



La legítima hereditaria en el nuevo Código

FUNDAMENTO, INVOLABILIDAD, EXCEPCIONES Y LA “CAUTELA SOCINI”

Avelino Rolón

SUMARIO: I. Introducción.— II. Fundamento de la legítima en nuestra cultura jurídica.— III. La subsistencia de la legítima en el contexto de las empresas familiares.— IV. Inviolabilidad de la legítima.— V. Modalidad societaria de violación de la legítima.— VI. Condición o cargo impuesto a un legitimario sobre la porción disponible. La llamada “Cautela Socini”.— VII. Excepciones a la inviolabilidad de la legítima.— VIII. Conclusiones.

➔ La legítima sigue gozando de buena salud. Pero, además de gozar de buena salud a pesar de los años transcurridos desde la sanción original del Cód. Civil, ha sido puesta al día para adaptarse a la realidad social, económica y cultural del país, a la posición de la doctrina y la jurisprudencia y a las tendencias de la legislación comparada.

I. Introducción

El Código Civil y Comercial, al igual que el Código Civil que rigió hasta el 31/07/2015, no contiene definición alguna de lo que se entiende por *legítima hereditaria*. El Cód. Civ. y Com. en su art. 2444, al igual que el Cód. Civil en el art. 3591, da inicio al tema estableciendo quiénes son los parientes del causante con derecho a la legítima.

Mucho esfuerzo se ha hecho en la doctrina por llegar a una definición aceptable de la legítima y por establecer su naturaleza jurídica. Es conocida, sobre este último respecto, la histórica discusión acerca de si se trata de una *pars hereditatis* o de una *pars bonorum*; es decir, que para tener derecho a la legítima se requiere la calidad de *heredero (pars hereditatis)* o si para ello lo relevante deba ser que el legitimario reciba por cualquier título, vgr. por donación, legado o como beneficiario de un cargo, los bienes que corresponden a su legítima, sin tener derecho al resto de los

bienes (*pars bonorum*). Y también parecería existir consenso a partir de la interpretación o redacción de varios artículos del Código Civil y Comercial (2444, 2445, 2449, 2453, 2493, 1010 segundo párrafo, entre otros) que el nuevo cuerpo normativo no ha zanjado la cuestión y que el debate sobre dicha naturaleza jurídica habrá de continuar (1).

Pérez Lasala ha intentado combinar las dos naturalezas jurídicas posibles indicadas en el párrafo anterior, definiendo a la legítima como “una limitación legal y relativa a la libertad de disponer por testamento o donación, que lleva como consecuencia la reserva de una porción de la herencia o de bienes líquidos en favor de los denominados legitimarios” (2). Es como consecuencia de esta limitación, de origen eminentemente legal, que se produce una reserva a favor de los legitimarios de una porción de la herencia (*pars hereditatis*) o de una porción líquida de bienes (*pars bonorum*), según que la legítima se reciba por ser heredero ab-intestato o testamentario, o por otros títulos, respectivamente (3).

II. Fundamento de la legítima en nuestra cultura jurídica

La legítima se contrapone a la libertad *absoluta* del testador de disponer de todos sus bienes a favor de las personas que considere más apropiadas. Ello acarrearía desatender por completo —si aquél así lo estimare, y sin dar justificación alguna, los lazos de sangre, adoptivos o por razón del matrimonio que pudiera tener—. Este es el sistema prevalente en la cultura anglosajona. Entre ambas concepciones existe en la legislación compa-

rada una serie de sistemas o soluciones intermedios; ellos pueden consistir en una reserva mínima de alimentos a favor de un reducido grupo de personas antes de consagrar la libertad absoluta de testar para los demás casos; sistemas de legítima con distribución forzosa variable según el número de hijos, o de cuota única invariable, o con porción de distribución forzosa y porción de distribución libre. Este último es el vigente en España, al cual nos referiremos más adelante (4).

La legítima reposa sobre una concepción sabia y aceptada: la solidaridad familiar, la protección de sus integrantes, que el éxito patrimonial del causante se basa en alguna medida en el apoyo emocional o afectivo de su familia en vida de aquél. La legítima respondería en el Código Civil a la necesidad de proteger y fortalecer a la familia como núcleo esencial de la sociedad, al punto que el causante no podía disponer libremente de la mayor parte de su patrimonio (5). Al decir de Borda, la institución de la legítima responde a un poderoso sentimiento de justicia (6). El Código Civil y Comercial ha mantenido esa idea central, al hacer subsistir el sistema de protección imperativa (7).

Sería disvalioso, a nuestro modo de ver, dejar de lado esa protección, esa red con que los integrantes de la familia cuentan para planificar su futuro. Es cierto que algunos países (muy pocos hoy y de raíz anglosajona) consagran el principio de libertad absoluta del testador para disponer de su patrimonio; la legítima sólo se aplica en ausencia de testamento. Pero ello es totalmente ajeno a nuestra cultura y tradición jurídica. Es cierto también que hemos sabido “importar” insti-

tuciones del derecho anglosajón; pero consagrar la libertad absoluta del testador prescindiendo totalmente de la familia generaría mucho más problemas que soluciones. Puede funcionar, y de hecho funciona, en aquellos países. Entendemos que la “importación” de este concepto no sería viable: existen demasiadas diferencias culturales, económicas y de generación y mantenimiento de vínculos familiares con relación a la cultura anglosajona.

Tampoco abogamos por una suerte de obligación presunta o implícita del causante de resguardar su patrimonio para asegurar el futuro de sus herederos forzosos (hoy denominados legitimarios en el Código Civil y Comercial); ello rozaría ya los límites del absurdo y, cuando menos, afectaría el derecho de propiedad. Es verdad, por otro lado, que la protección de la legítima se brinda en la actualidad a herederos que, en general, han alcanzado su adultez (8). Pero no por ello la ley debe contemplar situaciones que no caben en la generalidad de los casos (por ejemplo, en menores de edad o incapaces) o establecer, por vía, otra vez, del absurdo, excepciones que protejan a legitimarios que no hayan alcanzado una determinada edad.

El Código Civil y Comercial sí ha reducido las porciones legítimas con el consiguiente aumento de la porción disponible y ha introducido otras reformas que, de alguna manera, han contribuido a una mayor flexibilización del tema. Ha establecido, a nuestro entender, un sistema más flexible y balanceado para tres espacios o ejes específicos: la voluntad y libertad de disposición del testador, los intereses y expectativas de su familia directa,

DOCTRINA. La legítima hereditaria en el nuevo Código. Fundamento, inviolabilidad, excepciones y la “Cautela Socini”

Avelino Rolón 1

NOTA A FALLO. El cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Silvia B. Palacio de Caeiro..... 4

JURISPRUDENCIA

SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA. Cumplimiento de las decisiones del organismo internacional. Obligaciones internacionales del Estado argentino. Facultades de la Corte IDH. Obligaciones convencionales (Corte IDH)..... 3

AMBIENTE. Cumplimiento de decisiones de la Corte Suprema en materia ambiental. Contaminación del Riachuelo. Plan de saneamiento. Informe de objetivos. Plazos. Incumplimiento (CS) 7

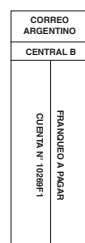
HIPOTECA. Reinscripción de una hipoteca vencida. Caducidad registral. Ampliación del plazo a 35 años en virtud del art. 2210 del Código Civil y Comercial reformado por la ley 27.271. Subsistencia de la hipoteca como derecho real accesorio de una obligación. Efectos de la inscripción. Procedencia de la pretensión (CNCCom.)..... 8

DESALOJO. Alcance de la intervención del Ministerio Pupilar. Protección de niños y adolescentes. Rechazo del pedido de suspensión de plazos procesales (CNCiv.) 8

GROOMING. Acreditación del hecho. Validez constitucional (CNCrim. y Correc.)..... 9

ACTUALIDAD EN MATERIA ADUANERA

Juan Pablo Rizzi..... 10



y la preservación y continuidad del patrimonio familiar.

III. La subsistencia de la legítima en el contexto de las empresas familiares

Párrafo aparte para la problemática de la legítima en la transmisión de las empresas familiares: Al menos un autor considera que en este contexto la legítima es “perversa”, que destruye el valor económico de ellas y que corrompe lazos familiares (9).

Tal como se expresó, la legítima se fundamenta en principios y valores muy enraizados en nuestra sociedad. Eliminarla llevaría a que la familia, o algunos de sus miembros no involucrados en la empresa familiar en vida del causante, queden absolutamente desprotegidos si éste pudiera disponer libremente de su patrimonio. Los problemas en la familia comenzarían (o, mejor dicho, se agravarían considerablemente) a partir de disposiciones testamentarias de esta naturaleza, que suponen la derogación de la legítima y la exclusión de la empresa familiar de algunos o de todos de los descendientes del causante. ¿Es justa esta solución? No lo parece. ¿Nos conviene como sociedad crear una generación de familiares descastados y desposeídos? Tampoco. ¿No sería esa voluntad del testador amañada y arbitraria, y muchas veces vengativa, tanto o más perversa que los problemas derivados de la falta de comunicación de los miembros de su familia que puedan suscitarse a la muerte de aquél? La respuesta positiva parecería ser la que se impone ¿Es más justa una ley que protege a la continuidad de la empresa que a los integrantes de la familia del fundador? No resultaría muy equitativo.

La experiencia profesional y la jurisprudencia muestran numerosos casos de conflictividad familiar; en muchos casos la venta de las empresas ha sido la solución para el “problema de la sucesión”. Es un dato de la realidad ineludible que una de las causas que han conducido al fracaso de las empresas familiares es *la falta de comunicación* entre los miembros que las componen. La eliminación de la legítima hereditaria no habrá de solucionar esa incomunicación. Ni habrá de convertir en exitosas a las empresas familiares, si el fundador pudiera tener la posibilidad de legar el negocio en forma excluyente a aquellos parientes que hubieran participado en la gestión en vida de aquél. Más bien, ello tendría el efecto opuesto; es decir, *agravaría la incomunicación*.

Según nuestro modo de ver, la puerta de los problemas en la empresa familiar no la abre la legítima hereditaria; *la puerta la abre la muerte del causante* (como en muchos otros órdenes de la vida). Es la muerte del causante la que genera intereses desalineados o expectativas desmedidas (no el “modelo” de la legítima), sobre todo si el fundador no ha sabido inspirar o transmitir a su prole el sentido de trascendencia. Obviamente —una vez más—, la falta de comunicación entre los integrantes de la familia es un elemento determinante. Pero la realidad también demuestra

que *la incomunicación en muchos casos ha sido generada por el mismo causante*. Entonces, la abolición de la legítima no soluciona estas patologías. Más aún, la experiencia y la jurisprudencia muestran que los problemas de familia en la empresa tienen lugar *también en vida del fundador*, cuando la legítima claramente aún no ha comenzado a “operar”, al menos en forma ostensible. La causa de esos problemas no es la legítima; más bien, parecerían ser cuestiones vinculadas a la condición humana, como la avaricia, la codicia, el orgullo o la pretensión de poderío.

¿Qué se debería hacer entonces para solucionar las patologías ya referidas? No hay obviamente una solución mágica. Sí deberíamos empezar por el fomento de la comunicación y la integración de los miembros de la familia en la empresa. Probablemente ello sea utópico o demasiado lírico. Los protocolos familiares se han propagado a partir de problemáticas similares, lo cual sugiere que son instrumentos eficaces y que abren un puente de comunicación, de diálogo. Por otro lado, el marco jurídico actual y las nuevas instituciones del Cód. Civ. y Com. proveen un interesante menú de herramientas, creando o manteniendo una suerte de sistema intermedio, más flexible y más amplio que el que regía durante la vigencia del Código Civil. Dichas herramientas permiten, en primer lugar, una mayor amplitud de las disposiciones testamentarias. Por otro lado, se inscriben dentro de un contexto normativo donde se advierte una mayor protección de la empresa familiar (10).

Nótese que en el Código Civil y Comercial las porciones legítimas han quedado reducidas: para los descendientes pasó de 4/5 a 2/3 y para los ascendientes de 2/3 a 1/2, con el consiguiente aumento de la porción disponible para el testador, (1/3 y 1/2, respectivamente). La reforma sigue en líneas generales la tendencia de la legislación comparada y lo que reclamaba la doctrina nacional (11); el régimen anterior consagraba legítimas muy altas, sobre todo para los descendientes, en relación con aquéllas. Claramente, esta modificación le da al testador una mayor flexibilidad. Principio, éste, que, naturalmente, se puede trasladar a cuestiones relacionadas con las empresas familiares: el fundador tendría la posibilidad de premiar adecuadamente a quienes hubieran participado en la gestión de aquéllas mediante la mejora de hasta 1/3 de las acciones (en el caso de los hijos) *además de la porción legítima*. A modo de ejemplo, el hijo interviniente en la gestión de una empresa cuyo fundador tuviera tres herederos recibiría el 55% de las acciones mediante este mecanismo (1/3 de la mejora y un 1/3 de su legítima), lo que presumiblemente le otorgaría la mayoría de capital y de los votos de la empresa; una interesante recompensa, por cierto.

IV. Inviolabilidad de la legítima

El nuevo art. 2447 establece que no se puede imponer gravamen ni condición alguna a las porciones legítimas; en caso que ello ocurriera, tal gravamen o condición “se tienen por no escritos”.

Repite esta disposición lo que ya establecía el art. 3598 del Cód. Civil y es, por otra parte, coherente con el nuevo art. 2444, en tanto dispone que los legitimarios no pueden ser privados de su porción legítima por testamento ni por actos de disposición entre vivos a título gratuito.

Es que la legítima, más allá de la reducción de las porciones, continúa siendo de orden público, conforme la doctrina y jurisprudencia unánimes durante la vigencia del antiguo art. 3598. Y el orden público se proyecta en dos planos: (i) en el plano cuantitativo, en cuanto al respeto de su integridad, cuyo menoscabo por disposiciones gratuitas *inter vivos* o *mortis causa* motiva la actuación de las acciones protectivas de la legítima; y (ii) en el plano cualitativo, en cuanto consagra el derecho de gozarla plenamente, sin condicionamientos ni restricciones impuestas por el difunto; de allí que la condición y el plazo, suspensivos o resolutorios, como igualmente el cargo, impuestos al legitimario son modalidades prohibidas y deben tenerse por “no escritas”, como indica la norma (12).

Bajo la vigencia del art. 3598 del Cód. Civil se registran algunos casos en la jurisprudencia en los cuales se ha hecho aplicación de este principio: así, en uno de ellos se decidió que el testador no debió imponer a los legitimarios un determinado abogado para que fuera el encargado de tramitar y liquidar su sucesión (13). En otro antecedente, la Cámara Civil decidió que no era eficaz respecto de la cónyuge, en su calidad de heredera legitimaria, una cláusula testamentaria en la cual el causante había conferido la administración de *todos* los bienes a un albacea, sin perjuicio de que se entregare a este último lo necesario para cumplir las mandas y legados (14). En otro caso de jurisprudencia, la Cámara Civil entendió que la prohibición genérica de enajenar, no referida a uno o más bienes determinados, afectaba la legítima de los herederos forzosos, revelando su ineficacia (15).

V. Modalidad societaria de violación de la legítima

La intención de desproteger a los legitimarios puede también quedar configurada a través de mecanismos mucho más sutiles o “creativos” que los analizados anteriormente. Así, la desprotección puede no haberse plasmado en el testamento, sino a través de actos realizados en vida del causante. El más frecuentemente utilizado para burlar la protección legal, vía actos simulados generalmente, es el aporte de bienes a sociedades. Y este último supuesto puede configurarse mediante una desnaturalización de los bienes en sí mismos para que, una vez ingresados en el patrimonio del ente, queden transformados en participaciones societarias sujetas al régimen de mayorías y con la imposibilidad de disponer de los bienes que conforman su capital social o mediante la constitución de sociedades argentinas con accionistas sociedades extranjeras con acciones al portador o bien directamente a nombre de éstas (16).

Todas estas conductas, patológicas en muchos casos por cierto, tienen su cauce protec-

tor en varias disposiciones de nuestro ordenamiento legal, entre ellos el que se refiere a la inviolabilidad de la legítima (el texto del ahora art. 2447 del Cód. Civ. y Com.). Se ha aplicado en varios casos la conocida teoría del “*disregard*” para recorrer el velo societario y, penetrando la forma del ente, llegar así a los bienes incorporados al patrimonio societario para luego distribuirlos a los legitimarios desprotegidos. Uno de los primeros antecedentes jurisprudenciales en materia sucesoria se refiere a un caso en el cual ciertos legitimarios fueron incluidos en la conformación accionaria y de dirección de la sociedad a la cual el causante había incorporado la mayor parte de los bienes que a su muerte comprendieron el acervo sucesorio en detrimento de otros legitimarios de igual grado que habían sido excluidos por completo. Allí, la Cámara de Apelaciones en lo Comercial, por aplicación del art. 3598 del Cód. Civil (hoy replicado en el 2447 del Cód. Civ. y Com.), consideró que la legítima había sido violada, dado el extenso plazo de noventa y nueve años de duración de la sociedad. Así, dispuso la reducción del aporte efectuado por el causante en lo referente a la parte de los bienes que correspondían a los actores (legitimarios desprotegidos), la que debería materializarse incorporando los bienes al sucesorio, siendo inoponibles las normas reguladoras de la personalidad societaria del ente (17). Es que, tal como expresa dicho antecedente: “la personalidad societaria no es una realidad sustancial, sino de orden y dicho orden consagra una unidad, *no sustancial sino accidental*, en cuanto centro de imputación normativa es ineficaz para servir de sostén a una exclusión de herederos legitimarios. En consecuencia, no se debe, en tales supuestos, tener a la sociedad como nula sino que cabe utilizar la fórmula ‘como no escrito’ de la ley para disponer la inoponibilidad del ente societario, ante la situación de subversión de la vocación legitimaria” (la bastardilla es nuestra). La conclusión de este fallo ha sido criticada por Pérez Lasala en cuanto a las normas aplicables y a la extensión de la sentencia. Según este autor, en lo tocante a este tema en general, hay dos ordenamientos jurídicos: el civil en el que se regula la legítima, y el societario en el que se norman las sociedades. Para resolver el tema de la legítima violada, debemos analizar primero el sistema civil, que nos permitirá determinar el grado de violación de la legítima y la acción o acciones jurídicas para impedir esa violación. En segundo lugar, debemos explorar el sistema societario para conocer si él nos permite atacar la sociedad por haberse vulnerado esa institución civil. Y en tal ordenamiento comercial hay preceptos concretos, entre otros los arts. 45 y 2 de la hoy llamada Ley General de Sociedades (18). De todas maneras, el tema es muy vasto y complejo (19); nuestra intención ha sido solamente hacer mención de una situación más en la cual se puede configurar una violación de la legítima.

VI. Condición o cargo impuesto a un legitimario sobre la porción disponible. La llamada “Cautela Socini”

Frente a la existencia de legitimarios, el testador puede tener la voluntad de *mejorar* a

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) ALTERINI, Jorge H., “Código Civil y Comercial Comentado Tratado Exegético”, t. XI, versión digital, comentario al art. 2444 y los autores citados en la nota 3.

(2) PÉREZ LASALA, José Luis, “Tratado de Sucesiones. Código Civil y Comercial de la Nación Ley 26.994”, t. II, nro. 827, p. 213

(3) PÉREZ LASALA, ob. y loc. cit.

(4) Para un estudio más acabado de los diversos fundamentos que sustentan cada una de las teorías y de los distintos sistemas imperantes en la legislación comparada, véase PÉREZ LASALA, ob. cit., nros. 807 a 814, ps. 170 a 183.

(5) RIVERA, Julio C., “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, t. VI, versión digital, comentario al art. 2444, punto 3.1.

(6) BORDA, Guillermo A., “Tratado de Derecho Civil Argentino, Sucesiones”, t. II, nro. 904.

(7) RIVERA, Julio C., ob. y loc. cit. en nota 5.

(8) AZPIRI, Jorge O., “Incidencias del Código Civil y Comercial, Derecho Sucesorio”, p. 235. Este autor postula la derogación de la legítima.

(9) Van THIENEN, Pablo A., “Diez razones de por qué la legítima hereditaria es perversa” en revista *abogados inhouse.com*, nro. 2, julio 2016, p. 22.

(10) Dichas herramientas son, entre otras, las siguientes: (i) determinados pactos sobre herencias futuras ahora permitidos por el Código Civil y Comercial (art. 1010, segundo párrafo); estos pactos, que incluso pueden ser parte de un protocolo familiar, tienen una flexibilidad tal que permiten contemplar diversas situaciones relacionadas con las participaciones societarias

y la gestión de la empresa familiar con posterioridad a la muerte del fundador, además de tener la particularidad de que se pueden celebrar *en vida de éste y aún sin su intervención*; véase ROLON, Avelino, “Pactos sobre herencia futura permitidos en el Código Civil y Comercial (art. 1010, segundo párrafo): una interesante herramienta de planificación del patrimonio familiar”, en RCCyC, año II, nro. 4, mayo de 2016, p. 129; (ii) la mejora estricta del art. 2448; véase más adelante en el presente, y (iii) la atribución preferencial del establecimiento (léase, de la empresa familiar) que el cónyuge o un heredero pueden pedir, en los supuestos de los arts. 2332 y 2333.

(11) Véase, entre otros antecedentes, ALTERINI, Atilio A. - LÓPEZ CABANA, Roberto M., “La porción legítima a favor de los hijos. Su excesiva extensión”, en LA LEY, 1983-D, 1064.

(12) ALTERINI, Jorge H., ob. cit., comentario al art. 2447. Este autor sostiene allí también que la expresión “se tienen por no escritas” tiene el alcance de una “testadura de pleno derecho”, en la cual no es necesaria ninguna grafía que la formalice y obviamente tampoco puede ser salvada.

(13) CNCiv., Sala “C”, 07/08/1952, en JA 1952-IV-255. Este antecedente en realidad analiza dicho cargo impuesto en el testamento de una persona que carecía de herederos forzosos, admitiendo su validez. Indirectamente, el tribunal alude a la protección del art. 3598, indicando que “*en el caso de un heredero forzoso quizás pudiera llegarse a decidir que el testador cercena los derechos hereditarios de su sucesor*”.

(14) CNCiv., Sala “D”, 29/06/1954, en LA LEY, 75-51.

(15) CNCiv., Sala “D”, 16/02/1984, en LA LEY, 1984-B, p. 105.

alguno, o a varios, de ellos, a condición de que estos últimos acepten un gravamen o cargo que aquél pudiera haberles impuesto; por ejemplo, se nos ocurre la prohibición de enajenar por un plazo prolongado o bajo determinadas condiciones un bien del acervo que por vía de legítima aquellos han de recibir; o la prohibición de enajenar a una persona determinada alguno de esos bienes; o un cargo de contratar a determinados parientes no legitimarios en la empresa familiar; o el mismo supuesto que en el derecho español se utiliza con frecuencia, según se verá más adelante, del usufructo universal del acervo hereditario a favor del cónyuge superviviente.

¿Son válidas tales condiciones o los gravámenes que, repetimos, el testador impone a los legitimarios sobre la porción disponible? No nos referimos a un gravamen o condición respecto de la porción legítima (prohibidos por el art. 2447), sino a un gravamen o condición sobre la porción disponible. Pero que, de ser ellos aceptados por los legitimarios, indudablemente se habrán de proyectar sobre los bienes que se reciben en concepto de legítima.

La doctrina se ha expedido afirmativamente sobre la validez de estas cláusulas (20). Guillermo A. Borda sostenía que la prohibición general se inspira en el deseo de proteger al legitimario. Pero, inversamente, es éste quien puede tener interés en someterse al cargo o condición para así obtener, “de yapa”, agregamos, la porción disponible; es él quien soportará qué le conviene más: si recibir la legítima sin cargo alguno (en cuyo caso pierde la manda de la porción disponible) o aceptar el cargo y quedarse con dicha porción disponible (21). Es importante recalcar, una vez más, que la aceptación de dicha condición o gravamen puede afectar indirectamente los bienes que se reciben por legítima.

La referida cláusula se ha tomado del derecho español, en donde se la conoce como “Cautela Socini”. El nombre de la cláusula se debe al jurista italiano Mariano Socini, quien apoyó y expuso su validez en un dictamen del año 1550, aunque ya existía y se discutía desde el derecho romano (22). Lo llamativo del caso es que, a pesar de su amplia utilización en testamentos españoles, se trata de una construcción pretoriana que no tiene una consagración legislativa; aun así, su validez ha sido admitida por la jurisprudencia de aquel país. Es muy frecuente allí la disposición testamentaria en virtud de la cual se lega al cónyuge viudo el usufructo universal y vitalicio de todo el patrimonio hereditario, imponiendo a los descendientes herederos forzosos que no la aceptaran o que impugna-

ran judicialmente el testamento la limitación de recibir sólo lo que por *legítima estricta* (23) les corresponda. Lo que pretende el testador es que el titular del derecho de usufructo (su cónyuge superviviente) reciba única y exclusivamente el activo, o sea, el uso y goce de sus bienes, sin que pueda ser considerado como responsable o deudor de las deudas de los bienes hereditarios. La cláusula supone que el testador atribuye a los legitimarios un valor superior a su legítima, aunque enteramente gravado; es decir, les atribuye más de lo que les corresponde por legítima estricta —el tercio de mejora (24)—, pero con la carga de soportar el usufructo del cónyuge viudo sobre los bienes.

La cláusula antedicha es también de aplicación en España, cuando se trata de testamentos de personas cuyo único bien es la casa-habitación del matrimonio. En nuestro país, y en virtud del derecho real de habitación del cónyuge superviviente, la imposición de una cláusula de esta naturaleza no tendría mayor relevancia en este supuesto. De todas maneras, una vez más, la cláusula imponiendo una condición o gravamen sobre la porción disponible a favor de un legitimario sería perfectamente aceptable en nuestro derecho. A este respecto, entonces, sería de aplicación el art. 2496 del Cód. Civ. y Com. y disposiciones concordantes.

VII. Excepciones a la inviolabilidad de la legítima

A pesar de lo absoluto que parece el texto del art. 2447, la inviolabilidad de la legítima no es, precisamente, absoluta y reconoce varias excepciones. Estas se pueden clasificar en cuatro categorías: (i) una excepción legal; (ii) excepciones impuestas por el testador; (iii) excepciones solicitadas por los propios herederos; y (iv) una excepción solicitada por quien no reviste la calidad de legitimario. Analizamos brevemente dichos supuestos a continuación.

Veamos:

i) Excepción legal: se trata del derecho real de habitación vitalicio a favor del cónyuge superviviente sobre el inmueble propiedad del causante, que no se encuentre en condominio y que haya constituido el último hogar conyugal (art. 2383). Es oponible a los legitimarios y opera de pleno derecho (25).

ii) Excepciones impuestas por el testador: entran dentro de esta categoría varias situaciones contempladas por el Cód. Civ. y Com.: (A) la afectación de la vivienda (anteriormente “bien de familia” bajo la ley 14.394) dispues-

ta por acto de última voluntad (arts. 244, 245, segundo párrafo y concs.). La vivienda en tales condiciones no puede ser objeto de legados o mejoras testamentarias (art. 250) y su desafectación procede a solicitud de la mayoría de los herederos (art. 255, inc. b, con las excepciones que dicha norma consagra); (B) la indivisión forzosa por hasta diez años de un bien determinado, un establecimiento que constituya una unidad económica o las participaciones societarias del causante en un ente donde este último sea el principal accionista o socio (art. 2330); (C) el fideicomiso testamentario en el cual el beneficiario sea una persona incapaz o con capacidad restringida; en este caso podrá durar hasta el cese de la incapacidad o de la restricción a la capacidad o hasta la muerte de aquél, aun cuando esos acontecimientos se produzcan más allá del plazo máximo de treinta años del fideicomiso (arts. 1668 y 2493) (26); y (D) por último, la mejora estricta del art. 2448 a favor del ascendiente o descendiente con discapacidad respecto de quien el testador puede disponer, además de la porción disponible, de un tercio de las porciones legítimas. En este sentido, esta novedosa disposición se acerca, si bien limitada a las personas con discapacidad, al sistema de legítima del Código Civil español (27). La definición de la persona con discapacidad que brinda la norma, en deficiente técnica normativa, repite lo preceptuado por el art. 48 del Cód. Civ. y Com. (28).

iii) Excepciones solicitadas por los propios herederos: entran dentro de esta categoría dos supuestos: (A) excepto que pueda serle adjudicado en su lote, el cónyuge superviviente puede pedir la indivisión (art. 2332), con dos variantes: (A.I) la indivisión por diez años de un establecimiento que constituya una unidad económica o de participaciones societarias, siempre que el cónyuge haya adquirido o constituido en todo o en parte el establecimiento o que, sin serlo, participe activamente en su explotación; y que sea el principal socio o accionista; y (A.II) la indivisión, vitalicia mientras el cónyuge sobreviva, de la residencia habitual al tiempo de fallecer el causante y que en su adquisición o construcción se hayan utilizado fondos gananciales total o parcialmente (29); y (B) la indivisión del establecimiento que constituye una unidad económica que puede pedir cualquier heredero en los mismos supuestos que el art. 2332 anterior, siempre que el peticionante haya participado activamente en la explotación de la empresa (art. 2333).

iv) Excepción solicitada por quien no reviste el carácter de legitimario: se trata del supuesto del derecho real de habitación gratuito concedido al conviviente superviviente que care-

ce de vivienda propia habitable o de bienes suficientes que aseguren el acceso a ésta, respecto del último hogar familiar (art. 527). Este derecho real de habitación, a diferencia del correspondiente al cónyuge, se concede a petición de parte, tiene un plazo máximo de duración de dos años y está sujeto a varias causales de caducidad indicadas en el último párrafo de la norma analizada.

VIII. Conclusiones

La legítima sigue gozando de buena salud. Pero, además de gozar de buena salud a pesar de los años transcurridos desde la sanción original del Cód. Civil, ha sido puesta al día para adaptarse a la realidad social, económica y cultural del país, a la posición de la doctrina y la jurisprudencia y a las tendencias de la legislación comparada. Basta simplemente para ello comparar el texto original del antiguo art. 3598 con el actual art. 2447 (prácticamente idénticos) y confrontarlos con las innumerables excepciones al principio de inviolabilidad que hoy existen (ver cap. VII), las que han sido introducidas por leyes especiales luego de la sanción del Código Civil en el siglo XIX, por la reforma de la ley 17.711 o directamente por el Código Civil y Comercial; obviamente, en los dos primeros casos tales excepciones forman parte ahora del nuevo cuerpo normativo. Consideramos que la reforma ha mantenido un régimen balanceado, el cual permite al testador disponer libremente, ahora, de un tercio de su patrimonio, al par que sigue manteniendo a la familia más directa como eje de su protección. La reforma hasta se ha ocupado en mayor detalle de la empresa familiar y de su continuidad (arts. 2332 y 2333). En definitiva, tal como se señalara, el sistema actual protege, a nuestro entender adecuadamente, tres espacios o ejes específicos: la voluntad y libertad de disposición del testador, los intereses y expectativas de su familia directa y la preservación y continuidad del patrimonio familiar, incluyendo más específicamente a la empresa familiar. ●

Cita on line: AR/DOC/2637/2017

! MÁS INFORMACIÓN

Grisetti, Ricardo Alberto, “Análisis constitucional de la legítima hereditaria en el Código Civil y Comercial”, LA LEY, 2017-C, 796.
Pérez Gallardo, Leonardo B., “Cláusulas de protección genérica de la legítima: un antídoto para la preterición”, DFyP 2016 (diciembre), 192.
Helú, Nair, “Reformas del derecho sucesorio. Libertad del causante: autonomía de la voluntad. Legítima y testamento”, DJ 25/05/2016, 1.

{ NOTAS }

(16) AZPIRI, Jorge O., ob. cit., p. 243.

(17) CNCom., Sala “D”, 27/02/1978 en LA LEY, 1978-B, 195, con nota de Eduardo A. Zannoni, quien comparte la solución del fallo y aporta una visión diferente al enfoque dado al “disregard”.

(18) PÉREZ LASALA, José L., ob. cit., ps. 3 y 331.

(19) Ver al respecto, entre otros: MÉNDEZ COSTA, María J. “Legítima y sociedades de familia”, en LA LEY 1979-D, 327; PLANA, Carlos H., “La desestimación de la personalidad jurídica y fraude a la legítima hereditaria. A propósito de un fallo”, en DJ, 2000-2-9.

(20) BORDA, Guillermo A., ob. cit., t. II, p. 81, nros. 907-908; ALTERINI, Jorge H., ob. y loc. cit.

(21) BORDA, Guillermo A., ob. y loc. cit.

(22) ALEMAN URIS, Javier, “Cautela Socini: Análisis a propósito de la STS 17/01/2014” en ROED nro. 4 (2014), Sección Monográfica, p. 6.

(23) Según el Código Civil Español, existiendo hijos y descendientes, el activo relicto se divide en tres tercios (art. 808 del Cód. Civil): a) un tercio, llamado “legítima estricta” para los hijos o descendientes; b) un segundo tercio, llamado “mejora” o “tercio de mejora”, que el testador puede adjudicar libremente a uno o varios de

aquellos; si no dispusiera de él según lo expresado, este segundo tercio se distribuye de la misma manera que la legítima estricta, y c) el tercio restante es de libre disposición.

(24) Ver nota anterior.

(25) Coinciden ALTERINI, Jorge H. - PÉREZ LASALA, José L., ob. y loc. cit.

(26) ALTERINI, Jorge H., ob. cit. comentario al art. 2447.

(27) Ver nota 23.

(28) A este respecto puede consultarse el muy interesante y completo artículo de Fernando M. RACIMO,

“Sobre las restricciones a la capacidad de ejercicio en el Código Civil y Comercial de la Nación”, en JA, 2016-IV, fascículo nro. 8, ps. 1 y ss., en cual, entre otros tópicos, el autor analiza las distintas excepciones de la discapacidad y las personas discapacitadas en el Cód. Civ. y Com. y en varias otras leyes.

(29) Si bien con algunas diferencias (carácter del bien, de pleno derecho en un caso y a pedido en el otro y otros), este derecho a mantener la indivisión sobre el inmueble que fue la residencia conyugal se superpone con el derecho real de habitación del cónyuge superviviente del art. 2383 del Cód. Civ. y Com.

NOTA A FALLO

Sentencias de la Corte Interamericana

Cumplimiento de las decisiones del organismo internacional. Obligaciones inter-

nacionales del Estado argentino. Facultades de la Corte IDH. Obligaciones convencionales.

Véase en página 4, Nota a Fallo

Hechos: La Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró responsable a la República Argentina por la violación

del derecho de libertad de pensamiento y expresión, en perjuicio de los periodistas que informaron la existencia de un hijo extramatrimonial —no reconocido— de quien fuera en su momento Presidente de la Nación. Entre los puntos de la condena, el tribunal internacional ordenó que las sentencias del Máximo Tribunal argentino, que disponían que los miembros de la

prensa debían abonar indemnizaciones al funcionario, sean dejadas sin efecto. La Corte Suprema de Justicia de la Nación no hizo lugar al pedido al considerar que era una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada. La Corte Interamericana determinó el incumplimiento, por parte del Estado argentino, de sus obligaciones internacionales.

- 1.- En tanto el Estado argentino no ha dado cumplimiento a la reparación relativa a dejar sin efecto la condena civil impuesta a periodistas con relación a la información difundida respecto de aspectos de la vida privada del entonces Presidente de la Nación, ordenada por la Corte IDH, debe mantenerse abierto el procedimiento de supervisión y cumplimiento de la sentencia dictada por el Tribunal Internacional en el caso.
- 2.- La Corte Suprema de Justicia de la Nación, al decidir que la orden de la Corte IDH de dejar sin efecto una sentencia por ella dictada constituye uno de los supuestos en los que la restitución resulta jurídicamente imposible a la luz de los principios fundamentales del derecho público argentino, se atribuyó competencias que no le corresponden e implicó una clara contravención de los principios de Derecho Internacional y las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos asumidas por el Estado argentino, pues no le corresponde determinar cuándo una sentencia del Tribunal Internacional es obligatoria, en tanto su obligatoriedad surge de la ratificación de la CADH por parte de Argentina y del reconocimiento que realizó de la competencia contenciosa de la Corte IDH.
- 3.- Dado que la violación a la CADH, en el caso en el que la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina condenó a periodistas por la información brindada por ellos con relación a la vida privada del entonces Presidente de la Nación, se produjo a causa de una decisión judicial interna, la medida de reparación dispuesta por la Corte IDH, que consiste en “dejar sin efecto” aquella decisión judicial, es posible, suficiente y la más adecuada para restituir, debido al evidente nexo de causalidad entre la decisión de la Corte Suprema de Justicia y la violación del derecho a la libertad de expresión.
- 4.- La determinación de la obligatoriedad de un fallo de la Corte IDH no puede quedar al arbitrio del órgano del Estado parte —en el caso, la Corte Suprema de Justicia de la Nación— que generó la violación de derechos humanos, puesto que sería inadmisibles subordinar el mecanismo de protección previsto en la CADH a restricciones que hagan inoperante la función del Tribunal Internacional, ya que ello tornaría incierto el acceso a la justicia que es parte del sistema tutelar de los derechos humanos.
- 5.- Para el derecho internacional es absolutamente irrelevante el órgano del Estado cuya acción u omisión causó el hecho internacionalmente ilícito, de manera tal que cualquier órgano del Estado, independientemente de sus funciones o jerarquía, puede generar la responsabilidad internacional del Estado.
- 6.- Las decisiones de los máximos tribunales internos pueden acarrear la responsabilidad internacional de los Estados.
- 7.- La Corte IDH, al pronunciarse sobre decisiones judiciales internas, no actúa como una cuarta instancia revisora de las sentencias dictadas por los tribunales de los Estados parte, sino que determina si éstos han incurrido en sus decisiones en alguna violación de los derechos humanos u obligaciones internacionales reconocidos en los tratados sobre los cuales el Tribunal tiene competencia.

120.659 — Corte IDH, 18/10/2017. - Fontevecchia y D'Amico c. Argentina.

[Cita on line: IC/JUR/2/2017]

[El fallo *in extenso* puede consultarse en Atención al Cliente, www.laleyonline.com.ar o en Proview]

El cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Silvia B. Palacio de Caero

SUMARIO: I. Introducción.— II. Caso “Fontevecchia y D’Amico c. Argentina”. Fondo, Reparaciones y Costas (2011).— III. Causa “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso ‘Fontevecchia y D’Amico c. Argentina’” (2017).— IV. Supervisión de cumplimiento de sentencia en el caso “Fontevecchia y D’Amico c. Argentina”.— V. Valoración de Argentina por el cumplimiento parcial de la sentencia.— VI. Situación de mora de la Argentina por incumplimiento de las administraciones ejecutivas (2012-2017). Principio de unidad del Estado.— VII. La condena judicial del caso “Menem” y la atribución de responsabilidad a los señores Fontevecchia y D’Amico.— VIII. Necesidad de prever el procedimiento adecuado para la recepción y el cumplimiento de las sentencias de DD.HH.— IX. Conclusión.

I. Introducción

La resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) dictada el 18 de octubre de 2017 en el trámite de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia en Caso “Fontevecchia y D’Amico c. Argentina”. Fondo, Reparaciones y Costas (29/11/2011, serie C, nro. 238) (1), consiste en la réplica del tribunal interamericano a la situación inédita presentada en el plano jurídico nacional e internacional del país.

Las prevenciones y recomendaciones que realiza la Corte IDH al Estado Nacional y a la Corte Suprema de Justicia de la Nación muestran el desarrollo de un fecundo diálogo institucional entre ambos tribunales, copioso y por momentos ríspido, respecto del cumplimiento de las obligaciones internacionales convenidas, entre las que se cuenta la observancia de las sentencias del tribunal interamericano (2).

A raíz del largo período de incumplimiento, la Corte IDH en la Supervisión de Cumplimiento de Sentencia en el caso “Fontevecchia y D’Amico c. Argentina” dictó tres resoluciones exhortando al Estado a acatar la condena. La primera en setiembre de 2015 (3), la segunda en noviembre de 2016 (4) y la tercera en octubre de 2017. Esta última aquí se comenta.

En razón de que fueron varios los pronunciamientos que la cuestión ha implicado, para clarificarla, es conveniente realizar una rápida sistematización de los puntos decididos en cada una de las causas.

II. Caso “Fontevecchia y D’Amico c. Argentina”. Fondo, Reparaciones y Costas (2011)

En el caso “Fontevecchia y D’Amico c. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas” (29/11/2011) la Corte IDH falló en contra del Estado, en mérito a encontrar violados en perjuicio de los actores sus derechos de libertad de expresión y prensa amparados por la Convención Americana sobre Derechos Humanos y demás tratados de esa índole.

Se resolvió en síntesis:

i. Dejar sin efecto la condena civil impuesta a Jorge Fontevecchia y Héctor D’Amico en el pronunciamiento de “Menem, Carlos S. c. Editorial Perfil SA y otros s/ daños y perjuicios - sumario”, 25/09/2001 (5) y todas sus consecuencias pecuniarias.

ii. Publicar un resumen oficial de su sentencia elaborado por la Corte Suprema, por una sola vez, en el Diario Oficial y en un diario de amplia circulación nacional,

así como publicar la sentencia completa de la Corte Interamericana en la página del Centro de Información Judicial de la Corte Suprema.

iii. Entregar las sumas reconocidas en dicho reintegro de los montos oportunamente fijados en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, como de los correspondientes a las reparaciones admitidas en su decisión internacional (daño material, costas y gastos derivados del trámite del proceso interno como del procedimiento internacional).

Estos puntos fueron incumplidos por el Estado desde 2012; lo que motivó el procedimiento de supervisión de sentencias de la Corte IDH, en donde se constataron tales incumplimientos.

En particular, el primero de los puntos aludidos ha generado el indicado movimiento dialógico entre ambos tribunales, a partir del caso “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso ‘Fontevecchia y D’Amico c. Argentina’” (14/02/2017) (6), donde la opinión de la mayoría de la Corte Suprema consideró improcedente dejar sin efecto el fallo recaído en “Menem”, incumpliendo de tal forma el pronunciamiento internacional.

III. Causa “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso ‘Fontevecchia y D’Amico c. Argentina’” (2017)

La resolución de la Corte Suprema en “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso ‘Fontevecchia y D’Amico c. Argentina’” (14/02/2017) fue pronunciada a raíz del requerimiento de la Corte IDH al Estado y por verificarse en el proceso de supervisión de sentencia los señalados incumplimientos.

El Poder Ejecutivo, a través del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, se

presentó ante la Corte Suprema a fin de someter a su consideración la observancia de la condena de la Corte IDH, en lo relativo a dejar sin efecto la condena del caso “Menem”.

Ello motivó el decisorio consiguiente, en el cual la opinión mayoritaria de la Corte Suprema se opuso a lo decidido por la Corte IDH. El argumento principal consistió en reafirmar la autoridad de cosa juzgada adquirida por la sentencia dictada en dicho caso “Menem”, estimándose que habiendo sido dictada por el más alto tribunal nacional, superior órgano dentro del esquema judicial argentino, resultaba impertinente la disposición del tribunal internacional.

Para la mayoría de la Corte Suprema, la decisión de la Corte IDH concerniente a dejar sin efecto la condena no resultaba vinculante.

En síntesis se consideró:

i. La Corte IDH extralimitó la competencia asignada por el art. 63.1 de la CADH y sus potestades remediales para decidir en la forma en que lo hizo;

ii. La Corte IDH obró como una especie de “cuarta instancia” en violación y con exceso de los principios estructurales del sistema interamericano al acudir a mecanismos restaurativos no previstos por los instrumentos internacionales;

iii. La Corte IDH intentó sustituir el carácter de órgano supremo de la Corte Suprema dentro del Poder Judicial argentino por el de un tribunal internacional, con violación de los arts. 27 y 108 de la Constitución Nacional.

En su oportunidad (7), con un criterio compartido por voces autorizadas (8), se hicieron puntualizaciones críticas respecto de la postura mayoritaria asumida por la Corte

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) La supervisión del cumplimiento de las sentencias y decisiones es realizada por la Corte IDH en función de los arts. 67, 68 y 69 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y conforme a lo establecido por el art. 69 del Reglamento interno.

(2) Ello con base en el “Reconocimiento de competencia” de Argentina hacia la Comisión IDH y la Corte IDH en 1984. Más adelante se vuelve a este tópico.

(3) Cfr. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 01/09/2015. Caso “Fontevecchia y D’Amico c. Argentina”. Supervisión de cumplimiento de

sentencia. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el ejercicio de sus atribuciones de supervisión del cumplimiento de sus decisiones, de conformidad con los arts. 33, 62.1, 62.3, 67 y 68.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 24 y 30 del Estatuto y 31.2 y 69 de su Reglamento, declara que: 1. El Estado ha incumplido

durante dos años y ocho meses su obligación de informar a esta Corte sobre las medidas adoptadas para dar cumplimiento a las reparaciones ordenadas en la Sentencia emitida el 29/11/2011 en el presente caso, de conformidad con lo indicado en la parte considerativa de la presente Resolución. 2. La Corte no cuenta con información que

Suprema y a la negativa de dejar sin efecto los efectos de la sentencia del caso “Menem” (2001), la cual como se apuntó, resultó descalificada por la Corte IDH en mérito a considerársela violatoria del derecho de libertad de expresión y prensa amparado por el art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

La posición mayoritaria de la Corte Suprema motivó la respuesta de la Corte IDH, materializada en la indicada Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, resolución de 18 de octubre de 2017, en la cual se expresaron las razones que se detallan en el punto siguiente.

IV. Supervisión de cumplimiento de sentencia en el caso “Fontevecchia y D’Amico c. Argentina”

En el proceso de supervisión de cumplimiento de sentencia en Caso “Fontevecchia y D’Amico c. Argentina” que la Corte IDH está llevando a cabo, se dictó —como se dijo— la relacionada resolución del 18 de octubre de 2017, en la cual la Corte IDH insistió con la pertinencia de su resolutorio que dejó sin efecto la condena del caso “Menem”, con fuertes términos hacia la Corte Suprema.

En síntesis resolvió la Corte IDH:

i. Deber de la Corte Suprema de cumplir la sentencia de la Corte IDH, el que no está sujeto a condición interna alguna, dado su carácter de obligación convencional asumida por los Estados partes, que vincula a todos los poderes u órganos (ejecutivo, legislativo, judicial, ramas del poder público, autoridades públicas o estatales), lo que incluye a los más altos tribunales de justicia.

ii. Obligación de Argentina en su calidad de Estado parte de la Convención Americana y por el principio de buena fe internacional, de cumplir su compromiso internacional, sin que pueda invocarse disposiciones del derecho constitucional interno para justificar el

incumplimiento. En tal sentido dijo la Corte IDH que “la determinación de la obligatoriedad de uno de sus fallos no puede quedar al arbitrio de un órgano del Estado, especialmente de aquel que generó la violación a derechos humanos, tal como en el presente caso, cuya violación se configuró por una decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, puesto que sería inadmisibles subordinar el mecanismo de protección previsto en la Convención Americana a restricciones que hagan inoperante la función del Tribunal. Ello tornaría incierto el acceso a la justicia que es parte del sistema tutelar de los derechos humanos consagrado en la Convención” (9).

iii. Imposibilidad de los tribunales superiores internos de los Estados de oponerse al cumplimiento de las sentencias del Corte IDH. Se especificó en tal sentido que “aun cuando exista una decisión del tribunal de más alta jerarquía en el ordenamiento jurídico nacional declarando tal ‘inejecutabilidad’, ello no puede oponerse como una justificación para el incumplimiento de lo dispuesto por este Tribunal internacional” (10). Además se recordó (11), que no le correspondió a la Corte Suprema la determinación de cuándo una sentencia del tribunal interamericano es obligatoria, pues tal condición surge de la ratificación de la Convención Americana por Argentina y del reconocimiento que realizó de la competencia contenciosa de la Corte IDH (12).

iv. Competencia de la Corte IDH, en función de la base convencional que constituye la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de proceder en los términos del art. 63.1, que autoriza al tribunal interamericano para “determinar en sus Sentencias cuáles son las medidas que el Estado debe adoptar para dar cumplimiento a dicha obligación de reparar. Sobre la base de lo dispuesto en el referido artículo, dentro de las competencias de la Corte se encuentra la facultad de disponer que se reparen las consecuencias de la situación que haya

configurado la vulneración a los derechos u obligaciones internacionales previstas en la Convención. Dicho artículo, además de recoger una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del derecho internacional contemporáneo sobre responsabilidad internacional de un Estado, también otorga a la Corte Interamericana un amplio margen de discreción judicial para determinar las medidas que permitan reparar las consecuencias de la violación. La Corte Interamericana ha optado por garantizar a las víctimas de violaciones a derechos humanos una concepción de reparación integral, la cual va más allá de las consecuencias pecuniarias de una violación, y no se limita por los mecanismos disponibles en el derecho interno de los Estados para ejecutar las reparaciones ordenadas” (13).

v. Pertinencia de la decisión de dejar sin efecto la condena del caso “Menem” de la Corte Suprema —medida judicial interna que ocasionó la violación a la Convención Americana—, pues tal acto produjo el cercenamiento de los derechos de expresión y prensa de los Sres. Fontevecchia y D’Amico (14). En el considerando 16 la Corte IDH aseveró: “16. En el cumplimiento del deber de ‘dejar sin efecto’ las sentencias internas que se determinaron en la Sentencia del presente caso como violatorias de la Convención Americana, correspondía a Argentina identificar cuáles acciones implementar o por cuál vía de su derecho interno podía cumplir con lo ordenado por este Tribunal. En su decisión la Corte Suprema interpretó que lo solicitado era ‘sinónimo de revocar’ la sentencia emitida por dicho tribunal interno en el 2001 (*supra* considerando 6 iii.). Al ordenar esta reparación la Corte Interamericana no indicó que para cumplirla el Estado tuviera necesariamente que ‘revocar’ dichos fallos. Es por ello que en el párr. 105 de la Sentencia se dispuso que el Estado debía adoptar ‘las medidas judiciales, administrativas y de cualquier otra índole que sean necesarias’ para ‘dejar sin efecto’ tales sentencias (*supra* consid. 4)”.

vi. Distinciones en el particular caso de violación de la libertad de expresión y prensa, donde se presenta factible el restablecimiento de la protección de derechos anterior a la violación que se cometieron en perjuicio de las víctimas (15). Expone la Corte IDH en el considerando 30: “Contrario a lo sostenido en la decisión de la Corte Suprema de Justicia (*supra* considerando 6), este caso es uno de los pocos en los que, por el tipo de violaciones y de daño ocasionado a las víctimas, es posible, a través de la reparación ordenada por este Tribunal, el restablecimiento de la situación de protección de derechos anterior a las violaciones cometidas en perjuicio de las víctimas. Debido al evidente nexo de causalidad entre la decisión de la Corte Suprema de Justicia de septiembre de 2001 y la violación del derecho a la libertad de expresión de los señores Fontevecchia y D’Amico (*supra* Visto 1), la medida de reparación posible, suficiente y más adecuada para restituir a las víctimas el goce de su derecho y garantizar el restablecimiento de la situación anterior previa a la violación provocada con la decisión de dicho tribunal interno era ordenar que Argentina ‘dejar[a] sin efecto [...], en todos sus extremos’ las sentencias internas que provocaron dicha violación” (*supra* consid. 3 y 4).

vii. Alcances del principio de complementariedad o subsidiariedad, que implica “la responsabilidad estatal bajo la Convención Americana sólo puede ser exigida en el ámbito internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de declarar la violación y reparar el daño ocasionado por sus propios medios en el ámbito nacional. De tal manera, el Estado es el principal garante de los derechos humanos de la personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto en el ámbito interno y, en su caso, reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano, lo cual deriva del carácter subsidiario que reviste el proceso internacional frente a

{ NOTAS }

permita constatar que el Estado haya dado cumplimiento a las reparaciones ordenadas en la Sentencia: a) dejar sin efecto la condena civil impuesta a los señores Jorge Fontevecchia y Héctor D’Amico así como todas sus consecuencias, en el plazo de un año contado a partir de la notificación de la Sentencia, en los términos del párr. 105 de la misma (punto dispositivo segundo); b) realizar las publicaciones de la Sentencia dispuestas en la misma, de conformidad con lo establecido en su párr. 108 (punto dispositivo tercero), y c) entregar los montos ordenados en los párrs. 117, 128 y 129 de la Sentencia, dentro del plazo de un año contado a partir de su notificación y conforme a las modalidades especificadas en los párrs. 131 a 136 del Fallo (punto dispositivo cuarto). Resuelve: 3. Disponer que Argentina adopte, en definitiva y a la mayor brevedad posible, las medidas que sean necesarias para dar efectivo y pronto cumplimiento a las reparaciones dispuestas en la Sentencia de fondo, reparaciones y costas dictada en el presente caso, de acuerdo con lo estipulado en el art. 68.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. 4. Disponer que el Estado presente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a más tardar el 31/03/2016, un informe en el cual indique las medidas adoptadas para cumplir con las reparaciones ordenadas por esta Corte, de conformidad con la parte considerativa de esta Resolución. 5. Disponer que los representantes de las víctimas y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos presenten observaciones al informe del Estado mencionado en el punto resolutorio anterior, en los plazos de cuatro y seis semanas, respectivamente, contados a partir de la recepción del informe. 6. Disponer que la Secretaría de la Corte notifique la presente Resolución al Estado, a los representantes de las víctimas y a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

(4) Cfr. Resolución de la Corte IDH de 22/11/2016. Caso “Fontevecchia y D’Amico c. Argentina”. Supervisión de cumplimiento de sentencia. “Por tanto: La Corte IDH, en el ejercicio de sus atribuciones de supervisión del cumplimiento de sus decisiones y de conformidad con los arts. 33, 62.1, 62.3, 65, 67 y 68.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 24, 25 y 30 del

Estatuto, y 31.2 y 69 de su Reglamento, RESUELVE: 1. Declarar, de conformidad con lo señalado en la parte considerativa de la presente Resolución, que el Estado ha dado cumplimiento total a la medida de reparación ordenada en el punto dispositivo tercero de la Sentencia, relativa a realizar las publicaciones de la Sentencia y su resumen oficial dispuestas en el párrafo 108 de la misma. 2. Mantener abierto el procedimiento de supervisión de cumplimiento respecto de las medidas de reparación ordenadas en los puntos dispositivos segundo y cuarto de la Sentencia, relativas a: a) dejar sin efecto la condena civil impuesta a los señores Jorge Fontevecchia y Héctor D’Amico así como todas sus consecuencias (punto dispositivo segundo de la Sentencia), y b) entregar los montos referidos en los párrafos 105, 117, 128 y 129 de la Sentencia por concepto de ‘reintegro de las sumas efectivamente pagadas por cada una de las víctimas o, en su caso por la Editorial Perfil, con los intereses y actualizaciones que correspondan de acuerdo al derecho interno’ y de reintegro de costas y gastos (punto dispositivo cuarto de la Sentencia). 3. Requerir a la Secretaría de la Corte que notifique la presente Resolución al Estado, a los representantes de las víctimas y a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”. Esta resolución dio motivo a la presentación del Ministerio de Relaciones Exteriores ante la CS, lo que originó la causa “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso ‘Fontevecchia y D’Amico c. Argentina’”, fallada el 14/02/2017, que fuera objeto de comentario crítico en PALACIO DE CAEIRO, Silvia B. “El cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, LA LEY del 08/03/2017, 6.

(5) Fallos 324:2895. En el caso “Menem, Carlos S. c. Editorial Perfil SA y otros s/ daños y perjuicios - sumario”, los hechos se relacionaron con dos publicaciones consignadas en una revista el 5 y 12/11/1995, donde se vinculaba al presidente con la existencia de un presunto hijo no reconocido. Jorge Fontevecchia y Héctor D’Amico eran periodistas que se desempeñaban como editores. El Sr. Menem demandó civilmente a la editorial de la revista así como a Jorge Fontevecchia y Héctor D’Amico. El objeto

de dicha acción era obtener un resarcimiento económico por el alegado daño moral causado por la supuesta violación del derecho a la intimidad, consecuencia de las publicaciones de la revista. Adicionalmente, se solicitó la publicación íntegra de la sentencia a cargo de los demandados. En 1997 un juez de primera instancia en lo civil rechazó la demanda interpuesta por el Sr. Menem. La sentencia fue apelada y en 1998, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal revirtió la decisión y condenó a la editorial y a Jorge Fontevecchia y Héctor D’Amico a pagar la suma de la suma de \$150.000,00. Los demandados interpusieron un recurso extraordinario federal. En 2001 la Corte Suprema confirmó la sentencia recurrida aunque modificó el monto indemnizatorio, reduciéndolo a la suma de \$60.000,00 (Esta suma con más sus intereses, costas y honorarios ascendió finalmente a un monto cercano a los \$ 245.000), entendiéndose que la difusión de ciertas notas periodísticas vinculadas con la presunta existencia de un hijo no reconocido de Menem había lesionado en forma ilegítima su derecho a la intimidad, tutelado por el art. 19 de la CN y por los arts. 17, párr. 1º y 2º del PIDCP, y 11, párr. 2º y 30, CADH, entre otras normas. Este fallo quedó firme y se cumplió la condena económica dispuesta. Llegada la cuestión del Caso “Fontevecchia y D’Amico c. Argentina”. Fondo, Reparaciones y Costas, ante la Corte IDH, a raíz de la demanda presentada por las víctimas denunciantes, Sres. Jorge Fontevecchia y Héctor D’Amico, representados por el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y la Asociación Periodistas, el tribunal interamericano dictó la sentencia del 29/11/2011, donde declaró que el Estado argentino había violado el derecho a la libertad de expresión de los peticionantes (art. 13, CADH), afirmándose allí que lo decidido allí constituía per se una forma de reparación.

(6) La sentencia se construyó con los votos mayoritarios de los Dres. Ricardo L. Lorenzetti, Elena I. Highon de Nolasco, Carlos F. Rosenkrantz, el voto individual acorde del Dr. Horacio Rosatti y la disidencia del Dr. Juan C. Maqueda.

(7) PALACIO de CAEIRO, Silvia B., “El cumplimiento...”, cit., se remite a lo allí expresado.

(8) Entre otros, GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “Estado constitucional y convencional de derecho y control de convencionalidad”, LA LEY del 03/04/2017, 1; HITTERS, Juan Carlos, “Control de convencionalidad: ¿puede la Corte Interamericana de Derechos Humanos dejar sin efecto fallos de los tribunales superiores de los países?”, LA LEY del 02/08/2017, 1; GIALDINO, Rolando E., “¿Un acto internacionalmente ilícito de la Corte Suprema? El caso ‘Fontevecchia y D’Amico’”, LA LEY del 17/07/2017, 4; REY, Sebastián A., “En defensa de la Convención. Una respuesta del Derecho Internacional a los ‘elogios’ recibidos por la sentencia de la Corte Suprema en el caso ‘Fontevecchia y D’Amico’”, DPyC 2017 (julio), 199; GULLCO, Hernán V., “Corte Suprema c. Corte Interamericana: ¿quién debe tener la última palabra?”, LA LEY del 27/04/2017, 5; MANILL, Pablo L., “Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. A propósito del fallo ‘Fontevecchia’”, LA LEY del 20/03/2017, 5. Vale indicar que reputados autores se pronunciaron con criterios discordantes, afines y opuestos a la postura asumida por la CS, puede consultarse la edición especial de LA LEY del 23/02/2017. Corresponde señalar que hubo también valiosos trabajos doctrinarios en concordancia con el criterio de la CS.

(9) Cfr. consid. 24.

(10) Cfr. consid. 15; Corte IDH, caso “Apitz Barbera y otros (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo) c. Venezuela”, Supervisión de cumplimiento de sentencia, Resolución de 23/11/2012, considerando 39; caso “López Mendoza c. Venezuela”. Supervisión de cumplimiento de Sentencia. resolución de la Corte IDH de 20/11/2015, consid. 8º.

(11) Cfr. consid. 23.

(12) En PALACIO de CAEIRO, Silvia B., “El cumplimiento...”, cit., se dijo que “La CADH fue aprobada por la Argentina mediante la ley 23.054 y ratificada el 05/09/1984, allí constan las reservas y las declaraciones efectuadas a ese momento y las referencias a los términos del Reconocimiento por Argentina de la jurisdicción de la Corte IDH (...). En especial se destaca el ‘Recono-

los sistemas nacionales de garantías de los derechos humanos. Este principio también ha sido utilizado por la Corte a la hora de evaluar cuáles reparaciones es necesario ordenar, al tomar en cuenta medidas que previamente se hubieren dispuesto en el ámbito interno para reparar la violación, conforme a criterios objetivos y razonables. En el presente caso, precisamente porque la violación no se resolvió ni se reparó en el ámbito interno, las víctimas activaron los mecanismos de protección internacional, los cuales no pretenden sustituir a las jurisdicciones nacionales, sino complementarlas en la protección de derechos humanos”.

Esas motivaciones, sumadas a otras de envergadura, dieron base a la parte decisoria, que quedó construida en la forma siguiente:

“La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el ejercicio de sus atribuciones de supervisión del cumplimiento de sus decisiones y de conformidad con los arts. 33, 62.1, 62.3, 65, 67 y 68.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 24, 25 y 30 del Estatuto, y 31.2 y 69 de su Reglamento, Resuelve:

“1. El Estado no ha dado cumplimiento a la reparación relativa a dejar sin efecto la condena civil impuesta a los señores Jorge Fontevecchia y Héctor D’Amico, así como todas sus consecuencias, ordenada en el punto dispositivo segundo de la Sentencia.

“2. El Estado no ha dado cumplimiento al reintegro de costas y gastos, ordenado en el punto dispositivo cuarto de la Sentencia.

“3. Mantener abierto el procedimiento de supervisión de cumplimiento respecto de las medidas de reparación ordenadas en los puntos dispositivos segundo y cuarto de la Sentencia, relativas a:

“a) dejar sin efecto la condena civil impuesta a los señores Jorge Fontevecchia y Héctor D’Amico así como todas sus consecuencias, en los términos del párr. 105 de la Sentencia (punto dispositivo segundo de la Sentencia), y

“b) entregar los montos referidos en los párrs. 128 y 129 de la Sentencia por concepto de reintegro de costas y gastos (punto dispositivo cuarto de la Sentencia).

“4. Disponer que el Estado adopte, en definitiva y a la mayor brevedad, las medidas que sean necesarias para dar efectivo y pronto cumplimiento a los puntos pendientes de la Sentencia de fondo, reparaciones y costas emitida en el presente caso, de acuerdo con lo considerado en la presente Resolución, y con lo estipulado en el art. 68.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

“5. Disponer que el Estado presente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a más tardar el 28/02/2018, un informe en el cual indique todas las medidas adoptadas para cumplir con las reparaciones ordenadas por esta Corte que se encuentran pendientes de cumplimiento, de conformidad con los considerandos 17, 35, 41 y 42, así como con los puntos resolutivos 1 a 3 de esta Resolución.

“6. Disponer que los representantes de las víctimas y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos presenten observaciones al informe del Estado mencionado en el pun-

to resolutivo anterior, en los plazos de cuatro y seis semanas, respectivamente, contados a partir de la recepción del informe”.

V. Valoración de la Argentina por el cumplimiento parcial de la sentencia

Sin embargo, la Corte IDH en la Supervisión de Cumplimiento de Sentencia en Caso “Fontevecchia y D’Amico c. Argentina”, realizó una valoración positiva del Estado argentino en función del parcial cumplimiento de lo ordenado en el caso “Fontevecchia y D’Amico c. Argentina”, y lo hizo mediante las siguientes expresiones:

“17. En primer término, este Tribunal valora positivamente que Argentina esté implementando acciones para eliminar el efecto de la sentencia civil condenatoria relativo a reintegrar las sumas pagadas por las víctimas como consecuencia de la referida condena. Tanto el Estado como los representantes han implementado acciones para la determinación de los montos que deben ser pagados, y el Estado ha afirmado que emitirá a finales del presente año el decreto que disponga proceder con dicho pago (supra consid. 8). Resulta positivo que la Argentina haya identificado un mecanismo para realizar este pago que no involucre la judicialización del mismo, pero se requiere que proceda a cumplir con el mismo de la manera más expedita posible, tomando en cuenta que han transcurrido casi cinco años desde el vencimiento del plazo para el cumplimiento de esta medida (supra Visto 1 y consid. 4). Además, teniendo en consideración que, por sugerencia del Tribunal, las partes se reunieron en su sede con posterioridad a la audiencia de supervisión de cumplimiento, con el fin de conversar los aspectos relativos a la determinación concreta de los montos que serán reintegrados, se requiere que el Estado indique los resultados de dicha reunión, si se logró avanzar con la cuantificación y los avances en relación con la emisión del decreto que disponga el reintegro concreto y el pago correspondiente” (16).

Conviene detenerse brevemente en estas afirmaciones de la Corte IDH para realzar dos circunstancias principales que quedan en perfecta evidencia: a) la situación de mora de Argentina a partir del 2012 y, b) la ausencia de previsiones normativas en el ámbito interno del país de procedimientos y medios adecuados para el cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH.

VI. Situación de mora de la Argentina por incumplimiento de las administraciones ejecutivas (2012 - 2017). Principio de unidad del Estado

La situación de mora de la Argentina en el cumplimiento de la sentencia de caso “Fontevecchia y D’Amico c. Argentina”. Fondo, Reparaciones y Costas se constata a partir de la circunstancia de que el caso fue resuelto por la Corte IDH en noviembre de 2011, y que conforme a lo resuelto, el Estado Nacional debía entregar los montos de condena y proveer las disposiciones ordenadas, “dentro del plazo de un año contado a partir de su notificación y conforme a las modalidades especificadas”. Dicho plazo venció en diciembre de 2012.

En la resolución de la Corte IDH de 1 de septiembre de 2015, dictada en la supervisión de cumplimiento de sentencia, se ponen de resalto las notas y comunicaciones emitidas por la Secretaría del Tribunal

fechadas en 29 de enero y de 12/06/2013, “mediante las cuales, siguiendo instrucciones del Presidente del Tribunal, se reiteró al Estado que presentara el informe sobre el cumplimiento de las reparaciones, requerido en el punto dispositivo quinto de la sentencia (infra considerando 2), ya que el plazo para su presentación venció el 15 de diciembre de 2012, sin que lo hubiere presentado. Por ello, se le solicitó que lo presentara a la mayor brevedad. 3. La nota de la Secretaría de 29 de agosto de 2013, mediante la cual se informó al Estado, los representantes de las víctimas y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que ‘durante el 100 Período Ordinario de Sesiones se puso en conocimiento del pleno de la Corte el incumplimiento por parte del Estado de la presentación del referido informe’ (supra Visto 2), y éste requirió al Estado que lo presentara a la mayor brevedad. 4. La nota de la Secretaría de 03/02/2014, mediante la cual, siguiendo instrucciones del Presidente del Tribunal, se reiteró nuevamente al Estado su obligación de presentar el referido informe a la mayor brevedad” (17).

Ello es una muestra de que Argentina, con mucha antelación al decisorio de la Corte Suprema del 14/02/2017 en “Ministerio de Relaciones Exteriores”, venía incumpliendo las condenas pecuniaria y jurídica, impuestas en la sentencia de caso “Fontevecchia y D’Amico c. Argentina”.

Esa es una responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones internacionales por parte de las administraciones gubernamentales ejecutivas del país, entre 2012 y 2017 —principio de unidad del Estado—, pues no acataron por un dilatado lapso, las condenas reparatorias, pese a que los actores fueron reconocidos por la Corte IDH víctimas por violación de sus derechos a la libertad de expresión y de prensa.

Desde esta perspectiva, ninguna responsabilidad le cupo a la Corte Suprema, pues tales incumplimientos se debieron a las actitudes moratorias de las administraciones ejecutivas. Empero la inobservancia se encuentra actualmente en vías de solución, conforme a lo asentado en la transcripción arriba realizada.

VII. La condena judicial del caso “Menem” y la atribución de responsabilidad a los señores Fontevecchia y D’Amico

Distinta es la situación referida a dejar sin efecto la condena del caso “Menem”, pues la sentencia de la Corte Suprema dictada en “Ministerio de Relaciones Exteriores” de febrero de 2017, específicamente denegó el pedido.

A propósito, señaló la Corte IDH en el considerando 18: “que aun cuando, por tratarse de una sentencia civil, el reintegro de dichos montos será particularmente relevante para el cumplimiento de la reparación ordenada en este caso, quedarían aspectos por acatar de la medida de reparación según lo dispuesto en el párr. 105 de la Sentencia (supra consid. 4). El cumplimiento de la reparación ordenada también implica el dejar sin efecto lo relativo a la atribución de responsabilidad civil a los señores Fontevecchia y D’Amico (supra consid. 4.a)” (18).

Es importante reparar además en el argumento de la Argentina en la audiencia de

supervisión de cumplimiento, según lo relatado en el considerando 19: “En lo que respecta a lo relativo a dejar sin efecto tal atribución de responsabilidad, aun cuando en la audiencia de supervisión de cumplimiento el Estado reafirmó la obligatoriedad de las decisiones adoptadas por la Corte Interamericana, también sostuvo que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ya tomó una decisión y que el Poder Ejecutivo ‘no tiene posibilidad de hacer nada más’, en virtud del principio de separación de poderes (supra consid. 8). En dicha decisión judicial de febrero de 2017, la Corte Suprema asumió que la medida ordenada por la Corte Interamericana implicaba necesariamente la revocación de su sentencia del 2001, afirmó que este tribunal internacional no tiene competencia para una reparación en tal sentido y no dispuso ni identificó medida alguna para reparar la violación que ella misma generó (supra Visto 1 y consid. 6)”.

Respecto de este argumento, la Corte IDH refiere que en otros precedentes que cita, también se han “dejado sin efecto” sentencias internas de los Estados por la imposición judicial de responsabilidades penales o civiles ulteriores, contrarias al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión (19).

Dichos Estados han adoptado diferentes tipos de medidas o acciones y lo han comunicado a la Corte IDH, quien ha realizado una valoración en cada caso concreto.

Se mencionan en el considerando 20 de la resolución del 18 de octubre de 2017 algunos supuestos de solución aprobada por otros países, y a modo ejemplificativo dice la Corte IDH, “el Estado podría adoptar algún otro tipo de acto jurídico, diferente a la revisión de la sentencia, para dar cumplimiento a la medida de reparación ordenada, como por ejemplo la eliminación de su publicación de la páginas web de la Corte Suprema de Justicia y del Centro de Información Judicial, o que se mantenga su publicación pero se le realice algún tipo de anotación indicando que esa sentencia fue declarada violatoria de la Convención Americana por la Corte Interamericana. Al respecto, en sus observaciones escritas los representantes de las víctimas sostuvieron que hubiera sido recomendable que el Estado considerara las ‘diversas opciones’ que ellos identificaron para tal efecto durante la etapa de fondo del presente caso, como por ejemplo que el Estado adoptara las medidas necesarias para que el juez de ejecución adjuntara al expediente judicial la Sentencia emitida por Corte Interamericana en el caso y estableciera que la condena dictada fue declarada incompatible con los tratados internacionales de derechos humanos”.

La resolución de la Corte IDH en comentario posee una lógica decisoria correcta, pues además de resultar incongruente mantener con autoridad de cosa juzgada dos resoluciones que son contradictorias entre sí (20), evidentemente debe atenderse al derecho de las víctimas que se oponen a que se sostenga la potestad de una sentencia interna que los condena, y ha sido encontrada por el tribunal internacional violatoria de sus derechos humanos.

De ahí que la única forma de conciliar jurídicamente tales situaciones es que la Corte

{ NOTAS }

cimiento de competencia’ de la Argentina hacia la Comisión IDH y la Corte IDH: ‘En el instrumento de ratificación de fecha 14 de agosto de 1984, depositado el 5 de septiembre de 1984 en la Secretaría General de la OEA, el Gobierno de la República Argentina reconoce la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Hu-

manos por tiempo indefinido y bajo condición de estricta reciprocidad, sobre los casos relativos a la interpretación o aplicación de la citada Convención, con la reserva parcial y teniendo en cuenta las declaraciones interpretativas que se consignan en el instrumento de ratificación. Se deja constancia, asimismo, que las obligaciones contraídas en virtud de la Convención sólo tendrán efec-

tos con relación a hechos acaecidos con posterioridad a la ratificación del mencionado instrumento”.

(13) Cfr. consid. 28.

(14) Cfr. consid. 29.

(15) Véase el consid. 29 donde la Corte IDH refiere otros precedentes en similar sentido.

(16) Énfasis añadido.

(17) Énfasis añadido.

(18) Énfasis añadido.

(19) Cfr. caso “Herrera Ulloa c. Costa Rica”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 02/07/2004. Serie C 107.

(20) PALACIO de CAEIRO, Silvia B., “El cumplimiento...”, cit.

Suprema haga constar, a través de los medios y mecanismos que se arbitren, que la sentencia del caso “Menem” ya no tiene efectos jurídicos en contra de los demandantes Fontevecchia y D’Amico.

Lo trascendente aquí es establecer la ausencia de responsabilidad de quienes resultaron víctimas. Esta es una razón superadora de toda traba jurídica.

VIII. Necesidad de prever el procedimiento adecuado para la recepción y el cumplimiento de las sentencias de DD.HH.

Tanto la Corte IDH en la resolución de 18 de octubre de 2017, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia aquí anotada, como la Corte Suprema en “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso ‘Fontevecchia y D’Amico c. Argentina’” del 14/02/2017, hacen alusión a disposiciones del derecho interno para cumplir las sentencias internacionales.

Mientras que el tribunal interamericano expresa en forma contundente, que siempre que un Estado es encontrado responsable de un hecho internacionalmente ilícito surge la obligación de repararlo íntegramente mediante las modalidades que internamente puedan adoptarse (21), el órgano máximo judicial argentino señala que existen dificultades de derecho doméstico para cumplir la orden internacional.

La doctrina ha advertido acerca de la inexistencia en la Argentina de procedimientos o mecanismos de recepción y cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH, lo

que se revela con ribetes complicados en un sistema federal de gobierno (22).

Los incumplimientos del Caso “Fontevecchia y D’Amico” muestran la necesidad de proveer pautas y procedimientos para la admisión y observancia de las sentencias y resoluciones de la Corte IDH a fin de que el Estado no quede incurso en las señaladas inobservancias. Esto referido a todos los niveles de la gestión gubernativa, nacional, provincial y local (poder ejecutivo, legislativo, judicial, ramas del poder público, autoridades públicas o estatales), lo que incluye a los más altos tribunales de justicia.

Es una omisión importante del Estado no haber instrumentado los ordenamientos e instrumentos adecuados para el cumplimiento de las sentencias del tribunal interamericano de Derechos Humanos.

La conducta omisiva se agrava, cuando se repara que en 1984 se aprobó en el ámbito interno la Convención Americana sobre Derechos Humanos, incorporándose la Argentina, luego de la ratificación respectiva, al concierto de países latinoamericanos que reconocen la competencia de la Corte IDH y demás órganos internacionales de ese carácter. La señalada Convención Americana adquirió más tarde jerarquía constitucional mediante el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional, agregado por la reforma constitucional de 1994.

La deuda del Estado Nacional, por tan dilatado lapso incumplida, de prever y proveer los mecanismos legales y administrativos para el tratamiento de las sentencias de la

Corte IDH y el reconocimiento de los derechos humanos desconocidos, debe ser reparada, según lo demuestra todo lo hasta aquí expresado.

IX. Conclusión

Entre las disposiciones de la resolución de la Corte IDH del 17 de octubre de 2017, se encuentra la puntualización que el Estado argentino ha cumplido parcialmente la reparación pecuniaria a la que fue condenado en Caso “Fontevecchia y D’Amico c. Argentina” (2011), subsistiendo parte de la deuda. La satisfacción económica integral no ha sido absoluta pues todavía deben reintegrarse la totalidad de las sumas abonadas en concepto de costas y gastos.

Empero hay incumplimiento en lo relativo a dejar sin efecto la condena civil impuesta en los autos “Menem” a los Sres. Fontevecchia y D’Amico (Ed. Perfil).

Esas precisiones, llevan a la Corte IDH a mantener abierto el procedimiento de supervisión de sentencia. Por ello es relevante la exhortación realizada al Estado, con el objetivo de que adopte “a la mayor brevedad”, las medidas necesarias para dar efectivo cumplimiento a los puntos pendientes de reparación. Se fija para ello una fecha determinada a fin de que se informe e indiquen las medidas que se adopten (23).

Cumplir la sentencia depende ahora del Estado argentino. La reparación económica por costas y gastos a cargo del Poder Ejecutivo Nacional, y la jurídica relativa a dejar sin efecto la condena dispuesta en “Menem”, en

cabeza del Poder Judicial mediante la intervención de la Corte Suprema.

Las respectivas respuestas deberán tener presente la reflexión de la Corte IDH: “En la presente etapa de cumplimiento de Sentencia, al haberle sido sometida una solicitud para que adoptara medidas para dejar sin efecto las sentencias internas que determinaron la atribución de responsabilidad civil a las víctimas, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en vez de asumir el importante rol que como Tribunal nacional de más alta jerarquía en protección de derechos fundamentales de Argentina le corresponde —en el ámbito de sus competencias— respecto del cumplimiento o implementación de la Sentencia (*supra* consid. 25), optó por emitir una decisión que no contiene consideración alguna que identifique acciones que pudiera haber realizado en el ámbito de sus competencias para dar cumplimiento a la medida de reparación indicada (*supra* consid. 3, 4 y 6). El Estado tampoco identificó medida alguna (*supra* consid. 8 y 16)” (24).

A esta altura de la situación, más allá de meditaciones académicas, y luego del severo diálogo entre los máximos tribunales, lo trascendente consiste en reparar el derecho de los damnificados que soportaron la violación de sus derechos humanos a la libertad de expresión y prensa, por lo que merecen no sólo el reconocimiento sino también los esfuerzos necesarios de Argentina para reparar la afrenta. ●

Cita online: AR/DOC/3069/2017

{ NOTAS }

(21) Cfr. consid. 26 y 27.

(22) HITTERS, Juan Carlos, “Cláusula federal y su-

pervisión de las sentencias de la Corte IDH (control de convencionalidad)”, en AA.VV., *Tratado de derecho fede-*

ral y leyes especiales, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2013, t. I, p. 93.

(23) Dicha fecha es el 28/02/2018.

(24) Cfr. consid. 33.

JURISPRUDENCIA

Ambiente

Cumplimiento de decisiones de la Corte Suprema en materia ambiental. Contaminación del Riachuelo. Plan de saneamiento. Informe de objetivos. Plazos. Incumplimiento.

La ACUMAR debe presentar un informe que contemple los objetivos de corto, medio y largo alcance para la ejecución del plan de saneamiento del Río Matanza-Riachuelo, en el plazo de treinta días, de manera suficiente, esto es, no con datos expresados de manera telegráfica o inentendibles y respetando la terminología utilizada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la sentencia del 08/07/2008 donde determinó cómo identificar los distintos componentes del plan, ello bajo apercibimiento de la aplicación de una multa a cargo del presidente de la Autoridad de la Cuenca en caso de incumplimiento (de la sentencia de la Corte por mayoría. Los Dres. Rosatti y Rosenkrantz no formulan apercibimiento).

120.660 — CS, 09/11/2017. - Mendoza, Beatriz Silvia y otros c. Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo).

[Cita on line: AR/JUR/77518/2017]

Buenos Aires, noviembre 9 de 2017.

Considerando:

1°) Que la sentencia definitiva dictada en esta causa el 8 de julio de 2008 (Fallos

331:1622), condenó a la Autoridad de Cuenca que contempla la ley 26.168 (en adelante “Acumar”) y —concurrentemente— al Estado Nacional, a la Provincia de Buenos Aires y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a cumplir con un programa (Plan Integral de Saneamiento Ambiental, en adelante “PISA”) que, debe perseguir tres objetivos simultáneos consistentes en: 1) la mejora de la calidad de vida de los habitantes de la cuenca; 2) la recomposición del ambiente en la cuenca en todos sus componentes (agua, aire y suelos), y 3) la prevención de daños con suficiente y razonable grado de predicción; fijando objetivos intermedios, sujetos a control periódico de los resultados.

2°) Que, como consecuencia de las deficiencias en el cumplimiento del mencionado programa, constatadas en la audiencia pública celebrada el 30 de noviembre de 2016, esta Corte adoptó una serie de medidas para el inmediato y más eficaz cumplimiento de la sentencia.

3°) Que concretamente, a través del pronunciamiento del 27 de diciembre de 2016, el Tribunal solicitó a la Acumar la presentación de un informe en el cual se detalle —en forma sintética y precisa— un calendario con los objetivos de corto, medio y largo alcance para cada uno de los objetivos del PISA, con indicación del plazo de cumplimiento de cada uno de ellos (considerando 3°).

4°) Que, de la lectura del informe presentado por la Acumar en cumplimiento de la mencionada resolución, en el cual se establece un calendario por objetivos, se advierte que su contenido es insuficiente,

por contener datos expresados de manera telegráfica y obviar referencias imprescindibles de contexto para conocer lo que se proyecta. En particular, las acciones por objetivo mencionadas en los cuadros carecen de referencias, y, en consecuencia, resultan inentendibles. Ejemplo de ello es el término “SICOI II” referido a la contaminación industrial. Lo expuesto impide al Tribunal juzgar y arribar a conclusiones apropiadas sobre lo realizado y lo que proyecta realizar la Autoridad de Cuenca, razón por la cual la Acumar deberá presentar nuevamente el informe con las correcciones señaladas.

5°) Que, por otra parte, el informe presentado por la Acumar no respeta la terminología que a partir de la sentencia dictada en la causa el 8 de julio de 2008 esta Corte estableció para precisar las diversas mandas y que de manera consistente siguió utilizando en sucesivos pronunciamientos para identificar, los distintos componentes del PISA. En tales condiciones, a los efectos del seguimiento de la ejecución del plan, resulta imprescindible que la Acumar adecue sus informes a la siguiente clasificación:

- I. Adopción de un sistema de medición.
- II. Información Pública.
- III. Contaminación de origen industrial.
- IV. Saneamiento de basurales.
- V. Limpieza de márgenes de ríos.
- VI. Expansión de la red de agua potable.

VII. Desagües pluviales.

VIII. Saneamiento cloacal.

IX. Plan Sanitario de Emergencia.

6°) Que, por último, en el informe presentado se omite información específica que requirió el Tribunal en los siguientes aspectos:

a) Saneamiento de basurales y limpieza de márgenes: La Acumar no ha informado respecto de la presencia de basurales a clero abierto; sobre la gestión integral de residuos sólidos; ni acerca de la necesidad señalada de armonizar el trabajo en materia de recolección de residuos entre la Autoridad de Cuenca y los municipios de la Provincia de Buenos Aires.

b) Expansión de la red de agua potable y cloacas: No surge información sobre obras desvinculadas del Plan Maestro de Agua y Saneamientos Argentinos SA (AySA), especialmente sobre las obras financiadas por ENHOSA, tales como el Colector Cloacas Claypole en el Partido de Almirante Brown.

c) Relocalización de villas y asentamientos precarios: Tampoco ha informado la Acumar sobre el cumplimiento del Convenio Marco del Programa de Urbanización de Villas y Asentamientos Precarios celebrado en el mes de septiembre de 2010; sobre la liberación del camino de sirga a la altura de las villas 21-24 y 26, ni sobre las demoras en el proceso de relocalización de los habitantes de Villa Inflamable.

d) Plan Sanitario de Emergencia: No se ha informado en forma detallada la canti-

dad y distribución geográfica de las personas que sufren alguna enfermedad vinculada con la contaminación y cuántas de ellas están en seguimiento, y de ellas cuantos son niños menores de seis (6) años. Tampoco se indicó el destino que se le dará a las unidades sanitarias móviles, ni la fecha de comienzo de atención del Hospital de Cañuelas.

7°) Que, en tales condiciones, corresponde ordenar a la Acumar que en el plazo de treinta (30) días acompañe la información solicitada en los términos señalados en los considerandos 4° a 6°.

El incumplimiento de lo solicitado por este Tribunal dentro del plazo establecido, importará la aplicación de una multa a cargo del presidente de la Autoridad de la Cuenca.

Por ello, se resuelve: ordenar a la Autoridad de Cuenca que contempla la ley 26.168 el cumplimiento de lo establecido en los considerandos 4° a 6°, bajo el apercibimiento dispuesto en el considerando 7°. Notifíquese. — *Ricardo L. Lorenzetti*. — *Elena I. Highton de Nolasco*. — *Juan C. Maqueda*. — *Carlos F. Rosenkrantz* (por su voto). — *Horacio Rosatti* (por su voto).

Voto de los señores ministros doctores *Rosatti* y *Rosenkrantz*

Considerando:

1°) Que la sentencia definitiva dictada en esta causa el 8 de julio de 2008 (Fallos 331:1622), condenó a la Autoridad de Cuenca que contempla la ley 26.168 (en adelante “Acumar”) y —concurrentemente— al Estado Nacional, a la Provincia de Buenos Aires y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a cumplir con un programa (Plan Integral de Saneamiento Ambiental, en adelante “PISA”) que debe perseguir tres objetivos simultáneos consistentes en: 1) la mejora de la calidad de vida de los habitantes de la cuenca; 2) la recomposición del ambiente en la cuenca en todos sus componentes (agua, aire y suelos), y 3) la prevención de daños con suficiente y razonable grado de predicción; fijando objetivos intermedios, sujetos a control periódico de los resultados.

2°) Que, como consecuencia de las deficiencias en el cumplimiento del mencionado programa, constatadas en la audiencia pública celebrada el 30 de noviembre de 2016, esta Corte adoptó una serie de medidas para el inmediato y más eficaz cumplimiento de la sentencia.

3°) Que concretamente, a través del pronunciamiento del 27 de diciembre de 2016, el Tribunal solicitó a la Acumar la presentación de un informe en el cual se detalle —en forma sintética y precisa— un calendario con los objetivos de corto, medio y largo alcance para cada uno de los objetivos del PISA, con indicación del plazo de cumplimiento de cada uno de ellos (considerando 3°).

4°) Que, de la lectura del informe presentado por la Acumar en cumplimiento de la mencionada resolución, en el cual se establece un calendario por objetivos, se advierte que su contenido es insuficiente, por contener datos expresados de manera telegráfica y obviar referencias imprescindibles de contexto para conocer lo que se proyecta. En particular, las acciones por objetivo mencionadas en los cuadros carecen de referencias, y, en consecuencia, resultan inentendibles. Ejemplo de ello es el término “SICOI II” referido a la contaminación industrial. Lo expuesto impide al Tribunal juzgar y arribar a conclusiones apropiadas sobre lo realizado y lo que proyecta realizar la Autoridad de Cuenca, razón por la cual la Acumar deberá presentar

nuevamente el informe con las correcciones señaladas.

5°) Que, por otra parte, el informe presentado por la Acumar no respeta la terminología que a partir de la sentencia dictada en la causa el 8 de julio de 2008 esta Corte estableció para precisar las diversas mandas y que de manera consistente siguió utilizando en sucesivos pronunciamientos para identificar los distintos componentes del PISA. En tales condiciones, a los efectos del seguimiento de la ejecución del plan, resulta imprescindible que la Acumar adecue sus informes a la siguiente clasificación:

I. Adopción de un sistema de medición.

II. Información Pública.

III. Contaminación de origen industrial.

IV. Saneamiento de basurales.

V. Limpieza de márgenes de ríos.

VI. Expansión de la red de agua potable.

VII. Desagües pluviales.

VIII. Saneamiento cloacal.

IX. Plan Sanitario de Emergencia.

6°) Que, por último, en el informe presentado se omite información específica que requirió el Tribunal en los siguientes aspectos:

a) Saneamiento de basurales y limpieza de márgenes: La Acumar no ha informado respecto de la presencia de basurales a cielo abierto; sobre la gestión integral de residuos sólidos; ni acerca de la necesidad señalada de armonizar el trabajo en materia de recolección de residuos entre la Autoridad de Cuenca y los municipios de la Provincia de Buenos Aires.

b) Expansión de la red de agua potable y cloacas: No surge información sobre obras desvinculadas del Plan Maestro de Agua y Saneamientos Argentinos SA (AySA), especialmente sobre las obras financiadas por ENHOSA, tales como el Colector Cloacas Claypole en el Partido de Almirante Brown.

c) Relocalización de villas y asentamientos precarios: Tampoco ha informado la Acumar sobre el cumplimiento del Convenio Marco del Programa de Urbanización de Villas y Asentamientos Precarios celebrado en el mes de septiembre de 2010; sobre la liberación del camino de sirga a la altura de las villas 21-24 y 26, ni sobre las demoras en el proceso de relocalización de los habitantes de Villa Inflamable.

d) Plan Sanitario de Emergencia: No se ha informado en forma detallada la cantidad y distribución geográfica de las personas que sufren alguna enfermedad vinculada con la contaminación y cuántas de ellas están en seguimiento, y de ellas cuantos son niños menores de seis (6) años. Tampoco se indicó el destino que se le dará a las unidades sanitarias móviles, ni la fecha de comienzo de atención del Hospital de Cañuelas.

7°) Que, en tales condiciones, corresponde ordenar a la Acumar que en el plazo de treinta (30) días acompañe la información solicitada en los términos señalados en los considerandos 4° a 6°.

Por ello, se resuelve: Ordenar a la Autoridad de Cuenca que contempla la ley 26.168 el cumplimiento de lo establecido en los considerandos 4° a 6°. Notifíquese. — *Horacio Rosatti*. — *Carlos F. Rosenkrantz*.

Hipoteca

Reinscripción de una hipoteca vencida. Caducidad registral. Ampliación del plazo a 35 años en virtud del art. 2210 del Código Civil y Comercial reformado por la ley 27.271. Subsistencia de la hipoteca como derecho real accesorio de una obligación. Efectos de la inscripción. Procedencia de la pretensión.

Hechos: *El juez rechazó la solicitud de reinscripción de una hipoteca vencida por el transcurso del tiempo. La Cámara revocó el decisorio.*

1.- La reinscripción de la hipoteca puede hacerse valer aun vencido el término de la primera inscripción —35 años, en virtud del art. 2210 del Cód. Civ. y Com., reformado por la ley 27.271—, aunque con los efectos de una nueva, sin que sea necesaria la intervención ni la conformidad del deudor, quien no podrá tampoco oponerse a ella, salvo los supuestos previstos en el art. 3200 del Cód. Civil.

2.- La hipoteca, como derecho real accesorio de una obligación, sobrevive a la caducidad registral —automática— si no fue reinscripta con todas las potestades que la ley le acuerda al acreedor hipotecario, pues, más allá de su inscripción registral, existe entre las partes contratantes mientras no se extinga el crédito que la garantiza por alguna de las causales admitidas por la ley.

3.- La hipoteca se inscribe a fin de que terceros tengan conocimiento del estado del inmueble y para crear rangos que puedan existir, con lo cual la no inscripción sólo hace perder eficacia respecto a aquéllos, en razón del carácter declarativo del derecho real.

120.661 — CNCom., sala F, 07/11/2017. - Verro, Mirta Beatriz s/ quiebra.

[Cita on line: AR/JUR/78101/2017]

2ª Instancia.- Buenos Aires, noviembre 7 de 2017.

Vistos: 1. En función de lo decidido por esta sala a fs. 530/31 vienen las actuaciones para tratar el recurso interpuesto a fs. 489, respecto de la decisión adoptada a fs. 486 punto 2 mediante la cual el Sr. Juez rechazara la solicitud de nueva inscripción de la hipoteca sobre el inmueble en el Registro de Propiedad, por encontrarse vencida.

Los fundamentos fueron expuestos por el quejoso a fs. 535/37 y contestados por el síndico a fs. 538/39, propiciando revocar la decisión cuestionada.

Por su parte la Sra. Fiscal General ante esta Cámara se expidió a fs. 546/47 en igual sentido.

2. La controversia gira en torno a determinar si es viable inscribir una hipoteca que se encuentra vencida por el transcurso del tiempo.

Veamos. La caducidad de la inscripción se encuentra referida en los arts. 3197 y 3151 del Cód. Civil. Ambas normas establecen que la hipoteca se extingue a los veinte años si no antes no fuera renovada —art. 2220 Cód. Civ. y Com. de la Nación— (hoy por cierto extendido a 35 años, conforme lo dispuesto en el art. 24 de la ley 27.271).

Ahora bien, es doctrina reiterada que la hipoteca como derecho real accesorio de una obligación sobrevive a la caducidad registral —automática— si no ha sido reinscripta con todas las potestades que la ley le acuerda al acreedor hipotecario.

Es que más allá de su inscripción registral, la hipoteca existe entre las partes contratantes mientras no se extinga el crédito que garantiza por alguna de las causales admitida por la ley.

De otro lado, la hipoteca se inscribe a fin de que terceros tengan conocimiento del estado del inmueble y de crear rangos que puedan existir y durará tanto como el crédito entre las partes.

De ello se deriva que la no inscripción sólo hace perder eficacia respecto a terceros en razón del carácter declarativo del derecho real.

Por consiguiente, la reinscripción de la hipoteca, puede hacerse valer aún vencido el término de la primera inscripción, aunque con los efectos de una nueva (art. 3150); le basta al acreedor hipotecario (principal interesado) o a las personas enumeradas en el art. 3140 solicitarlo directamente (sin autorización judicial y sin que haya que hacer nueva escritura) al registro presentando la copia notarial (testimonio) donde figuran los antecedentes de la registración cuya renovación se pretende obtener.

En línea con lo expuesto, es claro que el acreedor que no renovó oportunamente la inscripción puede pedir la misma en cualquier tiempo, ello sin soslayar que la renovación de la inscripción tiene efectos hacia adelante.

En razón de ello, para la reinscripción no es necesaria la intervención, ni la conformidad del deudor, ya que la hipoteca sigue subsistiendo y se considera registrada para él (art. 3135), y si no necesita consentimiento del deudor para la renovación, menos aún podrá oponerse a ella, salvo supuestos del art. 3200 (Cfr. “Código Civil de República Argentina”, Doctrina, Jurisp. Bibliografía explicada por Compagnucci De Caso, Ferrer, Kemelmajer de Carlucci, Kiper, Lorenzetti, entre otros, v. Tomo VII, p. 345).

Por fin, encontrándose la hipoteca en etapa de ejecución, en consonancia con lo sostenido por la Sra. Fiscal en su dictamen de fs. 546/47, cuyos fundamentos compartimos, la decisión debe revocarse, ordenado el magistrado la inscripción solicitada.

Por lo expuesto, se resuelve: estimar el recurso de apelación y, por ende, revocar el decisorio materia de apelación. Notifíquese (Ley N° 26.685, Ac. CSJN N° 31/2011 art. 1°, N° 3/2015 y N° 23/2017) y a la Sra. Fiscal. Fecho, devuélvase a la instancia de grado. Hágase saber la presente decisión a la Secretaría de Comunicación y Gobierno Abierto (cfr. Ley N° 26.856, art. 1°; Ac. CSJN N° 15/13, N° 24/13 y N° 42/15). Firman solo los suscriptos por encontrarse vacante la vocalía N° 17 (art. 109 del Reglamento para la Justicia Nacional). — *Alejandra N. Tevez*. — *Rafael F. Barreiro*.

Desalojo

Alcance de la intervención del Ministerio Pupilar. Protección de niños y adolescentes. Rechazo del pedido de suspensión de plazos procesales.

Hechos: *Se confirmó la sentencia que fijó los alcances de la intervención del Ministerio Pupilar en el proceso de desalojo de un inmueble donde habitan menores y rechazó el pedido de suspensión de plazos procesales.*

1.- Si bien corresponde poner en conocimiento de los Defensores de Menores

la existencia de personas menores de edad, que habitan el inmueble a desalojar para garantizar el ejercicio pleno de sus derechos, ello no conlleva que resulte procedente la suspensión del trámite del proceso antes del dictado de la sentencia y/o del auto que disponga la restitución anticipada del bien, en tanto la tutela de acceso a la vivienda no debe ser satisfecha por el propietario y/o locador accionante, sino por quien tenga a su cargo la gestión de los cometidos estatales referidos a las políticas concernientes a tal derecho.

- 2.- En casos de desalojo de un inmueble donde habitan menores la función del Ministerio Pupilar se encarga a verificar que los niños y adolescentes no se vean privados de su derecho a la vivienda, la que debe serles proporcionada en primer término por sus padres y demás obligados alimentarios y, ante la imposibilidad de éstos, por las autoridades administrativas competentes.

120.662 — CNCiv., sala J, 26/10/2017. - Toledo, Claudia Ester c. Edwards, Noemí Concepción y otro s/ desalojo por vencimiento de contrato.

[Cita on line: AR/JUR/76021/2017]

COSTAS

Se imponen las de alzada por su orden.

2ª Instancia.- Buenos Aires, octubre 26 de 2017.

Considerando: I. Vienen a conocimiento de este Tribunal las presentes actuaciones, con motivo del recurso de apelación interpuesto a fs. 65 por la Sra. Defensora de Menores e Incapaces ante la instancia de grado, contra los pronunciamientos de fs. 54 y fs. 57.

Mediante la primera de las resoluciones impugnadas, el Sr. Juez “a quo” dispone que la intervención del Ministerio Pupilar en el marco del presente proceso de desalojo se limita a resguardar la protección de los menores que pudieren resultar afectados por el lanzamiento de los ocupantes del inmueble motivo de autos, con el fin de que los organismos administrativos competentes adopten las medidas tendientes a que éstos y su grupo familiar no queden en situación de calle. Luego, en respuesta a la aclaración requerida, resuelve desestimar el pedido de decretar la suspensión de los plazos procesales.

A fs. 81/83, la Sra. Defensora ante esta Cámara, mantiene y funda el recurso articulado por la Sra. Defensora ante la instancia de grado, cuyos agravios no merecieron réplica por parte de la actora.

II. En cuanto concierne a la cuestión venida a conocimiento, hemos sostenido con anterioridad que el tenor de la intervención del Ministerio Pupilar y el requerimiento practicado en su consecuencia encuentran sustento específico en la Resolución DGN N° 1119/08 que concretamente dispuso: “I. Instruir a los Sres. Defensores Públicos de Menores e Incapaces en lo Civil, Comercial y del Trabajo para que tomen intervención en los procesos de desalojo en los que se vean afectados los derechos de los menores de edad a fin de adoptar las medidas necesarias que tengan por objeto la protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico nacional e instrumentos internacionales de Derechos Humanos en los que el Estado es parte, de conformidad con los considerandos de la presente”.

En virtud de ello, en causas como la presente, donde los menores no son parte,

pero cuyo interés en el resultado del pleito resulta indiscutible por cuanto al habitar el inmueble a desalojarse podrían verse privados de vivienda, hemos decidido con anterioridad que si bien no es menester que su intervención se produzca desde el inicio de la causa, la función que pueden y deben desempeñar los representantes del Ministerio Pupilar en este tipo de proceso se encarga a verificar que los niños y adolescentes no se vean privados de su derecho a una vivienda la que, obviamente, debe serles proporcionada, en primer término, por sus padres y demás obligados alimentarios y, ante la imposibilidad de éstos de garantizarles tal derecho, recurrir a las autoridades administrativas competentes (conf. esta sala “J”, expte. n° 35.602/2009, 24/08/2010, “Lattuga, Rosa N. c. Zaracho, Carlos R. y otros s/ desalojo por falta de pago”; íd. 09/12/2010, R.566.775 “Farjat de Mehterian, Elena F. c. Urti, Carlos A. y otro s/ desalojo por falta de pago”; íd. íd., Expte. n° 13.763/2013, del 26/09/2013, “Morelli, Teresa E. c. Batista, Susana M. y otro s/ desalojo”, entre muchos otros).

Huelga decir, entonces, que en tanto coincidimos con el criterio adoptado en la resolución de fs. 54 en cuanto a la intervención que compete en autos al Ministerio Pupilar, hemos de mantener tal decisión recurrida.

III. En función de ello y de atenderse al estado del trámite del presente proceso, igual solución viene impuesta en cuanto a la desestimación del pedido de suspensión de los plazos procesales.

Es que, si bien a los fines señalados en el considerando precedente, corresponde poner en conocimiento de los Defensores de Menores la existencia (acreditada) de personas menores de edad que habitan el inmueble para asegurar y garantizar el ejercicio pleno de sus derechos, ello no conlleva que resulte procedente la suspensión del trámite del proceso antes del dictado de la sentencia de desalojo y/o del auto que disponga la restitución anticipada del bien, puesto que no se comprueba que el ejercicio de tales derechos, en dicho estadio del proceso, se encuentre comprometido y en tanto no puede soslayarse que la tutela de acceso a la vivienda no debe ser satisfecha por el propietario y/o locador accionante, sino por quien tenga a su cargo la gestión de los cometidos estatales referidos a las políticas concernientes a tal derecho.

En su mérito y cuando se aprecia en el “sub examine” que se ha efectuado la gestión pertinente, ante la autoridad administrativa, librándose las comunicaciones tendientes a poner en su conocimiento las circunstancias que involucran a los menores y requiriéndosele el auxilio de programas de apoyo, no advertimos razones que conduzcan a revertir lo decidido sobre el particular en la anterior instancia, cuando ello bien puede cumplirse sin desmedro del curso del proceso.

Por lo demás, repárese en que el estado procesal de la presente acción difiere sustancialmente del que se presentaba en el expediente n° 35.602/09 (“Lattuga, Rosa N. c. Zaracho, Carlos R. y otros s/ desalojo por falta de pago”) —que cita la Defensora de Cámara—, pues en dichos obrados se había dictado sentencia admitiendo la acción de desalojo y aperebido a los ocupantes del lanzamiento, sin verificarse la concreción de las medidas necesarias para la protección de los derechos de los niños y adolescentes que habitaban el bien. Ello fue lo que motivó que, en orden a lo establecido por los arts. 3.2 y 27.2 de la “Convención sobre los Derechos del Niño”, esta Sala decidiera no dar curso a la ejecución de la sentencia hasta tanto no se hubiere

cumplido el plazo que al efecto se dispuso que debía establecerse, a fin de que se adopten las medidas que se estimen oportunas para garantizar la tutela y defensa de tales derechos.

En orden a lo considerado, oído que fuera el Ministerio Pupilar, se resuelve: confirmar las resoluciones apeladas de fs. 54 y fs. 57, en todo cuanto deciden y fueran materia de agravios. Con costas de Alzada por su orden, en razón de que la función que le compete a los Defensores de Menores e Incapaces, no conlleva a que en caso de suscitarse controversia pueda aplicarse en relación a la postura procesal que asumen, el criterio de vencido al que alude el art. 68 del Código Procesal.

Se deja constancia de que la Vocalía n° 29 se encuentra vacante. Regístrese. Notifíquese a la Sra. Defensora de Menores de Cámara. Comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública de la C.S.J.N. (Ac. n° 15/13, art. 4°) y devuélvase a la instancia de grado. — Beatriz A. Verón. — Zulema Wilde.

Grooming

Acreditación del hecho. Validez constitucional.

Hechos: Una persona intercambió mensajes vía WhatsApp con una menor en donde reveló su intención de mantener encuentros sexuales enviándole, también, fotos íntimas. El tribunal lo procesó en orden al delito de “grooming”. La Cámara confirmó el procesamiento.

- 1.- El imputado debe ser procesado por el delito de grooming, dado que se encuentra corroborado documentalmente y mediante los dichos de la víctima en Cámara Gesell que, en un primer momento, generó un contexto de confianza mediante halagos inocentes que, sin duda, causaron una impresión mayor en la víctima debido a que estaba transitando la adolescencia; luego solicitó el envío de fotos y, para que no haya hesitación del tenor de su requerimiento, directamente mandó una de sus partes íntimas y, finalmente, buscó concretar una salida que, en principio, podría resultar tentadora.

- 2.- No se advierten problemas constitucionales con la sanción de la ley de grooming, porque su objeto no fue tipificar intenciones de las personas, sino la acción específica de solicitar al niño la realización de actividades que él mismo no debería efectuar, lo cual se corresponde con todos los preceptos que pretenden resguardar su interés superior.

120.663 — CNCrim. y Correc., sala VI, 06/11/2017. - S., A. M. s/ Procesamiento.

[Cita on line: AR/JUR/79785/2017]

2ª Instancia.- Buenos Aires, noviembre 6 de 2017.

Considerando: I. Interviene el Tribunal en la apelación interpuesta por la defensa de A. M. S. (ver fs. 206/208), contra el punto I del auto de fs. 200/205 que lo procesó en orden al delito de grooming.

II. Los elementos de cargo son suficientes para dar sustento al temperamento adoptado, sin perjuicio de la discusión más profunda que pueda llevarse a cabo en un eventual debate, bajo los principios de inmediación y contradicción que lo caracterizan.

Entre el 9 de febrero de 2016, a la 1:48 hs. y el 26 del mismo, a las 4:16 hs., el nombrado intercambió mensajes vía WhatsApp —iniciando la conversación— con la menor I. R. L., en los que reveló su intención de mantener encuentros sexuales. Para ello en varias oportunidades quiso concretar una cita y no sólo le pidió una fotografía, sino que envió una de sus genitales.

K. L., madre de I., precisó en dos ocasiones las circunstancias y el contexto en el cual todo sucedió (fs. 2/4 y 8/9), lo que fue corroborado por I. en la Cámara Gesell. Y es importante la entrevista con la niña porque en ella se mostró genuina, espontánea e incluso peritajes descartaron un incremento imaginativo patológico (fs. 105/111).

Además, tuvo contacto directo con S. y, entonces, mejor que nadie puede contar las huellas que dejó esa conducta en su vida, pues ya tiene una edad —14 años— que permite expresarse con claridad.

Pero lo trascendental es que toda la situación se encuentra documentada. El contenido de los chats es más que sugestivo ya que utiliza frases como: “¿sabes guardar secretos?, me pareces re linda, nos podemos encontrar y ver, te llevo al río a andar en moto de agua” (fs. 58/64) y, por si no fuese suficiente, las imágenes que mandó despejan cualquier duda al respecto dado que responden a su miembro viril (fs. 65/66).

De ahí que no se entienda la negativa de la defensa cuando quedó explícito el sentido sexual que, sin más, pretende desconocer.

Otro dato es que el celular utilizado activó las celdas ubicadas en el kilómetro de, Provincia de Buenos Aires—, es decir, la misma localidad donde vive S.

Que la línea no esté a su nombre en nada modifica el panorama. Por el contrario, que su titular sea M. I. D. T. —un familiar— parece ser un paso necesario para, en este tipo de delitos, dificultar la conexión del autor con el hecho. No obstante, la seguridad con la que la damnificada lo identificó permite superar el punto.

Es real la dificultad probatoria que presenta analizar su faz subjetiva pero la conversación bajo estudio denota la intención de seducir y la voluntad de crear confianza para concretar su propósito; la imagen obscena está íntimamente ligada con ello.

En definitiva, insistentemente quiso concertar una reunión con la menor para satisfacer su deseo sexual, que dejó al descubierto al enviar una imagen de sus genitales. Esto último revela el elemento subjetivo que requiere el tipo para su configuración.

Es que “el delito de grooming sólo admite el dolo directo, cuyo alcance debe abarcar los elementos del tipo objetivo, pero además exige una ultraintención. Es decir, un plus en la faz subjetiva que está dado por el propósito de cometer un delito sexual en perjuicio del menor de edad” (Buompadre, Jorge Eduardo, “Violencia de género en la era digital” Ed. Astrea, ps. 212/213).

La palabra “grooming”, que proviene del término inglés “groom”, significa preparar o entrenar para un objetivo específico o actividad concreta. Constituye “(...) la acción deliberada que lleva un adulto a ganarse la confianza de un menor con el propósito de contactarlo, y posteriormente tomar el control emocional de la víctima rompiendo sus débiles barreras, por razones de inmadurez biológica, facilitando su propósito sexual” (María Eugenia Lo Giudice, “Con motivo de la sanción de la ley que introduce el “delito de grooming” en el Código Pe-

nal”, año 2013, pub. en el Suplemento “Alta Tecnología” de la Biblioteca Jurídica Online “eDial.com”, edición del 11/12/2013 — <http://www.eldial.com.ar>—, ref.: DC1C0B.).

Esta conducta “tiene una intención determinada que podemos dividirla en etapas o fases y que pueden durar semanas o meses (...) una inicial o de ‘relación, donde se trata de acercarse al menor generalmente ‘suplantando identidad’ (...) estadio donde se habla de gustos, amigos deportes, etcétera (...) una intermedia o de ‘amistad’, donde ganada ya la confianza, se va obteniendo datos personales de la víctima (...) comienza un intercambio de confidencias, de secretos (...) pero llegará muy pronto la primer petición muy sutil, hasta lograr el compromiso (...) con el propósito de obtener imágenes o videos de contenido sexual (...) por cualquier medio de comunicación por plataforma online (...) y la etapa final o de actuación, ya hay una intención sexual, implícita o explícita, puede ser lograr mediante engaño una cita real destinada a lograr, un fin sexual” (ob. cit.).

Los pasos que procuró para lograr su objetivo se corresponden con las etapas señaladas y demuestra que ejecutó un plan previsto de antemano.

Así, en un primer momento generó un contexto de confianza mediante halagos inocentes que, sin duda, causaron una impresión mayor en la víctima debido a que estaba transitando la adolescencia. Una vez creado el escenario propicio solicitó el envío de fotos y, para que no haya hesitación del tenor de su requerimiento, directamente mandó una de sus partes íntimas. Finalmente buscó concretar una salida que, en principio, podría resultar tentadora ya que refirió “te llevo al río a andar en moto de agua”.

La conjunción de ello enerva el planteo relativo a la orfandad probatoria y su descargo.

Por último, no se advierten problemas constitucionales con la sanción de la ley de grooming, porque su objeto no fue tipificar

intenciones de las personas, sino la acción específica de solicitar al niño la realización de actividades que él mismo no debería efectuar, lo cual se corresponde con todos los preceptos que pretenden resguardar su interés superior.

Con su promulgación nuestro país no hace más que cumplir con estándares mínimos fijados por la estructura jurídica internacional elaborada al respecto: Convención sobre los Derechos del Niño; El Protocolo Opcional de la Convención sobre los Derechos del Niño acerca de la venta de niños, la prostitución infantil y la pornografía infantil; El Protocolo para la Prevención, Supresión y Castigo del Tráfico de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, complementario a la Convención de las Naciones Unidas contra el Crimen Organizado Transnacional —Protocolo de Palermo—; la Convención del Consejo de Europa sobre Ciberdelitos; La Convención del Consejo de Europa sobre la Protección de los Niños ante la Explotación y el Abuso Sexuales; Memorandum de Montevideo sobre

la protección de Datos Personales y vida privada en las redes sociales en Internet, particularmente en los niños, niñas y adolescentes; todo ello pone de manifiesto la preocupación de la comunidad internacional ante la proliferación de conductas que, al involucrar a menores, hieren los más profundos sentimientos personales, familiares y sociales.

III. En consecuencia, y sin perjuicio de que el instructor deberá evaluar la competencia, el Tribunal resuelve: confirmar el punto I del auto de fs. 200/205 en todo cuanto fue materia de recurso. Regístrese, notifíquese y devuélvanse las presentes actuaciones al juzgado de origen, sirviendo lo proveído de atenta nota de envío. Se deja constancia que el juez Mariano González Palazzo interviene en la presente en su carácter de subrogante de la Vocalía nro. 10 y que el juez Rodolfo Pociello Argerich, subrogante de la Vocalía nro. 3, no lo hace por hallarse en las audiencias de la sala V de esta Cámara. — *Julio M. Lucini.* — *Mariano González Palazzo.*

ACTUALIDAD EN MATERIA ADUANERA

Juan Pablo Rizzi

Introducción

El presente trabajo tiene por finalidad contribuir a la difusión y al desarrollo del derecho aduanero. Son sus principales destinatarios aquellos colegas que no se especializan en la materia y que en ciertas ocasiones, al tener que trabajar sobre la misma, se ven dificultados por falta de conocimientos técnicos. Sin embargo, también pretendemos abrir un espacio de debate sobre diferentes cuestiones de interés en torno al fenómeno aduanero y su regulación, para lo cual invitamos a su lectura a quienes sí dominan esta rama jurídica. A estos efectos, en aquellos temas que pueden ser discutibles, se intentan realizar algunas preguntas que inviten al diálogo antes que sostener posiciones.

I. Jurisprudencia

“*Rade, Euro s/ infracción ley 22.415*”, *Tribunal Oral Federal de Paraná*, 22/02/2017

Se absuelve al imputado de la imputación de tentativa de contrabando por ocultamiento enrostrada con motivo de la pretensión de este de extraer del territorio aduanero un importe de dólares estadounidenses superior al máximo legal permitido (arts. 864 inc. d del Cód. Aduanero, 7º del dec. 1570/2001 y 1º de la RG 1173/2001). En la hipótesis no existió ocultación y por ende no se afectó el bien jurídico tutelado por el delito de contrabando toda vez que el dinero se encontraba en sobres ubicados dentro de compartimentos del automóvil que son útiles para guardar objetos y que no habían sido alterados a los fines de burlar la función de control del servicio aduanero.

“*Translibres SRL c. PWA Poliuretanos Woodbridge de Argentina SA s/ ordinario*”, *CNCm.*, sala F, 14/03/2017

La importadora —demandada— que fue absuelta de una imputación aduanera en los términos del art. 954, ap. 1º, incs. a y b del Cód. Aduanero, debe abonar a la parte actora la “tasa” de almacenaje de la mercadería que esta última resguardaba en su depósito

fiscal. Al respecto, no resulta aplicable el beneficio establecido por el art. 1042 del Cód. Aduanero porque por un lado, si bien se había absuelto a la importadora de la infracción imputada, se había recaratulado la acción penal aduanera en los términos de los arts. 1102 y 994 inc. c del Cód. Aduanero, y porque por el otro, la accionada había renunciado a los beneficios del art. 1042 al haber efectuado pagos parciales de la tasa de almacenaje sin realizar reserva alguna. Esta última conducta resulta encuadrable dentro de la doctrina de los actos propios y del principio de buena fe, habiendo generado en la contraparte la confianza de su mantenimiento.

La exigencia de pago y el cobro anticipado de tasas de almacenaje por un depositario fiscal, es decir estando pendiente de resolución firme una imputación infraccional aduanera, carece de causa y controvierte lo establecido por el art. 1042 del Cód. Aduanero. ¿La obligación del permisionario de cumplimentar lo dispuesto por el art. 1042 del Cód. Aduanero es subsumible en la doctrina de los actos propios? ¿La eximición del pago de la tasa deviene del riesgo empresarial asumido por el depositario? ¿Puede decirse que actúa de buena fe quien para ser permisionario precario de un depósito fiscal se ha comprometido ante el Estado Nacional a cumplir con la normativa aduanera? ¿O estamos ante un enriquecimiento sin causa? En realidad, la causa del mantenimiento del almacenaje obedeció a la necesidad del servicio aduanero de determinar si se había incurrido en la infracción punida por el art. 954, lo que luego fue descartado mediante la absolución. Requisito al cual el art. 1042 condiciona el beneficio de la exención del pago de la tasa de almacenaje. De ello se deriva que todo el tiempo de almacenaje transcurrido desde la detención del despacho hasta el dictado de la absolución quedó eximido del pago de tasa. Posteriormente, habrá de considerarse independientemente la tasa de almacenaje generada desde la recaratulación de la acción en los términos del art. 994, pues se verificó una absolución y existe una nueva imputación aduanera. Por último cabe preguntarse si la conducta desplegada por el permisionario afecta las funciones de control y de facilitación del comercio encomendadas al servicio aduanero y por lo tanto si ello compromete el permiso otorgado para explotar el depósito fiscal, habida cuenta de su precariedad.

“*R. s/ contrabando agravado*”, *JNPE N° 8*, 15/06/2017

Se sobresee al presidente del directorio de una sociedad importadora a quien se lo había imputado por los delitos contemplados por los arts. 863, 864 inc. b y 865 inc. f del Cód. Aduanero, como consecuencia de una presunta subfacturación en el marco de una importación desde el Reino de España a la Argentina. La “presunta subfacturación” derivó de la falta de adecuación del valor declarado en importación respecto del registrado en exportación y de la tacha de falsedad de la factura presentada ante las autoridades aduaneras por parte del importador argentino. A estos efectos, se consideró arbitrariamente como verdadera a la factura presentada por el exportador ante la aduana española.

¿Por qué se presume que lo declarado por el exportador extranjero es exacto y lo declarado por el importador argentino es falso? ¿No deberían aplicarse los métodos de valoración del Acuerdo de Valor en Aduana para saber quién ha mentido? ¿Por qué no se sospecha del exportador y se indaga si este ha querido sobrefacturar y con ello recibir mayores estímulos a la exportación o blanquear capitales ilegales? (1).

“*Gabellieri, Francisco*”, *CFed. Cas. Penal, sala II, reg. 989/17, 03/08/2017*

Las divisas, en el caso billetes de banco transportados por particulares sin uso comercial, no pueden ser consideradas como mercadería, pues no cumplen con los términos del art. 10 del Cód. Aduanero, en virtud de su carácter de medio de cambio, unidad de medida y reserva de valor, ni con los del art. 11 del Cód. Aduanero, en relación al Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías (aprobado por ley 24.206). Una conclusión contraria a ello lesionaría el principio de legalidad. El dinero como instrumento representativo de valor, no constituye mercadería susceptible de ser importada o exportada, a menos que se refiera a ventas y compras de billetes realizadas por entidades emisoras. Una imputación por contrabando no puede basarse en un presupuesto ajeno a la norma penal que surge de una norma de distinto nivel —reglamentación administrativa—, ya que en el caso, el monto a partir del cual la conducta se considera punible, no surge de una ley emanada del Congreso, sino de reglamentaciones

de diferentes autoridades estatales correspondientes. Por último, se advierte que la conducta desplegada por el encartado no resultó eficaz ni revistió idoneidad suficiente como para impedir o dificultar el normal ejercicio del control aduanero que exigen los arts. 863 y 864 inc. d) del Cód. Aduanero.

“*Aviaser SA c. Estado Nacional-DGA*”, *CCont. Adm. Fed., Sala IV, 12/09/2017*

En materia de exportación se puede proceder a la rectificación de la declaración sin la necesidad de cumplir con los elementos materiales y temporales previstos en el art. 322 del Cód. Aduanero, en tanto la inexactitud que se pretenda rectificar no configure delito o infracción. En el caso, el exportador había omitido declarar que la exportación fue a título no oneroso. Así, dado que ese error de ningún modo podría configurar un delito o una infracción, se entiende que corresponde acceder al pedido de rectificación efectuado por el interesado.

Lo resuelto se funda en el principio constitucional de razonabilidad. La inalterabilidad de la declaración aduanera es un medio para que el servicio aduanero pueda desarrollar sus funciones de control (fin). Si no se comete ninguna infracción ni delito aduanero, no se afectan tales funciones. Así, estando garantizado el correcto control sobre las importaciones y exportaciones, no existe razón para mantener la inalterabilidad de la declaración. En otras palabras, resultaría irrazonable impedir su rectificación.

“*Loma Negra Compañía Industria Argentina SA c. DGA s/ recurso directo de organismo externo*”, *CCont. Adm. Fed., sala V, 21/09/2017, Causa 39027/2017*

La presunta infracción detectada por la DGA derivó de la declaración de la mercadería importada como “bien de uso” cuando a juicio de la Aduana debía declararse como “gasto”. El servicio aduanero sostuvo que existía inexactitud en torno a la naturaleza, especie, calidad, peso, cantidad y precio de la mercadería declarada, produciendo ello un perjuicio fiscal ante la falta de ingreso del importe correspondiente por tributos cuya percepción le está encomendada (percepciones del IVA y del IG). La Cámara considera que la DGA se encuentra facultada para percibirlos, más no para determinar sus alícuotas con base al cues-

{ NOTAS }

tionamiento del carácter del bien importado, aspecto que, según resulta de lo establecido en la ley 11.683 y en las resoluciones (DGI) 3431/1991 y 3543/1992 se encuentra reservado a la DGI. Por otro lado, sostiene que existe una excepción al esquema de percepción respecto de aquellas cosas muebles que “revistan para el importador el carácter de bienes de uso” (confr. art. 2º, inc. 3º, de las resoluciones referidas). Reafirma que la DGA sólo se encuentra facultada para verificar que el documentante adicione los montos correspondientes a dichos tributos y, en su caso, para formular cargos suplementarios cuando se tratare de una diferencia del IVA o del IG derivada de la consideración de un aspecto exclusivamente aduanero (como podría resultar de una modificación en la clasificación arancelaria o de la aplicación de un ajuste de valor). Pero, con excepción de las controversias que pudieren suscitarse por estos aspectos, su tarea concluye al percibir los impuestos que liquide el documentante del despacho y cuando proporciona a la DGI un detalle de las percepciones efectuadas en el curso de cada mes calendario de acuerdo con lo previsto en los regímenes correspondientes (en el mismo sentido, CCont. Adm. Fed., sala IV en autos: “Vicentín SAIC c. DGA s/ recurso directo de organismo externo”, del 22/03/2016).

Observación: Recordemos que en oportunidad de discutirse la moneda en que deben determinarse los tributos a la importación y exportación, la Corte Suprema precisó el alcance de la expresión: “los demás tributos que gravaren las importaciones y las exportaciones” contenida en el art. 20 de la ley 23.905 (*in re* “Volkswagen Argentina”, sentencia de fecha 23/08/2011). En ese marco, el Máximo Tribunal sostuvo que solo el IVA es un tributo que “grava” tales operaciones conforme lo establece el art. 1º, inc. c), de la ley 23.349. Consecuentemente, únicamente en ese caso corresponde que la obligación tributaria respectiva sea determinada en dólares junto con los aranceles aduaneros pertinentes. Por el contrario, las percepciones al IVA (RG — DGI— 3431) y al Impuesto a las Ganancias (RG —DGI—3543) no constituyen pagos a cuenta de tributos cuyos hechos imponible recaigan sobre las operaciones de importación. En efecto, por un lado, la referida al impuesto a las ganancias constituye una forma de anticipar la futura —y eventual— gabela que pudiera nacer en cabeza del contribuyente por todas sus rentas obtenidas y sujetas a dicho gravamen, y, por otro lado, la percepción de la RG 3431 está relacionada con un adelanto del IVA que deberá tributar oportunamente el importador de bienes muebles, por mercaderías que luego sean objeto de comercialización en el mercado interno (arg. arts. 1º, 2º y ccs., y párr. 2º de sus considerandos). Por tales razones, ambas percepciones deben ser practicadas en pesos. Sentado ello, se advierte que el servicio aduanero condenó a la firma importadora (Loma Negra) por declaración inexacta en la hipótesis de perjuicio fiscal de los arts. 954, ap. 1º, inc. a y 956 inc. b del Cód. Aduanero. Esta última norma, en lo que aquí interesa, dispone que se entiende por “perjuicio fiscal” a la falta de ingreso al servicio aduanero del importe que correspondiere por tributos cuya percepción le estuviere encomendada o bien el ingreso de un importe menor al que correspondiere por tal concepto. Consecuentemente, si las percepciones referidas no son tributos, cabe preguntarse si su falta de ingreso o ingreso menor al correspondiente pueden dar lugar a un perjuicio fiscal en los términos exigibles por los arts. 954 y 956 del Cód. Aduanero, o si por el contrario, estamos ante imputaciones atípicas.

“Alimentos de Argentina SA c. DGA s/ recurso directo de organismo externo”, CCont. Adm. Fed., sala IV, causa 38319/2017, 31/10/2017

La actora había registrado DJVE en los términos de la ley 21.453, sin embargo no pudo cumplimentar las exportaciones comprometidas en el plazo exigido. La Aduana condenó a la imputada por la infracción aduanera del art. 969 del Cód. Aduanero. El TFNac. confirmó parcialmente la resolución aduanera entendiendo que correspondía aplicar la pena del art. 969 del Cód. Aduanero y no la dispuesta por el art. 9º de la ley 21.453 por aplicación del principio de la ley penal más benigna y el principio de especialidad. Adicionalmente, redujo la pena aplicable con base a lo dispuesto por los arts. 915 y 916 del Cód. Aduanero. Ambas partes recurrieron. La actora se quejó por cuanto el incumplimiento obedeció a eventos fortuitos (paros portuarios). La Aduana se agravó por cuanto la imputada se acogió voluntariamente al régimen de la ley 21.453 al que entiende aplicable al caso por su especificidad. El recurso de la actora se rechazó por cuestiones que exceden este sumario. Por su parte, se hizo lugar al planteo del Fisco por cuanto la actora había registrado sus DJVE en los términos del régimen especial de la ley 21.453, resultando este el régimen aplicable al caso concreto por propia voluntad de la actora y por su especificidad. Por idénticas razones, el tribunal consideró inaplicable al caso el principio de la ley penal más benigna.

En el caso concreto ¿Ha existido una *reformatio in peius* de la condena impuesta por la Aduana? ¿Tiene naturaleza jurídica aduanera la multa del art. 9º de la ley 21.453? En su caso ¿Son aplicables las garantías procesales del derecho penal o las del derecho administrativo? Si tuvieran naturaleza administrativa ¿Resulta razonable tener dos regímenes asimilables con diferente naturaleza jurídica que dieran lugar a diferentes garantías para los contribuyentes? ¿Es competente la Aduana para sancionar el incumplimiento de una obligación regida por la ley 21.453? En su caso ¿Es competente el Tribunal Fiscal de la Nación para conocer respecto de infracciones a la ley 21.453?

II. Legislación

Resolución General Conjunta (Min. Prod. y AFIP) 4049-E/2017 (16/05/2017)

Crea el Régimen de Exportación Simplificada denominado “Exporta Simple”, el cual tiene por objeto facilitar las operaciones de exportación de menor cuantía, con fines comerciales, a través de Prestadores de Servicio Postal, quienes registrarán estas exportaciones por cuenta y orden del interesado. A los efectos de la utilización de este régimen simplificado: a) el monto anual de facturación de estas exportaciones no podrá superar el valor FOB equivalente a U\$S 600.000 por sujeto beneficiario; b) cada operación individual no podrá superar el valor FOB de U\$S 15.000 por sujeto; c) los bienes sujetos a exportación deberán ser producidos en el país, no alcanzados por prohibición, suspensión o cupo a la exportación; d) el peso unitario de cada envío no podrá superar los 300 Kg. brutos; e) los bienes a exportar no podrán ser aquellos sometidos a un tratamiento operativo específicamente normado para el control aduanero y f) no se podrán cancelar por esta vía insumos ingresados mediante destinaciones suspensivas de importación temporaria.

Asimismo, se dispone que la Secretaría de Comercio del Ministerio de Producción será en el ámbito de su competencia, la autoridad de aplicación del presente régimen, quedando facultada —entre otras cosas para dictar las normas complementarias y aclaratorias para la implementación del mismo. En este marco, dicha Secretaría emitió las resoluciones 725-E/2017 (25/09/2017) y E-864/2017 (15/11/2017). La primera de ellas regula el procedimiento para la inscripción y utilización del Régi-

men de Exportación Simplificada denominado “Exporta Simple”, e introduce una limitación respecto de los bultos contenedores de la mercadería a exportar, pues éstos no podrán tener dimensiones que superen el metro de ancho, largo y alto, ni los 100 kilogramos de peso. Por su parte, la segunda norma faculta a la Cámara Argentina de Prestadores de Servicios Internacionales Aeroexpresos (CAPSIA), a extender certificados de origen para productos que se exporten bajo tratamiento arancelario preferencial a los países integrantes de la ALADI bajo el régimen referido.

Disposición (AFIP) 149-E/2017 (23/06/2017)

Se asigna a la Subdirección General Técnico Legal Aduanera la facultad de aprobar las resoluciones a las que refiere el art. 1115 del Cód. Aduanero (aquellas por las cuales se desestimare una denuncia, se sobreseyere o absolviera respecto de una imputación, o se atenuare la pena), cuando el valor en aduana de la mercadería involucrada excediera la suma de \$ 500.000, y a la Dirección Legal de dicha Subdirección en los casos en los que no se superase dicho importe.

Resolución General (AFIP) 4088/2017 (10/07/2017)

Implementa el procedimiento sumarial abreviado para la tramitación de las infracciones previstas y penadas por los arts. 994 y 995 del Cód. Aduanero, respecto de la nómina de conductas detalladas en la referida resolución general.

Procedimiento: Una vez que el administrado reciba la notificación mediante el SIC-NEA, y en el plazo establecido en la corrida de vista (art. 1101 del Cód. Aduanero), podrá acogerse al pago voluntario total de la multa reclamada: el imputado con la información que le fue notificada podrá efectuar el pago de la multa de la Liquidación Malvina (LMAN) correspondiente, mediante el Volante Electrónico de Pago (VEP), en cuyo caso el sistema procederá automáticamente a notificar la resolución de extinción de la acción penal aduanera en los términos de los arts. 930 y 932 del Cód. Aduanero y, asimismo, el juez administrativo actuante recibirá un correo electrónico con dicha novedad, procediendo este último al archivo electrónico de la misma.

Conductas abarcadas (enumeración no taxativa): 1) anulación de permisos de embarque fuera del plazo reglamentado; 2) falta de digitalización en el plazo reglamentado de los legajos aduaneros y demás documentación recibida en carácter de depositario fiel; 3) falta de presentación o presentación fuera del plazo reglamentado del Certificado de Origen (resoluciones 763/1996 MEyOSP y 381/1996 MEyOSP); 4) falta de presentación o presentación fuera del plazo reglamentado del Manifiesto de Importación (MANI) o de Exportación (MANE); 5) falta de presentación o presentación fuera del plazo reglamentado del post-embarque (incluidos los ranchos); 6) incomparecencia a presentar la documentación requerida, vencido el plazo otorgado en la notificación; 7) falta de presentación o presentación fuera del plazo otorgado del Pedido del Legajo Aduanero (PELE); 8) no realizar la destinación solicitada luego del pedido de desbloqueo en el Sistema Informático Malvina (SIM); 9) falta de presentación o presentación fuera de término de los Inventarios de los Depósitos Francos (Especiales); 10) rebloqueo en el SIM por vencimiento de plazo MARE; y 11) transgresión a la resolución general 1800 y su modificatoria.

Ley 27.373 (28/07/2017)

Internaliza el Acuerdo de Facilitación de Comercio de la Organización Mundial de Comercio.

Resolución (SSN) 40647/2017 (01/08/2017)

Se autoriza a las Entidades Aseguradoras que operan en el Seguro de Caución a operar con la Póliza para Garantizar Beneficios Impositivos y Aduaneros (ver anexo), para las operaciones que se instrumenten bajo el sistema de póliza electrónica reglamentado por la AFIP.

Disposición (AFIP) 204/2017 (07/08/2017)

Se delega en el Director General de Aduanas la emisión de las resoluciones generales que determinen los criterios de clasificación y los valores referenciales y criterio (conf. RG 1618, 2716 y 2730 y modificatorias).

Resolución (SSN) 40706/2017 (17/08/2017)

Se autoriza a las Entidades Aseguradoras que operan en el Seguro de Caución para Garantías Aduaneras a operar con la “Póliza para Garantías Aduaneras de Actuación de Courier Seguro”, para las operaciones que se instrumenten bajo el sistema de póliza electrónica reglamentado por la AFIP.

Resolución General (AFIP) 4131/2017 (21/09/2017)

Se sustituye el art. 2º de la RG (AFIP) 2133/2006, que establecía que para aquellas destinaciones en las que se declarasen valores por debajo del valor criterio establecido, se debía constituir una garantía en dinero en efectivo, aval bancario o títulos de la deuda pública, disponiéndose la aplicación de la RG (AFIP) 3885 y sus modificatorias. Mediante éstas últimas se introdujeron adecuaciones con relación a los tipos de garantías aduaneras admisibles.

Instrucción General (DGA) 9/2017 (21/09/2017)

Objetivos: Establecer las pautas procedimentales para que las áreas que se indican en el apart. C dispongan el archivo de las actuaciones en las que tramita la aplicación de sanciones, cuando los montos involucrados tornen antieconómico impulsar o continuar las acciones tendientes a lograr su cobro, adecuando los montos indicados en la instrucción general 11/2016 (DGA) a efectos que recuperen su condición de parámetros representativos de las situaciones que caracterizan.

Procedimiento: Los jueces administrativos a cargo de las áreas indicadas —previa evaluación de cada caso en particular— dispondrán el archivo de las actuaciones en las que tramita la aplicación de sanciones por infracciones aduaneras, con los alcances que a continuación se establecen: a) comprende las infracciones penadas por los arts. 954, 962, 965, 968, 969, 970, 972, 973, 977 a 982, 985 a 991; y b) las penas dispuestas en el caso concreto no deben alcanzar la suma de \$ 30.000. Si tuviera pena de comiso y esta pudiera sustituirse por multa, la misma se rige por igual límite cuantitativo.

Requisitos: En todos los casos previstos en el apart. D, el archivo sólo procederá cuando el presunto infractor no tuviere registrado antecedentes de casos archivados por el mismo tipo infraccional, que en su conjunto superen el monto aludido. Al efecto, serán considerados antecedentes los hechos cometidos durante los últimos doce meses inmediatos anteriores a la fecha de presunta infracción de la que da cuenta la actuación que se evalúa archivar.

Desarchivo: En el supuesto de haberse reunido una o varias actuaciones al archivo de manera provisoria y de que pos-

teriormente se reciba otra denuncia con identidad de sujeto y tipo infraccional de manera tal que entre ambas superen los montos contemplados en el apart. D de la presente, se procederá al desarchivo de la primera para continuar con el trámite de las actuaciones, dejando constancia de tal circunstancia en todas ellas.

Archivo Definitivo: La remisión de las actuaciones al archivo es provisoria y, una vez vencido el plazo de doce meses previsto en el apart. E de la presente, de no mediar otras sanciones que en conjunto con la infracción de la actuación superen el monto fijado, serán archivadas definitivamente.

Acciones Disciplinarias: En los casos que corresponda el archivo de las actuaciones conforme lo establece la presente Instrucción, tal decisión comprenderá a las acciones de índole disciplinaria que pudieren corresponder.

Resolución General (AFIP) 4131/2017 (21/09/2017)

Se sustituye el art. 2º de la RG (AFIP) 2133/2006, que establecía que para aquellas destinaciones en las que se declarasen valores por debajo del valor criterio establecido, se debía constituir una garantía en dinero en efectivo, aval bancario o títulos de la deuda pública, disponiéndose la aplicación de la RG (AFIP) 3885 y sus modificatorias. Mediante éstas últimas se introdujeron adecuaciones con relación a los tipos de garantías aduaneras admisibles.

Resolución (Min. Producción) 494/2017 (27/09/2017)

Se requiere a la Dirección General de Aduanas que el control de las destinaciones de importación para consumo de las mercaderías alcanzadas por derechos *antidumping* (conforme a las resoluciones que los fijan y que se agregan en anexo a esta resolución),

se realice conforme los criterios de asignación de canales de selectividad establezca la Aduana.

Resolución General (AFIP) 4138/2017 (04/10/2017)

Modifica la resolución 2220/1990 ANA, norma por la cual fueron aprobadas las normas relativas a la medición de líquidos, determinación de peso por calados y sondaje de tanques (*Draft Survey*). Cuando se trate de operaciones con mercaderías sólidas a granel, a los efectos de optimizar los tiempos de desaduanamiento, los importadores y exportadores podrán optar por el sistema de balanza o el de calado y sondaje de tanques (*Draft Survey*), a efectos de la determinación del peso y volumen de las mismas.

Dec. 893 (02/11/2017)

Se derogan el art. 1º del dec. 2581/1964, el art. 10 del dec. 1555/1986 y el dec. 1638/2001, dejándose sin efecto la obligación de ingre-

sar al país el contravalor en divisas de la exportación de productos nacionales y de negociarlas en el mercado único de cambios.

Disposición (AFIP) 353-E/2017 (22/11/2017)

Se establece el "Régimen Declarativo de Información Confidencial (RDIC)", consistente en la presentación de una declaración jurada anual obligatoria por parte de los agentes de dicho Organismo. La información que se suministre tendrá carácter confidencial y se utilizará con la exclusiva finalidad de prevenir y evaluar eventuales situaciones que comprometan los deberes y las pautas de comportamiento ético aplicables. Dicha información se encontrará alcanzada por los institutos del secreto fiscal y del secreto profesional, acarreado su difusión la aplicación de las sanciones administrativas, civiles y penales pertinentes. ●

Cita on line: AR/DOC/3180/2017

THOMSON REUTERS
LA LEY

▷ LANZAMIENTO

COLECCIÓN

CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

PARTE GENERAL • NACIÓN • REGIÓN BUENOS AIRES •
REGIÓN CÓRDOBA • REGIÓN LITORAL • REGIÓN CUYO
• REGIÓN NOA • REGIÓN PATAGONIA



La única Colección que **le ayudará a cuantificar el daño de manera fundada y criteriosa**, comprendiendo los nuevos conceptos introducidos por el Código Civil y Comercial de la Nación.

VERSIÓN:
 eBook
 eBook + 8 tomos
Encuadernación de lujo

- Con el análisis de esta materia basado en la jurisprudencia de cada región del país: Nación, Buenos Aires, Córdoba, Litoral, Cuyo, NOA y Patagonia.
- La Colección en cada tomo **analiza el valor vida, la incapacidad psicofísica y los derechos personalísimos.**

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

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



the answer company™
THOMSON REUTERS®

Síganos en:  ThomsonReutersLaLey •  @TRLaLey   ThomsonReutersLatam •  +LaleyArgentina

ACTUALIDAD

JORNADA DE DERECHO BANCARIO

Programa de Posgrado: Especialización en Derecho Bancario

Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires,
Figuroa Alcorta 2263, Salón Azul, 13 de diciembre de 2017, 18 a 21 horas

“Ley de Financiamiento Productivo y Mercado de Capitales
y Financiamiento de contratos de participación público-privada”

Primer Segmento:	Segundo Segmento:
Ley de Financiamiento Productivo & Mercado de Capitales, 18 horas.	Contratos de Participación Público-Privada, 19.30 horas.
Principales cambios a la Ley de Mercado de Capitales. Impacto de la Reforma en el Marco Normativo para el Fondeo a través del Mercado de Capitales. <i>Eugenio Andrea Bruno.</i>	Régimen Legal de los PPP. Contratos de PPP: contenido requerido por la Ley y delegación en los Pliegos. <i>Eugenio Andrea Bruno.</i>
Cambios en la Ley de Fondos Comunes de Inversión, Obligaciones Negociables y Caja de Valores. <i>Patricia Boedo.</i>	Estructuración de Financiación de los Contratos de Participación Público-Privada. “Bancabilidad” Contractual y <i>Project Finance.</i> <i>Diego César Bunge.</i>
Régimen de Oferta Pública de Adquisición - OPA-. <i>Marcelo Villegas.</i>	Régimen aplicable a la Resolución de Disputas en lo Contratos PPP. Rol de los Paneles Técnicos. Arbitraje Doméstico e Internacional. <i>Roque Caivano.</i>
Moderador: <i>Daniel Reynoso.</i>	Moderador: <i>Daniel Reynoso.</i>

EDICTOS

El Juzgado Nacional de 1ra. Instancia en lo Civil y Comercial Federal Nº 4, Secretaría Nº 8, informa que **JIMMY ESTEBAN VIANA GALEANO**, de nacionalidad paraguaya, D.N.I. Nº 93.703.984, ha iniciado los trámites para obtener la Ciudadanía argentina. Cualquier persona que conozca algún impedimento al respecto deberá hacer saber su oposición fundada la Juzgado. Publíquese por dos veces en un

lapso de 15 días en LA LEY.
Buenos Aires, 9 de noviembre de 2017
Mariana Roger, sec.
LA LEY: I. 12/12/17 V. 12/12/17

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, informa que la Sr/a. **EMPERATRIZ TERESA OBLITAS QUISPE**, de nacionalidad

peruana con Documento: DNI: 93.897.036, ha iniciado los trámites tendientes a obtener la ciudadanía argentina. Por ello cualquier persona que tuviere conocimiento del algún acontecimiento que estimara podría obstar a dicha concesión, deberá hacerlo saber a este Juzgado. Publíquese por dos días en LA LEY.
Buenos Aires, 4 de agosto de 2017
Matías Abraham, sec. int.
LA LEY: I. 11/12/17 V. 11/12/17