al art. 11 define las medidas regresivas como "todas aquellas disposiciones o políticas cuya aplicación signifique un retroceso en el nivel del goce o ejercicio de un derecho protegido".

Podemos hablar entonces de una doble responsabilidad de los Estados: por un lado, están obligados a avanzar en el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales, de modo de satisfacerlos cada vez con mayor intensidad —principio de progresividad—; por el otro, les está prohibido todo retroceso en esta área, lo que implica que, una vez que un derecho social ha sido reconocido, no puede en el futuro —salvo casos excepcionales— ser desconocido —principio de no regresividad—.

Abramovich y Courtis expresan al respecto que la obligación asumida por el Estado es ampliatoria, de modo que la derogación o reducción de los derechos vigentes contradice claramente el compromiso internacional asumido **(22)**.

El principio de progresividad que comentamos ha tenido recepción jurisprudencial expresa por parte de la Corte Suprema de Justicia. Así, en materia previsional se ha entendido, con sustento en el art. 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en función del art. 75, inc. 22, CN, y del art. 75, inc. 23, CN, que por aplicación de dicho principio queda descalificado todo accionar gubernamental que en la práctica produzca un resultado regresivo en el goce efectivo de los derechos. Dijo la Corte en el caso "Sánchez": "La consideración de los recursos disponibles de cada Estado conf. arts. 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos constituye una pauta que debe evaluar cada país al tiempo de establecer nuevos o mayores beneficios destinados a dar satisfacción plena a los compromisos asumidos por esos documentos, mas no importa disculpa alguna para desconocer o retacear los derechos vigentes (conf. art. 29 de la Convención citada)" **(23)**. A partir del precedente dictado por el Tribunal Supremo en autos "ATE c. Municipalidad de Salta s/ acción de inconstitucionalidad", en lo que aquí interesa, puede concluirse que el principio de progresividad impone que todas las medidas estatales de carácter deliberadamente regresivo —o sea, ir para atrás en materia de derechos—, tal como lo era el decreto en cuestión con su quita salarial, requieren la consideración más cuidadosa y deben justificarse plenamente con referencia a la totalidad de los derechos provistos y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos.

En suma, estas medidas serían regresivas, salvo que el Estado cumpla con la carga de probar las circunstancias que justifican la excepcionalidad de la restricción para poder ser consideradas aceptables. Esto es una derivación del principio *pro homine*, que, por un lado, requiere amplitud para determinar el alcance de los derechos y, por el otro, requiere, en su otra cara, un carácter restrictivo para medir las limitaciones a los derechos, libertades y garantías.

Ahora bien, el mentado DNU modifica el art. 12 de la ley 24.557, estableciendo que "...desde la fecha de la primera manifestación invalidante y hasta la fecha en que deba realizarse la puesta a disposición de la indemnización por determinación de la incapacidad laboral definitiva, deceso del trabajador u homologación, el monto del ingreso base devengará un interés equivalente a la tasa de variación de las Remuneraciones Imponibles Promedio de los Trabajadores Estables (RIPTE) en el período considerado" (art. 2º); mientras que la norma en examen, sin tal modificación, prevé actualmente que en ese período se aplica un interés equivalente al promedio de la tasa activa cartera general nominal anual vencida a treinta —30— días del Banco de la Nación Argentina. La confrontación de la medida que se impugna con el referido principio de progresividad es así flagrante, si se pondera la desproporción que en el país se da entre el aumento de los salarios y la tasa de interés que paga el Banco Nación. En consecuencia, la modificación introducida por el DNU en cuestión reduciría sensiblemente lo que se pagaría por indemnizaciones por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, implicando ello un manifiesto e inconstitucional abandono por el Estado de la protección de sujetos de preferente tutela constitucional **(24)**, invirtiendo la prevalencia normativa y garantizando la rentabilidad de las aseguradoras de riesgos del trabajo, en detrimento de créditos —prestaciones de la Ley de Riesgos del Trabajo— que "...gozan de las franquicias y privilegios de los créditos por alimentos..." y son además "... irrenunciables..." (art. 11, inc. 1º, ley 24.557).

En tal sentido, ha sostenido reiteradamente la Corte Suprema que "...el principio de progresividad o no regresión, que veda al legislador la posibilidad de adoptar medidas injustificadamente regresivas, no sólo es un principio arquitectónico del derecho internacional de los derechos humanos sino también una regla que emerge de las disposiciones de nuestro propio texto constitucional en la materia" **(25)**.

En este marco, señala Ackerman: "El texto actual [en referencia al ordenado según ley 27.348] del art. 12 de la LRT es producto de la modificación introducida por el Senado de la Nación al proyecto del Poder Ejecutivo y si bien, al igual que éste, contempla tanto el modo de cálculo de ingreso base como la mora en el

{ NOTAS }

colectivo y de la seguridad social en el art. 14 bis", TySS 1981-481 y ss.

(16) Cfr. art. 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. XIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 6º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

(17) CS, 14/09/2004, Fallos 327:3677.

(18) CS, 21/09/2004, Fallos 327:3753.

(19) Conf. SCBA, 10/09/1985, *in re* "Garzón c. El Mangrullo Hotelera Conosur SA", y 17/03/1998, "Ruiz Soriano c. Gerez", Ac. 69.458.

(20) Conf. SCBA, 29/10/2008, "Sosa, Marta Beatriz y otros s/ inconstitucionalidad ley 11.761". AR/JUR/10742/2008.

(21) Art. 22, Declaración Universal de los Derechos Humanos; art. 9º, Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales; art. 16, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre, entre otros.

(22) Cfr. ABRAMOVICH, Víctor - COURTIS, Christian, "Los derechos sociales como derechos exigibles", Ed. Trotta, Madrid, 2002, p. 94.

(23) Res. del 28/07/2005, "Sánchez, María del Carmen c. ANSeS s/ reajustes varios", causa S.2758.XXXVIII.

(24) Conf. art. 14 bis, CN, y CS, 2004, "Vizzoti", Fallos 327:3677; 2004, "Aquino", Fallos 327:3753; 2009, "Pérez", Fallos 332:2043; 2010, "Álvarez", Fallos 333:2306, entre otros.

(25) CS, 24/11/2015, "Registro Nacional de Trabajadores Rurales y Empleadores c. Poder Ejecutivo Nacional

pago de las indemnizaciones —por incapacidad laboral permanente y fallecimiento—, el texto final, pese a haber enmendado sólo parcialmente la iniciativa presidencial, presenta notables y trascendentes diferencias con la que parecía ser la idea inicial [...]. Mas allá del doble reproche que podía dirigirse a este aspecto del proyecto, tanto por tomar como referencia sólo la remuneración de los últimos cuatro meses como, a este efecto, por adoptar la conflictiva referencia al salario normal y habitual, la finalidad perseguida por el segundo párrafo parecía ser evitar que el transcurso del tiempo entre la primera manifestación invalidante y la fecha de cálculo de la indemnización hiciera perder actualidad al valor del ingreso base". Añade el autor que "así entendidos, esos intereses no tenían carácter moratorio ni punitorio, y su propósito parecía quedar limitado al intento de llegar al momento del cálculo de la indemnización, para el que podían transcurrir, por ejemplo los dos años de incapacidad laboral temporaria del inc. c), del apart. 2 del art. 7º, con un valor actualizado" **(26)**.

Sin embargo, el autor del dispositivo inconstitucional echa por la borda la tasa activa para imponer el RIPTE, que arroja un resultado inferior.

La aplicación del RIPTE favorece a los empleadores y a las aseguradoras de riesgos del trabajo.

A grandes rasgos, el RIPTE se caracteriza por dos variables: implica tener en cuenta, por un lado, el nivel de ocupación efectiva de los trabajadores y, por el otro, el nivel salarial.

Hoy en día ambos indicadores pasan por un momento preocupante. Sus indicadores son bajos. Por ello, actualizar de acuerdo con el RIPTE, en reemplazo de la aplicación de la tasa activa, es regresivo, además de trasladar el riesgo empresarial al trabajador accidentado o enfermo.

V. Carácter retroactivo del dec. 669/2019

El DNU 669/2019, en el art. 3º, postula su aplicación a todas las causas en trámite, promoviendo una aplicación inmediata. En consecuencia, es retroactivo, afectando derechos adquiridos de los damnificados y contradiciendo el precedente "Espósito" de la Corte Suprema sobre la no aplicación de una nueva normativa a causas anteriores.

En su art. 7º, el Código Civil y Comercial señala, en lo atinente al tema de la irretroactividad o, lo que es casi lo mismo, la vigencia temporal de la ley: "*Eficacia. Alcance temporal.* A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales".

El problema de la disposición es la retroactividad con carácter regresivo.

Una norma puede aplicarse a las consecuencias en curso de ejecución, pero no puede afectar derechos sociales adquiridos. Es decir, nunca puede ser regresiva.

Un derecho protegido por la Constitución Nacional no puede ser afectado por leyes retroactivas con mayor marco de desprotección.

Es evidente que el decreto infringe con efecto retroactivo el carácter protectorio y progresivo del art. 14 bis de la CN, por ser peyorativo.

VI. Orden público laboral

A lo apuntado hasta aquí debe agregarse que el art. 22 de la ley 27.348 confiere carácter de orden público al dispositivo que el decreto pretende modificar con carácter retroactivo.

En razón de tamaña infracción, es dable recordar los principios de orden público como aquellos que inspiran un ordenamiento jurídico determinado.

En algunas ocasiones se persigue resguardar ciertos intereses monetarios del Estado, como ocurre con las regulaciones al control de cambios o las restricciones a las transferencias; en otras, salvaguardar intereses vitales de un Estado y el bienestar de sus habitantes.

Por la textura del decreto en crisis, pareciera que se intenta dar primacía a los intereses de las empresas aseguradoras por sobre los derechos y las limitaciones de los trabajadores accidentados en ocasión del trabajo.

En el ámbito laboral, la expresión "orden público" persigue el resguardo de las partes consideradas débiles y, por ende, de personas de preferente tutela constitucional.

En la especie cabe hablar de "orden público de protección".

El derecho del trabajo es tuitivo, al no existir un pie de igualdad entre las partes de la relación trabajador/empleador-empresario.

Las disposiciones laborales tutelan la parte débil de la relación como es el sujeto trabajador. Frente a este postulado, aparece el concepto de orden público laboral, imponiendo con ello la imposibilidad de incumplir o de renunciar a sus normas.

La concreta conceptualización de ese "orden público laboral" se ha positivizado en el art. 14 bis de la CN, especialmente en las garantías de protección del trabajo en sus diversas formas, en la justa retribución y el amparo contra el despido arbitrario.

Diego M. Tosca puntualiza que, con el objeto de establecer mínimas condiciones de dignidad en la relación de trabajo, el poder estadual intervino coactivamente, estableciendo ciertos parámetros que deben ser obligatoriamente observados en la celebración y la ejecución del contrato. De poco habrían servido estas pautas legales si su contenido hubiere sido disponible por los particulares, o si sólo hubieren tenido operatividad supletoria. En esta hipótesis, el poder patronal habría seguido imponiendo peyorativas condiciones de trabajo. Por consiguiente, para obtener la finalidad y la eficacia buscadas, la legislación laboral se presentó con características de imperatividad: "...mientras que en el derecho común la disponibilidad suele ser la regla y la limitación la excepción, en el derecho del trabajo sucede lo contrario, dado que la casi totalidad de las condiciones en que se desarrolla el vínculo laborativo están impuestas, con un contenido mínimo, por la norma heterónoma de carácter obligatorio..." **(27)**.

Además, apunta que el orden público laboral es una derivación del principio protectorio receptado por el art. 14 bis de nuestra Carta Magna y que, al igual que el orden público general, presenta un carácter dinámico, morigerado por haber sido predispuesto —en la mayoría de las naciones— en la Norma Fundamental del Estado, lo que ha hecho que su alteración no resulte del todo frecuente.

Por lo tanto, el orden público constituye una premisa básica del derecho del trabajo, así como un conjunto de principios fundamentales de aquél.

VII. Conclusión

Resultaría saludable que el DNU 669/2019 no sea aprobado por el Congreso de la Nación o que el mismo Poder Ejecutivo Nacional lo deje sin efecto.

Ello por cuanto ha quedado demostrado que el reglamento avanza sobre competencias exclusivas del Congreso Nacional, sin darse los presupuestos fácticos del art. 99, inc. 3º, de la CN, y desconoce la doctrina sentada por la Corte Suprema en el expediente "Verrocchi" **(28)**.

Además, no justifica la excepcionalidad o urgencia ni la necesidad, y con carácter retroactivo y regresivo infringe el orden público laboral.

Cita on line: AR/DOC/3398/2019

{ NOTAS }

y otro", Fallos 338:1347.

(26) ACKERMAN, Mario, "Ley de Riesgos de Trabajo comentada y concordada", Rubinzal-Culzoni Edit., Santa Fe, 2017, 1ª ed., p. 360.

(27) TOSCA, Diego M., "Tratado de derecho del Trabajo", Rubinzal Culzoni Edit., Santa Fe, 2005, p. 453.

(28) CS, 19/08/1999, "Verrocchi, Ezio Daniel c. PEN - Inconstitucionalidad de los DNU".

NOTA A FALLO

Mala praxis médica

Tratamiento médico adecuado. Prueba pericial. Rechazo de la acción.

Véase en página 9, Nota a Fallo

Hechos: *Una mujer embarazada se realizó una ecografía en donde se le informó que el embarazo se encontraba detenido. El médico que la atendió le indicó una medicación a fin de eliminar al feto en su hogar. Debido a la experiencia traumática y la prescripción de un medicamento que, según ella, se encontraba prohibido por la ANMAT, inició una demanda por mala praxis. Fue rechazada en primera instancia y en la Cámara.*

La demanda de mala praxis interpuesta por una mujer que transitó un aborto terapéutico debe rechazarse, toda vez que según la prueba pericial —no refutada mediante principios científicos o técnicos por parte de los reclamantes— los profesionales demandados asistieron correctamente a la mujer llevando a cabo métodos ajustados a los protocolos de tratamiento, de acuerdo con la bibliografía actual y la experiencia de los mejores centros del mundo.

122.214 — CNCiv., sala J, 24/06/2019. - C., N. V. y otros c. Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires y otros s/ Daños y perjuicios.

[Cita on line: AR/JUR/27525/2019]

COSTAS

Se imponen a los recurrentes vencidos.

2ª Instancia. — Buenos Aires, junio 24 de 2019.

La doctora *Scolarici* dijo:

I. La sentencia obrante a fs. 493/498 dispuso el rechazo de la demanda, con costas, considerando que no se había configurado el supuesto de mala praxis médica por el cual accionaran los actores.

Dicho pronunciamiento fue recurrido por los accionantes, quienes fundaron sus agravios en la pieza obrante a fs. 547/56, cuyo traslado fuera oportunamente respondido a fs. 559/563.

II. Sabido es que la expresión de agravios no es una simple fórmula, sino que constituye una verdadera carga procesal, debiendo contener un estudio minucioso y preciso de la sentencia que se apela, y condensar los argumentos y los motivos que demuestren los errores cometidos por el juez inferior para que el tribunal de alzada pueda apreciar en qué puntos y por qué razones, el apelante se considera perjudicado en sus derechos (Highton-Areán, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, T. 5, p. 243, 1ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2004).

Este Tribunal se ha guiado siempre por un criterio de amplia tolerancia para ponderar la suficiencia de la técnica recursiva exigida por el art. 265 de la ley adjetiva, por entender que tal directiva es la que más adecuadamente armoniza el cumplimiento de los requisitos legales impuestos por la antes citada norma con la garantía de defensa en juicio, de raigambre constitucional.

De allí entonces que el criterio de apreciación al respecto debe ser amplio, atendiendo a que, por lo demás, los agravios no requieren fórmulas sacramentales, alcanzando así la suficiencia requerida por la ley procesal cuando contienen en alguna medida, aunque sea precaria, una crítica concreta, objetiva y razonada a través de la cual se ponga de manifiesto el error en que se ha incurrido o que se atribuye a la sentencia y se refuten las consideraciones o fundamentos en que se sustenta para, de esta manera, descalificarla por la injusticia de lo resuelto (CNCiv., esta Sala, 10/12/2009, Expte. Nº 41.025/2005 "Magnífico, Daniel A. c. Pavone Farina, Marcela y otros s/ daños y perjuicios"; *Idem*, *id.*, 23/02/2010, Expte. Nº 25.011/2005, "Longueira, Marcelo A. c. Club Atlético River Plate y otros s/ daños y perjuicios", *Id.*, *id.*, 11/06/2010, Expte. Nº 7153/2007 "Presa, César D. c. Silva, Néstor y otros s/ daños y perjuicios", entre otros).

Ahora bien, aun cuando pueda considerarse que la expresión de agravios no reúne todos los recaudos procedimentales impuestos, procederé a su tratamiento a fin de no menoscabar el derecho de defensa de la actora, y preservando de este modo el derecho esencial invocado en la demanda que el actor considera afectado.

III. Como previo y antes de entrar en el tratamiento de los agravios deducidos cabe precisar que el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación que entró en vigencia el 1 de agosto de 2015 aprobado por la ley 26.994 contempla de manera expresa lo relativo a la "temporalidad" de la ley. Es menester interpretar coherentemente lo dispuesto por su art. 7º sobre la base de la irretroactividad de la ley respecto de las situaciones

jurídicas ya constituidas, y el principio de efecto inmediato de la nueva ley sobre las situaciones que acontezcan, o relaciones jurídicas que se creen con posterioridad a su vigencia, así como a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes.

Las consecuencias son los efectos, —de hecho, o de derecho— que reconocen como causa, una situación o relación jurídica por ende atento que en los presentes obrados la situación de que se trata, ha quedado constituida, con sus consecuencias devengadas, conforme a la ley anterior, corresponde analizar la cuestión a la luz de la misma, así como la doctrina y jurisprudencia a ella aplicable.

Se ha sostenido que cualquiera sea la instancia en la que se encuentre el expediente (primera o ulteriores, ordinarias o incluso extraordinarias), hay que aplicar el mismo sistema de derecho transitorio que teníamos y, por tanto, verificar si las situaciones y sus consecuencias están o no agotadas, si está en juego una norma supletoria o imperativa, y ahora sí, como novedad, si se trata o no de una norma más favorable para el consumidor. Así, por ejemplo, si el hecho ilícito que causó el daño aconteció antes de agosto de 2015, a esa relación jurídica se aplica el Cód. Civil, se haya o no iniciado el juicio y cualquiera sea la instancia en la que se encuentre (cfr. Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Nuevamente sobre la aplicación del Código Civil y Comercial a las situaciones jurídicas existentes al 1 de agosto de 2015", Publicado en: LA LEY, 02/06/2015, 1; LA LEY, 2015-C, 951, Cita Online: AR/DOC/1801/2015).

IV. Efectuaré una sucinta reseña del caso a fin de introducirme luego en el tratamiento de los agravios de la parte actora.

N. V. C. y J. M. A. por sí y en representación de su hija entonces menor —L. A.—, promovieron demanda contra la Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires y contra M. N. J., tendiente a obtener una indemnización de $800.000 en concepto de daños y perjuicios padecidos. Relataron que durante aproximadamente siete años buscaron un segundo hijo, para lo que realizaron numerosos estudios para que la coactora N. C. pudiera quedar embarazada y que, en el mes de febrero de 2007, cursaba un embarazo de 14 semanas, que al realizarse una ecografía se le informó que el embarazo se encontraba "detenido y retenido" y que debían concurrir al Hospital Italiano para que le realicen los estudios y procedimientos pertinentes. Continuaron sosteniendo que una vez allí la Dra. M. N. J. le prescribió a la Sra. C. el medicamento denominado Oxaprost —medicación prohibida por la ANMAT, según invocaron— y la envió a su casa, diciéndole que iba a eliminar al feto entero o por partes. Invocaron la negligencia profesional que medicó mal a la actora poniendo en riesgo su salud y su vida. Expresaron, entre otras cuestiones, que el coactor A. terminó recibiendo el feto en el baño de su casa, con una fuerte hemorragia de la Sra. C. y ante la presencia y llanto de la hija de la pareja. Afirmaron que el procedimiento de un aborto terapéutico debía ser realizado por un médico competente.

V. El eje de la cuestión planteada en la expresión de agravios radica en la normativa aplicable, en el cuestionamiento de la prueba pericial y en la exoneración de responsabilidad de las demandadas.

Ahora bien, esta Sala ha sostenido invariablemente la tesis contractualista, interpretando que la obligación asumida por el profesional no es a obtener un resultado, sino tan sólo a poner los medios adecuados para alcanzar esa finalidad, esto es, de prestar asistencia técnicamente adecuada, poniendo al servicio del enfermo el caudal de conocimientos científicos que su título acredita y prestándole la diligente asistencia profesional que su estado requiere.

A fin de no extenderme en estos aspectos y tesis doctrinarias analizadas en casos análogos, me remito *brevitatis causae* a los pronunciamientos de este Tribunal en tal sentido. (C. Civ., Sala J, 28/09/2006, "D'Albano, Juan C. c. Hospital Español de Buenos Aires", DJ, 2007-I, 795; *Idem.*, *id.*, 24/08/2005, Expte. 86.890/97, "Azurduy, Cristina R. y otro c. Hospital. Gral. de Agudos Dalmacio Vélez Sarsfield y otros", ED, 216-548; *Id., id.,* 09/09/2005, Expte. 52.188/99, "Benito Sarmiento, Cristina y otro c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires"; *Id., id.*, 17/08/2010, "Benitez, Eduardo A. c. Sarrabayrouse, Juan I. y otros s/ daños y perjuicios", ED, 28/12/2010, Nº 12.657, La Ley Cita online: AR/JUR/45017/201; *Id., id.,* 31/5/2011, Expte. 117.079/2001, "Salguero de Fratte, Gladys c. OSDE (Organización Servicios Directos Empresarios) y otros s/ daños y perjuicios", La Ley Cita online: AR/JUR/21670/2011; *Id., id.*, 11/09/2007, "Aguirre, René H. c. Lespada, Pedro y otros s/ daños y perjuicios", entre otros).

Con sustento en este encuadre jurídico, ha de analizarse si ha quedado acreditada la responsabilidad de la Dra. J. con los alcances establecidos en la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia, que ha establecido que "para que quede comprometida la responsabilidad del médico por los hechos cometidos en el ejercicio de su profesión, el paciente debe demostrar la culpa en la realización de la atención médica prestada, la existencia del daño que le hubiere sobrevenido a causa de ese hecho y la relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño experimentado" (C.S.J.N., 28/09/2004, "Barral de Keller Sarmiento, Graciela H. c. Guevara, Juan A. y otros", Fallos: 327:3925; *idem*, 11/07/2006, "Bustos, Ramón R. c. La Pampa, Provincia de y otro s/ daños y perjuicios", Fallos: 329:2688) y basta que alguno de esos requisitos falte para que el profesional quede exento de responsabilidad por las consecuencias de su actividad, ya que en materia de culpa médica, la regla general sigue siendo que la carga de la prueba de esa culpa recae sobre el paciente y aunque esta regla se ha visto atenuada al aplicar la distribución dinámica de la carga probatoria, es la parte actora la que debe probar el hecho dañoso y la relación de causalidad.

La ciencia médica tiene sus limitaciones y en el tratamiento de las enfermedades existe siempre un álea que escapa al cálculo más riguroso o a las previsiones más prudentes, extremos que obligan a restringir el campo de la responsabilidad y a apreciar la culpa médica con suma prudencia y ponderación (conf. Trigo Represas, F., "Nuevas reflexiones sobre la responsabilidad civil de los médicos", LA LEY, 1984-C, 582 y sgtes. y jurisprudencia que cita en las notas 33 a 38) a fin de no consagrar la impunidad, con el consiguiente peligro para los pacientes, pero sin una severidad excesiva que torne prácticamente imposible el ejercicio de la medicina (conf. CNCiv., esta Sala, 24/08/2005, "A., C. R. y otro c. Hospital. Gral. de Agudos Dalmacio Vélez Sarsfield y otros s/ daños y perjuicios", ED, 216-548 y fallos allí citados).

Del informe de la Sociedad de Obstetricia y Ginecología de Buenos Aires de fs. 436/37 surge que el medicamento Oxaprost contiene dos drogas, el diclofenac y el misoprostol, que es de utilidad para su uso en la evacuación de embarazos detenidos y que, a las 14 semanas de gestación, segundo trimestre del embarazo, el misoprostol es de utilidad para la evacuación de un huevo muerto y retenido.

Ello corrobora peritaje médico de fs. 439/440 que dictamina que la actora fue correctamente asistida por los profesionales del Hospital Italiano de Buenos Aires y que los métodos utilizados se ajustaron

Ausencia del daño resacible

El primer eslabón, perdido

José María Fidelibus (*)

SUMARIO: I. El *sub examine.* — II. Arista de interés.— III. El obrar justificado del médico.— IV. A modo de conclusión.

I. El *sub examine*

El pronunciamiento de alzada reafirma lo resuelto por el grado en uno de los acápites más ríspidos de la responsabilidad civil. Para más, en la subespecie que desde siempre disparó las mayores inquietudes y dedicaciones doctrinarias —a qué negarlo, también jurisprudenciales—, la derivada del obrar galénico, que bien supo aprovechar la proveniente de distintas profesiones tampoco exentas de lesividad.

II. Arista de interés

Sin perjuicio de los concisos antecedentes relatados por el *ad quem* que me hacen coincidir con su temperamento confirmatorio, considero que a ese mismo rechazo bien pudo arribarse a través de distinto análisis. Así, cuando desentrañar la cuestión de conectividad causal adecuada era un temperamento o estadio que bien debía honrarse recién y únicamente comprobado un presupuesto anterior que a mi respetuoso entendimiento el *sub examine* no presenta: el daño resarcible (1). A cuyo respecto y ya desde mucho antes en el primer anteproyecto de unificación de 1987, incluso al definitivamente positivizado —Cód. Civ. y Com. ley 26.994—, existía pacífico consenso de que eliminada la antijuridicidad formal como uno de los cuatro clásicos —cristalizada en el art. 1066 del Código velezano que, a partir del citado antecedente, todos los posteriores enervaron—, aquel representa el primer eslabón a verificar a la hora de avanzar por las distintas etapas o segmentos del régimen.

Y es precisa y únicamente por ausencia de este primer presupuesto o premisa inexcusable y disparadora (2), que la demanda debió rechazarse en ambas instancias, ya que, valga la redundancia, ningún nexo o conexión era posible establecer.

Así, cuando la acabada demostración de su existencia, y de modo progresivo apenas franqueaba tratamiento primero a indagar sobre este; luego y sorteado exitosamente, sobre factor o factores de atribución aplicables —para el médico, subjetivo (culpa común), habida cuenta la obligación de medios o actividad asumida; para el caso del nosocomio privado, objetivo, garantía (con fundamento en una obligación de seguridad tácita, accesoria y de resultado a su cargo)—. Cuyas demostraciones, en principio y como bien señala la Alzada, hubiesen anidado en cabeza del actor salvo presencia de dificultad o "diabolicidad" probatorias en cuyo excepcional y estricto caso, vía dinamismo probatorio o las distintas semánticas utilizadas para precisar el instituto, hubiese resultado válido invertir la carga únicamente respecto de aquel último (3).

III. El obrar justificado del médico

Válido de asumir resulta que aquí se tuvo por cierto y demostrado que la madre coactora presentaba un cuadro de embarazo de 14 semanas, que no puede ser perdido de vista sino por razones en absoluto imputables a un accionar galénico o asistencial alguno, se constató como "...detenido y retenido...". Es decir, ya era un hecho conocido e irreversible que la vida que venía gestándose en el seno materno se había interrumpido. Ante semejante diagnóstico, cuya mortificación y laceración a la psiquis y al alma de esposo e hija, pero por sobre todo y, además, al cuerpo de la madre, como tríptico en que se descompone el ser humano como máxima preocupación y eje del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (4); e independientemente de que en lo particular pueda presentárseme con visos de imprudencia que ya en dependencias sanatoriales y una vez prescripta, informada y aplicada la medicación, y con el triste des-

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(*) Abogado por la Universidad Nacional de Rosario.

(1) Arts. 1737 y ss. Cód. Civ. y Com.

(2) "...es menester que exista un daño causado a otro. *No hay responsabilidad civil resarcitoria sin daño material o extrapatrimonial (moral) resarcible...*" (PIZARRO, R. - VALLESPINOS, C., "Tratado de responsabilidad civil", Rubinzal-Culzoni Edit., Santa Fe, octubre 2017, t. I, "Parte general", p. 9 (el destacado me pertenece).

(3) Art. 1736 Cód. Civ. y Com.

(4) Art. 5.1. CADH.

a los protocolos de tratamiento de casos como el de autos, de acuerdo con la bibliografía actual y la experiencia de los mejores centros del mundo.

La fuerza probatoria del dictamen pericial debe ser estimada por el juez teniendo en consideración la competencia de los peritos, la uniformidad o disconformidad de sus opiniones, los principios científicos en que se fundan, la concordancia de su aplicación con las reglas de la sana crítica, y las demás pruebas y elementos de convicción que la causa ofrezca.

Si bien carece de valor vinculante para el órgano judicial, el apartamiento de las conclusiones establecidas en el dictamen debe encontrar apoyo en razones serias, es decir, fundamentos objetivamente demostrativos de que la opinión de los expertos se halla reñida con principios lógicos o máximas de experiencia o de que existen en el proceso elementos probatorios provistos de mayor eficacia para provocar la convicción acerca de la verdad de los hechos controvertidos.

La determinación del valor probatorio del peritaje debe realizarse atendiendo primordialmente a este mismo, verificando los juicios del experto mediante un análisis lógico y de sentido común y midiéndose por su apoyo gnoseológico y científico, es decir, por la seriedad, prolijidad y exhaustividad del camino que sigue el experto para arribar a sus conclusiones.

Reiteradamente esta Sala ha sostenido que, con relación al valor probatorio de un peritaje, éste, se mide por su apoyo gnoseológico y científico, es decir, por la seriedad, prolijidad y exhaustividad del camino seguido por el experto para arribar a sus conclusiones. Dado que el juez es entonces un sujeto cognoscente de segundo grado —conoce a través del perito y con el auxilio técnico que éste le brinda—, la estimación de la fuerza de convicción del dictamen se subordina a un análisis crítico de las razones y fundamentos que han conducido al experto a la formulación de sus juicios. (Conf. CNCiv., Sala D, 29/19/2009, expte Nº 68.652/05 "P., N. E. c. V., O. y otros s/ daños y perjuicios" *idem*, esta Sala, 08/06/2010 expte. Nº 46.548/05. "B., J. C. c. Transportes Sesenta y Ocho SRL y otros s/ daños y perjuicios", *idem id.,* 08/06/2010, expte. Nº 115.950/00. "C., A. c. E. A. E. S A s/ daños y perjuicios" *id.; id.,* 25/09/2012 Expte. Nº 20.459/2009, "G. F. J. D. c. G. C. N. y otros s/ daños y perjuicios" entre otros).

Entonces, cuando el peritaje aparece fundado en principios técnicos inobjetables —como en el caso de autos—, la sana crítica aconseja, frente a la imposibilidad de oponer argumentos científicos de mayor valor, aceptar las conclusiones de aquél (Palacio, Lino E., *Derecho Procesal Civil*, T. IV, pág. 719)

La discrepancia de las partes con las conclusiones periciales sin basar su disidencia en principios científicos o técnicos, sino que sólo se basa en una diferente y personal apreciación subjetiva de los elementos observados y valorados por el perito, no puede ser admitida.

Por lo demás, aun cuando nuestro ordenamiento procesal no imponga una preferencia de un medio probatorio sobre los restantes, la sana crítica aconseja en casos como el presente, priorizar la especialización del perito deben prevalecer sobre las opiniones de testigos y las restantes pruebas.

En lo que concierne a la prohibición del medicamento por parte de la ANMAT, cabe recordar que nuestro ordenamiento civil adoptó la teoría de la causalidad adecuada, aun cuando su enunciación por Von Kries —que data aproximadamente de 1888— sea posterior a la sanción de nuestra norma. En este marco conceptual, no todas las condiciones necesarias de un resultado son equivalentes; sino que debe ser considerada aquella causa que según el curso natural y ordinario de las cosas es idónea para producir el resultado. Las demás condiciones que no producen normal y regularmente ese efecto, son solamente condiciones antecedentes o factores concurrentes. La adecuación de la consecuencia a la causa se juzga con relación a la previsibilidad en abstracto (Bustamante Alsina, "Teoría General de la Responsabilidad Civil", p. 223) y es esa previsibilidad la que permitirá establecer si estamos ante consecuencias inmediatas, mediatas o casuales.

Al respecto, cabe establecer que, de conformidad a lo establecido por los arts. 901 y 903 del Código Civil derogado —aplicable al caso—, debe reputarse que media causalidad jurídicamente relevante cuando entre el hecho antecedente y el consecuente, el primero cuenta con virtualidad para producir el segundo.

Esa relación de causalidad requerida no es la meramente material, que no necesariamente resulta jurídicamente suficiente para concluir que el autor del hecho dañoso de que se trate deba afrontar la reparación (Llambías, Jorge J., "Tratado de Derecho Civil - Obligaciones", T. I, págs. 356/7), debe contar con una entidad jurídica que permita reputar que los daños son consecuencia de los hechos.

La determinación del nexo causal entre el hecho y sus consecuencias, depende de las circunstancias que acompañan a la producción del daño, es decir, de las particularidades del caso. En este sentido, la investigación sobre el nexo entre la conducta analizada y sus resultados es una cuestión de hecho, supeditada a la apreciación del juez y que se corresponde con sus peculiaridades. Todo el asunto queda encerrado en la órbita de la función juzgadora, pues es el juez quien debe establecer, a través de los elementos allegados por las partes, la existencia de la relación de causalidad y la carga de la prueba se rige por los principios procesales básicos que establecen su distribución (art. 377 del CPCN).

De ello se sigue que el damnificado por el daño tiene a su cargo demostrar el hecho, el daño y el nexo causal, pues si no llega a acreditarlo, no obstante que pueda jugar a su favor una presunción de culpabilidad, su reclamo resarcitorio no puede prosperar (Belluscio, Código Civil..., T. IV, Pág. 53).

En la especie, no se ha producido ningún medio idóneo tendiente a acreditar la relación de causalidad que en todos los casos debe ser probada por quien la invoca —aún en los casos de responsabilidad objetiva—; pues la ley prescinde de la prueba de la culpa del agente, pero la causalidad física entre el hecho y el daño siempre deberá probarse (Brebbia, *Hechos y actos jurídicos*, T. I, págs. 41 y 42; Belluscio, *op. cit.*, pág. 56)

De allí que si lo reclamado no guarda nexo de causalidad —o al menos no ha sido probado— con la responsabilidad juzgada el accionado no debe responder.

VI. Finalmente, cabe agregar que la invocación por parte de los actores del decreto 1269/1992 y de la ley 24.240 en nada modifica la ilustrada sentencia de la distinguida Magistrada de la anterior instancia, pues el decreto mencionado resulta inaplicable por haber sido derogado por el decreto 455/2000.

Con relación a la invocación de la ley 24.240, sin perjuicio de señalar que tal norma no ha sido invocada en la demanda, la Ley de Defensa del Consumidor pone a cargo del proveedor una obligación expresa de seguridad de resultado (art. 5º), y complementa esa regulación disponiendo, en su art. 40, que si el daño resulta *"del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio"* la legitimación pasiva se amplía a todos los sujetos que han intervenido en la cadena de producción y comercialización del producto o servicio, quienes responden objetivamente y en forma concurrente —pese a que la ley dice, impropiamente, "solidaria"—, sin perjuicio de las acciones de regreso que puedan corresponder una vez indemnizada la víctima (*vid.* mi trabajo "La culpa de la víctima en las relaciones de consumo. Precisiones de la Corte Suprema", LA LEY, 2008-C, 56).

La aplicación de esta norma no varía los principios antes sustentados, pues quien pretenda la aplicación del art. 40 antes mencionado deberá acreditar que el producto o la prestación presenta algún vicio, así como la causalidad material entre aquel y los daños cuya reparación se impetra (Pizarro, Ramón D., *Responsabilidad civil por el riesgo o vicio de las cosas,* Universidad, Buenos Aires, 1983, p. 554; del voto del Dr. Picasso, CNCiv., Sala A, "R., F. E. c. Bayer S.A. y otros s/ Daños y Perjuicios", L Nº 584.026, 22/08/2012).

Como se señaló anteriormente, la omisión probatoria en torno a la relación de causalidad sella la suerte de la presente acción.

VII. No se soslayan los lamentables sucesos padecidos por la co-actora, mas lo cierto es que no se evidencia que aquellos puedan ser endilgados a las demandadas por no configurarse en el caso los presupuestos de responsabilidad.

En consecuencia, no se advierte que el razonamiento que llevó a la sentenciante a decidir el rechazo de la demanda haya sido errado, por el contrario, no hubiera contado con ningún elemento objetivo que le permitiera arribar a una conclusión diversa.

Por las razones expuestas, si mi voto fuera compartido, propongo al Acuerdo:

1.- Confirmar la sentencia de grado en todo cuanto decide y fue materia de agravios

2.- imponer las costas de Alzada a los recurrentes vencidos (art. 68 del Código Procesal).

---

enlace de expulsión del feto era precisamente y no solo su efecto normal y específico sino el conocido, buscado y aceptado por los actores, la decisión profesional fuese enviarla de regreso a su domicilio para que sin cuidados ni asistencias médicas o siquiera un entorno de asepsia mínima se dispusiera a atravesar semejante trance —cuando para el caso de expulsión parcial del feto o de restos de placenta no eliminados donde la directa y más probable complicación resulta la *sepsis* (escenario en que en una minoría de casos la mujer sale indemne y que en su mayoría paga o bien con extracción del útero (histerectomía) o bien con su vida, problemática lesiva cuya profusa casuística el lector podrá chequear en cualquier repertorio al alcance—, lo concreto es que del resolutorio no surge que confrontada con el cartabón ideal del médico probo y diligente mereciera reproche del perito, mucho menos que su opinión colisionara con regla alguna del específico arte del cual precisamente resulta experto. Por tanto, dado que en la detención del embarazo no hubo aporte causal o culposo alguno de la demandada y que el definitivo desenlace fue una decisión médica no solo informada previamente y aceptada por la paciente sino que por el avanzado estado de gestación, al momento de su detención, era impostergable y absolutamente necesaria, la situación experimentada por los actores, desde la estricta óptica que convoca y pese a la innegable angustia, dolor y cúmulo de sentimientos lacerantes e intransmisibles, resultó plenamente justificada **(5)**. O lo que es lo mismo, no concretó daño resarcible en ninguna de las dos esferas que hoy, enhorabuena y fruto del cambio de paradigma **(6)** experimentado con el reformador constitucional de 1994, tutela el derecho positivo argentino: la persona **(7)** y el patrimonio.

IV. A modo de conclusión

Una vez más, la trascendental importancia de acertar en el recorte fáctico del caso, no obstante el final acierto axiológico, como en la decisión comentada, impide vislumbrar lo inoficioso y hasta el sinsentido de adentrarse en el análisis de conectividad entre dos extremos donde, paradójicamente, uno de ellos brilla por ausente.

Cita on line: AR/DOC/3143/2019

{ NOTAS }

(5) "...En el plano de la responsabilidad civil, el juicio de antijuridicidad parte de la consideración de que toda acción u omisión que causa un daño a otro, en su persona o bienes, es contrario a derecho, esto es, ilícita (...). *El acto médico así considerado es formalmente antijurídico, toda vez que, como hemos dicho, afecta ya sea a la dignidad de la persona o a los preciados bienes de ella. Sin embargo, a posteriori del juicio lógico surgen las denominadas causas de justificación, supresoras de aquella antijuridicidad formal: el ejercicio de un derecho, el cumplimiento de una obligación legal, la obediencia debida, el estado de necesidad, la legítima defensa y el consentimiento de la víctima*..." (LORENZETTI, R., "Responsabilidad civil de los médicos", *Código Civil y Comercial de la Nación*, Rubinzal-Culzoni Edit., Santa Fe, noviembre 2016, 2ª ed. ampliada y actualizada, t. I, p. 597, el destacado me pertenece).

(6) "...los paradigmas jurídicos, mientras funcionan en forma de un saber atemático de fondo, se apoderan de la conciencia de todos los actores, de la conciencia de los ciudadanos y de los clientes, *no menos del legislador, la justicia y la administración*..." (HABERMAS, J., "Factibilidad y validez", Ed. Trotta, Madrid, 2001, p. 477, el destacado me pertenece).

(7) "11...En nada me convence la 'lógica' —o más bien, la falta de lógica— del *homo œconomicus* de nuestros días, para quien, en medio a la nueva idolatría del dios-mercado, todo se reduce a la fijación de compensación en forma de montos de indemnizaciones, dado que en su óptica las propias relaciones humanas se han —lamentablemente— mercantilizado (...) La fijación de las reparaciones debe basarse en la consideración de la víctima como ser humano integral, y no en la perspectiva degradada del *homo œconomicus* de nuestros días (...)" (Corte IDH, *obiter* del juez Cançado Trindade en su voto razonado para sentencia sobre reparaciones y costas de fecha 03/12/2001, caso "Cantoral Benavides vs. Perú").

Así lo voto.

Las doctoras *Barbieri* y *Verón* adhieren al voto precedente.

Y Vistos:

Lo deliberado y conclusiones establecidas en el Acuerdo precedentemente transcripto el Tribunal resuelve: I. Confirmar todo lo decidido en la sentencia en crisis que fuera motivo de apelación y agravios. II. Imponer las costas de Alzada a los recurrentes vencidos. III. Para conocer los honorarios regulados a fs. 498 y que fueran apelados a fs. 503 y fs. 508 por bajos respectivamente.

En materia de honorarios esta Sala considera prudente revisar el criterio anteriormente sustentado por mayoría por lo que el examen de la cuestión nos lleva a considerar que la ley 27.423 es la que mejor preserva el valor de las retribuciones judiciales que tiene carácter alimentario (Cf art. 3º de la ley mencionada).

Por ello teniendo en cuenta además que, sea la vía de la ley 21.839 o de la ley anteriormente citada, el resultado del cálculo al que se arriba en el caso a los efectos regulatorios es similar de acuerdo con los porcentajes preestablecidos en ambas leyes y en atención al margen de discrecionalidad que surge de la apreciación de la tarea profesional, se procederá a efectuar la presente regulación de honorarios según la ley 27.423 en virtud de ello y de conformidad a las pautas establecidas en el art. 21 se regulan los honorarios del perito médico Dr. A. J. C. C. en la suma de pesos. .. ($...) equivalentes a. .. Umas y los del perito E. M. R. en la suma de pesos. .. ($...) equivalentes a. .. Umas.

En cuanto a las tareas desarrolladas en la Alzada conforme la aplicación de la nueva normativa arancelaria (art. 30 de la ley 27.423) se regulan los honorarios del Dr. del Dr. A. H. L. en la suma de pesos. .. ($...) equivalentes a. .. umas y los del Dr. H. A. en la suma de pesos. .. ($...) equivalentes a. .. umas (Acordada CSJN 8/2019). — *Gabriela Scolarici.* — *Patricia Barbieri.* — *Beatriz A. Verón.*

JURISPRUDENCIA

Fuero federal

Sentencias que deniegan el fuero federal. Cuestionamiento de obligaciones tributarias municipales. Derechos de inspección, registro y servicio de contralor. Contratistas y subcontratistas de la Entidad Binacional Yacyretá. Causas que corresponden a la competencia federal.

La acción declarativa de certeza promovida por varias contratistas y subcontratistas de la Entidad Binacional Yacyretá, con el fin de que se determine que no se encuentran obligadas al pago de los derechos de inspección, registro y servicio de contralor establecidos por la Municipalidad de Posadas, debe continuar su trámite ante la justicia federal, pues lo medular del planteamiento remite a interpretar el sentido y los alcances del Tratado de Yacyretá y de su Protocolo Adicional Fiscal y Aduanero, cuya adecuada hermenéutica es esencial para la solución de la controversia (del dictamen de la Procuradora Fiscal que la Corte hace suyo).

122.215 — CS, 03/09/2019. - U.T.E. -Supercemento S.A.I.C., Benito Roggio e Hijos S.A. y Esuco S.A.- y otros c. Municipalidad de la Ciudad de Posadas s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad.

[Cita on line: AR/JUR/27447/2019]

Dictamen de la Procuradora Fiscal

-I-

A fs. 44/46 del expediente de queja (al que corresponderán las siguientes citas), obra copia de la sentencia de la Cámara Federal de Apelaciones de Posadas por la cual, en el marco de una acción declarativa de certeza promovida por Esuco SA, Supercemento SAIC y la Unión Transitoria de Empresas constituida entre Supercemento SAIC, Benito Roggio e Hijos SA y Esuco SA, declaró la incompetencia de la justicia federal para intervenir en la causa y ordenó la remisión de las actuaciones a la justicia provincial de Misiones.

Para así resolver, el tribunal sostuvo, con sustento en lo resuelto por la Corte en la causa FPO 1073/2016/CS1, "L'Oreal Argentina SA c. Municipalidad de Posadas s/ acción meramente declarativa de derecho", que la pretensión de la parte actora, dirigida a obtener que se declare que las accionantes, en su carácter de contratistas y subcontratistas de la Entidad Binacional Yacyretá, no se encuentran obligadas al pago de los derechos de inspección, registro y servicio de contralor establecidos por la Municipalidad de Posadas, no encierra un planteo exclusivamente federal, ya que para su resolución el juez deberá aplicar e interpretar normas de derecho público local.

-II-

Contra tal pronunciamiento, la actora dedujo el recurso extraordinario previsto en el art. 14 de la ley 48 agraviándose de la declaración de incompetencia del fuero federal (v. fs. 48/55).

-III-

En primer lugar, indica que el recurso resulta admisible toda vez que la decisión apelada configura una denegación del fuero federal.

Sostiene que el planteo formulado en la demanda difiere de la cuestión planteada en el precedente de la Corte invocado por la sentencia apelada, ya que exige analizar si la pretensión tributaria municipal constituye una afectación de las disposiciones del Tratado Internacional de Yacyretá, aprobado por la ley 20.646, su Protocolo Impositivo y Aduanero (arts. 2° y 3°) y el art. 75, incs. 18 y 22 de la Constitución Nacional, lo que justifica el fuero federal.

Afirma que la cuestión esgrimida implica determinar si el ejercicio de esas facultades por la autoridad local invade el ámbito de competencia del Gobierno Federal, en virtud de la afectación del Tratado Internacional de Yacyretá.

En tal sentido, señala que la decisión recurrida ignora que la presente causa, en cuanto versa sobre la preservación de las órbitas de competencia entre las jurisdicciones locales y el Gobierno Federal, se encuentra especialmente regida por la Constitución Nacional, en los términos del art. 2°, inc. 1°, de la ley 48, lo que determina la jurisdicción federal.

A fs. 59/60, la Cámara declaró desierto el recurso extraordinario con sustento en que carecía de fundamentación autónoma, y de una crítica concreta de los fundamentos de la sentencia apelada, lo que dio origen a esta presentación directa.

A fs. 71 se corre vista a esta Procuración General.

-IV-

En primer lugar, cabe recordar que si bien V.E. tiene dicho que las resoluciones que resuelven los planteos de competencia no constituyen sentencias definitivas recurribles por la vía del art. 14 de la ley 48, cabe apartarse de dicho principio cuando la decisión apelada deniega el fuero federal reclamado por el recurrente (Fallos: 323:189; 324:533; 329:5896, entre muchos otros).

Este último supuesto es el que se configura en el *sub lite*, puesto que la actora solicitó que se declare la competencia de la justicia federal y ello le fue denegado en la decisión recurrida.

-V-

En cuanto al fondo del asunto, pienso que la sentencia apelada no se ajusta a derecho, toda vez que este proceso corresponde a la competencia de la justicia federal.

Así, de los términos de la demanda —a cuya exposición de los hechos cabe atender de modo principal para determinar la competencia, según los arts. 4° y 5° del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación y doctrina de Fallos: 306:1056; 308:1239 y 2230, entre muchos otros— se desprende que la actora cuestiona la pretensión de la Municipalidad de Posadas, sustentada en disposiciones locales y en actos dictados en su consecuencia, de gravar con el derecho de inspección, registro y servicios de contralor la actividad desarrollada por las accionantes —en su carácter de contratista y subcontratistas de la Entidad Binacional Yacyretá, en el marco de la licitación internacional N° 338—, por entender que a la luz de las disposiciones, del Tratado de Yacyretá, aprobado por la ley 20.646, y de su Protocolo Adicional Fiscal y Aduanero, se encuentran exentas del pago del tributo.

En tales condiciones se advierte que, aunque la parte actora dirige la acción contra actos locales (resoluciones 478/2016, 587/2016 y 588/2016 del Director General de Rentas del municipio demandado), tal pretensión exige, esencial e ineludiblemente, dilucidar si el accionar proveniente de la autoridad local que los dictó interfiere en el ámbito que le es propio a la Nación y si ella colisiones con las disposiciones consagradas en los referidos instrumentos internacionales, que revisten carácter federal (Fallos: 305:441; 308:1076; 315:1492; 330:2548).

Así entonces, cabe asignar manifiesto contenido federal a la materia del pleito, puesto que lo medular del planteamiento que se efectúa remite necesariamente a interpretar el sentido y los alcances de diversas disposiciones del Tratado de Yacyretá y de su Protocolo Adicional Fiscal y Aduanero, cuya adecuada hermenéutica resultará esencial para la justa solución de la controversia (Fallos: 311:2154; 326:880, 330:2470; 331:2528, entre otros).

Por todo lo expuesto, entiendo que la causa se encuentra entre las especialmente regidas por la Constitución Nacional, a las que alude el arto 2°, inc. 1°), de la ley 48, ya que versa sobre la preservación de las órbitas de competencia entre las jurisdicciones locales y el Gobierno Federal que determina nuestra Ley Fundamental, lo que torna competente a la justicia federal para entender en ella (Fallos: 314:508; 315:1479; 322:2624, entre muchos otros).

Considero, por lo tanto, que este proceso debe continuar su trámite ante la justicia federal.

-VI-

En virtud de las consideraciones expuestas opino que corresponde hacer lugar a la queja, declarar formalmente admisible el recurso extraordinario y revocar la sentencia apelada. Buenos Aires, 25 de febrero de 2019. — *Laura M. Monti.*

Buenos Aires, septiembre 3 de 2019.

Considerando:

Que los agravios de los apelantes han sido objeto de adecuado tratamiento en el dictamen de la señora Procuradora Fiscal, cuyos fundamentos esta Corte comparte y a los cuales se remite por razón de brevedad.

Por ello, se declara procedente la queja, formalmente admisible el recurso extraordinario, se revoca el pronunciamiento apelado y se declara que resulta competente para conocer en las presentes actuaciones la justicia federal. Con costas (art. 68 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). Agréguese la queja al principal y reintégrese el depósito de fs. 69. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase. — *Carlos F. Rosenkrantz.* — *Ricardo L. Lorenzetti.* — *Elena I. Highton de Nolasco.* — *Juan C. Maqueda.* — *Horacio Rosatti.*

Caducidad de instancia

Perención de la segunda instancia. Transcurso del plazo legal. Ausencia de actos procesales idóneos para impulsar el procedimiento

Hechos: *La Cámara hizo lugar al acuse de caducidad de segunda instancia.*

1. - El acuse de caducidad de segunda instancia debe admitirse si desde el último acto que tuvo por objeto impulsar el curso del procedimiento hasta el acuse de perención transcurrió el plazo previsto en el art. 310, inc. 2 del Código Procesal Civil y Comercial, pues el interesado debió arbitrar los medios necesarios agotando los recursos pertinentes y en tiempo oportuno para lograr la continuación del trámite.

2. - La inactividad, como presupuesto de la caducidad de la instancia, significa la paralización del trámite, exteriorizándose esta circunstancia por la no ejecución de alguna de las partes o por el órgano judicial de actos idóneos para impulsar el procedimiento, hacia su fin natural que es el dictado de la sentencia.

122.216 — CNCiv., sala J, 28/08/2019. - Hispanagro SA c. Sosa, Carlos Ruben y otros s/ Nulidad de acto jurídico.

[Cita on line: AR/JUR/27471/2019]

COSTAS

Respecto del acuse de perención del incidente de caducidad, por su orden. Respecto de la caducidad de instancia, al perdidoso.

2ª Instancia.- Buenos Aires, agosto 28 de 2019.

Considerando: I. Para resolver el acuse de perención del incidente de caducidad, impetrado a 1231.

Entendemos que el incidente de caducidad de la perención es una petición o acuse de la parte incidentada en el incidente de perención, de que ha transcurrido el plazo de un mes (conf. art. 310 inc. 4° del Cód. Procesal) sin impulso procesal idóneo, con la finalidad inmediata de que el juez declare perimido el incidente de perención y con la finalidad mediata de que se continúe con la tramitación del proceso principal que había sido suspendida con el incidente de perención planteado en primer término. (Esta Sala, Expte. N° 104560/09 "Martínez, Oscar M. c. Plank Theodor F. s/ cobro de sumas de dinero" del 13/05/1989).

Ahora bien, de las constancias de la causa se desprende que la parte actora acusó la caducidad del incidente de perención de la segunda instancia a fs. 1231/1231 vta. (28/02/2019).

Notificada la parte contraria del planteo articulado (v. notificación electrónica N° 1900002794688 del 7 de junio de 2019 a las 12.26 hs —conf. Soporte Digital: Gestión Integral de Expedientes Judiciales—) nada ha contestado, el incidentista, quien debió en su caso arbitrar los medios necesarios agotando todos los recursos pertinentes y en tiempo oportuno para lograr la continuación del trámite a los fines de evitar el efecto no querido de la caducidad de la instancia.

En consecuencia, habiendo transcurrido el plazo que determina el art. 310 inc. 4° del Cód. Procesal solo cabe decretar operada la caducidad del incidente de caducidad de la segunda instancia requerida respecto de la incidencia planteada a fs. 1217.

II. En atención a lo decidido precedentemente, se procede a tratar el acuse de caducidad de segunda instancia planteado por la parte actora a fs. 1190/1192. Corrido el pertinente traslado, fue contestado únicamente por el demandado Marcelo Badaró.

Liminarmente cabe señalar que la caducidad o perención de la instancia constituye un modo de extinción del proceso que tiene lugar cuando en su transcurso no se cumple acto de impulso alguno durante todo el tiempo establecido por la ley.

La inactividad, como presupuesto de la caducidad de la instancia, significa la paralización del trámite, exteriorizándose esta circunstancia por la no ejecución de alguna de las partes o por el órgano judicial de actos idóneos para impulsar el procedimiento, hacia su fin natural que es el dictado de la sentencia

En el caso a estudio se advierte que desde el último acto que tuvo por objeto impulsar el curso del procedimiento de fecha 7 de diciembre de 2017 (fs. 1174), hasta el acuse de perención de la segunda de instancia de fecha 1 de septiembre de 2018 (fs. 1201/0), ha transcurrido el plazo previsto en el art. 310 inc. 2° del Cód. Procesal, sin que se efectuara actuación útil tendiente a la prosecución del trámite del proceso.

En su caso el interesado debió arbitrar los medios necesarios agotando los recursos pertinentes y en tiempo oportuno, para lograr la continuación del trámite a los fines de evitar el efecto no querido de la caducidad.

Es precisamente la falta de actos procesales, lo que pone en evidencia el desinterés de la actora en su impulso y trae aparejado, como consecuencia, la declaración de perención, ante el transcurso de los lapsos legalmente previstos.

En mérito a lo expuesto, y disposiciones legales citadas, el Tribunal resuelve: 1) Hacer lugar al acuse de perención del incidente de perención requerido a fs. 1231. Con costas de alzada por orden atento la ausencia de controversia (conf. arts. 68 y 69 Cód. Proc. Civ. y Comercial). 2) Decretar la caducidad de la segunda instancia respecto de los recursos de apelación interpuestos a fs. 1168 y fs. 1169, concedidos a fs. 1170. Con costas de alzada al perdidoso (conf. art. 68 Cód. Proc. Civ. y Comercial). Regístrese comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (acordada N° 15/13 art. 4°) y devuélvanse a la instancia de grado. — *Beatriz A. Verón. — Gabriela M. Scolarici. — Patricia Barbieri.*

THOMSON REUTERS
LA LEY

Información confiable
que avala sus argumentos.

CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ARGENTINA COMENTADA

Roberto Gargarella • Sebastián Guidi

2 tomos + eBook

Una obra que examina, ordenada y exhaustivamente, cada uno de los artículos de la Constitución con una aproximación que distingue la mirada de los autores y permite diferenciar a esta obra de otras de temática similar.
Reflexiona críticamente, a la luz de principios fundamentales, y de la mano de la teoría constitucional, la teoría del derecho y la filosofía política de nuestro tiempo.

Adquiera la obra llamando al **0810-222-5253** o ingresando en **www.TiendaTR.com.ar**

the answer company™
THOMSON REUTERS®

Seguí nuestra nueva página de **Linkedin** con **contenido específico** para abogados.

ThomsonReutersLaLey
@TRLaLey
ThomsonReutersLatam

EDICTOS

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal Nº 8 a cargo del Dr. Marcelo Gota, Secretaría Nº 16 a mi cargo, sito en Libertad 731, 7º piso de Capital Federal, hace saber que JUAN OCTAVIO REYES VENEGAS de nacionalidad chilena con DNI 92.300.177 ha peticionado 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. Publíquese por dos días. El presente deberá ser publicado por dos veces en un lapso de quince días en el diario "LA LEY".

Buenos Aires, 5 de agosto de 2019
Sebastián A. Ferrero, sec.
LA LEY: I. 25/10/19 V. 25/10/19

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal Nº 8, Secretaría Nº 16, sito en Libertad 731, 7º piso de Capital Federal, hace saber que FRANCISCO JAVIER PUYOL BEJAR nacido/a el 11 de julio de 1950, en Ciudad de Bata, Guinea Española, España, con D.N.I. Nº 94.073.699 ha peticionado 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 el diario "LA LEY".

Buenos Aires, 15 de octubre de 2019
Sebastián A. Ferrero, sec.
LA LEY: I. 25/10/19 V. 25/10/19

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nº 100, Secretaría Única, sito en Av. de los Inmigrantes 1950, 4º piso de esta Ciudad en los autos "CONSORCIO DE PROPIETARIOS AV. PUEYRREDÓN 1920/22/24/30/32 c/GOROSITO, HORACIO ENRIQUE Y OTRO s/EJECUCIÓN DE EXPENSAS" (Expte. Nº 63.711/16) intima de pago por la suma de pesos cuarenta y dos mil seiscientos noventa y tres con ochenta y tres con más la de pesos quince mil que se presupuesta para responder a intereses y costas contra la coejecutada MÓNICA SUSANA LUPOLI, haciéndose saber que la intimación de pago importará la citación de remate para oponer excepciones y el emplazamiento a constituir domicilio dentro del perímetro del Juzgado dentro del plazo de cinco días, bajo apercibimiento de designar al Defensor Oficial para que los represente en juicio. El presente deberá publicarse por un día en el diario "La Ley".

Buenos Aires, 17 de septiembre de 2019
Osvaldo G. Carpintero, sec.
LA LEY: I. 23/10/19 V. 23/10/19

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal Nº 5, Secretaría Nº 9, sito en la calle Libertad 731, piso 10º de la Capital Federal, hace saber que TERRE MORELL TELVIA, DNI: 95.486.000 nacionalidad cubana, ocupación empleada, ha iniciado los trámites tendientes a la obtención de la Ciudadanía Argentina. Cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que pudiere obstar a dicha concesión, deberá hacer saber su oposición fundada al Juzgado. Publíquese por dos veces, en el lapso de quince días.

Buenos Aires, 6 de septiembre de 2019
N. Javier Salituri, sec.
LA LEY: I. 23/10/19 V. 23/10/19

El Juz. Fed. Civ. y Com. Nº 1, Sec. Nº 1 de la Cap. Fed., hace saber que PAOLA RENATA GALLO PELAEZ de nacionalidad colombiana, DNI 93.962.728 ha solicitado la concesión de la Ciudadanía Argentina. Se deja constancia que deberán publicarse por 2 (dos) veces dentro del plazo de quince días en el Diario LA LEY.

Buenos Aires, 7 de noviembre de 2018
Ana Laura Bruno, sec.
LA LEY: I. 22/10/19 V. 22/10/19

Ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal Nº 10, Secretaría Nº 20, sito en Libertad 731, 9º piso de esta Ciudad, tramita el pedido de ciudadanía argentina del Sr. MARCO ANTONIO PINTO ALARCÓN de nacionalidad venezolana con DNI Nº 95.700.980 según el expediente "PINTO ALARCÓN, MARCO ANTONIO s/SOLICITUD DE CARTA DE CIUDADANÍA" Exp. Nº 7479/2019. Por ello cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que estimara podría obstar a dicha concesión, deberá hacerlo saber a este Juzgado. Publíquese por dos días.

Buenos Aires, 11 de septiembre de 2019
Matías M. Abraham, sec. int.
LA LEY: I. 21/10/19 V. 22/10/19

PROPIEDAD DE LA LEY S.A.E. e I. - Administración, Comercialización y Redacción: Tucumán 1471 (C. P. 1050 AAC) Teléfono: 54-11-4378-4765 - Bs. As. Rep. Arg. - Registro Nacional de la Propiedad Intelectual Nº 5074180
Impreso en La Ley, Rivadavia 130, Avellaneda, Provincia de Buenos Aires.