

# JA

## JURISPRUDENCIA ARGENTINA

DIRECTOR:  
**LUIS DANIEL CROVI**

Bs. As., 06/05/2020

2020 - II  
fasc. 6

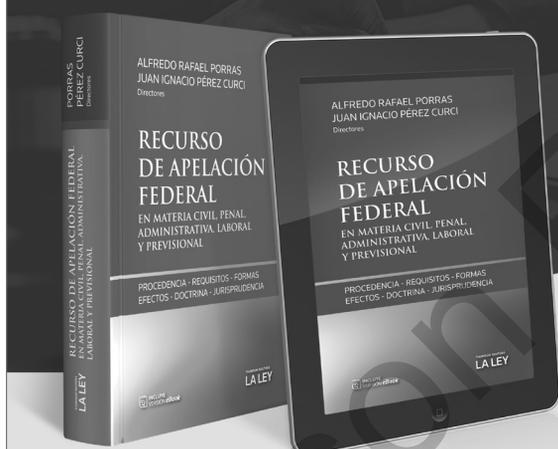
ISSN 2545-6261

 **INCLUYE  
VERSIÓN DIGITAL**

**ABELEDOPERROT**

LANZAMIENTO

# RECURSO DE APELACIÓN FEDERAL EN MATERIA CIVIL, PENAL, ADMINISTRATIVA, LABORAL Y PREVISIONAL



**Alfredo Rafael Porras**  
**Juan Ignacio Pérez Curci**  
Directores



1 tomo + eBook

La presente obra trabaja transversalmente algunos temas que pueden sumarse a la interpretación de varios institutos del denominado multifuero de toda la jurisdicción federal del país. Por un lado, cuestiones civiles como: los medios de impugnación, temas probatorios, contenido de la expresión de agravios, la congruencia, el recurso de inaplicabilidad de ley, el fallo plenario, etc. Por otro lado, cuestiones de índole penal, tales como el recurso de apelación en general, los alcances del mismo como garantía de revisión, los lineamientos sobre la etapa recursiva en el procedimiento de flagrancia, las medidas cautelares y de coerción, el hábeas corpus y su procedimiento ante la Alzada, el delito de trata de personas y más temáticas relacionadas.

El objetivo es que estos trabajos sean una herramienta práctica para los operadores del sistema de justicia y, fundamentalmente, una guía de consulta cotidiana para quienes se desempeñan en el fuero federal y, más específicamente, en los tribunales de Alzada.

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



the answer company™  
**THOMSON REUTERS®**



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

ThomsonReutersLaLey

@TRLaLey

ThomsonReutersLatam

# JA

## JURISPRUDENCIA ARGENTINA

DIRECTOR:  
**LUIS DANIEL CROVI**

Bs. As., 06/05/2020

2020 - II  
fasc. 6

THOMSON REUTERS  
ProView™

ABELEDOPERROT

ISSN: 2545-6261  
RNPI 5074812

Todos los derechos reservados  
© **ABELEDOPERROT S.A.**

Dirección, administración y redacción  
Tucumán 1471 (C1050AAC)  
laley.redaccionjuridica@tr.com

Ventas  
CASA CENTRAL  
Tucumán 1471 (C1050AAC)  
Tel.: (011) 4378-4700 / 0810-222-5253

LOCAL I FACULTAD DE DERECHO - UBA  
Figueroa Alcorta 2263 (C1425CKB)  
Tel. / Fax: (011) 4806-5106

Atención al cliente: 0810-222-5253  
Buenos Aires - Argentina

*Hecho el depósito que establece la ley 11.723.  
Impreso en la Argentina. Printed in Argentina.*

Impreso en la segunda quincena de abril de 2020 en los talleres gráficos de La Ley S.A.E. e I.,  
Bernardino Rivadavia 130, Avellaneda - Pcia. de Buenos Aires, Argentina

## DIRECCIÓN ACADÉMICA

Mónica Pinto

### COMITÉ HONORARIO

Agustín Gordillo  
Aída Kemelmajer  
Alberto J. Bueres  
Carlos Etala

Cecilia Grosman  
Eugenio Bulygin  
Eugenio R. Zaffaroni  
Héctor Alegria

José Tobías  
Julio C. Rivera  
Nelly Minyersky  
Noemí Lidia Nicolau

### COMITÉ ACADÉMICO

#### Administrativo

Carlos F. Balbín  
Fernando R. García Pullés  
Ernesto A. Marcer  
Guido Santiago Tawil

#### Constitucional

Alberto B. Bianchi  
Roberto Gargarella  
María Angélica Gelli  
Juan V. Sola

#### Internacional Privado

María Susana Najurieta  
Alfredo Mario Soto  
María Elsa Uzal

#### Internacional Público

Susana Ruiz Cerutti  
Silvina González  
Napolitano  
Raúl Vinuesa

#### Familia

Carlos Arianna  
Luis Ugarte  
Adriana Wagmaister

#### Civil

Carlos Hernández  
Sebastián Picasso  
Sandra Wierzba  
Diego Zentner

#### Penal

Mary Ana Beloff  
Alberto Edgardo Donna  
Daniel Pastor

#### Laboral

Mario Ackerman  
Adrián Goldin  
Julio César Simón

#### Comercial

Rafael Mariano Manóvil  
Horacio Roitman

#### Filosofía

Ricardo Guibourg  
Rodolfo Vigo

#### Derechos Humanos

Laura Giosa  
Roberto Saba

#### Ambiental

Néstor Cafferatta  
Leila Devia  
Silvia Nonna

#### Penal

Fernando Córdoba  
Fernando Díaz Cantón  
Ivana Bloch  
Marcelo Ferrante  
Marcos Salt  
Marcelo Sgro

#### Criminología

Gabriel Ignacio Anitua  
Matías Bailone  
Máximo Sozzo

#### Familia

Silvia Eugenia Fernández  
Eleonora Lamm  
Ida Scherman

#### Civil

Carlos Calvo Costa  
Luis Daniel Covi  
María Victoria Famá  
Adriana Krasnow  
Luis F. P. Leiva Fernández  
Carlos Parellada  
Máximo Gonzalo Sozzo

#### Laboral

Lucas Caparrós  
Juan Pablo Mugnolo  
Claudia Priore

#### Constitucional

María Gabriela Ábalos  
Marcela Basterra  
María Laura Clérico  
César Sebastián Vega

## COMITÉ EDITORIAL *(Continuación)*

### **Internacional Público**

Emiliano Buis  
Alejandro Chehtman  
Natalia Luterstein  
Nahuel Maisley

### **Internacional Privado**

Paula María All  
Nieve Rubaja  
Luciana Scotti

### **Administrativo**

Alfonso Buteler  
María Paula Renella  
Susana Vega

### **Comercial**

Hugo Acciarri  
Pablo Heredia  
Lorena Schneider  
Pamela Tolosa

### **Filosofía**

Marcelo Alegre  
Claudio Eduardo Martyniuk  
Renato Rabbi-Baldi  
Cabanillas

### **Derechos Humanos**

Leonardo Filippini  
Calógero Pizzolo  
Silvina Zimerman

### **Ambiental**

Mariana Catalano  
José Esaín

---

### **Director Editorial**

Fulvio G. Santarelli

### **Jefa de Redacción**

Yamila Cagliero

### **Editores**

Nicolás R. Acerbi Valderrama  
Florencia Candia  
Elia Reátegui Hehn  
Marlene Slattery

## DOCTRINA

- 3** Cuestiones de responsabilidad civil por contagio en la época del COVID-19  
*Lidia M. R. Garrido Cordobera*
- 15** Neurociencias y Derecho  
*Waldo Sobrino*
- 45** La prescripción adquisitiva en las XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil  
*Juan José Guardiola*
- 63** En camino hacia el acusatorio: Implementación del principio de oportunidad reglada  
*Daniel E. Adler*

## JURISPRUDENCIA

- 77** DAÑOS POR DETENCIÓN DE PERSONA / Rechazo arbitrario de la pretensión - Cuestión Federal - Oportunidad para introducirla - Obligaciones internacionales del Estado (CS, 27/02/2020)
- 78** EXCARCELACIÓN / Recurso de casación - Agravio federal - Inadmisibilidad - Peligro de fuga - Entorpecimiento de la investigación (CFCasación Penal, sala IV, 19/02/2020)
- 80** HABILITACIÓN DE FERIA EN AMPARO DE SALUD / Amparista que pertenece al grupo de riesgo del COVID-19 - Procedencia del pedido (CNFed. Civ. y Com., sala de feria, 01/04/2020)
- 81** HABILITACIÓN DE LA FERIA JUDICIAL / Proceso sucesorio - Cuenta judicial - Transferencias de sumas de dinero - Contexto de pandemia por coronavirus COVID-19 (CNCiv., sala C, 03/04/2020)
- 82** HABILITACIÓN DE FERIA EN CONTEXTO DE PANDEMIA / Feriado judicial - Analogía - Prórroga cautelar de medidas de protección - Interés superior del niño - Prudencia (CNCiv., sala K, 19/03/2020)
- 84** CUESTIÓN ABSTRACTA POR SITUACIÓN DE EMERGENCIA SANITARIA / Viaje de los hijos de Roma hacia Buenos Aires - Pago de los pasajes - Emergencia sanitaria - Inexistencia de un caso o controversia (CNCiv., sala J, 17/03/2020)
- 87** RESPONSABILIDAD DEL EMPLEADOR / Incumplimiento en el pago del seguro de retiro complementario - Aportes patronales - Convenio entre una entidad sindical y las Cámaras del sector (CNTrab., sala X, 05/02/2020)
- 89** PRISIÓN PREVENTIVA / Excarcelación - Fundamento en la pandemia - Denegación del beneficio (TOral Crim. Fed. Nro. 4, 18/03/2020)

- 94** PRISIÓN PREVENTIVA / Excarcelación - Grupo etario de riesgo - Imputado por delitos de lesa humanidad - Evaluación de las condiciones de detención - Aislamiento obligatorio (TOral Crim. Fed. Nro. 4, San Martín, 18/03/2020)
- 98** AUTORIZACIÓN DE TRASLADO EN CONTEXTO DE PANDEMIA / Hábeas corpus - Autorización para trasladarse en el país - Decreto de Necesidad y Urgencia 297/2020 - Prevención fundada en la Salud Pública - Aislamiento obligatorio (CPenal, Contravencional y de Faltas, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 22/03/2020)
- 99** VIOLENCIA DE GÉNERO / Medidas urgentes de carácter provisorio - Circunstancias excepcionales con relación al COVID-19 - Insuficiencia del botón antipánico y consigna policial - Tratados internacionales (JContravencional Penal y de Faltas Nro. 10, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 27/03/2020)
- 103** TRASLADOS DE NIÑOS EN LA PANDEMIA COVID-19 / Cumplimiento de medidas de aislamiento - Preservación de la salud y el superior interés del niño - Alimentos (Juz. Familia N° 4, San Isidro, 26/03/2020)

# DOCTRINA



Thomson Reuters

Thomson Reuters

# Cuestiones de responsabilidad civil por contagio en la época del COVID-19

Lidia M. R. Garrido Cordobera (\*)

**SUMARIO:** I. Complejidad y ubicación del tema.— II. El ámbito que nos era conocido y lo no tanto.— III. La pandemia y la globalización.— IV. El derecho humano a la salud, la economía y el rol del Estado.— V. Prevención y responsabilidad. Gastos. Los contagios.— VI. Reflexión final.

## I. Complejidad y ubicación del tema

El derecho a la salud como derecho constitucional y humano, con apoyatura en los pactos Internacionales se conjuga con el derecho a no ser dañado reconocido muchas veces por nuestra CS desde Santa Coloma y hoy explícitamente en el Código Civil y Comercial.

La situación particular que analizaremos de contagio o posibilidad de contagio del COVID nos enfrenta no solo a las medidas de prevención de daño desde el derecho común sino a las facultades legítimas del Poder de Policía del Estado al requerirse un aislamiento social decretado en virtud de la necesidad de evitar o bajar los niveles de contagio y de adecuar el servicio asistencial a ser prestado por un servicio de salud tanto privado como público.

Desde el 20 de marzo del 2020 rige en Argentina el decreto 297 que regula el “aislamiento social preventivo y obligatorio” que

en 14 artículos establece las restricciones que implican las de transitar y de acudir a los trabajos salvo las excepciones previstas en diferentes incisos y normativa aplicable.

En este tema se entrecruzan entonces cuestiones médicas, técnicas, sociales y jurídicas que necesariamente influyen en la solución que se sostenga frente al daño producido o a producirse (1).

## II. El ámbito que nos era conocido y lo no tanto

Básicamente solíamos hacer referencia a ciertas enfermedades como las

---

(\*) Titular de Contratos Civiles y Comerciales de la Universidad de Buenos Aires Privado, Prof. del Doctorado Intensivo de la Universidad de Buenos Aires, Prof. de Doctorado Universidad de Ciencias Sociales y Empresariales. lgarrido@derecho.uba.ar.

(1) GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R., “Los daños colectivos”, Ed Javeriana.

enfermedades infectocontagiosas trasmisibles, a saber SIDA, Chagas, Hepatitis (C) brucelosis y según Seuba Torreblanca, encefalopatía espongiiforme (vaca loca) y a las Infecciones hospitalarias o intrahospitalarias, y si tenemos en cuenta las personas susceptibles de ser dañadas tendremos al sujeto que se daña, la familia o allegados que están en contacto, personal del cuerpo de la salud, a los pacientes y hoy frente a la situación de pandemia a la comunidad toda.

Decíamos que nadie concurre a un centro asistencial o se somete a una práctica médica consistiendo o asumiendo riesgos que no son los propios del acto médico o del tratamiento al que se somete. Hoy en estado de pandemia la pregunta es si frente a la necesidad de una intervención quirúrgica o por ejemplo de concurrir a enyesarme y salgo contagiado asumo la posibilidad de contagio, considero que no. Existe una obligación de seguridad y si bien el virus es en teoría un caso fortuito o reviste la característica de inevitable (pero previsible) no configuraría un *casus* extraño a la actividad.

Nuestro núcleo seguirá estando compuesto por daños personales a la salud y a la vida, que pueden tener la característica de ser permanentes o temporales y se pueden manifestar en daños patrimoniales bajo los rubros de los daños emergentes y el lucro cesante como así también en algunos supuestos cabría la indemnización por pérdida de la chance, pero ya adelantamos que deberá resolverse caso a caso por la situación de excepción y el carácter de caso fortuito natural que presenta esta enfermedad.

Un rubro sin ninguna duda muy importante es el de los daños extrapatrimoniales (2) que revisten una entidad propia, ya

que nadie puede negar la situación de impacto emocional que se suscita con estos casos en las víctimas y en sus allegados, el temor al estar contagiados o al devenir del proceso que conlleva la infección.

Hemos sostenido muchas veces que los daños generalmente son individuales, pero también podrían ser masivos o colectivos (3) cuando se afecta a la comunidad, a una clase de sujetos, por ejemplo, a los inmunodeprimidos, veremos situaciones que frente a esta pandemia se generalizan y tienen como cara vulnerable a los mayores de 60 o a aquellos que tienen una afección preexistente (4). Por ello sostenemos que se configura un daño colectivo o un daño de incidencia colectiva a la par de un daño individual.

En materia de causalidad suele plantearse la cuestión de saber si en la infección tuvo algo que ver el estado patológico del enfermo y si ello implica ruptura de la relación de causalidad o al menos tiene el carácter de concausa (5). Creemos que frente a la pandemia muchas veces es más una excusa que una verdadera razón jurídica de exclusión.

Hemos llamado la atención en varios trabajos sobre la aplicación del principio precautorio en muchos países el siglo pasado en materia de transfusiones frente a la encefalopatía espongiiforme, pero en caso de

---

caracterización del daño extrapatrimonial en el derecho contemporáneo”, en Tendencias de la responsabilidad civil en el SXXXI, Ed Javeriana.

(3) GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R., “Daño ambiental individual y colectivo”, LA LEY del 5 y 6 de enero 2007.

(4) SEUBA TORREBLANCA, Joan, “Sangre contaminada, responsabilidad civil y ayudas públicas”, Ed. Civitas.

(5) La situación de paciente debe constar en la historia clínica.

---

(2) PIZARRO, Ramón D., “Daño moral”, Ed Hammurabi; CORNET, Manuel, “Vigencia y

COVID-19 se está pidiendo expresamente que los que se hayan sanado donen sangre para poder con sus antígenos tratar de avanzar en la vacuna, si me pregunto sobre los dadores comunes y el periodo ventana de este virus (6).

Recordemos que el HIV (7) fue el tercer retrovirus linfotrópico humano descubierta (8), es un virus de inmunodeficiencia humana que ataca a los linfocitos T permitiendo la aparición de enfermedades oportunistas, la definición de SIDA como enfermedad ha ido variando (9) teniendo un criterio clínico y uno de laboratorio para su diagnóstico. Estamos frente a un agente infeccioso que desarrolla su actividad parasitaria en las células que contagia, no tiene

(6) Actualmente se sabe que la sangre presenta riesgo de posibles contagios de algunas enfermedades y la seguridad de la sangre y de los hemoderivados viene garantizada por una pluralidad de sujetos que asumiendo diferentes funciones se encuentran involucrados en lo que denominamos "cadena transfusional". La Encefalopatía espongiforme conocida como el virus de la vaca loca, es una enfermedad degenerativa causada por un prion que provoca demencia progresiva y disfunciones neuromusculares. En la variante que nos interesa nvCJD anunciada en marzo de 1996 por el Ministerio de Salud Británico, al no existir consenso sobre la transmisión por sangre y hemoderivados hay países que han utilizado medidas de precaución, se enrolan en esta línea Gran Bretaña, Estados Unidos, Nueva Zelanda, Irlanda, Francia, Alemania.

(7) KEMELMAJER de CARLUCCI, "El sida en la jurisprudencia", Academia Nacional de Derecho, 1999.

(8) La atribución del descubrimiento del HIV y por ende de las patentes no fue pacífica y concluye con un acuerdo firmado en la Casa blanca frente a los Presidentes Regan y Chirac. Los involucrados eran Gallo y su equipo de Maryland y Montagnier y el Inst. Pasteur.

(9) SEUBA TORREBLANCA, Joan, "Sangre contaminada...", cit.

vida independiente. Recordemos los *test* de detección que permiten acortar los tiempos del periodo ventana. En el supuesto del virus COVID-19 también los muertos en definitiva lo son por una enfermedad oportunista que en este caso se vincula a los pulmones, por eso la necesidad de asistencia mecánica respiratoria para los casos graves, pero presenta una capacidad de propagación y de reproducción, aun mayor lo cual en caso de personas infectadas asintomáticas triplica el riesgo de propagación.

Esto último y la defensa de la Salud Pública convalida el rol del Estado en materia de Prevención de Daños en virtud del Poder de Policía dictando los decretos de necesidad para enfrentar la crisis sanitaria en Argentina con restricción a las libertades individuales.

Veremos que podemos encontrarnos en la situación de pluralidad de agentes intervinientes, responsabilidad anónima, responsabilidad grupal y también *a posteriori* la responsabilidad del Estado en virtud del poder de policía como así también la responsabilidad directa e individual de un agente como autor de daño de contagio o propagación por culpa o dolo eventual y hasta no debemos descartar dolo directo.

No olvidemos lo dicho de la responsabilidad del ente asistencial es generalmente objetiva (10) y deberemos volver a reflexionar si podrá eximirse demostrando una causa ajena, caso fortuito o fuerza mayor.

### III. La pandemia y la globalización

El COVID-19 conocido vulgarmente como coronavirus ha sido declarado finalmente

(10) BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Teoría general de la responsabilidad civil", Ed. Abeledo Perrot.

como Pandemia, considerándose de este modo como un flagelo a enfrentar por todos los países.

Con la globalización y entre otras características la de acortar las distancias mediante los vuelos, los cambios la sociedad hemos impactado al ambiente, pero no solo a la naturaleza sino a nosotros, se produjo un cambio social, se influyó en la política y hasta en el paradigma sanitario. Surge así el concepto de *Global Health*, que podríamos traducir como “salud y globalización” o la nueva salud pública.

Decía Ragazzoni que la globalización como destino humano tecnológico acentuará la interdependencia de los Estados y de los individuos y tendrá impensadas repercusiones en la salud poblacional y en la política dirigida a ello (11).

Las razones para tener una actitud proactiva es por un lado moral ya que nadie puede ignorar las desigualdades en salud y el sufrimiento de otros seres humanos, de orden práctico ya que los problemas ambientales, los efectos de las migraciones, las regulaciones internacionales, las reglas del mercado y la economía, reclaman acciones coordinadas y de cooperación internacional y la estratégica la cual define el estatus moral de un país, sus gobernantes y de otros actores de poder, como también de sus habitantes.

Ciertas pandemias han amenazado hace décadas al mundo, el Sida, la malaria, la gripe, el dengue y ahora el COVID-19. la gripe (influenza) es una enfermedad infecciosa aguda causada por los virus influenza A, B, o C, muy contagiosa, en los inviernos afec-

ta anualmente a un quinto de la población mundial. El virus A presenta dos subtipos en humanos (H1N1 y H3N2). Son virus de alta transmisibilidad, que durante las epidemias pueden afectar al 10 o al 20% de la población y ocasionar la muerte por neumonía y otras complicaciones.

En 1997, la cepa A/H5N1 comenzó a pasar de aves a humanos, la primera epidemia ocurrió en China y en Hong Kong. A mediados de 2003, el virus comenzó a circular ampliamente en la población de aves de corral del Sudeste Asiático y la Organización Mundial de la Salud (OMS) alertó en 2009 sobre centenares de casos humanos en México y los Estados Unidos, con muertes, luego, la epidemia se mundializó con grados variables de letalidad.

El COVID-19 es un virus, esto significa que no tiene vida propia, sino que debe ingresar a las células que infecta vía mucosas sea ocular, nasal o bucal, fuera del cuerpo tiene una sobrevivencia que varía según el material y la temperatura ambiente sobre el que se deposita y presenta un alto índice de contagio que conlleva en los casos graves a complicaciones pulmonares y muerte y en los leves a ser portador asintomático. De repetirse lo que ocurrió en 1918, con la gripe española, las muertes podrían llegar a los 90 millones.

#### IV. El derecho humano a la salud, la economía y el rol del Estado

El concepto de bien público global (*Global Public Goods*) se ha convertido en una piedra angular de la visión contemporánea de la medicina. Estos bienes públicos globales no pueden ser satisfechos adecuadamente por las fuerzas del mercado y requieren la intervención del Estado para su consecución. Dos bienes públicos globales fundamentales, relacionados con la salud, son la *invest* y

(11) RAGAZZONI, Carlos, “Salud y conciencia pública”, Ed. Fundación Güemes, p. 16.

el desarrollo en salud y el control de enfermedades contagiosas

Decíamos que el Estado debe respetar, proteger y realizar la salud; es un compromiso fuerte ya que salud no solo es asistencia médica ante la enfermedad, sino también mantener el estado de salud mediante la prevención, el acceso al alimento y controlar y cuidar los factores ambientales que puedan deteriorarla (12). El Estado debería tener siempre presente que la inversión en salud mediante campañas de vacunación, de control y educación para la salud implica bajar el costo social a largo plazo, que, además, debe realizar actualización y compra de equipos, la capacitación del personal y la provisión adecuada de insumos.

En materia de salud no hay que mirar afares políticos coyunturales o solo cuestiones económicas, lo decimos pues que el colectivo “enfermos” generalmente no vota y el de los “niños” tampoco, pero estos últimos de sobrevivir serán los ciudadanos del mañana y las carencias o efectos colaterales que presenten harán sin duda su impacto en el sistema de salud, además de considerar que es esencial el respeto a la dignidad del ser humano sea este anciano o niño, ya que jamás debe ser tomado como una unidad de medida puramente económica sino el eje y razón de ser de todo el sistema.

No es posible entender las instituciones jurídicas a la luz de criterios puramente jurídicos, sino que es necesario contar con el contenido económico, pero también con los elementos sociales ya que es imprescindible tener en cuenta los efectos que tales instituciones tendrán sobre la sociedad y sobre los

individuos para preservar en este caso de la salud pública su rol social y no solamente su faz individual.

El rol del análisis económico del derecho juega en el área de prevención de daños ha de notarse en que se utilizará el criterio de la eficacia al dictar determinada regulación y se ponderarán otros criterios para lograr un efecto determinado en la sociedad sin abandonar el pilar fundamental del bien común.

Nosotros siempre hemos sido partidarios de las interrelaciones y los enfoques abarcativos siendo aplicable aquí a las gestiones o medidas de resguardo, prevención, contención establecidas por el PE mediante decretos en virtud de la emergencia que afrontamos, debiendo ser acatadas con el fin de prevenir el daño o su agravamiento en la sociedad.

Consideramos cierta la afirmación de que la institución del Estado se asienta en la creencia de que la calidad de vida bajo su organización y sus restricciones es superior a la que pueda realizarse individualmente, y que se debe tender al imperio del “estado de derecho” y a lograr el bienestar general, como lo expresa nuestra Constitución Nacional.

Marienhoff dice que “policía” sería una función o actividad administrativa que tiene por objeto la protección de la seguridad, moralidad o salubridad pública y de la economía pública en cuanto afecte a la primera) y que “poder de policía”, en cambio, es una potestad atribuida por la Constitución Nacional al órgano legislativo a fin de que este reglamente el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales de los individuos.

Por su parte, Bielsa expresa que el concepto de “poder de policía” sería el conjunto de

(12) GARRIDO CORDOBERA, Lidia, “Virtualidades de la salud como Derecho Humano”, Salud y Ciencia Pública, Ed. Fundación Güemes, p. 43.

servicios organizados por la administración pública con el fin de asegurar el orden público y garantizar la integridad física y aún moral de las personas, mediante limitaciones impuestas a la actividad personal (individual y colectiva), y que “policía” significa, en su aceptación más amplia, el ejercicio del poder público sobre hombres y cosas.

En nuestro país, el contenido que se le asigna es amplísimo, de contornos difíciles de establecer, y si se suma la noción de “emergencia” para justificar la validez de su ejercicio, como a la noción de “prosperidad” aún más.

Nuestros autores siempre han enfatizado la vulnerabilidad del hombre frente a las direcciones, cada vez más sutiles, con las que el Estado despliega su “poder de policía”, ya que a todos nos alcanza (de seguridad, salubridad, moralidad, financiero, profesional y ecológico). López Cabana reflexionaba hace muchos años y no en este contexto sobre la posibilidad de elegir los riesgos que queremos correr con nuestras propias vidas, reaccionando contra el avance incesante del Estado; en un trabajo nosotros opinábamos que debemos evaluar quién de nosotros está en condiciones de comprender la complejidad de nuestras realidades y asumirlas y hoy debería agregar la inquietud de si al estar en juego el interés general es válida mi asunción (13).

No puede dejar de señalar que toda vez que la administración debe ejercer su poder de policía en los ámbitos establecidos, y siendo su ejercicio irregular, excesivo, in-

suficiente, o aparece omitido, se planteara el tema de su posible responsabilidad.

En el caso de la pandemia que nos aqueja, si no cuida la cuarentena de los ingresantes vía Ezeiza o por Tierra o agua luego de establecido por decreto el aislamiento social

### V. Prevención y responsabilidad. Gastos. Los contagios

Creemos que el evitar la consolidación de los daños debe ser la guía en el actual derecho de daños (14), y ello no debe ser meramente una declaración de principios vacía de contenidos u operatividad (15).

De Cupis ya señalaba que entre los fenómenos jurídicos que se unen al daño podíamos encontrar a la prevención (16) pero podemos decir que en los últimos tiempos se le ha reconocido su real importancia en el Derecho de daños como derivación del principio *alterum non laedere*. Este autor destaca que desde el punto de vista de la víctima no puede negarse que la prevención del daño sea preferible, ya que a través del resarcimiento el daño no se elimina del mundo de los hechos, sino que se busca solo restaurar el equilibrio de intereses comprometidos.

En este terreno es sumamente importante el rol que debe cumplir el Estado en virtud del poder de policía conforme lo hemos venido sosteniendo (17), sobre todo en una

(14) Para algunos autores no es una función propia de la responsabilidad civil, pero sí del derecho de daños.

(15) Podemos citar en esta línea AGUIAR, Enoch, “Hechos y actos jurídicos”, Ed. Tea, t. IV, ps. 172 y ss.

(16) DE CUPIS, Adriano, “El daño”, Ed. Bosch, ps. 572 y ss.

(17) GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R., “El rol del Estado en el derecho de daños”, Rev. de UCES, 2005.

(13) LÓPEZ CABANA, Roberto M., “Responsabilidad civil del Estado en virtud del poder de policía”, en Derecho de daños, Ed. La Rocca, p. 747; GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R., “El rol del estado en el Derecho de daños”, Rev. de UCES, 2005.

sociedad como la actual y frente a la crisis de la pandemia. Morello señalaba con agudeza que el enlace interdisciplinario de lo social y lo económico con lo jurídico, necesariamente debe ensamblarse en una técnica preventiva del daño (18). Sostiene entre otras ideas que hay que prevenir, impedir o hacer cesar la existencia o el acrecentamiento de perjuicios, buscando preservar siempre al dañado en su persona.

El Código Civil y Comercial lo va a establecer expresamente como una de las funciones de la responsabilidad civil y la prevención de daños se encuentra integrada por una serie de herramientas legales orientadas a la evitación de la causación de los daños, de su agravación o a disminuir su magnitud. Se trata de impedir que los daños acontezcan, adoptándose todas las medidas que sean razonablemente necesarias para ello (19).

Se puede decir que la regla genérica se consagra en el art. 1710 como deber la prevención para toda persona con los siguientes alcances: a) en cuanto dependa de ella, es decir, la posibilidad de prevenir se encuentre en su esfera de control; b) se deben adoptar las diligencias conforme a lo que haría una persona que obrara de buena fe, disponiendo medidas razonables para evitar el daño o disminuir su magnitud o de no agravarlo, si ya se ha producido; c) se reconoce el derecho al reembolso del valor de los gastos en que ha ocurrido siguiendo

---

Es importante todas las normas y reglamentaciones que el estado dicta en materia de seguridad alimentaria y de los productos.

(18) MORELLO, Augusto M., "El derecho de daños en la actual dimensión social", en *Derecho de Daños*, Ed. La Rocca, t. 1, p. 218.

(19) OSSOLA, Federico, "Responsabilidad civil", Ed. Abeledo-Perrot, 2016, ps. 170 y ss.

las reglas del enriquecimiento sin causa. El Cód. Civ. y Com. en los artículos siguientes regula la acción, la legitimación y las facultades judiciales en la función preventiva.

La omisión del deber de prevención da lugar a la acción judicial preventiva, cuyos presupuestos son: a) autoría: que en este caso puede consistir en un hecho o una omisión de quien tiene a su cargo un deber de prevención del daño conforme con el artículo anterior; b) antijuridicidad: porque constituye una violación del mentado deber de prevención; c) causalidad: porque la amenaza de daño debe ser previsible de acuerdo con el régimen causal que se define en artículos siguientes.

El art 1711 Cód. Civ. y Com. nos señala que la acción procede tanto frente a la previsibilidad de la producción de daños, como su continuación o agravamiento y originarse en una acción u omisión antijurídica.

No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución, que es lo que, además de la función, diferencia a esta acción de la obligación de resarcir. Se reconoce legitimación sustancial para peticionar judicialmente por la prevención a quienes acrediten un interés razonable en la prevención del derecho amenazado.

Para Ossola se ha producido una notable expansión de la responsabilidad por omisión, pues se ha consagrado el deber genérico de actuar, extendiéndose a toda persona, incluyendo la víctima, y no solo a aquellas sobre las que pesa un deber jurídico específico (20).

---

(20) OSSOLA, Federico, "Responsabilidad civil", cit., p. 175.

Apunta acertadamente que la clave está en las posibilidades materiales y jurídicas de la persona, no consideramos aquí que se impongan conductas heroicas o de abnegación, son aquellas medidas razonables conforme a la buena fe y a las circunstancias del caso las que nos indicaran la posibilidad de prevenir o aminorar el daño.

Para Zavala de González, no solo hay un deber de prevenir daños, sino que, cuando no es ejercido, considera que se erige en una obligación indemnizatoria, así no se demuestre alguna culpa precisa en la omisión de medidas de seguridad, ni concurra el riesgo creado y se configura un factor de atribución objetivo, autónomo o siquiera complementario de otros factores objetivos consagrados (21).

Veremos que en el tema del COVID-19 la prevención tiene un carácter no solo trascendente sino también esencial para lograr la finalidad perseguida por el Estado en su tutela a la salud pública.

Consideramos que estos intereses plantean en nuestra sociedad el tema del compromiso y la responsabilidad de los Jueces, como lo señalaba Mauro Cappelletti, y por supuesto del mismo Estado como custodios tanto de los derechos individuales como de los de incidencia colectiva y con ello estamos diciendo justamente lo primordial en la actuación en la faz preventiva y en el cumplimiento de la normativa.

La última parte de este art. 14 Cód. Civ. y Com. expresa que ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar gravemente al ambiente

(21) ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, "La responsabilidad civil en el nuevo Código", Ed. Alveroni, 2015, t. 1, ps. 191 y ss.

y a los derechos de incidencia colectiva en general, tomando posición por la preeminencia de los intereses colectivos en caso de colisión entre ambos tipos de derechos, la salud pública o salud de la comunidad es un interés de incidencia colectiva, además, de derecho humano.

En los derechos de incidencia colectiva el bien afectado es colectivo, el titular del interés es el grupo y no un individuo en particular y en ellos puede existir una legitimación difusa en cabeza de uno de los sujetos que integran el grupo (interés difuso), de una asociación que tiene representatividad en el tema (interés colectivo) o del Estado (interés público) (22).

En la Secc. 3 se regulan los presupuestos necesarios para la existencia de la responsabilidad: la antijuridicidad, el daño, el nexo causal y los factores de atribución.

El art. 1716 establece que el deber de reparar surge de la violación del deber de no dañar a otro o del incumplimiento de una obligación, es el *alterum non laedere* con base constitucional y se configura mediante la acción u omisión salvo que se pruebe que está justificada (23). Vemos que este

(22) GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R., "Derechos individuales y de incidencia colectiva en el Código Civil y Comercial", LA LEY 2015-A, 835; LORENZETTI, Ricardo L., "Código Civil y Comercial", Ed. Rubinzal-Culzoni, t. 1, p. 74.

(23) En cuanto a las causales de justificación, se admite el ejercicio regular de un derecho, supuesto en sobre el cual no hay controversias, la legítima defensa propia o de terceros, por un medio racionalmente proporcionado, frente a una agresión actual o inminente, ilícita y no provocada; el tercero que no fue agresor ilegítimo y sufre daños como consecuencia de un hecho realizado en legítima defensa tiene derecho a obtener una reparación plena. En el tercer inciso se admite el estado de necesidad que

requisito se cumple al violar el decreto 297 de aislamiento social con conductas sin importar que se sepa o no que uno es portador del CV19, esto da lugar también al doble juego de normas penales como también a la aplicación de multas u otras sanciones además de poder permitir el reembolso de gastos realizados en un operativo contra el infractor puesto que policías, ambulancias, hoteles etc. son pagados desde nuestros impuestos.

Me permito una referencia al art. 1719, supuesto de asunción de riesgos, que no justifica el hecho dañoso ni exime de responsabilidad, a menos que, por las circunstancias del caso, pueda calificarse como un hecho del damnificado que interrumpe total o parcialmente el nexo causal y a que se prevé el caso de quien se expone a una situación de peligro para salvar la persona o los bienes de otro, reconociendo su derecho a ser indemnizado por quien creó la situación de peligro, o por el beneficiado por el acto de abnegación y al consentimiento libre e informado del damnificado, que, en la medida en que no constituya una cláusula abusiva, libera de la responsabilidad por los daños derivados de la lesión de bienes disponibles (art. 1720).

Recordemos que el art. 1743, regula la dispensa anticipada de la responsabilidad estableciendo que son inválidas las cláusulas que eximen o limitan la obligación de indemnizar cuando afectan derechos indisponibles, atentan contra la buena fe, las buenas costumbres o leyes imperativas, o son abusivas y que también son inválidas si liberan anticipadamente, en forma total o parcial,

---

se encuentra justificado solo si el daño que se origina es menor que el mal que se evita, y da lugar a una indemnización en equidad (art 1718).

del daño sufrido por dolo del deudor o de las personas por las cuales debe responder.

Vemos conforme a la Secc. 4 del Cód. Civ. y Com. que hay daño cuando se causa una lesión a un derecho o a un interés que no sea contrario al ordenamiento y que comprende: a) el interés individual del legitimado sobre su persona o su patrimonio; b) el interés respecto de los derechos de incidencia colectiva y la indemnización es una consecuencia de la lesión (24). En materia de contagio por COVID-19 ambos tipos de daños se configuran y pueden lograr ser reparados en nuestra legislación, no son excluyentes entre sí, tal como lo dijimos *ut supra* y deberemos analizar la disposición de la indemnización colectiva por ejemplo con destino a investigación o insumos.

Conforme al Código Civil Comercial la indemnización podría comprender la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo con la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas, y las que resulten de la interferencia en su proyecto de vida (25).

---

(24) Art. 1737.— Concepto de daño. Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva.

(25) En caso de lesiones o incapacidad permanente, física o psíquica, total o parcial, la indemnización debe ser evaluada mediante la determinación de un capital, de tal modo que sus rentas cubran la disminución de la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valorables, y que se agote al término del plazo en que razonablemente pudo continuar realizando tales actividades. En el supuesto de incapacidad

La legitimación para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales, si del hecho resulta la muerte o una gran discapacidad también tendrán legitimación a título personal los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivían con él recibiendo trato familiar ostensible (teniendo en cuenta los precedentes jurisprudenciales que acogen la visión constitucional del acceso a la reparación y la protección de la familia).

Con respecto al Estado el código en sus arts. 1764 y 1765 dispone la inaplicabilidad de las normas a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria. Estableciendo que se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda (26). La ley 26.944 (promulgada el 07/08/2014) regula la responsabilidad directa y objetiva del Estado Nacional y la de los funcionarios basada en la culpa y fue duramente criticada por la doctrina argentina especializada en daños que la ha denominado muchas veces de la irresponsabilidad del Estado por el sistema que articula y de aplicarse a la situación de emergencia por la pandemia nos llevaría justamente a la irresponsabilidad salvo que planteáramos primero su inconstitucionalidad y luego con base en la igualdad frente a las cargas públicas aplicáramos la teoría de García de Enterría sobre todo frente a situaciones como la ocurrida el viernes de pago

de los jubilados y de asistencia social donde se sacó a la calle al grupo de riesgo ancianos mezclándolo con los jóvenes que reciben un plan asistencial.

Siempre se ha sostenido que debe existir un lazo o vínculo de unión material entre el daño sufrido y la conducta antijurídica, aunque se regula la relación de causalidad, esta dista mucho de ser solo la que se da en el plano físico, sino que es una construcción jurídica, nosotros hablamos de causalidad adecuada (art 1726) y la doctrina habla de presunciones de responsabilidad y presunciones de causalidad. Vemos que en caso de contagio por este virus la inversión de la carga probatoria dispuesta en el Cód. Civ. y Com., art. 1735 es de gran ayuda como el sentido común en las presunciones de que, si un sujeto estaba sano y mantuvo contacto por ejemplo en un viaje por buque con un enfermo positivo y desarrollo la enfermedad en la cuarentena, esta se deberá al haber este sujeto positivo transmitido el virus.

Recordemos que los eximentes comunes son el hecho del damnificado art. 1729, caso fortuito o fuerza mayor art. 1730 (a lo que sumamos Hecho del Príncipe), hecho de un tercero art. 1731 e imposibilidad de cumplimiento art. 1732 y que en el art. 1733 se sistematizan todos los supuestos en los cuales pese a existir imposibilidad de cumplimiento o caso fortuito se responde (27).

permanente se debe indemnizar el daño, aunque el damnificado continúe ejerciendo una tarea remunerada, procede aun cuando otra persona deba prestar alimentos al damnificado (art 1746).

(26) El art. 1766 establece lo propio respecto los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas se rigen por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local, según corresponda.

(27) Art. 1728.— Previsibilidad contractual. En los contratos se responde por las consecuencias que las partes previeron o pudieron haber previsto al momento de su celebración. Cuando existe dolo del deudor, la responsabilidad se fija tomando en cuenta estas consecuencias también al momento del incumplimiento. Art. 1728.— supuestos en los cuales pese a existir imposibilidad de cumplimiento o caso fortuito se responde a) si ha asumido el cumplimiento aunque ocurra un caso fortuito o una imposibilidad; b) si de una disposición legal resulta

Vinculado con el otro elemento de los factores vemos que las diferencias entre la imputación objetiva y subjetiva son claras: en la primera, el deudor o responsable solo se exime demostrando el caso fortuito, el hecho de un tercero, o el hecho de la víctima, o sea solo puede invocar la ruptura del nexo causal, en la segunda, aun en los supuestos en los que la ley presume la culpa, el deudor o responsable se exime mediante la demostración de su falta de culpa (ausencia de culpa).

Con respecto a los factores de atribución en nuestro sistema, en materia de responsabilidad se señala en el art. 1721 que pueden ser tanto objetivos como subjetivos, pero en el supuesto en que no hubiera ninguna previsión legal de carácter objetivo se aplica la culpa como norma de clausura del sistema, hemos criticado esta solución pues creemos que no se puede ignorar la práctica jurisprudencial y doctrinaria Argentina, que revela que la mayoría de los casos tiene relación con factores objetivos lo cual es un signo claro del cambio de los tiempos.

En cuanto a los factores subjetivos, se define a la culpa en el art. 1724 como la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar y comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión, manteniendo la definición conocida y aplicada por la

que no se libera por caso fortuito o por imposibilidad de cumplimiento; c) si está en mora, a no ser que ésta sea indiferente para la producción del caso fortuito o de la imposibilidad de cumplimiento; d) si el caso fortuito o la imposibilidad de cumplimiento sobrevienen por su culpa; e) si el caso fortuito y, en su caso, la imposibilidad de cumplimiento que de él resulta, constituyen una contingencia propia del riesgo de la cosa o la actividad; f) si está obligado a restituir como consecuencia de un hecho ilícito.

doctrina y la jurisprudencia. Con respecto al Dolo, este se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos, comprendiendo dolo directo y el dolo eventual. Vemos y sostenemos que un contagio puede provenir tanto de las caras de la culpa como de ambos tipos de Dolo, creemos que la ignorancia de mi estado de portador no valida al daño y no me exime de indemnizar conforme a las circunstancias del caso.

En cuanto a la valoración de la conducta se establece que, cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la diligencia exigible al agente y la valoración de las consecuencias (28). De esta manera, se asigna a esta regla un doble campo de aplicación: en la culpa y en la causalidad.

También se señala que cuando exista una confianza especial, se deberá tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes; para valorar la conducta no se toma en cuenta la condición especial, o la facultad intelectual de una persona determinada, a no ser en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes y en estos casos se estimará el grado de responsabilidad, por la condición especial del agente.

(28) Art. 1725.— Valoración de la conducta. Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias. Cuando existe una confianza especial, se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes. Para valorar la conducta no se toma en cuenta la condición especial, o la facultad intelectual de una persona determinada, a no ser en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes. En estos casos, se estima el grado de responsabilidad, por la condición especial del agente.

En relación con la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, conforme al art. 1735 como ya dijimos el Juez puede ponderar cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla, se recepta la regla general de la carga dinámica de y debe la prueba. debe comunicarlo a las partes para evitar la afectación de la defensa en juicio.

Ya hemos dicho que también habrá supuestos en los cuales se podrá aplicar obligación de seguridad, el art. 1757 y casos en los que estaremos frente a una responsabilidad grupal arts. 1761 y 1762, otras verdaderamente anónima debido al contagio comunitario o autóctono sin sujeto de referencia, en otros supuestos a una responsabilidad de los agentes, lo que no creemos es que deban quedar daños sin ser reparados, aunque tal vez no de un modo total por la excepcionalidad de la situación, ni que deba el Estado hacer frente a costos que sujetos sin respeto por el otro o por la cosa común

han generado, debe cobrarse los gastos de los operativos y cabe la acción de repetición en cabeza del Estado representando a la Comunidad.

## VI. Reflexión final

Frente a los daños que vulneran la salud y la vida de los habitantes, los jueces deben apreciar adecuadamente las circunstancias del caso, a fin de establecer en el caso concreto, y conforme a derecho a quien le es atribuible la carga de soportar el daño, aplicando para ello todo el plexo normativo que dimana desde nuestra Constitución Nacional, los principios generales del derecho, los Pactos de DH y nuestro Código Civil y Comercial, recordando el interés superior del bienestar general, la importancia de la Prevención y la coexistencia de los intereses colectivos.

Este trabajo forma parte de un libro sobre pandemia y derecho.

# Neurociencias y Derecho

Waldo Sobrino (\*)

**SUMARIO:** I. Advertencia preliminar.— II. Introducción.— III. Neurociencias.— IV. El caso “Phineas Gage”.— V. Neurociencias y la economía del comportamiento.— VI. Neurociencias y derecho.— VII. Neurociencias y proceso judicial.— VIII. Neurociencias y jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.— IX. Neurociencias y los jueces.— X. Neurociencias y derecho penal.— XI. Neurociencia y derecho civil.— XII. Neurociencia y prevención de daños.— XIII. Neurociencia y derecho del consumo.— XIV. Conclusiones.

## I. Advertencia preliminar

De manera preliminar, debemos señalar al amable lector que no somos especialistas en el tema de la *Neurociencias*, sino que apenas somos —como casi nos exigía el maestro Carlos Ghersi— (1) *doctrinarios curiosos e inquietos*.

---

(\*) Doctor en Derecho. Profesor adjunto de Derecho Civil, en la Facultad de Derecho, de la Universidad de Buenos Aires. Director del Posgrado de Seguros y el Código Civil y Comercial, en la Facultad de Derecho, de la Universidad de Buenos Aires. Profesor del Doctorado Internacional, en la materia Consumidores de Seguros, que se dicta en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Autor de “Seguros y el Código Civil y Comercial”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2018, 2ª ed.; “Consumidores de seguros”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2009.

(1) Casual o causalmente, en el momento en que estamos revisando este artículo (1º de agosto de 2019) se cumple exactamente un [1] año de la partida del querido amigo y maestro Carlos Ghersi. Su ausencia se siente cada día más. Su consejo se extraña mucho. Su libertad absoluta de pensamiento, se hace sentir... Pero, también sabemos que Carlos no nos permitiría flaquear o abandonar. Por ello, nuevamente dedicamos este artículo a Carlos, sabiendo que desde algún lado del universo nos está reclamando que sigamos estudiando y que

Por ello, todo lo que seguidamente volcamos son solamente esbozos en nuestra calidad de aprendices, que seguramente serán ampliamente superados por los estudiosos y por los jóvenes doctrinarios.

El estudio de las *Neurociencias* apenas ha comenzado en los últimos años, pero ha llegado para quedarse en forma definitiva.

Y la aplicación al Derecho va a resultar sumamente importante, dado que nos va a brindar un nuevo enfoque del ser humano en general y del cerebro en particular.

## II. Introducción

Los desarrollos que seguidamente realizaremos no van a consistir en un estudio profundo de las *Neurociencias*, dado que no estamos capacitados para ello.

Tan solo queremos fomentar el inicio de estudios doctrinarios para tratar de buscar los vasos comunicantes entre el *derecho*, las

---

profundicemos la senda que él trazó en la doctrina y en la docencia en nuestra querida Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

neurociencias y la economía del comportamiento que nos lleven a un análisis holístico de la temática del Derecho en general y de los consumidores en particular (2).

Como consecuencia de ello es que, a continuación, analizaremos en forma parcial algunas cuestiones que vinculan a las *neurociencias* y el *Derecho*, haciendo foco en su relación con la *toma de decisiones* de las personas.

### III. Neurociencias

*III.1.* Según enseña una de las mentes más brillantes de la actualidad de nuestro país, como es Facundo Manes, "... las neurociencias estudian la organización y el funcionamiento del sistema nervioso y cómo los diferentes elementos del cerebro interactúan y dan origen a la conducta de los seres humanos..." (3).

Asimismo, explica Manes que se trata de un enfoque *multidisciplinario*, dado que el abordaje del estudio del cerebro se realiza con el aporte de neurólogos, psicólogos, psiquiatras, filósofos, lingüistas, biólogos, ingenieros, físicos, matemáticos, etc.

Como consecuencia de ello, es que las neurociencias estudian las emociones, la conciencia, la toma de decisiones y las acciones sociopsicológicas de las personas.

Así enseña Manes que entre algunos de los avances de los estudios que se han

realizado se puede señalar, por ejemplo, la cualidad de las neuronas(4) que pueden regenerarse y establecer nuevas conexiones en algunas partes del cerebro (5).

*III.2.* Es menester señalar que se suele considerar a Paul Broca como uno de los principales impulsores de las neurociencias, cuando en el año 1865, a través de evidencia empírica, realizó importantes estudios del cerebro, a través del conocido caso *Leborgne*, que era una persona que no podía hablar más que unas pocas palabras.

Luego del fallecimiento de Leborgne, Paul Broca estudio su cerebro y descubrió que tenía una lesión en el lóbulo frontal izquierdo, lo que implicó un descubrimiento científico extraordinario, dado que permitió entender la localización de ciertas funciones que tiene el cerebro.

### IV. El caso "Phineas Gage"

*IV.1.* Cita obligada en el estudio de las *neurociencias* es el caso de Phineas Gage que era un capataz de veinticinco años, que pasó a ser reconocido por la ciencia mundial como consecuencia de un grave accidente que tuvo en el año 1848 (6).

Así, mientras se encontraban trabajando con explosivos en el ferrocarril que se estaba construyendo en la zona de Vermont, al noreste de Estados Unidos, se produce una explosión, en virtud de la cual un hierro

(2) SOBRINO, Waldo, "Seguros y el Código Civil y Comercial", Ed. La Ley, 2ª ed. actualizada y ampliada, abril de 2018.

(3) MANES, Facundo - NIRO, Mateo, "Usar el cerebro (Conocer nuestra mente para vivir mejor)", Ed. Planeta, Buenos Aires, 2014, cap. 1 "Las Neurociencias: claves para entender nuestro cerebro", p. 25.

(4) UCHITEL, Osvaldo, "El lenguaje de las Neuronas", Eudeba, Buenos Aires, 2007.

(5) MANES, Facundo - NIRO, Mateo, ob. cit., p. 27.

(6) DAMASIO, Antonio, "El error de Descartes (la emoción, la razón y el cerebro humano), Primera Parte", Ed. Paidós, Buenos Aires, 2016, cap. 1 "Desazón en Vermont", p. 21.

semejante al tamaño de un palo de escoba (7) le penetra por la mejilla izquierda y atraviesa la parte frontal del cráneo (8).

De manera absolutamente sorprendente, Phineas Gage no solo sobrevive al terrible siniestro, sino que además en el aspecto físico su recuperación es excelente, de forma tal que es dado de alta a los dos meses (9).

Las crónicas explican que podía ver, sentir, oír, no tenía problemas con sus extremidades y podía hablar sin ningún tipo de dificultades

Pero, el gran cambio se produjo en la *personalidad* de Phineas Gage, quien pasó de ser un hombre confiable, querido, apreciado y eficiente, a ser una persona antisocial, agresiva, desagradable, mal educada, violento, poco confiable, irascible, provocador y falto de disciplina (10).

---

(7) El hierro que penetró en la cabeza de Gage pesaba cinco kilos y medio, tenía una longitud de un metro y cinco centímetros y un diámetro de dos centímetros y medio.

(8) HEIDERSCHIED, Federico R., "Neurocriminología: el origen de la violencia", Ed. Tribunales, Buenos Aires, 2018, cap. IV, acápite 2) "Caso Phineas Gage", p. 46.

(9) NARVÁEZ MORA, Maribel, "El impacto de la Neurociencia sobre el derecho: el caso de la responsabilidad subjetiva", Revista Telemática de Filosofía del Derecho, 15, del 2012, p. 207, donde explica que fueron tan grandes cambios en la personalidad de Phineas Gage, que se decía que "... ya no es él...".

(10) PEÑA CARLOS, Jhonatan S., "Neurociencia y Derecho. La decisión emocional del Juez en el Proceso Judicial", *Cuadernos Jurídicos Ius et Tribunalis*, año 2, nro. 2, enero-diciembre de 2016, p. 62, donde explica que Phineas Gage "... pasó de ser una persona amable a una persona odiosa, grosera, mal educada, pese a que todas sus capacidades racionales se encontraban normales...".

Tal fue su cambio de personalidad, que fue echado de la empresa de ferrocarriles, trabajó en distintos lugares (de donde también lo despedían rápidamente) y llegó a desempeñarse como atracción de un circo, mostrando sus heridas y el hierro que lo había lastimado (11).

Lo trascendente del caso *Phineas Gage*, desde el punto de vista científico, es que sirvió para estudiar la importancia del *lóbulo frontal* en la *toma de decisiones* de base *emocional*, según estudios realizados, entre otros, por Antonio Damasio (12), que luego fueron continuados por Raine, y que acreditan la relación entre los problemas del *lóbulo frontal* y los comportamientos antisociales, agresivos y violentos (13).

Obvio es señalar que los estudios que se realizaron en la época de *Phineas Gage*, y los que en la misma época efectuaba Paul Broca, solamente se podían realizar después del fallecimiento de los pacientes.

IV.2. En cambio, en la actualidad, uno de los saltos fundamentales en el avance del estudio del cerebro consiste en que ya no se hace solamente el análisis de personas fallecidas, sino que a través de moderna

---

(11) Incluso, Phineas Gage vino a trabajar a Sudamérica por un tiempo, terminando como conductor de diligencias entre Santiago y Valparaíso (Chile).

(12) DAMASIO, Antonio, ob. cit., cap. 1 "Desazón en Vermont", p. 21.

(13) SILVA, Daniel - MERCURIO, Ezequiel - LÓPEZ, Florencia, "Imputabilidad Penal y Neurociencias (la inimputabilidad por razones psiquiátricas a la luz de las neurociencias actuales)", Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2012, p. 127, donde explican que continuando con los estudios de Damasio y Raine, las modernas investigaciones científicas acreditan "... la existencia de disfunciones en la región frontal y temporal del encéfalo en sujetos con grave comportamiento antisocial...".

aparatólogía se puede analizar la actividad cerebral *in vivo* (como se verá más adelante en el caso *Elliot*, a quien Antonio Damasio llamaba un *Phineas Gage moderno*)<sup>(14)</sup>.

De esta manera se pueden realizar estudios y experimentos e ir variándolos de acuerdo con los objetivos de los análisis que se quieran efectuar, pudiendo verificarse no solo el cerebro de una persona en vivo, sino que también pueden hacerse en varias personas simultáneamente.

Ello es explicado por uno de los precursores del análisis de *Neurociencias y Derecho*, en Argentina, como es el prestigioso profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Daniel Pastor<sup>(15)</sup>, cuando enseña —en el recordado ciclo de *Almuerzos Académicos* (realizado en la Facultad de Derecho, UBA, con fecha 7 de julio de 2015)— que en la actualidad se pueden estudiar los cerebros de las personas a través de los aparatos de *resonancia magnética funcional*, que analizan la actividad del cerebro de acuerdo con la oxigenación de las neuronas.

## V. Neurociencias y la economía del comportamiento

V.1. Si bien la *Economía del Conocimiento* viene desarrollándose desde la década del setenta, con los primeros estudios realizados por Daniel Kahneman y Amos Tversky<sup>(16)</sup> es que hace alrededor de diez

años se comenzó a realizar un estudio sistemático en conjunto con las *Neurociencias*.

A uno de los pilares de la *Economía del Comportamiento*, como es el referido a la *toma de decisiones* de las personas, en especial, con el *Sistema 1* y el *Sistema 2*, es que se han agregado las investigaciones derivadas de las *Neurociencias*, que permiten analizar los procesos neurológicos que realizan las personas.

De esta manera se generó lo que algunos denominan *Neuroeconomía*<sup>(17)</sup>, de manera que se puede analizar en forma conjunta la *economía del comportamiento*, con la *toma de decisiones* de las personas y la *neurociencia*<sup>(18)</sup>.

Ello implica un nuevo avance en el estudio tradicional de la economía, dado que en lugar de realizar los análisis a través de inferencias y modelos más teóricos de las personas, es que por medio de las *neurociencias* se tiene acceso directo y experimental a los diferentes procesos y estructuras cerebrales<sup>(19)</sup>.

donde Daniel Kahneman narra que conoció a Amos Tversky en el año 1969, cuando lo invitó a disertar en un Seminario que se realizaba en el Departamento de Psicología de la Universidad Hebrea de Jerusalén.

(17) AROCENA, Gustavo - BALCARCE, Fabián - CESANO, José, "Derecho Penal y Neurociencias", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2015, cap. I "El encuentro entre Neurociencias y Ciencias del Derecho Penal", acápite 12) "Disciplinas neurales y otras ciencias", subacápite b) "Neurociencia y Economía", p. 51

(18) MANES, Facundo - NIRO, Mateo, "El Cerebro del futuro", Ed. Planeta, Buenos Aires, 2018, cap. 7 'Futuro nuestro', acápite "Las claves del cerebro económico", p. 437.

(19) Ver: Diario Judicial, "El derecho no es la única cosa que nos condiciona cuando actuamos", entrevista realizada por Matías Werner al Director

(14) DAMASIO, Antonio, ob. cit., cap. 3 "Un Phineas Gage moderno", p. 55.

(15) HAISSINER, Martín - PASTOR, Daniel, "Neurociencias, tecnologías disruptivas y tribunales digitales", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2019.

(16) KAHNEMAN, Daniel, "Pensar rápido, pensar despacio", Ed. Penguin Random House, Buenos Aires, 2018, p. 15, 'Introducción', acápite 'Orígenes',

Incluso se señala que la *Neuroeconomía* "...utiliza herramientas de las matemáticas como la elaboración de modelos para crear proyecciones y predecir conductas..." (20).

V.2. Como consecuencia de ello, es que algunos autores ven a la *neuroeconomía* como un paso más, donde se conjugan los estudios de la *economía del comportamiento* con más la *neurociencia*, con la finalidad de estudiar los procesos del cerebro de las personas, donde se va a tener muy presente los aspectos emocionales(21) (que antes casi eran dejados de lado, pensando en el arquetipo de *homo economicus* de la *economía tradicional*) (22).

## VI. Neurociencias y derecho

VI.1. Con la visión propia de los sabios, que tienen una mirada omnicomprensiva, en el año 1989, nuestro admirado Carlos Gherzi, en el primer párrafo de su obra *Reparación*

de Daños (23), ya profetizaba respecto a "... la necesidad del auxilio de otras disciplinas..." como la sociología y la psicología, dado que "... la labor interdisciplinaria es ya un hecho incuestionable...".

Ahora, treinta años después, vamos a tratar —aunque de manera incompleta— de seguir con la premisa de Carlos, de un acercamiento del *Derecho* a las *neurociencias* (24).

La íntima relación entre *neurociencias* y *Derecho*(25) puede ser muy fructífera, dado que este nuevo enfoque puede aportar muchas cuestiones de gran importancia para comprender las acciones de las personas (26).

Sin perjuicio de ello, es que entendemos que se deben hacer algunas consideraciones previas.

Por un lado, no hay que caer en un *determinismo absoluto*, donde se piense que a través de las *neurociencias* se puede llegar a predecir con exactitud las conductas de todas las personas.

Y, por otro lado (y quizás más difícil para los hombres de *Derecho*), reconocamos

del Programa de Derecho y Neurociencias de la Universidad Di Tella, Profesor Iván Reidel, publicada con fecha 1º de abril de 2016.

(20) AROCENA, Gustavo - BALCARCE, Fabián - CESANO, José, ob. cit., cap. I "El encuentro entre Neurociencias y Ciencias del Derecho Penal", acápite 12) "Disciplinas neurales y otras ciencias", subacápite b) "Neurociencia y Economía", p. 51, donde explican que la *Neuroeconomía* "... relaciona la toma de ciertas decisiones con la activación de estructuras cerebrales específicas..."; agregando "... y más aún, asocia patrones de activación de decisiones 'emocionales', 'impulsivas' o 'racionales' de los sujetos..."

(21) BALCARCE, Fabián, "Neurociencia: Derecho Penal y Culpabilidad", Ed. Ulpiano, Sucre, 2015, cap. I: 'Algunos conceptos introductorios', acápite VII "Neurociencia y Economía", p. 43.

(22) ACCIARRI, Hugo, "De 'Análisis Económico del Derecho' a 'Derecho, Economía y Comportamiento'. Por qué renovar (y ampliar) la denominación", LA LEY, 2018-C, 1272.

(23) GHERZI, Carlos, "Reparación de Daños", Ed. Universidad, Buenos Aires, 1989, cap. I 'Palabras Preliminares', acápite 1 "La necesidad del auxilio científico de otras disciplinas", p. 19

(24) MANES, Facundo - NIRO, Mateo, "El Cerebro del futuro", ob. cit., cap. 7 'Futuro nuestro', acápite "Neurociencias y Derecho", p. 429.

(25) GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos A., "Neurociencias y Derecho", Ed. Nueva Jurídica, Bogotá, 2016, cap. I "Neurociencias y Derecho", 2ª reimp., p. 91 y ss.

(26) PEÑA CARLOS, Jhonatan S., "Neurociencia y Derecho. La decisión emocional del Juez en el Proceso Judicial", publicado en *Cuadernos Jurídicos Ius et Tribunalis*, 2, año 2, de fecha enero-diciembre de 2016, cap. II "Neurociencia y Derecho", p. 60.

que el *Derecho* no es el centro del universo, ni que vive y desarrolla en forma independiente a otras ciencias.

Al contrario, en Derecho somos muy proclives a las *ficciones legales*, que a veces se pueden utilizar para encontrar ciertas soluciones a problemas o cuestiones determinadas.

Pero, vamos a tener que reconocer que si otras ciencias nos indican que los *presupuestos jurídicos* o las *ficciones legales* están equivocadas, se va a tener que asumir —humildemente— el error de las normas o que la ciencia actual nos está brindando respuestas a cuestiones que antes desconocíamos.

Es que como muy bien enseña Juan Carlos Palmero: "... la neurociencia proyecta sus efectos sobre la totalidad de las ramas o disciplinas del derecho, tanto público como privado...", agregando luego "... no quedando en consecuencia espacio capaz de permanecer libre a una traslación importante de sus diversos avances y comprobaciones empíricas sobre el cerebro y el funcionamiento general del encéfalo..." (27).

VI.2. Con las salvedades antes expuestas, ahora corresponde señalar que la fructífera vinculación e interdependencia entre *Neurociencia* y *Derecho* puede tener aplicación para analizar temas tan disímiles como:

- (i) la *toma de decisiones* de las personas;
- (ii) el análisis del *libre albedrío* vs. el *determinismo*;
- (iii) la *memoria* y la *fiabilidad* de los testigos en las declaraciones judiciales;

(27) PALMERO, Juan Carlos, "Derecho y Neurociencia", publicado en *Anales de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, IJ Editores, de fecha 1 de junio de 2013.

- (iv) la *imposición de penas*;
- (v) la *eficiencia de las normas legales*;
- (vi) la *eficacia de los procesos judiciales*;
- (vii) el *funcionamiento de los tribunales* (*neuromanagement*);
- (viii) la *objetividad e imparcialidad de los jueces*;
- (ix) la *producción de pruebas periciales basadas en las neurociencias*;
- (x) la *imputabilidad de los acusados*;
- (xi) la *asunción de riesgos*;
- (xii) el análisis del *discernimiento, la intención y la libertad en los actos jurídicos*;
- (xiii) las *expectativas de los consumidores*;
- (xiv) la *determinación de los daños cerebrales*;
- (xv) la *cuantificación del daño psíquico*;
- (xvi) el *establecimiento del sufrimiento* (*específico*) en el *daño moral*;
- (xvii) la *predicción de conductas futuras de los criminales*;
- (xviii) el análisis concreto de la *justicia adolescente*;
- (xix) el estudio del *neuromarketing* y su aplicación a los consumidores;
- (xx) la *prevención de accidentes de tránsito*;
- (xxi) las *nuevas maneras eficientes del deber de información, consejo y advertencia*;

VI.3. Así entonces, más adelante iremos analizando algunas de estas cuestiones, intentando estudiar los aportes específicos que la *Neurociencia* (28) puede realizar al *Derecho* (29), tratando —por un lado— que la vinculación de ambas vertientes sea considerada adecuadamente; y —por otro lado— teniendo presente que son dos disciplinas distintas (aunque interdependientes) (30).

## VII. Neurociencias y proceso judicial

VII.1. Entre los aportes de la *neurociencia* puede encontrarse una de las cuestiones más complejas que existen en el *Derecho Procesal*, referida a la *prueba testimonial* y la credibilidad que se le puede asignar a los testigos.

En la antigüedad, en algunos casos, se pretendía buscar la mayor certeza, apelando a un aspecto *cuantitativo*, aplicándose el principio: *Testis unus, testis nullus*, es decir, que no era suficiente la declaración de un solo testigo.

En cambio, en la actualidad, se trata de analizar la *calidad* del testimonio que se brinde en el juicio, donde las *neurociencias* pueden realizar un aporte sustancial (según

explica el eximio procesalista Enrique Falcón) (31).

VII.2. Obvio es señalar que la *veracidad* del testimonio no es un tema menor, ni mucho menos, dado que las consecuencias perjudiciales de una declaración que no es real puede generar graves problemas en los juicios (32).

Así, como bien informa el destacado profesor Francisco Ferrer Arroyo, según un estudio realizado por la Fundación *Proyecto Inocencia* (33), se encuentra acreditado que en más de ciento cincuenta [150] casos se dictaron condenas a personas inocentes, basadas en testimonios equivocados (34).

VII.3. Desde siempre se ha pretendido obtener pruebas científicas que alertaran cuando un testigo falseaba la verdad. Al respecto se debe señalar que los tradicionales *detectores de mentiras* no han resultado muy eficaces, dado que, en el mejor de los casos, su fiabilidad apenas llega al cincuenta por ciento.

(31) FALCÓN, Enrique, "Cuestiones de la prueba de Testigos", cap. III 'La psicología que nos lleva a la percepción y la mentira del Testimonio', donde se enseña que "... la psicología es una de las protociencias que actualmente se va completando y orientando con las investigaciones del cerebro realizadas por las neurociencias...", publicado en el Suplemento de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales', de fecha 12 de marzo de 2015.

(32) GIROTTI, Gloria, "La verdad y la falsedad de los dichos de los testigos", publicado en Suplemento Actualidad, AR/DOC/1193/2014, de fecha 29 de abril de 2014.

(33) Ver: [www.innocencetproject.org](http://www.innocencetproject.org). También, en Argentina se puede consultar: [www.innocence-projectargentina.org](http://www.innocence-projectargentina.org).

(34) FERRER ARROYO, Francisco, "Psicología Jurídica", Ed. Replimedia, Buenos Aires, 2018, 2ª ed., cap. 6 'Psicología del Testimonio', p. 97.

(28) GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos A., "Neurociencias y Derecho", Ed. Nueva Jurídica, Bogotá, Colombia, 2016, 2ª reimp., cap. I «Neurociencias y Derecho», ps. 91 y ss.

(29) PEÑA CARLOS, Jhonatan S., "Neurociencia y Derecho. La decisión emocional del Juez en el Proceso Judicial", publicado en *Cuadernos Jurídicos lus et Tribunalis*, 2, año 2, de fecha enero-diciembre de 2016, cap. II "Neurociencia y Derecho", p. 60.

(30) MANES, Facundo - NIRO, Mateo, "El Cerebro del futuro", Ed. Planeta, Buenos Aires, 2018, cap. 7 'Futuro nuestro', acápite "Neurociencias y Derecho", p. 429.

Sin embargo, en los últimos años, la ciencia ha ido evolucionando a pasos agigantados en esta temática, pudiendo señalarse como un ejemplo de ello la creación de un *software* que analiza las *microexpresiones*, estudiando simultáneamente los cuarenta y cuatro músculos faciales que están relacionados con el engaño, la angustia, la desconfianza y el miedo (35).

Y, más avanzado aún, es la utilización de *Escanners por Resonancia Magnética Funcional*, donde se puede medir la activación de los distintos circuitos neuronales, de manera que se puede ir detectando si la persona que declara está mintiendo, según las zonas del cerebro que se vayan iluminando (36).

Sin perjuicio de los avances realizados, según ciertos autores todavía no se ha llegado a obtener una certeza absoluta respecto a la no falibilidad de los *fMRI* (*functional Magnetic Resonance Imaging*), de forma tal que todavía falta para que pueda tomarse como una prueba indubitable para el análisis de los testimonios (37).

(35) MOLINA GARCÍA, René, "Neurociencia y Proceso Judicial", (dirs.: Taruffo, Michele - Nieva Fenoll, Jordi), Ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2013, cap. "Neurociencia, Neuroética, Derecho y Proceso", p. 70.

(36) LOLAS STEPKE, Fernando - CORNEJO PLAZA, María Isabel, "Neurociencias, neuroética y derecho: culturas epistémicas y comunidades de práctica", cap. VI "Derecho y Neurociencia. Culturas epistémicas y comunidades de práctica", donde hacen referencia a "... la utilización de la neuro-imagenología, a través de escáner y especialmente la técnica de resonancia nuclear magnética funcional, como prueba en juicio...", publicado en el Seminario de 'Jurisprudencia Argentina' de fecha 17 de mayo de 2017.

(37) TARUFFO, Michele, "Neurociencia y Proceso Judicial" (dirs.: Taruffo, Michele - Nieva Fenoll, Jordi), Ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2013, cap. "Proceso

En otra postura más proclive a la utilización de la *neurociencia* en el tema de los testigos, se puede mencionar al gran científico argentino Facundo Manes, que con relación a la *fiabilidad de las declaraciones de los testigos* ha señalado que sobre este tema "... se ocupa con excelentes resultados la neuropsicología del testimonio..." (38).

Incluso Atilio Alterini da cuenta de un caso de una persona inocente que había estado presa durante 22 años por un crimen que alegaba no haber cometido y que luego, merced a la utilización de la *neurociencia*, fue liberada después de la realización de un análisis de la información almacenada en el cerebro (39).

VII.4. Al respecto, Ricardo Lorenzetti cuando disertó en el 'Foro de Políticas de Estado', refiriéndose a las *neurociencias y la ley como componentes de las políticas de Estado* (40)

y Neurociencia. Aspectos Generales", donde explicando la *fMRI* (*functional Magnetic Resonance Imaging*), se señala que "... permite medir la variación de flujos sanguíneos en determinadas áreas del cerebro, provocada por estímulos particulares...", p. 20.

(38) MANES, Facundo - NIRO, Mateo, "Usar el Cerebro (conocer nuestra mente para vivir mejor)", Ed. Planeta, Buenos Aires, 2014, cap. 7 "Futuro nuestro", acápite "Neurociencias y Derecho", p. 430.

(39) ALTERINI, Atilio A., "Rumbos actuales del Derecho de Daños", donde explica que "... la neurociencia, por ejemplo, permitió liberar como inocente a un hombre que había pasado 22 años preso por un homicidio que alegaba no haber cometido, mediante el análisis de la información almacenada en su cerebro respecto del supuesto crimen...". ... Nota 68: Sentencia del juez de distrito de Iowa, Pattawattamie County, Timothy O'Grady, marzo de 2001, 'Harrigton vs. State', citato por Miller, S.E. 'Science Confronts the Law', p. 281..., publicado en LA LEY, de fecha 1º de octubre de 2008.

(40) Ver: [www.cij.gov.ar/nota-27685-Lorenzetti-encabez-un-nuevo-encuentro-del-Foro-de-Politic-as-de-Estado.html](http://www.cij.gov.ar/nota-27685-Lorenzetti-encabez-un-nuevo-encuentro-del-Foro-de-Politic-as-de-Estado.html).

hizo expresa referencia a las cuestiones vinculadas a los *testigos* y las *neurociencias*.

En dicha alocución recordó lo que Facundo Manes habitualmente suele explicar en forma muy gráfica en sus diversas conferencias con relación a la declaración de los testigos, señalando que —por analogía— se los podría asimilar a un *archivo 'Word'* que escribimos un día y que luego lo vamos modificando en días sucesivos (41).

Así el documento *Word* original serían las percepciones verdaderas y primeras del testigo; pero luego, cada vez que va declarando, se van conformando nuevos documentos *Word* que van modificando al original, de manera tal que es muy posible que la última versión del documento *Word* sea bastante diferente al *documento Word original* (42), dado que se producen *distorsiones involuntarias*.

### VIII. Neurociencias y jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

VIII.1. Es muy importante señalar que nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación ya ha tenido oportunidad de utilizar a

(41) HEIDERSCHIED, Federico R., "Neurocriminología: el origen de la violencia", Ed. Tribunales, Buenos Aires, 2018, cap. V, acápite A) "Foro sobre políticas de Estado en la Corte Suprema de Justicia de la Nación: "Las Neurociencias y la ley como componentes de las políticas de Estado", ps. 86 y ss.

(42) En sus conferencias, en forma muy simpática Facundo Manes suele contar la anécdota respecto a la manera en que conoció a su esposa (v.gr. documento word original), señalando que, a lo largo del tiempo y después de contar varias veces dicha historia a distintas personas (v.gr. nuevos documentos word reescritos después de la versión original), un día su esposa le dijo cariñosamente que la historia actual que estaba narrando estaba sumamente alejada de la verdadera manera en que se conocieron...

las *neurociencias* para la resolución de casos de muy difícil análisis, por tratarse de cuestiones científicas muy específicas (43).

Así, en el caso "D. M. A. s/ declaración de incapacidad" (CSJ 376/2013 49-D / CS1), de fecha 7 de Julio de 2015 (44) mandó a realizar una pericia específica al *Instituto de Neurociencias de la Fundación Favalaro*, con la participación del Dr. Facundo Manes.

Se trataba de un caso sumamente delicado y complejo, donde estaba en juego la dignidad de la persona damnificada y donde el tribunal quería tener precisiones respecto al estado del paciente, distinguiendo entre *muerte cerebral*, *estado vegetativo* y '*estado de conciencia mínima*'.

El Sr. M. A. D. había tenido un accidente automovilístico en la Provincia del Neuquén y se encontraba postrado hacía más de veinte años, sin responder a ningún tipo de estímulos y con un traumatismo encéfalo-craneano severo con pérdida del conocimiento, politraumatismos graves y epilepsia postraumática.

Incluso, la particularidad del caso se profundiza porque en nuestro país no está permitida la eutanasia, de manera tal, que se debió estudiar con hondura sobre si a la hidratación y la alimentación artificial se las puede considerar como parte del *tratamiento médico*.

(43) Ver: [www.cij.gov.ar/nota-27685-Lorenzetti-encabez--un-nuevo-encuentro-del-Foro-de-Pol-ticas-de-Estado.html](http://www.cij.gov.ar/nota-27685-Lorenzetti-encabez--un-nuevo-encuentro-del-Foro-de-Pol-ticas-de-Estado.html).

(44) HEIDERSCHIED, Federico R., "Neurocriminología: el origen de la violencia", Ed. Tribunales, Buenos Aires, 2018, cap. V, Punto.3) "Corte Suprema de Justicia de la Nación. El primer antecedente en Argentina donde la Corte solicita el auxilio de las neurociencias", p. 84.

Así, en los Informes médicos se determinó que "... las medidas de alimentación e hidratación que se suministran a M. A. D. '... no tienen la finalidad de recuperar la conciencia [...] sino suplir la función de uno o más órganos o sistemas cuya afectación compromete el pronóstico vital, con el objeto de mantener la vida en un paciente crítico como el de autos...' (fs. 1153)..."

VIII.2. Como consecuencia de todo ello, y basándose, entre otras pruebas, en la pericia realizada por el Instituto de Neurociencias de la Fundación Favalaro, es que la Corte Suprema de Justicia de la Nación tomó la decisión del caso, determinando que se ordenara la supresión de la hidratación y la alimentación enteral.

La trascendencia de esta sentencia "D. M. A. s/ declaración de incapacidad" (CSJ 376/2013 49-D / CS1), de fecha 7 de julio de 2015 (45) de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, radica —entre otras cuestiones— en el reconocimiento explícito de la validez legal e importancia científica que los tribunales pueden otorgar a las pruebas vinculadas con las *neurociencias*.

## IX. Neurociencias y los jueces

Uno de los temas donde la *Neurociencia* puede hacer grandes aportes es el referido a los procesos judiciales y —muy en especial— con relación a los jueces, con la finalidad de estudiar si efectivamente son *imparciales* y *objetivos*; o si —por el contrario— muchas veces dependen de sus emociones y otras circunstancias.

De esta forma explica Facundo Manes que los aportes multidisciplinarios pueden ser trascendentes para estudiar si efectivamente la *toma de decisiones* de los jueces son equitativas y racionales al momento de la resolución de conflictos (46).

Al respecto merece señalarse que, en Argentina, el destacado investigador Iván Reidel de la Universidad Di Tella (junto con la Universidad de Harvard) se encuentra realizando estudios sobre la forma en que los jueces toman decisiones y a veces se alejan de los patrones de análisis que podrían considerarse normales, lógicos y habituales (analizándose los factores que pueden influir en sus conductas) (47).

### IX.1. Las decisiones de los jueces y las neurociencias

La estrecha relación entre razonamiento, emociones, cansancio, etc., de los jueces a la hora de tomar una decisión ha sido analizada de manera experimental por diversos científicos en el extranjero.

Uno de los estudios más resonantes fue el realizado en más de mil casos en tribunales

(46) MANES, Facundo - NIRO, Mateo, "El Cerebro del futuro", Ed. Planeta, Buenos Aires, 2018, cap. 7 "Futuro nuestro", acápite "Neurociencias y Derecho", donde explican que "... hoy los estudios neurocientíficos demuestran el limitado papel que la racionalidad tiene en la mayoría de estos procesos...", agregando que "... n este tema, la indagación acerca la imparcialidad de los jueces en la emisión de decisiones judiciales, resulta central para este trabajo interdisciplinario...", p. 431.

(47) Ver: Diario Judicial, "El derecho no es la única cosa que nos condiciona cuando actuamos", entrevista realizada por Matías Werner al Director del Programa de Derecho y Neurociencias de la Universidad Di Tella, Profesor Iván Reidel, publicada con fecha 1º de abril de 2016.

(45) Ver: [www.cij.gov.ar/nota-27685-Lorenzetti-encabez-un-nuevo-encuentro-del-Foro-de-Pol-ticas-de-Estado.html](http://www.cij.gov.ar/nota-27685-Lorenzetti-encabez-un-nuevo-encuentro-del-Foro-de-Pol-ticas-de-Estado.html).

penales de Israel donde se solicitaba la libertad condicional de las personas detenidas.

El resultado fue impactante, dado que existía una íntima relación entre el momento del día en que el juez analizaba el caso y la decisión que se tomaba al respecto.

Así, se resolvió un sesenta y cinco por ciento (65%) a favor de la libertad, cuando el magistrado recién llegaba al despacho (después de haber desayunado), o inmediatamente después de haber almorzado, o luego de un descanso.

En cambio, fuera de dichos momentos, cuando el juez se encontraba más cansado o con hambre, se rechazaron la mayoría de los pedidos de libertad condicional de los presos.

Una de las explicaciones brindadas por el estudioso doctrinario Francisco Ferrer Arroyo (48), es que luego de alimentarse o descansar, los jueces “reponen recursos cognitivos y adquieren motivación fisiológica” que les permite realizar un razonamiento y análisis más profundo y meditado.

En cambio, cuando los jueces están cansados o poco alimentados, al tener que tomar una decisión, sin realizar un estudio muy detallado, optan por tomar la decisión de la manera menos comprometedora, es decir, rechazando la libertad condicional.

Con relación a estas cuestiones, algunos autores (por ejemplo Jhonatan Samuel Peña

Carlos) (49) proponen la idea de la utilización de la *neurohermenéutica*, es decir, la lectura de la actividad eléctrica del cerebro de los jueces, a través de la *functional Magnetic Resonance Imaging* (50), con la finalidad de medir los flujos sanguíneos en diversas zonas cerebrales.

Reiteramos que, por ahora, se trata de cuestiones técnicas científicas, que aún se encuentran en pleno desarrollo y respecto de las cuales todavía falta avanzar para poder determinar la fiabilidad de estos métodos.

#### IX.2. Funcionamiento de los tribunales y neurociencias

Incluso, sobre el vínculo de las *neurociencias* con los jueces, pero en un tema diferente al que venimos analizando, existen autores que proponen aplicar estas nuevas metodologías al *funcionamiento de los juzgados*.

Así, por ejemplo, el joven estudioso Juan Núñez (51), partiendo de la utilización de

(49) PEÑA CARLOS, Jhonatan S., “Neurociencia y Derecho. La decisión emocional del Juez en el Proceso Judicial”, publicado en Cuadernos Jurídicos lus et Tribunalis, 2, año 2, de fecha enero-diciembre de 2016, cap. V “La decisión emocional del Juez en el Proceso”, p. 70.

(50) TARUFFO, Michele, “Neurociencia y Proceso Judicial” (dirs.: Taruffo, Michele - Nieva Fenoll, Jordi), Ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2013, cap. “Proceso y Neurociencia. Aspectos Generales”, donde explicando la fMRI (functional Magnetic Resonance Imaging), se señala que “... permite medir la variación de flujos sanguíneos en determinadas áreas del cerebro, provocada por estímulos particulares...”, p. 20.

(51) NÚÑEZ, Juan, “La idoneidad gerencial del Juez y el nacimiento de una nueva disciplina vinculada”, donde explica que “... el *neuromanagement* es la aplicación de las neurociencias cognitivas al gerenciamiento y la conducción de organizaciones.

(48) FERRER ARROYO, Francisco, “Psicología Jurídica”, Ed. Replimedia, Buenos Aires, 2018, 2ª ed., cap. 10 “Persuasión Judicial”, acápite IV “Estudiando el mensaje, contenido y la exposición”, ps. 154 y 155.

las *neurociencias* en el *neuromanagement*, y dentro de este campo, propone una cuestión específica para los Tribunales: *Neuromanagement* judicial.

Se trata de una interesante propuesta que deberá ser profundizada, dado que los procesos internos de muchos tribunales siguen siendo, en varias cuestiones, similares a los que se utilizan desde el siglo XIX (e incluso, antes).

Por ello, estos avances científicos, por supuesto, también deben ser tenidos muy en cuenta para mejorar el servicio de justicia para todos los ciudadanos.

### IX.3. Tecnología y cálculos judiciales

Vinculando el tema *sub examine* con la colaboración que la tecnología puede brindar a los jueces, merece destacarse la elaboración de un *software* para el *cálculo de la extinción de la acciones judiciales por prescripción*, elaborado por el Instituto de Neurociencias y Derecho de INECO y la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (con la participación del prof. Daniel Pastor, la ingeniera electrónica Soledad Pano [UBA]; el ingeniero en sistemas Adrián Alonso [UTN]; etc.) (52).

Focaliza en los procesos neurológicos vinculados con la toma de decisiones, el desarrollo de inteligencia individual y de equipos y la planificación y gestión de personas (selección, formación, interacción grupal y liderazgo)...”, publicado en Suplemento Actualidad, AR/DOC/578/2010, de fecha 9 de noviembre de 2010.

(52) HAISSINER, Martín - PASTOR, Daniel, “Neurociencias, Tecnologías disruptivas y Tribunales digitales”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2019, cap. IV “Un ejemplo de resolución computacional: la calculadora de la Prescripción”, ps. 73 y ss.

Así, se desarrolló un sistema para calcular la posible prescripción de las acciones penales, teniendo en cuenta los plazos de cada delito; los actos suspensivos; los hechos interruptivos; los delitos imprescriptibles; *dies a quo* o *dies ad quem*; etcétera.

Se debe señalar que el *software* fue puesto a prueba en distintos cursos de posgrado, utilizando como ejemplo delitos con complejidad de intermedia a alta, con resultados sumamente satisfactorios (53).

## X. Neurociencias y derecho penal

X.1. Con anterioridad habíamos comentado que Carlos Gherzi insistía que el Derecho debía abreviar en otras ciencias, dado que no se trata de un compartimento estanco, sino que es un producto de la cultura de nuestra sociedad.

Y, ya en el Derecho, Carlos solía profundizar el estudio del *Derecho Penal*, ya que en esta rama se suelen realizar importantes análisis del ser humano.

De esta forma, en la vieja obra *Reparación de Daños* (54), para el estudio de la *imputabilidad*, el *discernimiento*, la *voluntad*, la *intención*, la *libertad*, etc., Carlos Gherzi, estudió y citó distinguidos penalistas como Luis Jiménez de Asúa; Enrique Bacigalupo; A. Bunster; José Del Rosal; etcétera.

Y, continuó con dicha premisa en distintos libros, como por ejemplo *Contrato de*

(53) CORVALÁN, Juan Gustavo, “La primera inteligencia artificial predictiva de la Justicia: Prometea”, LA LEY, 2017-E, 1008.

(54) GHERZI, Carlos, “Reparación de Daños”, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1989.

*Seguros* (55), donde se incluye una parte de *Derecho Penal*, que tiene como coautor a una persona que era el gran orgullo de Carlos Ghersi: su hijo *Sebastián Ghersi*.

Siguiendo dicha senda, debemos señalar que, en general, el Derecho Penal es una de las ramas del derecho que más estudia a las personas, su psiquis, su forma de actuar, etc., brindando análisis que muchas veces son utilizados por otras ramas del derecho.

Y, en el caso específico de las *neurociencias* sucede algo análogo, dado que los penalistas han avanzado y profundizado mucho en esta nueva temática, llegando muchas veces a animarse a replantear cuestiones que eran tomadas como *verdades inmodificables*.

A continuación haremos algunos breves comentarios respecto a la relación entre las *neurociencias* y el *Derecho Penal*, pero volviendo a reiterar que de la misma manera que en el ámbito de las *neurociencias* somos apenas unos aprendices curiosos, con respecto al *Derecho Penal* somos unos ignorantes inquietos.

Así, como uno de los grandes temas, la utilización de las *neurociencias* al analizar la estructura y el funcionamiento del cerebro tiene grandes repercusiones en el Derecho Penal, dado que algunos autores se han llegado a replantear el tema de la *imputabilidad* de las personas (56).

## X.2. *Libre albedrío versus determinismo* (Benjamin Libet)

X.2.a. Habitualmente, el Derecho tradicional suele plantear como principio general la existencia del *libre albedrío*, en virtud del cual la persona es plenamente consciente de sus actos y —como consecuencia de ello— debe ser imputable de los delitos que comete.

Esta postura sufrió un fuerte embate en los últimos años, en especial, por los estudios del *neurofisiólogo Benjamin Libet* (Universidad de California), quien realizó varios experimentos que llegaron a poner en duda la existencia del *libre albedrío*.

En sus famosos experimentos Libet demostró que *eventos cerebrales inconscientes* preceden en un lapso variable (que puede ser entre 0,3 hasta varios segundos) a la *sensación consciente* de tomar una *decisión voluntaria* (como por ejemplo, apretar un botón).

De esta manera, al señalar Libet que *la acción intencional se inicia inconscientemente* (57) comenzó a gestarse la corriente del *determinismo*, en el sentido que podría no existir el *libre albedrío*.

Por ello algunos autores sostienen que la libertad de acción es una mera ilusión, dado que *las acciones comienzan en procesos mentales inconscientes*, incluso mucho antes de que el individuo sea consciente de la intención de actuar (58). El psicólogo Wolfand Prinz

(55) GHERSI, Carlos, "Contrato de Seguros" (Colabs.) Julio Báez, Sebastián Ghersi y Celia Weingarten, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2007.

(56) PEÑA CARLOS, Jhonatan S., "Neurociencia y Derecho. La decisión emocional del Juez en el Proceso Judicial", publicado en *Cuadernos Jurídicos lus et Tribunalis*, 2, año 2, de fecha enero-diciembre de 2016, cap. 1 "Introducción", p. 60.

(57) AROCENA, Gustavo - BALCARCE, Fabián - CESANO, José, "Derecho Penal y Neurociencias", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2015, cap. I "El encuentro entre Neurociencias y Ciencias del Derecho Penal", acápite 4) "Algunas aproximaciones a la ciencia neural", p. 37.

(58) GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos A., «Neurociencias y Derecho», Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá,

llegó a sostener que “no hacemos lo que queremos, queremos lo que hacemos” (59).

Esta tesis llevada a un extremo podría llegar a establecer que, al no existir el libre albedrío, no solo los criminales no serían imputables (60), sino que se podría llegar a razonar que ninguna persona tendrían actos realmente voluntarios (61).

X.2.b. Esto ha llevado a casos extremos, donde para tratar de defender al acusado, en el caso “People State New York vs.

---

Colombia, 2016, 2ª reimp., acáp. 2 “Estudios recientes, posteriores a los realizados por Benjamin Libet, que nuevamente cuestionan el libre albedrío”, p. 59.

(59) BALCARCE, Fabián, “Neurociencia, Derecho Penal y Culpabilidad”, Ulpiano Editores, Sucre, Bolivia, 2015, cap. III: ‘La Culpabilidad después de las Neurociencias’, p. 110.

(60) HEIDERSCHIED, Federico R., “Neurocriminología: el origen de la violencia”, Ed. Tribunales, Buenos Aires, 2018, donde citando a Martínez Raine explica que el hecho que a través de las neurociencias se pueden encontrar las causas de la violencia, si bien no debería exculpar absolutamente a las personas, por lo menos quizás tendría que establecer que no es totalmente responsable, de forma tal que habría que internar a los condenados en instituciones que no sean estrictamente cárceles, donde se tenga una óptica más terapéutica que punitiva. Agregando que “... de hecho, ya hay en ciertas prisiones métodos de meditación con conciencia plena o ‘mindfulness’ para modificar la estructura del cerebro de los presos...”, p. 22.

(61) ARCE AGGEO, Miguel Ángel, “Libre Albedrío vs. Determinismo. El debate que se plantea acerca de la voluntad criminal”, publicado en el Suplemento Actualidad, AR/DOC/1033/2011, de fecha 14 de abril de 2011. SGARBI, Adrián, “La hipótesis de la Libertad frente al desafío de la Neurociencia”, publicado en Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 36 [2013], ps. 479 a 506, España, cap. I “¿Personas como ordenadores?”, donde expone como crítica al determinismo que “... parece poner en duda la libertad humana y, en último análisis, la propia utilidad de las normas...”, p. 481.

Herbert Weinstein” (62), la estrategia fue demostrar a través de *Resonancias Magnéticas funcionales* que fueron los *defectos del cerebro* los generadores del *origen del acto violento*, alegando que un *quistes aracnoideo del lóbulo frontal* fue el que causó la conducta criminal (63).

De esta forma, metafóricamente, la defensa pretendió sostener: “yo no hice esto, fue mi cerebro” (64).

Los estudios de Benjamín Libet y los que posteriormente se continuaron realizando con tomografías de positrones (PET), Imagen por Resonancia Magnética funcional (escáner cerebral) y Tractografías (65),

---

(62) Suprema Corte de Nueva York, “People State New York vs. Herbert Weinstein” de fecha 8 de octubre de 1992, donde se juzgó el caso de Herbert Weinstein de 65 años de edad que estranguló a su mujer Bárbara y que para tratar de ocultar el asesinato la tiró desde un piso doce, tratando de simular un suicidio.

(63) SGARBI, Adrián, “La hipótesis de la Libertad frente al desafío de la Neurociencia”, publicado en Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 36 [2013], España, cap. I “¿Personas como ordenadores?”, donde se señala que merced a los alegatos expuestos “...el acusado fue condenado con una reducción de pena...”, agregándose que “...a partir de este caso, la pericia de neurocientíficos es frecuente en otros procesos, sobre todo norteamericanos...”, p. 491.

(64) Los autores que no están de acuerdo con dicha postura determinista (por ejemplo, S. J. Morse) suelen contestar: “... los cerebros no cometen delitos, las personas sí...” (citado por SGARBI, Adrián, “La hipótesis de la Libertad frente al desafío de la Neurociencia”, publicado en Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 36 [2013], España, p. 503.

(65) MARINO, Julián - JALDO, Rodrigo - ARIAS, Juan Cruz - SADANIOWSKI, Alejandra, “Neuropsicología Cognitiva Tractográfica (Técnicas, capacidades y procesos)”, publicado neurochubut.org/wp-content/uploads/2018/03/Neuropsicología-Cognitiva-Tractográfica.pdf.

muestran la existencia de *actos preparatorios inconscientes*, previos a los actos conscientes, que no deben llevarnos a entender la existencia de un *determinismo neolombrosiano* (66).

X.2.c. Por ello existe una importante cantidad de doctrinarios (entre otros: Eduardo Demetrio Crespo) (67), que proponen una alternativa equilibrada y ecléctica que denominaron “compatibilismo humanista”, que busca ser un análisis equidistante entre el *libre albedrío indeterminista* y el *neurodeterminismo extremo*.

X.2.d. Al respecto, es pertinente recordar lo expresado por Ricardo Lorenzetti (68) en el ‘Foro de Políticas de Estado’, al referirse a las *neurociencias y la ley como componentes de las políticas de Estado*, cuando analizaba el tema del *libre albedrío* desde la perspectiva del Derecho.

Allí sostenía que muchas de las conductas de las personas que cometen delitos se encuentran influenciadas por el *entorno*, la *infancia*, el *uso de medicación*, la *educación*,

(66) MARCO FRANCIA, María Pilar, “Neurociencias, sistemas neuroendocrino, Derecho Penal y abusos sexuales en la infancia”, publicado en Suplemento Penal del mes de agosto de 2018, donde con relación al Determinismo Biológico, explica que “... indudablemente las cuestiones biológicas influyen en el comportamiento, pero no podemos realizar una atribución causal, como máximo podríamos hablar de concausa...”

(67) CRESPO, Eduardo D., “Neurociencias y Derecho Penal”, Ed. Ibdef, Buenos Aires, 2017, cap. II “Compatibilismo Humanista: una propuesta de conciliación entre Neurociencias y Derecho Penal”, acápite.4) “Compatibilismo Humanista y Responsabilidad Penal”, p. 89.

(68) Ver: [www.cij.gov.ar/nota-27685-Lorenzetti-encabez-un-nuevo-encuentro-del-Foro-de-Pol-ticas-de-Estado.html](http://www.cij.gov.ar/nota-27685-Lorenzetti-encabez-un-nuevo-encuentro-del-Foro-de-Pol-ticas-de-Estado.html).

etc., que pueden llegar a determinar ciertas pautas de conducta, que limitarían el *libre albedrío* (según la opinión de algunos científicos).

Pero, agregaba Lorenzetti, que si bien el Derecho tiene una vinculación con las *neurociencias*, también es menester resaltar que tiene sus *propias categorías*, dado que se juzga el *acto en particular* (y no las relaciones neuronales) (69).

Ello es así, dado que el Derecho no apunta prioritariamente al análisis del cerebro de las personas, sino que tiene como objetivo dictar *justicia* en cada caso en particular.

X.2.e. Como conclusión de lo que venimos analizando, podemos señalar que se trata de un camino que apenas se está comenzando a transitar y donde se debe analizar el aporte de las *neurociencias* en el estudio del *libre albedrío*, la *toma de decisiones*, los *actos voluntarios* y la *libertad* de decisión de las personas, etc., para volver a estudiar y analizar las bases de nuestro Derecho en general.

Esto debe hacernos repensar acerca de si los *actos voluntarios* son realmente tan libres y conscientes como se pensó durante muchos años (70), en especial — como veremos

(69) UCHITEL, Osvaldo, “El lenguaje de las Neuronas”, Eudeba, Buenos Aires, 2007.

(70) Hay penalistas como Gerardo Laveaga que entienden que en un futuro próximo el Derecho Penal va a cambiar radicalmente, en particular, con referencia a las penas y las cárceles. Así, sostiene que como muchos delitos son cometidos porque la persona tenía un exceso de cortisol, u oxitocina u otro compuesto químico, es que la resocialización se podrá pensar desde la perspectiva de agregar o quitar los químicos, en lugar de internarlo en una cárcel (Ver: [www.youtube.com/watch?v=Md4PpPRI0wM](http://www.youtube.com/watch?v=Md4PpPRI0wM)).

más adelante— con relación a las conductas de los *consumidores* (71).

Por ello, es pertinente lo explicado por el profesor Jordi Nieva Fenoll (72) en el sentido que "... existe la libertad, pero no es como creíamos...".

## XI. Neurociencia y derecho civil

XI.1. El *impacto profundo* de las *neurociencias* en el Derecho, en general, y en el Derecho Civil, en particular, va a tener fuertes repercusiones y producir grandes cambios, a los cuales debemos recibir con la *mente abierta*, dado que, como bien profetiza Facundo Manes: "... la ley y la Justicia... podrán adecuar sus disposiciones en todo aquello que se vea alcanzado por nuevos conocimientos neurocientíficos rigurosos..." (73).

Por ello, el profesor de vanguardia Horario Granero escribió un artículo cuyo título nos resume claramente nuestro *futuro inmediato*: "La Neurociencia y el desafío del Derecho Civil" (74).

XI.2. Si bien todavía es temprano para sacar conclusiones, teniendo en cuenta lo enseñado por Daniel Kahneman (respecto

(71) SOBRINO, Waldo, "¿Existe el Contrato de Consumo?", LA LEY, 2019-A, 947. SOBRINO, Waldo, "¿Contratos de Consumo o Vínculos de Consumo?", publicado en LA LEY de fecha 16 de julio de 2019.

(72) NIEVA FENOLL, Jordi, "Neurociencia y Proceso Judicial" (dirs. Taruffo, Michele - Nieva Fenoll, Jordi), Ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2013, cap. "Proceso Judicial y Neurociencia: una revisión conceptual del Derecho Procesal", p. 182.

(73) MANES, Facundo - NIRO, Mateo, "El Cerebro del futuro", Ed. Planeta, Buenos Aires, 2018, cap. 7 "Futuro nuestro", acápite "Neurociencias y Derecho", p. 429.

(74) GRANERO, Horacio, "La Neurociencia y el desafío del Derecho Civil", publicado en EIDial.com.

al 'Sistema 1' y 'Sistema 2') (75); Antonio Damasio (con relación a los 'Marcadores Somáticos') (76); Benjamín Libet (sobre que *la acción intencional se inicia inconscientemente*) (77), etc., vamos a tener que replantearnos muchas cuestiones legales.

Así, por ejemplo, debemos volver a analizar: el *discernimiento*, la *intención*, la *libertad*, la *capacidad de las personas*; los *actos jurídicos*; la *responsabilidad subjetiva*; las *causales de eximición de responsabilidad*; la *aceptación de riesgos*; el *consentimiento*; el *asentimiento*; los *contratos*; la *autonomía de la voluntad*, etcétera.

Por ello, Adrián Sgarbi (78) señala que "... la neurociencia aparece en los discursos de los tribunales, para poner en cuestión la existencia de la libertad humana, ya sea en

(75) KAHNEMAN, Daniel, "Pensar rápido, pensar despacio", Ed. Penguin-Random House, Buenos Aires, 2018.

(76) DAMASIO, Antonio, ob. cit., Segunda Parte, cap. 8 "La hipótesis del Marcador Somático", ps. 196 y ss. MÁRQUEZ, María del Rocío - SALGUERO, Pilar - PAINO, Susana - ALAMEDA, José R., "La hipótesis del Marcador Somático y su nivel de incidencia en el proceso de toma de decisiones", publicado en Revista Electrónica de Metodología Aplicada, 1, Vol. 18, 2013, p. 21.

(77) AROCENA, Gustavo - BALCARCE, Fabián - CESANO, José, "Derecho Penal y Neurociencias", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2015, cap. I "El encuentro entre Neurociencias y Ciencias del Derecho Penal", acápite 4) "Algunas aproximaciones a la ciencia neural", p. 37. GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos A., "Neurociencias y Derecho", Ed. Nueva Jurídica, Bogotá, Colombia, 2016, 2ª reimp., acápite 2 "Estudios recientes, posteriores a los realizados por Benjamín Libet, que nuevamente cuestionan el libre albedrío", p. 59.

(78) SGARBI, Adrián, "La hipótesis de la Libertad frente al desafío de la Neurociencia", publicado en Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 36 [2013], ps. 479 a 506, España, cap. I "¿Personas como ordenadores?", p. 480.

casos que involucran el derecho civil o el derecho penal...”.

Algunos de dichos tópicos los analizaremos al desarrollar el tema de las *Neurociencias y el Derecho del Consumo* (79) (o, teniendo en cuenta lo antes visto, quizás pensar en realizar ciertas analogías más amplias y directas con la categoría de “subconsumidores” o “hipervulnerables”) (80).

### XI.3. Actos jurídicos

El art. 260 del Cód. Civ. y Com., referido “Acto Jurídico” establece que “... el acto voluntario es el ejecutado con discernimiento, intención y libertad, que se manifiesta por un hecho exterior...”.

Asimismo, en los “Fundamentos” se señala en forma expresa que con relación a la *teoría general de los hechos y actos jurídicos* regulados en el Código Civil y Comercial “... se mantiene en una constante tradición nacional (art. 896, Cód.Civil...)...”, de manera tal que se siguen las pautas marcadas por Dalmacio Vélez Sarsfield, a partir del año 1871.

Y al respecto corresponde recordar lo enseñado por uno de los profesores que más

está comprometido con el crecimiento y el mantenimiento del prestigio de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, como es nuestro amigo Ricardo Rabinovich Berkman (81), cuando explica que en el tema de *hechos y actos jurídicos* Dalmacio Vélez Sarsfield siguió las pautas del Derecho Romano a través del romanista Ortolán.

Entendemos que dichas concepciones que originariamente fueron elaboradas hace alrededor de 2000 años, deben ser reanalizadas y nuevamente estudiadas a la luz de los aportes que nos brindan las *neurociencias*.

Con su lucidez habitual, el profesor Fernando Shina (82) analiza esta cuestión, y teniendo en cuenta que la *autonomía de la voluntad* es una quimera, plantea si no se debería pensar que se trata de “actos cuasi voluntarios”, donde “... el discernimiento, la intención y la libertad tienen una intensidad menor de lo que hasta ahora se pensó...”.

Y a ello se le deben agregar los nuevos estudios realizados y desarrollados en la parte de *Neurociencias y Derecho Penal*, donde con fundamentos científicos se pone en tela de juicio si efectivamente existen los *actos voluntarios* con las características que los conocemos tradicionalmente.

Incluso estos temas van a tener que ser profundizados mucho más en el ámbito de los *consumidores*, dado que a todo lo

(79) SOBRINO, Waldo, “¿Existe el Contrato de Consumo?”, LA LEY, 2019-A, 947. SOBRINO, Waldo, “¿Contratos de Consumo o Vínculos de Consumo?”, publicado en LA LEY de fecha 16 de julio de 2019.

(80) ARIAS, María Paula - URRUTIA, Liliana, “Protección jurídica de los Subconsumidores (consumidores especialmente vulnerables —con referencia al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación—)”, Ed. Juris, Rosario, 2017. BAROCELLI, Sergio, “Los Consumidores Hipervulnerables en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor”, en Comentarios al Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor (Homenaje a Rubén S. Stiglitz), dirs.: Fulvio Santarelli y Alejandro Chamatropulos, Ed. La Ley, marzo de 2019, ps. 47 y ss.

(81) RABINOVICH BERKMAN, Ricardo, “Derecho Civil. Parte General”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2011, 2ª ed. actualizada, cap. XII, parág. 80 Hecho Jurídico, ps. 345 y ss.

(82) SHINA, Fernando, “Nuevas tendencias en materia de Contratos. Hacia un Contrato menos libre, pero más justo”, publicado en Microjuris.com.

enseñado por Kanheman (83) y Thaler (84), también se deben sumar los aportes científicos de Manes (85), Damasio (86) y Libet (87).

Es por ello que con toda lógica en esta senda se encuentra Fabián Balcarce (88), cuando, al estudiar la repercusión de la *neurociencias* en el *Derecho Penal*, expresa que "... el impacto no sería muy diferente para el Derecho Civil, ya que la teoría del acto jurídico se basa en el concepto de autoterminación...".

Así, como vamos a desarrollar más adelante, en el tema del *Daño* sufrido por una persona las *neurociencias* pueden llegar a ser de suma utilidad.

Al respecto, Facundo Manes (89) explica que un tema tan *subjetivo* como el *dolor*

*percibido*, muchas veces es *objetivado* por el Derecho a la hora de indemnizar o aplicar penas.

Por ello, Manes señala que hay muy importantes avances para una posible "medición del sufrimiento humano", que servirían para estimar con mayor precisión los *resarcimientos de daños* y la *imposición de penas*.

Como consecuencia de ello, es que seguidamente analizaremos someramente los aportes que las *neurociencias* pueden brindar para la estimación de daños de las personas (ora en el *daño psiquiátrico*; ora en el *daño físico*; ora en el *daño moral*; etc.).

#### XI.4. Determinación del daño psiquiátrico

Uno de los aportes inmediatos que brindan las *neurociencias* vinculadas con las *indemnizaciones* propias del Derecho Civil es su mayor precisión y rigor técnico para poder establecer la existencia de un *daño cerebral* que puede repercutir en un *daño psiquiátrico* (90).

En efecto, a través de la moderna tecnología (v.gr. tomografías de positrones [PET], Imagen por Resonancia Magnética

(83) KAHNEMAN, Daniel, "Pensar rápido, pensar despacio", Ed. Penguin-Random House, Buenos Aires, 2018.

(84) THALER, Richard - SUNSTEIN, Cass, "Un pequeño empujón ('Nudge'), 'Introducción', apartado 'Humanos y Econs: porqué pueden servir de ayuda los nudges'", Ed. Taurus, Buenos Aires, 2018, p. 21.

(85) MANES, Facundo - NIRO, Mateo, ob. cit., p. 25.

(86) DAMASIO, Antonio, ob. cit., Segunda Parte, 8 "La hipótesis del Marcador Somático", ps. 196 y ss.

(87) GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos A., «Neurociencias y Derecho», Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, Colombia, 2016, 2ª reimp., acáp. 2 «Estudios recientes, posteriores a los realizados por Benjamín Libet, que nuevamente cuestionan el libre albedrío», p. 59.

(88) BALCARCE, Fabián, "Neurociencia, Derecho Penal y Culpabilidad", Ulpiano Editores, Sucre, Bolivia, 2015, cap. III: "La Culpabilidad después de las Neurociencias", p. 108.

(89) MANES, Facundo - NIRO, Mateo, "El Cerebro del futuro", Ed. Planeta, Buenos Aires, 2018, cap. 7 "Futuro nuestro", acápite "Neurociencias y Derecho", donde explican que "...determinar de manera

más exacta el sufrimiento causado por los traumas implicaría mejorar la relación de proporcionalidad entre las consecuencias ocasionadas por un hecho y las consecuencias de la punición por ese hecho...", p. 432.

(90) ALFERILLO, Pascual, "Reflexiones en torno al concepto de Daño y su clasificación", donde dentro del rubro de "Deterioro de la Psiquis", incluye: (i) Daños Neurológico; (ii) Daño Psiquiátrico; y (iii) Daños Psicológico, publicado en la Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, 4, del mes de abril de 2019.

funcional; tractografías; etc.) (91) se pueden establecer los daños en el cerebro que puede llegar a tener la víctima de un siniestro.

Así entonces con estas modernas pruebas científicas, los jueces van a poder establecer el *quantum* de las reparaciones civiles basándose en acreditaciones concretas en la *propia persona damnificada*, que se obtienen a través de procedimientos vinculados con la *neurociencia* (92).

#### XI.5. Estimación del daño físico

Es pertinente recordar que el *daño*, tanto físico como moral, es una cuestión estrictamente *subjetiva* que se encuentra estrechamente vinculada con el cerebro; es decir, con la percepción de la persona damnificada (93).

Así, si bien todavía no existen pruebas concluyentes e irrefutables, corresponde señalar que las *neurociencias*, a través del estudio del *cerebro*, pueden llegar a aportar

pruebas importantes para establecer la magnitud del dolor físico.

En efecto, mediante la *neurociencia* se pueden obtener *imágenes computarizadas* donde se detectan las regiones de cerebro que se activan ante estímulos del dolor físico, por ejemplo, por la quebradura de un hueso o las quemaduras en la piel, etcétera.

Como consecuencia de ello, a través de las imágenes que se pueden obtener del cerebro se puede medir el dolor que *subjetivamente* sufre la persona en particular, a través de los procedimientos técnicos y *objetivos* antes señalados.

#### XI.6. Valoración del daño moral

Por los mismos fundamentos y con las mismas restricciones antes señaladas, también las imágenes podrían colaborar en estimar la magnitud del *daño moral*, según explica Alferillo (94).

Así, en la cuestión de la determinación del *daño moral*, que es de estricto tinte *subjetivo*, dado que a cada persona le puede impactar de manera diferente, la utilización de imágenes podría aportar otro elemento de prueba muy interesante para el juez (95) que, com-

(91) MARINO, Julián - JALDO, Rodrigo - ARIAS, Juan Cruz - SADANIOWSKI, Alejandra, "Neuropsicología Cognitiva Tractográfica (Técnicas, capacidades y procesos)", publicado [neurochubut.org/wp-content/uploads/2018/03/Neuropsicología-Cognitiva-Tractográfica.pdf](http://neurochubut.org/wp-content/uploads/2018/03/Neuropsicología-Cognitiva-Tractográfica.pdf).

(92) LOLAS STEPKE, Fernando - CORNEJO PLAZA, María Isabel, "Neurociencias, neuroética y derecho: culturas epistémicas y comunidades de práctica", donde explican que "... como las neurociencias proveen herramientas para detectar y clasificar una lesión cerebral y dar un pronóstico, se han incrementado las demandas referidas a las lesiones de este tipo..."; publicado en el Seminario de Jurisprudencia Argentina de fecha 17 de mayo de 2017.

(93) JUNOY, Joan Picó, "Neurociencia y Proceso Judicial" (dirs.: Taruffo, Michele - Nieva Fenoll, Jordi), Ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2013, cap. "Prueba del Dolor", ps. 83 y ss.

(94) ALFERILLO, Pascual, "Reflexiones en torno al concepto de Daño y su clasificación", acáp. IX, donde explica que para la determinación del daño moral, se pueden utilizar las técnicas de la neurociencia, publicado en la Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, 4, del mes de abril de 2019.

(95) LOLAS STEPKE, Fernando - CORNEJO PLAZA, María Isabel, "Neurociencias, neuroética y derecho: culturas epistémicas y comunidades de práctica", donde señalan que "... las neurociencias proporcionan evidencias que podría alterar el modo en que se define el daño, por ejemplo del dolor, pena, aflicción —todas experiencias subjetivas— que requieren un factor común de objetivación...";

plementado con otras pruebas, puede brindar un panorama más abarcativo.

Por ello, es pertinente recordar que lo enseñado por el destacado investigador Daniel Pastor, cuando disertó en el *Ciclo de Almuerzos Académicos* de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, con fecha 07/07/2015, en el sentido que las imágenes que se obtienen a través de los estudios de las *neurociencias* pueden colaborar para la medición del sufrimiento de las personas (96).

## XII. Neurociencia y prevención de daños

Es menester resaltar que también se están estudiando las *neurociencias* como una manera de *prevenir daños* y también —con las limitaciones del caso— tratar de *predecir conductas dañosas futuras*.

### XII.1. Prevención de accidentes de tránsito

El precursor de la aplicación de las *neurociencias* en temas vinculados con *accidentes de tránsito*, en nuestro país, es el joven y estudioso profesor Iván Reidel (97), cuya hipótesis de trabajo es que en la radio de los automóviles se escucha un “tipo de música y publicidad que probablemente nos hace cometer más accidentes de tránsito”, dado que parecería ser que la *música de mayor*

*ritmo* haría que el cerebro tenga una propensión a *utilizar velocidades más elevadas* (y *cometer más faltas de tránsito*).

Si bien por ahora se trata de una hipótesis de trabajo, podría tratarse de una forma sencilla y económica (una especie de *nudge*) (98), que podría utilizarse en ciertas radios que tienen las propias autopistas (por ejemplo, sucede en la Ruta 2), para tratar de disminuir accidentes de tránsito.

### XII.2. Prevención de reincidencia

Este es un tema muy delicado, pero que debería profundizarse, en el sentido de estudiar a través de la *neurociencia* la *predisposición a reincidir* o *cometer nuevos delitos* que tienen las personas a quienes se les otorga la *libertad condicional* o que cumplen sus condenas.

Si bien todavía se trata de un tema que se está desarrollando, las *neurociencias*, complementadas con otros varios estudios del propio recluso y de su comportamiento en la cárcel, podrían ser un indicio importante para evaluar si se le puede otorgar una *libertad anticipada*, o *prisión domiciliaria*, o *libertad condicional*, etc. (99).

(98) THALER, Richard - SUNSTEIN, Cass, “Un pequeño empujón (‘Nudge’), ‘Introducción’, apartado ‘Humanos y Econs: porqué pueden servir de ayuda los nudges’”, Ed. Taurus, Buenos Aires, 2018, p. 21.

(99) LOLAS STEPKE, Fernando - CORNEJO PLAZA, María Isabel, “Neurociencias, neuroética y derecho: culturas epistémicas y comunidades de práctica”, cap. VI ‘Derecho y Neurociencia. Culturas epistémicas y comunidades de práctica’, donde bajo el título de “Comportamiento futuro. Evaluación de la peligrosidad del individuo”, explican que las *neurociencias* son muy importantes para determinar la pena, o la reducción de la condena, la rehabilitación o la reinserción de las personas que se encuentran

publicado en el Seminario de Jurisprudencia Argentina de 17 de mayo de 2017,

(96) PASTOR, Daniel, en el ciclo de Almuerzos Académicos, realizado en la Sala de Profesores, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, de 7 de julio de 2015.

(97) Ver: Diario Judicial, “El derecho no es la única cosa que nos condiciona cuando actuamos”, entrevista realizada por Matías Werner al Director del Programa de Derecho y Neurociencias de la Universidad Di Tella, Profesor Iván Reidel, publicada el día 1º de abril de 2016.

En esta senda se encuentra Federico Heiderscheid (100) que propone la creación del “Instituto Nacional de Neurocriminología y Ciencia”, con una conformación multidisciplinaria de médicos, neurólogos, criminólogos, psiquiatras, científicos, psicólogos, etc., donde existirían distintas áreas de “Neurocriminología; Criminología; Psicología Cognitiva Conductual; Psicobiología; Psicofisiología; Neuroimagen”, etcétera.

Así, abrevando en experiencias extranjeras, Iván Reidel (101) comenta la existencia de un interesante estudio llamado “Neuropredicción de rearresto futuro”, realizado por un grupo de investigadores de Estados Unidos donde, merced a las *neuroimágenes* con resonancias magnéticas de los reclusos y la utilización de las *neurociencias*, pudieron llegar a predecir la probabilidad de volver a cometer delitos.

Lo interesante es que después de varios años los investigadores concluyeron en que este sistema de análisis llegó a predecir las eventuales conductas futuras de reincidencia con mucha mayor efectividad que los métodos tradicionales.

---

en procesos penales o encarceladas, agregando que las neurociencias son trascendentes también para “... el otorgamiento de libertad bajo fianza, al menos en el sistema norteamericano...”, publicado en el Semanario de Jurisprudencia Argentina de 17 de mayo de 2017.

(100) HEIDERSCHIED, Federico R., “Neurocriminología: el origen de la violencia”, Ed. Tribunales, Buenos Aires, 2018, cap. VII ‘Régimen Penitenciario y reinserción social de los internos’, p. 101.

(101) Ver: Diario Judicial, “El derecho no es la única cosa que nos condiciona cuando actuamos”, entrevista realizada por Matías Werner al Director del Programa de Derecho y Neurociencias de la Universidad Di Tella, Profesor Iván Reidel, publ. con fecha 1º de abril de 2016.

### XIII. Neurociencia y derecho del consumo

XIII.1. El desarrollo de las consecuencias de las *neurociencias* en el ámbito del *Derecho de Consumo* (102), estimamos que va a ser uno de los temas que cambiarán el paradigma vigente en el futuro.

En efecto, según venimos desarrollando, en los últimos años se produjeron importantes cambios de criterio (que parecía inmodificable), donde los científicos acreditan experimentalmente que muchas de las *teorías* que repetíamos los hombres de derecho (como si fueran verdades sagradas) realmente no lo eran.

Entre algunas de ellas, podemos recordar las siguientes:

– *Toma de decisiones NO racionales.*

– *Los contratos no suelen ser leídos.*

– *Aplicación de las neurociencias.*

– *Toma de decisiones NO racionales.*

Por un lado, recordamos lo enseñando por diversos autores extranjeros Daniel Kahneman (103), George Akerlof y Robert Shiller (104), Richard Thaler (105), etc.; y

---

(102) SOBRINO, Waldo, “¿Existe el Contrato de Consumo?”, op. cit. SOBRINO, Waldo, “¿Contratos de Consumo o Vínculos de Consumo?”, publicado en LA LEY de fecha 16 de julio de 2019.

(103) KAHNEMAN, Daniel, “Pensar rápido, pensar despacio”, Ed. Penguin Random House, Buenos Aires, 2018.

(104) AKERLOF, George - SHILLER, Robert, “La Economía de la Manipulación (como caemos como incautos en las trampas del mercado)”, Ed. Paidós, Buenos Aires, 2016.

(105) THALER, Richard - SUNSTEIN, Cass, “Un pequeño empujón (‘Nudge’), ‘Introducción’,

doctrinarios argentinos como Fernando Shina (106); Alejandro Chamatropulos (107) y otros (108), en el sentido que la *gran mayoría de las decisiones que toman las personas en general y los consumidores en particular: no son racionales*.

– *Los contratos no suelen ser leídos:*

apartado ‘Humanos y Econs: porqué pueden servir de ayuda los nudges’, Ed. Taurus, Buenos Aires, 2018, p. 21. THALER, Richard, “Portarse mal (el comportamiento irracional en la vida económica)”, Ed. Paidós, Buenos Aires, 2017.

(106) SHINA, Fernando, “Los Contratos de Adhesión (conflictos derivados del contrato ‘No leído’)”, Ed. Hammurabi, 2019, cap. II ‘Las cuestiones más importantes de los Contratos de Adhesión’, acápite 8 “Los Contratos No leídos y la responsabilidad”, ps. 75 y ss. SHINA, Fernando, “Las nuevas tendencias en materia de Responsabilidad Civil”, donde el destacado autor expone que “... vuelve a acertar Kahneman cuando señala que la confianza que los individuos tienen en sus creencias depende sobre todo de la cualidad de la historia que pueden contar acerca de lo que ven, aunque lo que ven sea poco. A menudo dejamos de tener en cuenta la posibilidad de que falte evidencia que podría ser crucial en nuestro juicio; lo que vemos es todo lo que hay...”, publicado en [www.saij.gov.ar](http://www.saij.gov.ar).

(107) CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro, “Orden Público y Nudges en el Código Civil y Comercial (algunos aportes desde la economía del comportamiento)”, publicado en la Revista del Código Civil y Comercial del mes de noviembre de 2017. CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro, “¿Qué hacer ante las decisiones ‘no racionales’ de los consumidores?”, publicado en LA LEY, Edición especial “El derecho en transformación”, p. 3, de fecha 19 de octubre de 2017.

(108) SOBRINO, Waldo, “Seguros y el Código Civil y Comercial”, Ed. La Ley, abril de 2018, 2ª ed. actualizada y ampliada. SOBRINO, Waldo, “¿Existe el Contrato de Consumo?”, publicado en la Revista del Código Civil y Comercial, ps. 143 y ss., de fecha agosto de 2019.

Por otro lado, es pertinente resaltar que se ha acreditado por estudios realizados, como por ejemplo: Yannis Bakos, Florencia Marotta-Wrugler y David Trossen (109); Ian Ayres y Alan Schwartz (110), etc., lo que en forma intuitiva todos sabíamos: *los contratos no suelen ser leídos*.

Ello nos tiene que llevar a cambiar y evolucionar en la forma en que se concibe el *Derecho de Información*, dado que de nada vale realizar concienzudas explicaciones en un instrumento (v.gr. contrato) que no va a ser leído.

– *Aplicación de las neurociencias:*

Si bien se trata de un campo de estudio que apenas se está empezando a recorrer, entendemos que en el futuro la aplicación de las *neurociencias* van a resultar fundamentales y determinantes para la correcta elaboración, aplicación e interpretación de las normativas protectorias de los consumidores.

Entre algunos de los temas específicos que vamos a tener que estudiar acerca de los *consumidores* vinculados con las *neurociencias*, en forma meramente enunciativa y no definitiva, podemos mencionar los siguientes: (i) *falta de libre albedrío*; (ii) *predicción de conductas*; (iii) *neuromarketing*; (iv) *neuroeconomía*; (v) *deber de información ineficiente*; (vi) *asimetrías técnicas de gran magnitud con los proveedores*; (vii) *publicidad que apunta a la*

(109) BAKOS, Yannis - MAROTTA-WURGLER, Florencia - TROSSEN, David, “Does anyone read the fine print? Consumer attention to standard form Contracts”, publicada en *Journal of Legal Studies*, 1, vol. 43, 2014, [ssrn.com/abstract=1443256](http://ssrn.com/abstract=1443256).

(110) AYRES, Ian - SCHWARTZ, Alan, “The No-reading problem in Consumer Contact Law”, publicado en *Yale Law School Legal Scholarship Repository*, [http://digitalcommons.law.yale.edu/ifs\\_papers](http://digitalcommons.law.yale.edu/ifs_papers).

parte no racional del consumidor; (viii) etcétera.

### XIII.2. El marcador somático (Antonio Damasio)

Uno de los mayores propulsores de las neurociencias de la actualidad, como es el neurofisiólogo Antonio Damasio (111), explica con toda claridad que de acuerdo con los estudios modernos *in vivo* que se han realizado del cerebro, la *toma de decisiones* (donde, en nuestro enfoque los consumidores van a ser actores principales) puede ser de dos [2] maneras:

- (i) *Razón elevada.*
- (ii) *Marcador somático.*

Así, la revolución de Damasio consistió en estudiar y acreditar científicamente la relación entre las *emociones* y la *toma de decisiones*

De esta forma, con cierta analogía con lo desarrollado por Daniel Kahneman (112) (en el *Sistema 1* y *Sistema 2*) (113), Antonio

(111) DAMASIO, Antonio, ob. cit., Segunda Parte, 8 "La hipótesis del Marcador Somático", ps. 196 y ss.

(112) KAHNEMAN, Daniel, "Pensar rápido, pensar despacio", Ed. Penguin-Random House, Buenos Aires, 2018.

(113) MARINO, Julián - JALDO, Rodrigo - ARIAS, Juan Cruz - SADANIOWSKI, Alejandra, "Neuropsicología Cognitiva Tractográfica (Técnicas, capacidades y procesos)", donde explican que "... para el grupo de Antonio Damasio las emociones funcionan como un 'marcador somático' (Ed. Damasio, Everitt & Bishop, 1996). Consiste en información rápida, global, que informa a los centros superiores, para que tome decisiones, en una situación específica..."; agregando que "... el concepto de emoción, que deviene de la teoría del marcador somático, se acerca al concepto de 'Sistema 1' de Kahneman (Kahneman, 2002), relacionado con la 'intuición', por oposición a

Damasio enseña que existen dos [2] mecanismos para la *toma de decisiones*: (i) la *razón elevada* y (ii) el *marcador somático*.

XIII.2.a. la *razón elevada*: significa que las decisiones que se toman son racionales, basadas en la lógica formal y en el sentido común (114).

Así, se realiza un análisis de costo/beneficio, teniendo a la vista las distintas opciones que puedan existir, debiendo estudiarlas a todas para sopesar las pérdidas y ganancias que cada una de ellas pueda significar.

Por ello, se puede decir que la *razón elevada* son aquellas decisiones que tomamos siguiendo las pautas del *sentido común*, donde la persona realiza un completo análisis lógico y racional que —según Damasio— sería

la deliberación que es lenta y analítica...", publicado neurochubut.org/wp-content/uploads/2018/03/Neuropsicología-Cognitiva-Tractográfica.pdf. CAMIO, María Isabel, "Gestión y Emociones: una buena alianza", donde analiza la teoría de Antonio Damasio y los "Marcadores Somáticos", explicando que "... la propuesta de Damasio guarda relación con las revisiones de Tversky, Kahneman y Sutherland a la Teoría de la Decisión. Específicamente Daniel Kahneman (Premio Nobel de Economía 2002), en su reciente libro "Thinking Fast and Slow" ("Pensar rápido, pensar despacio"), con el objetivo de introducir un idioma para pensar y actuar acerca de la mente, utiliza la metáfora de dos agentes ficticios llamados 'Sistema 1' y 'Sistema 2', los cuales producen un pensamiento rápido y lento...", publicado en [http://baplab.econ.unicen.edu.ar/graduados/images/pdf/repro75\\_camio.pdf](http://baplab.econ.unicen.edu.ar/graduados/images/pdf/repro75_camio.pdf).

(114) SILVA, Daniel - MERCURIO, Ezequiel - LÓPEZ, Florencia, "Imputabilidad Penal y Neurociencias (la inimputabilidad por razones psiquiátricas a la luz de las neurociencias actuales), Parte II", Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2012, acáp. .7) "Algunas hipótesis sobre los mecanismos para la toma de decisiones", ps. 87 y ss.

“... el orgullo y la alegría de Platón, Descartes y Kant...” (115).

Asimismo, este análisis de lógica formal también se caracterizaría por establecer que para brindarle mayor importancia a la *razón*, se debería dejar de lado o disminuir sustancialmente a la *emoción*.

Atento a que el proceso de la “razón elevada” implica la utilización de mucho tiempo de análisis, un consumo de energía y una memoria de grandes proporciones para poder recordar todas las alternativas, es que muchas veces se deja de lado esta forma de actuar y se recurre a la hipótesis del *marcador somático* (es decir, una especie de *señal de alarma automática*).

XIII.2.b. el *marcador somático*: la hipótesis del *marcador somático* es uno de los aportes más trascendentales realizados por el profesor portugués Antonio Damasio, donde explica que “antes de aplicar ningún tipo de análisis”, “experimentamos un sentimiento desagradable en las entrañas” (116).

De esta forma, las personas recurren a *tomar decisiones rápidas y automáticas*, que se conectan con *sensaciones* en el *cuerpo* que pueden dejar unas *marcas* (aunque sean fugaces) de carácter *agradable o desagradable*.

Así explica Damasio que a estas sensaciones las denominará *marcador somático*, dado que —por un lado— se produce una *marca* (o una *señal*) que por ello la llamará “*marca-*

*dor*”; y —por otro lado— como dicha marca se produce en el *cuerpo* (que en el idioma griego, se dice *soma*), es que le pondrá el nombre de “*somático*”.

De allí la denominación de *marcador somático*.

Como consecuencia ello, la *toma de decisiones* ya no consistiría en *decisiones racionales* como se sostenía tradicionalmente, sino que las *emociones* van a tener un papel preponderante en la conducta de las personas.

De esta forma el *marcador somático* funciona como una “*señal de alarma automática*” que nos lleva a rechazar en forma *inmediata* el curso de acción y que se basa en el proceso de socialización, educación y experiencias del individuo.

En cambio, cuando se trata de un *marcador somático positivo*, se convierte en una *guía de incentivo*.

Por ello, los *marcadores somáticos*, tanto *negativos* como *positivos*, actúan como un “*sistema de calificación automática de predicciones*”, que resaltan algunas opciones de alternativas, ya sean favorables o de rechazo.

De esta forma, explica Damasio que la mayoría de los *marcadores somáticos* “se crearon probablemente en nuestro cerebro durante el proceso de educación y socialización” (117).

Y así, dentro de la estructura del *cerebro*, la actividad del *lóbulo prefrontal* es muy

(115) DAMASIO, Antonio, ob. cit., Segunda Parte, cap. 8 “La hipótesis del Marcador Somático”, acápite “La Racionalidad en juego”, p. 202.

(116) PEÑA CARLOS, Jhonatan S., “Neurociencia y Derecho. La decisión emocional del Juez en el Proceso Judicial”, p. 68, publicado en *Cuadernos Jurídicos Ius et Tribunalis*, 2, año 2, de fecha enero-diciembre de 2016

(117) DAMASIO, Antonio, ob. cit., Segunda Parte, cap. 8 “La hipótesis del Marcador Somático”, acápite “Marcadores Somáticos: ¿de dónde vienen todos?”, p. 210.

importante, dado que es el responsable de valorar las consecuencias de las acciones que se van a realizar y planificar la conducta de acuerdo con ello (118).

XIII.3. El caso *Elliot*: la teoría de Damasio nació como consecuencia del llamado *caso Elliot* (119) que era una persona que había sido operada de un tumor en las meninges (que es la zona asociada a las emociones).

Luego de dicha intervención quirúrgica exitosa, la vida de *Elliot* cambió radicalmente, dado que de ser un próspero hombre de negocios con una familia constituida, pasó a tener resultados económicos con pésimos resultados; se divorció dos veces; perdió sus amigos; etc. (120).

Así, no podía tomar decisiones sobre temas cotidianos; administraba mal su tiempo; no sabía establecer prioridades.

Lo llamativo era que cuando se le realizaron pruebas, los resultados dieron que tenía una memoria normal, un correcto razonamiento; un uso adecuado del lenguaje; efectuaba cálculos matemáticos; prestaba atención adecuadamente, etc. (121).

(118) SILVA, Daniel - MERCURIO, Ezequiel - LÓPEZ, Florencia, "Imputabilidad Penal y Neurociencias (la inimputabilidad por razones psiquiátricas a la luz de las neurociencias actuales), Parte II", Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2012, acápite.3) "El lóbulo frontal y sus funciones", ps. 76 y ss.

(119) DAMASIO, Antonio, ob. cit., Primera Parte, cap. 3 "Un Phineas Gage moderno", p. 55.

(120) PEÑA CARLOS, Jhonatan S., "Neurociencia y Derecho. La decisión emocional del Juez en el Proceso Judicial", publicado en *Cuadernos Jurídicos Ius et Tribunalis*, 2, año 2, de fecha enero-diciembre de 2016, p. 68, donde explica que "los marcadores somáticos no son otras cosas que emociones".

(121) DAMASIO, Antonio, ob. cit.

Pero, a pesar de todos los resultados normales de las pruebas, *Elliot* había cambiado dramáticamente en su vida familiar, laboral y con sus amistades.

La explicación que encontró Antonio Damasio fue que *al tener una reducción de sus reacciones emocionales y sentimientos, solo procesaba información mecánicamente, pero no podía tomar decisiones* (122).

Ello alertó sobre la importancia de las emociones en la toma de decisiones, llevando a afirmar a Damasio (según recuerda Francisco Ferrer Arroyo) (123) que "... las emociones son el viento que nos impulsa a actuar en uno u otro sentido; y sin ellas, somos meros procesadores de información...".

(122) MÁRQUEZ, María del Rocío - SALGUERO, Pilar - PAINO, Susana - ALAMEDA, José R., «La hipótesis del marcador somático y su nivel de incidencia en el proceso de toma de decisiones», publicado en *Revista Electrónica de Metodología Aplicada*, 1, vol. 18, 2013, donde explican que de acuerdo con el modelo de Marcador Somático «... la toma de decisiones es un proceso guiado por las emociones, de manera que debe existir un vínculo entre la capacidad para percibir y experimentar emociones y la capacidad para tomar decisiones adaptativas...», p. 21. MURGICH LÓPEZ, Valeria, "La influencia de los mecanismos reguladores de las emociones en la toma de decisión de compra en mujeres: un estudio con Resonancia Magnética Funcional por Imagen (fMRI)" (Tesis Doctoral), publicada por la Facultad de Ciencias de la Información de la Universidad Complutense de Madrid, 2017, donde con relación a las emociones y la toma de decisiones, explica que "... la ausencia total de emociones sería tan perjudicial como el exceso de estas, a la hora de tomar decisiones...", p. 77.

(123) FERRER ARROYO, Francisco, "Psicología Jurídica", Ed. Replimedia, 2ª ed., Buenos Aires, 2018, cap. 4 "Cognición Social", acápite V "Características de los procesos cognitivos", subacápite "El papel de las emociones en la toma de decisiones. El caso *Elliot*", p. 80.

XIII.4. *Consumidores*: los aportes de las neurociencias en el tema de los *consumidores* es fundamental, dado que de los estudios científicos antes reseñados queda claro que la mayoría de las *tomas de decisión* de las personas se realiza a través de los “marcadores somáticos” (Damasio) (124) o “Sistema 1” (Kahneman) (125).

Es decir, que merced a las neurociencias y demás estudios realizados, es evidente que son excepcionales y limitadas las tomas de decisiones sustentadas en la “Razón Elevada” (Damasio) o en el “Sistema 2” (Kahneman).

Aquí debemos hacer un alto, para recordar al poeta catalán Joan Manuel Serrat, cuando recitaba que “... nunca es triste la verdad, lo que no tiene es remedio...”.

En efecto, si la gran mayoría de las decisiones se toman de manera emocional, rápida, automática, veloz, es que no se puede utilizar la ficción legal (que ha sido rebatida científicamente), en el sentido de asumir (casi sin admitir prueba en contrario), que dichas decisiones son tomadas con una razón elevada, análisis profundo y estudiado detenidamente.

Ello implica que en general, las decisiones se toman en forma emocional y luego —posteriormente— se trata de justificar la *opción adoptada con pseudo-argumentos racionales*.

Por todo ello es que —por un lado— nos remitimos a todo lo antes desarrollado, respecto a la *inexistencia del contrato de consu-*

*mo* (126), de manera que se trata de *vínculos de consumo* (127); y —por otro lado— es que teniendo muy en cuenta los aportes realizados por las *neurociencias*, debemos volver a estudiar el *vínculo* que tienen los *consumidores* con las empresas proveedoras.

### XIII.5. *Neuromarketing y consumidores*

XIII.5.a. En la cuestión del *marketing* vinculado con las *neurociencias* se han realizado interesantes estudios, que si bien —todavía— no brindan una *predicción certera* de las conductas futuras de los consumidores, es que se han efectuado muy importantes avances a favor de las empresas y sus sistemas de comercialización frente a los consumidores.

De esta forma el llamado *neuromarketing* es una moderna forma de estudiar el comportamiento de los consumidores, analizando —en especial— el cerebro, con el objetivo de tratar de entender y predecir la toma de decisiones de los consumidores (128).

XIII.5.b. Una de las teorías con relación al cerebro fue desarrollada por Paul MacLean, denominada *Teoría del “cerebro triuno”*, donde se señala que existen en forma simultánea, como si fueran tres [3] partes del cerebro:

(i) el ‘*neocortex*’, relacionado con el análisis lógico y racional;

(126) SOBRINO, Waldo, “¿Existe el Contrato de Consumo?”, publicado en la Revista del Código Civil y Comercial, ps. 143 y ss., de fecha agosto de 2019.

(127) SOBRINO, Waldo, “¿Contratos de Consumo o Vínculos de Consumo?”, publicado en LA LEY de fecha 16 de julio de 2019.

(128) CANALES RONDA, Pedro, “Neuromarketing: ¿el futuro ya está aquí?”, publicada en la Revista de Investigación, editada por Área de Innovación y Desarrollo, con fecha 28 de noviembre de 2013.

(124) DAMASIO, Antonio, ob. cit.

(125) KAHNEMAN, Daniel, “Pensar rápido, pensar despacio”, Ed. Penguin-Random House, Buenos Aires, 2018.

(ii) el ‘*límbico*’ vinculado con lo *emocional*; y

(iii) el ‘*reptil*’ que se encuentra asociado a lo *instintivo*.

Al respecto enseña Carlos Rojas Klauer que “... la mayoría de las decisiones son tomadas por los cerebros reptil y límbico, siendo el córtex el que justifica en la mayoría de las oportunidades la ejecución de la compra ya realizada...” (129).

Como consecuencia de ello, es que uno de los objetivos del *Neuromarketing*, no es llegar al córtex, sino —por el contrario— influir en la parte *límbica* y *reptil* del cerebro, que se caracterizan por *no ser racionales ni analíticos* (130).

Y para tratar de estudiar el *cerebro del consumidor* es que en el *neuromarketing* se utilizan distintas técnicas como, por ejemplo: *Electroencefalograma (EEG)*; *Eye Tracking (ET)*; *Análisis facial (FACS)*; *Imagen por resonancia magnética funcional (fMRI)*; *Ritmo del corazón (HR)*; *Ritmo de la respiración (RR)*; etc. (131).

(129) ROJAS KLAUER, Carlos, “El alcance del Deber de Información en materia de protección al Consumidor: un replanteamiento desde el Derecho y Economía Conductual y el Neuromarketing”, publicado en *Themis Revista de Derecho*, 62, año 2012, cap. V “Neuromarketing”, p. 75.

(130) GARAVITO, Camila - GÓMEZ, María Cecilia - GÓMEZ, Juliana - GONZÁLEZ, Isabella, “Una crítica al ‘Neuromarketing’ desde la ‘Neuroética’”, publicado por el Departamento de Psicología de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2016.

(131) CANALES RONDA, Pedro, “Neuromarketing: ¿el futuro ya está aquí?”, publicada en la Revista de Investigación, editada por Área de Innovación y Desarrollo, con fecha 28 de noviembre de 2013.

XIII.5.c. Una de las quimeras del *neuromarketing* (por lo menos hasta la actualidad) es encontrar el imaginario “botón de compra” que tendrían los cerebros de los consumidores, en virtud del cual, en caso de descubrirse, sería mucho más fácil la venta de productos y servicios.

Si bien por ahora, la existencia de este pseudo *botón de compra* (132) es solo una fantasía de los expertos en *marketing*, es pertinente señalar que existen importantes avances para ir conociendo el cerebro de los consumidores y sus tomas de decisiones.

XIII.5.d. Sin pretender incurrir en *ciencia ficción*, entendemos como pertinente tener muy presentes los efectos nocivos que puede tener el *neuromarketing* si no es controlado en forma especial por los tribunales, los organismos de control y las entidades de defensa de los consumidores.

Al respecto, por analogía, conviene recordar el excelente libro 1984 de George Orwell, donde el *Gran Hermano* invadía la *privacidad de las personas* y les hacía un *lavado de cerebro* a través de la propaganda política a todos los ciudadanos.

Así, existe una analogía entre los *mensajes de marketing* al *cerebro límbico y cerebro reptiliano* y los *mensajes del Gran Hermano* que eran “... como si una inmensa fuerza empezara a aplastarle a uno, algo que iba penetrando en el cráneo, *golpeaba al cerebro por dentro...*” (133).

(132) GARAVITO, Camila - GÓMEZ, María Cecilia - GÓMEZ, Juliana - GONZÁLEZ, Isabella, “Una crítica al ‘Neuromarketing’ desde la ‘Neuroética’”, publicado por el Departamento de Psicología de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2016, p. 44.

(133) ORWELL, George, 1984, p. 67, acápite “Comprendo cómo: No comprendo por qué”, Buró Editor, Buenos Aires, 1998.

Pues bien, uno de los planteos de la *Neuroética* (134) es si a través del *neuromarketing* no se podría llegar a realizar en el futuro una *invasión de la privacidad* y una especie de *control mental* (135).

Ello es así, dado que, por un lado, a través de la *Resonancia Magnética funcional* (y demás técnicas) se produce una intromisión en la *intimidad* y en las partes más profundas de las personas voluntarias en los estudios *in vivo*.

Y, por otro lado, aun con mayores consecuencias *cuantitativas*, si el objetivo del *neuromarketing* es tratar de llegar a los denominados *cerebro reptil* y *cerebro límbico*, que *no son racionales*, pero donde se realizan muchas de las *tomas de decisión* de las personas, de alguna manera, a través del *neuromarketing*, se podría llegar a manipular a los *consumidores*, sin que se den cuenta...

Ello se encuentra en sintonía con todos los estudios científicos mencionados con anterioridad, como el “*Sistema 1*” de Daniel

Kaheman (136) y los “*marcadores somáticos*” de Antonio Damasio (137).

Entre tantos sencillos ejemplos de *neuromarketing*, se puede recordar el señalado por Marcelo Quaglia (138), donde explica que *Burger King* incluyó en sus locales un *odotipo* de donde emana un suave aroma de carne a la parrilla, que se registra de manera profunda en el cerebro *límbico* de las personas.

También se pueden mencionar los ejemplos de *Starbucks* donde para brindar un ambiente agradable y relajado, se aromatizan los locales con olores de exquisito café; o como *Rolls Royce*, donde cada vez que se lleva el automóvil a una reparación, le agregan artificialmente olores de madera y cuero, para que el cliente tenga la misma sensación inconsciente de cuando compró el automóvil y se subió por primera vez.

XIII.5.e. Sin perjuicio de la normativa específica que tendría que dictarse para regular adecuadamente el *neuromarketing*, que es otra manera —más— de seguir ampliando la *abismal asimetría* (*técnica, económica, legal, de información, de conocimiento —incluso del cerebro de los propios consumidores—, etc.*) que existe entre las empresas y los consumidores, podemos brevemente analizar la legislación vigente del Código Civil y Comercial.

Así, por un lado, el *deber de información, deber de asesoramiento y deber de ad-*

(134) MOLINA GALICIA, René, “Neurociencia y Proceso Judicial” (dirs.: TARUFFO, Michele - NIEVA FENOLL, Jordi), Ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2013, cap. “Neurociencia, Neurética, Derecho y Proceso”, acápite.2) “Derecho y Neuroética”, p. 44. LOLAS STEPKE, Fernando - CORNEJO PLAZA, María Isabel, “Neurociencias, neuroética y derecho: culturas epistémicas y comunidades de práctica”, publicado en el Seminario de Jurisprudencia Argentina de fecha 17 de mayo de 2017.

(135) CORTINA, Adela, “¿Es la Neuroética una parte de la bioética?”, publicado en el Seminario Jurisprudencia Argentina de fecha 28 de noviembre de 2012.

(136) KAHNEMAN, Daniel, “Pensar rápido, pensar despacio”, Ed. Penguin-Random House, Buenos Aires, 2018.

(137) DAMASIO, Antonio, ob. cit.

(138) QUAGLIA, Marcelo, “La Publicidad. Su relevancia en supuestos de Conexidad Contractual”, LA LEY, 2019-B, 996.

*vertencia* (139), expresamente previstos en el art. 1100 del Cód. Civ. y Com. (y en los arts. 42 de la CN y el art. 4º de la Ley de Defensa del Consumidor) serán *eficientes*, de manera tal, que las empresas informen al consumidor de acuerdo con las *expectativas* que tiene (para tratar de *limitar las expectativas excesivas o irreales*).

Por otro lado, en el tema de la *publicidad* el art. 1101 del Cód. Civ. y Com. prohíbe aquella que "... pueda inducir a error al consumidor..." (inc. a) o "... induzca al consumidor a comportarse en forma perjudicial..." (inc. c).

Si bien entendemos que cuando se redactó el art. 1101 no se estaba pensando en el *neuromarketing*, una interpretación amplia y una aplicación funcional (140), permitiría utilizarla para el caso *sub examine* (141), pudiendo tomarse por analogía ciertos estudios vinculados con la *publicidad subliminal* (142).

(139) SOBRINO, Waldo, "El deber de información, de consejo y de advertencia en materia de seguros", LA LEY, 2017-A, 896.

(140) GHERSI, Carlos, "La publicidad, la eficiencia organizacional y la confianza", LA LEY, 2015-A, 264.

(141) LOVECE, Graciela, "La regulación de la publicidad dirigida a los Consumidores en el Proyecto de Unificación Civil y Comercial", donde la prestigiosa doctrinaria enseña que uno de los tópicos que deberían mejorarse en el art. 1101, inc. 1º, es cuando solo se hace mención de las "indicaciones falsas", pero no ha previsto el tema del "ocultamiento" de determinadas características que puede generar en el consumidor una idea absolutamente equivocada del bien o servicio, o tampoco se ha tratado la publicidad "subliminal", publicado en la Revista de Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa, del mes de octubre de 2012.

(142) LORENZETTI, Ricardo L., "Consumidores", Rubinzal-Culzoni Edit., Santa Fe, 2009, 2ª ed. actualizada, acápite "Publicidad Subliminal", p. 185. BRUN, Carlos - BRUN, Juan, "La Publicidad Engañosa", LA LEY, 2015-E, 184.

En efecto, se debería analizar si a través de la *publicidad* y los estudios realizados por las empresas a través de las *neurociencias* se tiende a convencer al consumidor, por medio de mensajes que se dirigen al *cerebro reptil* y el *cerebro límbico*, para convencerlos de la *necesidad —inexistente—* de la compra y/o adquisición de un bien o servicio o que resulte *perjudicial* para el consumidor.

De ser así, resulta claro que se estaría violentando la normativa legal vigente, dado que se pretende "inducir a error al consumidor" (art. 1101, inc. a), de manera tal que se lo está llevando a "comportarse en forma perjudicial" (art. 1101, inc. c) para sus intereses.

Como consecuencia de ello, no solo se puede requerir el *cese de la publicidad* (art. 1102 del Cód. Civ. y Com.), sino que además se podrán reclamar los pertinentes *daños y perjuicios* y —por supuesto— la aplicación de *daños punitivos* (143).

#### XIV. Conclusiones

Teniendo a la vista todo lo antes expuesto y analizado, en forma meramente provisoria podemos presentar las siguientes conclusiones preliminares:

XIV.1. Recordando las enseñanzas de Carlos Ghersi debemos pensar y elaborar el Derecho en conjunto, abrevando de manera multidisciplinaria con las demás ciencias (como la Sociología, la Psicología, la Economía, la Antropología; etcétera).

(143) SOBRINO, Waldo, "Seguros y el Código Civil y Comercial", Ed. La Ley, abril de 2018, 2ª ed. actualizada y ampliada, t. II, cap. "Daños Punitivos en el Código Civil y Comercial y en los Seguros", ps. 1891 a 1943.

XIV.2. La *Economía del Comportamiento* (Daniel Kahneman; Richard Thaler; etc.) nos brinda un nuevo enfoque realista para estudiar la *conducta* de las personas (en especial, de los *consumidores*), en particular con el desarrollo del “Sistema 1” y “Sistema 2”.

XIV.3. Las *neurociencias* realizan aportes de gran significación para estudiar el cerebro y las consecuencias que ello puede tener en el Derecho, en especial, en el tema del *libre albedrío* (Benjamin Libet), las *emociones*, la *toma de decisiones*, los *marcadores somáticos* (Antonio Damasio), etc.

XIV.4. Debe existir una retroalimentación permanente y constante entre las *neurociencias* y el *Derecho* (Facundo Manes).

XIV.5. Son muy importantes las contribuciones que las *neurociencias* pueden realizar en: (i) la *toma de decisiones* de las personas; (ii) el análisis del *libre albedrío* vs. el *determinismo*; (iii) la *memoria* y la *fiabilidad* de los testigos en las declaraciones judiciales; (iv) la *imposición de penas*; (v) la *eficiencia de las normas legales*; (vi) la *eficacia de los procesos judiciales*; (vii) el *funcionamiento de los tribunales (neuromanagement)*; (viii) la *objetividad e imparcialidad de los jueces*; (ix) la *producción de pruebas periciales basadas en las neurociencias*;

(x) la *imputabilidad de los acusados*; (xi) la *asunción de riesgos*; (xii) el análisis del *discernimiento, la intención y la libertad en los actos jurídicos*; (xiii) las *expectativas de los consumidores*; (xiv) la *determinación de los daños cerebrales*; (xv) la *cuantificación del daño psíquico*; (xvi) el *establecimiento del sufrimiento (específico) en el daño moral*; (xvii) la *predicción de conductas futuras de los criminales*; (xviii) el análisis concreto de la *justicia adolescente*; (xix) el estudio del *neuromarketing* y su aplicación a los consumidores; (xx) la *prevención de accidentes de tránsito*; (xxi) las *nuevas maneras eficientes del deber de información, consejo y advertencia*; (xxii) etcétera.

XIV.6. Finalmente —y punto fundamental— se debe tener presente que al pretender ser el *Derecho* un *orden social justo*, a pesar de todas las nuevas tecnologías, las *neurociencias*, la *inteligencia artificial*, etc., el ser humano siempre deberá ser el epicentro de protección; donde la *dignidad* de la personas (en especial, de los más vulnerables) es uno de los principios esenciales, junto con la *justicia* y la *equidad* (144).

(144) SOBRINO, Waldo, “Seguros y el Código Civil y Comercial”, Ed. La Ley, abril de 2018, 2ª ed. actualizada y ampliada.

# La prescripción adquisitiva en las XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil

Juan José Guardiola

**SUMARIO:** I. Nuestras propuestas.— II. Breve comentario sobre las otras conclusiones.

Entre el 26 y el 28 de septiembre del año pasado se desarrollaron en la Universidad Nacional del Litoral las XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil. En esta edición, la Comisión 6 (Derechos Reales) abordó el tema Prescripción adquisitiva que había sido elegido por el Consejo Directivo de las Jornadas Nacionales teniendo en cuenta las modificaciones y proyecciones del Código Civil y Comercial en la materia.

Para dicho simposio presenté con el Dr. Marcelo E. Urbaneja cuatro ponencias que fueron recogidas en las conclusiones.

De ellas daré breve cuenta en este trabajo, efectuando también algunos comentarios respecto de los otros tópicos sobre los que la Comisión se pronunció<sup>(1)</sup> o fueron considerados en otras ponencias de los participantes.

---

(1) Para ver las ponencias: <https://www.fcjs.unl.edu.ar/sitios/jndc.Pages.showSubcategoria&id=1008>; <https://www.fcjs.unl.edu.ar/wp-content/uploads/2017/09/6.-Ponencias-Comisi%C3%B3n-6.pdf>; <https://drive.google.com/drive/folders/1pnjEtVXV3FVLFhKMAXnUKkLwZ00Cck32>.

## I. Nuestras propuestas

A. En sentido conteste con la opinión ampliamente mayoritaria en torno a los arts. 4010 del Cód. velezano (en cuya nota leíamos “Precisamente el vicio resultante de la falta de todo derecho de propiedad en el autor de la transmisión, es lo que la prescripción tiene por objeto cubrir”) y 1902 del Cód. Civ. y Com. (2), expusimos en nuestra ponencia “ Supuestos de justo título y la transmisión con sustitución de personas”: la diferencia entre el título suficiente y el justo título es que en este el transmitente carece de legitimación o capacidad; y que la ausencia de legitimación abarca el defecto de representación (en las tres variantes del art. 358 Cód. Civ. y Com.) o de titularidad. En razón de esto último frente a un otorgamiento con suplantación de identidad del transmitente

---

(2) Ejemplificativamente remito lo publicado por dos de los miembros asistentes: VENTURA, G., en BUERES - MARIANI de VIDAL, “Código Civil y Comercial de la Nación...”, Ed. Hammurabi, t. 4 A, ps. 185-186; COSSARI, N., en ALTERINI - COSSARI, *Código Civil y Comercial Comentado*, Ed. La Ley, 2ª ed., t. IX, ps. 202-203.

(“sustitución de persona”) caso arquetípico de falta de autoría (transmisión a *non domino*) se estará en presencia de un justo título (arts. 1902, 392 y 2260 del Cód. Civ. y Com.), siempre que se reúnan los otros recaudos comunes al título suficiente y justo título: capacidad en el adquirente, la forma, la naturaleza de la causa y la coincidencia del objeto con el del modo suficiente (por lo que no configuran supuestos de justo título ni el boleto de compraventa ni el título putativo) y se trate de la transmisión de un derecho real principal, idóneo si media buena fe en el adquirente para la prescripción breve.

En el mismo sentido, el primer punto de las Conclusiones, expresó por unanimidad de los miembros presentes “Prescripción breve: están comprendidas las transmisiones a *non domino* en el justo título”. Queda desechada así la postura contraria que obligaba a recurrir en tal supuesto a la prescripción larga.

Las aisladas negaciones a considerarlo comprendido como el caso tal vez más paradigmático del justo título, se basaban ya en sostener que si firma alguien distinto al que se indica como otorgante se trata de un defecto de forma que lo desplazaba del carácter de justo título cfme. arts. 4012 Cód. velezano y 1902 cit. [Moisset de Espanés (3)], ya en entender que la expresión legitimación no abarca la titularidad [Etchegaray (4), Saucedo (5)].

(3) “Notas sobre el justo título y la prescripción adquisitiva decenal”, Revista Notarial, 34, Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba, 1977, ps. 33 y ss.; “Prescripción”, Ed. Advocatus, Córdoba, 2004, p. 428.

(4) “Ineficacia de los actos jurídicos en el Proyecto de Código”, LA LEY 2012-F, 1161.

(5) “El estudio de títulos y las transmisiones en materia inmobiliaria en el derecho privado vigente

El primer argumento es refutable señalando que la invalidez formal previstas anteriormente por el art. 1004 Cód. velezano y hoy por el art. 309 Cód. Civ. y Com. no se vincula al error en la individualización del compareciente sino a la falta de firma de los otorgantes.

Respecto a lo segundo, cuando hablamos de legitimación, aludimos a la aptitud atribuida o integrada por la ley o por la voluntad para adquirir derechos, contraer obligaciones, o para disponer de objetos concretos, por sí, por medio de otro, o para otro. Es decir que se incluye en este concepto la legitimación en sentido amplio o capacidad, y la legitimación en sentido estricto o poder de disposición (6). La capacidad queda contemplada en forma expresa por el art. 902 Cód. Civ. y Com., lo que no reviste por otra parte mayor interés práctico teniendo en cuenta el plazo de dos años de prescripción liberatoria para la acción respectiva (arts. 4031 Cód. velezano y 2563 inc. d Cód. Civ. y Com.)

Por su parte Pelosi (7) ocupándose de la legitimación apunta: “Entre los autores que más la han estudiado sobresale Betti, quien la define como ‘competencia para alcanzar o soportar los efectos jurídicos de la reglamentación de intereses a que ha aspirado y resulta de una posición del sujeto respecto a los intereses que se trata de regular’... Estima Ladaria Caldentey que capacidad es aquel modo de ser del sujeto en sí del cual depende el efecto jurídico del

y en el proyectado”, JA 2013-II, nro. 9, 29/05/2013, p. 31.

(6) ALTERINI, Jorge H., “Capacidad y legitimación”, Revista Jurídica de Buenos Aires, 1966-III-251 y ss.

(7) PELOSI, Carlos A., “El documento notarial”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 4ª reimp., ps. 162-163.

acto, por lo que es un concepto estrictamente subjetivo. La legitimación, en cambio, es la idoneidad de la persona para realizar un acto jurídico, inferida de su posición respecto del acto. No es como la capacidad, una cualidad, sino una posición. La define como ‘el reconocimiento otorgado por el derecho, de un poder suficiente, es decir, de la posibilidad concreta de llevar a cabo el acto en cuestión’. Para Barbero, mientras la capacidad de obrar alude a la idoneidad del sujeto para un tipo de acto y reconoce limitaciones que, en términos generales, toman en cuenta el desarrollo psíquico, la legitimación para obrar significa proporción de idoneidad para un acto singular con mesura a favor de circunstancias particulares del caso y distintas en cada caso”.

Si llamamos “legitimación a la conexión del acto con la situación jurídica que le sirve de base o que condiciona su eficacia” (8), el requisito más importante es que el otorgante sea sujeto de la relación matriz, como bien se encargaba de ejemplificar Vélez en la nota, por lo que mal puede quedar excluido el supuesto típico independientemente de que alcance también otros aspectos que confluyen a la disponibilidad (v.gr. autorización judicial de representantes necesarios o de órganos de deliberación y gobierno en el caso de representantes de personas jurídicas, asentimiento conyugal, etc.) (9). No se justifica reducir la legitimación a la representación, cuando en el tratamiento de esta ni siquiera se utiliza la expresión “legitimación”.

(8) SANAHUJA - SOLER, cit., por NERI, Argentino I., “Tratado teórico y práctico de Derecho Notarial”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1980, vol. 2, p. 477.

(9) PELOSI, Horacio L., “La prescripción decenal del art. 3999 del Código Civil”, Revista del Notariado, 864, p. 109.

Por otra parte, el art. 1050 al disponer que la prescripción adquisitiva por el adquirente al sanear su derecho extingue la responsabilidad por evicción, la que se configura por una turbación de derecho que precisamente la falta de titularidad apareja (arts. 1044 inc. a), no diferencia a qué clase de prescripción se refiere, por lo que puede ser la breve.

A su vez los párrafos finales de los arts. 392 y 2260, que excluyen de su amparo a los actos sin intervención del titular solo consagran legalmente el criterio vigorosamente preponderante respecto del art. 1051 del Código anterior, que ya por la inexistencia o por la inoponibilidad, negaba validez inmediata a esas transmisiones aunque fueran a título oneroso y de buena fe (V Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Rosario 1971, tema I; XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Santa Fe, 1999, comisión IV). En modo alguno significan que deba recurrirse a la prescripción larga.

Una interpretación distinta sería también disvaliosa para la seguridad del tráfico jurídico. Máxime cuando como señalábamos también en forma crítica en nuestra ponencia el régimen imperante suprimió la posibilidad de que los sucesivos adquirentes del subadquirente puedan detener la acción con efecto reipersecutorio del afectado por la sustitución de personas, incluso si todos fueran de buena fe, sin tener que recurrir a la prescripción adquisitiva breve, como permitían los arts. 2777 y 2778 del Cód. velezano en una interpretación estricta o a contrario (10).

(10) La situación del conocido como “D” en transmisiones originadas sobre la base de un acto a non domino, v.gr., escritura falsificada (A vende a B no siendo A titular dominial; B a su vez enajena a C —acto no alcanzado por el art. 1051, inoponible a J el titular dominial—; C —de buena fe— enajena a título oneroso a D también de buena fe

Existió también en la Comisión un interesante intercambio de opiniones entre algunos asistentes respecto a cómo opera la prescripción adquisitiva breve en los otros supuestos por ella alcanzada, específicamente en el de falta de capacidad, suscitado por las ponencias del Dr. Gabriel Ventura, de la Dra. Lucía Pujol y el punto 5 de la nuestra(11), teniendo en cuenta el plazo de prescripción liberatoria de la acción de nulidad respectiva, su proyección en cuanto a si se trata de una adquisición originaria o derivada en algunas de sus variantes (cuestión en la que tiene repercusión también la diferencia temporal de sus efectos arts. 1903 *in fine* y 1905 Cód. Civ. y Com. y la referencia del art. 2119 a que “la prescripción breve es admisible a los efectos del saneamiento del justo título”) y yendo más lejos aún respecto a la subsistencia de una suerte de *actio publiciana* en materia de acciones reales tratándose de un justo título. Ante la falta de propuestas concretas y no haber sido un debate del pleno, ello no se reflejó en las conclusiones.

B. También con el Dr. Urbaneja propusimos “*De lege ferenda*: Debe reformarse el art. 2119 del Cód. Civ. y Com. para admitir

—esa adquisición estaría protegida frente a la reivindicación de J por los arts. 2777 y 2778 del Cód. de Vélez—), posibilitando el perfeccionamiento de su adquisición sin necesidad de esperar la prescripción corta, la que aun uniendo la posesión de buena fe de C puede ser de plazo con vencimiento posterior.

(11) “El régimen imperante presenta una discordancia entre el plazo de prescripción liberatoria de la acción de nulidad (arts. 388, 2562 inc. a y 2563 inc. d del Cód. Civ. y Com.) y el de la prescripción adquisitiva breve (art. 1898 del Cód. Civ. y Com.). Esa inconsistencia agrava la del Código Civil, que se encontraba limitada al supuesto de incapacidad ya casos específicos de invalidez (como la simulación o el dolo)”.

la adquisición de la propiedad superficiaria mediante la prescripción adquisitiva”.

Dije en un anterior trabajo (12) “... Existió siempre un arduo debate sobre la posibilidad de adquirir por prescripción larga este derecho. A título de ejemplo cito: La XXV Jornada Notarial Argentina (Mendoza 2000) consideró conveniente “vedar los modos de adquisición originarios, entre ellos la usucapión, para cualquiera de los dos planos anteriormente citados, contrariamente con lo previsto por el Proyecto de Unificación” (13). En cambio, la XV Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Capital Federal (1986) entendió que debía ser receptada, al igual que la XXXVIII Jornada Notarial Bonaerense (Bahía Blanca 2013) que al ocuparse del Proyecto de este Código concluyó “Debe admitirse que el derecho real de superficie se pueda adquirir por prescripción larga”.

En general se ha descartado que el derecho de edificar (extensivo al de plantar o forestar) pueda ser adquirido por usucapión [Alterini(14) y así se reguló en los Proyectos de 1987 art. 2614 4º párrafo, de 1993 art. 3155 y de 1998 art. 2026 «El derecho de construir o de forestar otorga el uso, goce y disposi-

(12) Capítulo “El derecho real de superficie en la Argentina a la luz de su precedente peruano”, en COSOLA, Sebastián J. - GUARDIOLA, Juan José - GONZALES BARRÓN, Gunther, Los derechos reales en Argentina y Perú, Ed. Gaceta Notarial-La Fe Pública, Lima, 2017, ps. 63-146. ISBN 978-612-47247-7-0.

(13) En este mismo sentido se expide Claudio KIPER considerando correcta la solución del Cód. Civ. y Com., “Derechos Reales. Novedades en el Código Civil y Comercial de la Nación (ley 26.994)”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, ps. 261-262.

(14) ALTERINI, Jorge H., “Derecho real de Superficie”, Revista del Notariado, nov. 1997, nro. aniversario 850, ps. 9-22; ZAVALA, Gastón A., “Derecho real de superficie”, Revista Notarial, 936, p. 424.

ción jurídica, solo se origina por adquisición derivada...»]. Los hechos posesorios necesariamente deberán traducirse en el efectivo y material ejercicio de la plantación, forestación o construcción (arts. 1900 y 1928).

Sin embargo, Musto-Musto(15) consideran que pueden existir actos posesorios sobre el terreno ajeno dirigidos al ejercicio de ese derecho, como la realización de obras preparatorias. En el mismo sentido se expide Gunther Gonzales Barrón(16) en Perú quien señala que los argumentos de la doctrina italiana no convencen, y que existen actos instrumentales como estudios de suelos, visitas inspectivas, limpieza y alisamiento del terreno, obtención de licencias, vigilancia que son posesión y se ejercen en forma previa a la edificación, agregando que si se pueden adquirir por prescripción las servidumbres aparentes (art. 1040 del Código peruano) no hay razón para no aceptarla en el caso de la superficie. Cárdenas Quirós(17) siguiendo a Roca Sastre y Messineo discrepa con este punto de vista con relación a la prescripción extraordinaria (la que no requiere justo título y buena fe), ya que el *dominus soli* iría adquiriendo por efecto de la accesión todo lo que en el iter constructivo se vaya incorporando.

Ahora bien, ejercitándose sin lugar a dudas por la posesión la superficie en su faz de propiedad superficiaria no existe razón que

justifique su exclusión de la prescripción adquisitiva común, cuando se la admite para otras situaciones tanto respecto a derechos sobre cosa propia como de disfrute sobre cosa ajena. Messineo(18) la consideraba irrealizable por cuanto sería necesaria una posesión de lo edificado o plantado separada de la del suelo sobre las que se apoyan. Sin embargo, la clave está en el animus del poseedor. Que sea poco probable en la práctica que alguien limite su *animus* a lo forestado, plantado o construido, estando en condiciones para acceder al dominio pleno(19), no es razón suficiente como tampoco lo fue para excluirla del usufructo(20). Es más como apuntó Laureano Arturo Moreira(21), a veces la construcción que realiza

(18) MESSINEO, Francesco, "Manual de Derecho Civil y Comercial", trad. por Santiago Sentis Melendo, Ed. Ejea, t. III, p. 431. También Alicia PUERTA de CHACÓN participaba de esta idea al comentar el Proyecto de 1998 (JA 2001-II-836). Ferdinand MAC-KELDEY ("Elementos del Derecho Romano", Ed. Carlos Bailly-Bailliere, 1945, 2ª ed., nro. 316.III p. 188) expresaba "El derecho de superficie se adquiere también por acto de última voluntad (superficies legata) pero jamás por usucapión; porque en este caso se usucape al mismo tiempo el suelo y ya no puede ser cuestión de derecho de superficie (jus in superficie)".

(19) CARLUCCI de SABATINI - MARTINELLI - MOLINA de JUAN, en ZANNONI, Eduardo - KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado, Ed. Astrea, t. 13, p. 442.

(20) Es lo que también apunta GONZALES BARRÓN, Gunther, "Derechos reales limitados", sli-deplayer.es/slide/3819365/, para considerarla aplicable en Perú pese al silencio legal; y en la obra y páginas citadas. También Domenico BARBERO ("Sistema del Derecho Privado", Ed. Ejea, 1967, t. II, p. 307), en Italia la considera aplicable en la forma decenal como en la ordinaria.

(21) MOREIRA, Laureano A., "El derecho de superficie en el Proyecto de Unificación legislativa", ED 128-909.

(15) MUSTO, Néstor J. - MUSTO, Claudia V., "El derecho real de superficie", en Homenaje a los Congresos Nacionales de Derecho Civil (1927-1937-1961-1969), Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, t. III, p. 1836.

(16) "Tratado de los derechos reales", Ed. Jurista, Lima, 2013, 3ª ed., t. II, ps. 1846-1849.

(17) CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos, "Exégesis del Código Civil Peruano de 1984", Ed. Max Arias Schreiber Pezet, t. III, Derechos Reales, Normas Legales, p. 487.

o el sector preexistente que posee no reúne los requisitos para configurar una parcela o subparcela o como señala Nelson Cossari (22) existiendo justo título el adquirente no puede recurrir a la prescripción decenal al fallar la buena fe por falta de un adecuado estudio de títulos.

Admite la prescripción adquisitiva el Código de Portugal art. 1528.

El Cód. Civ. y Com. solo admite la prescripción breve, jugando un importante rol en el saneamiento de títulos reunidos los requisitos de justo título, buena fe y posesión de 10 años (art. 1898) (23)”.

Presentaron otra ponencia en el mismo sentido, María Gabriela Tolosa-Juan Andrés Demmi.

La Comisión por amplia mayoría en el punto 4 concluyó: “Superficie. *De lege ferenda*: Se recomienda admitir la prescripción adquisitiva larga para la adquisición de la propiedad superficiaria”.

El despacho en minoría conformado únicamente por Pujol y Sureda propuso: “Admitir la prescripción larga siempre que el prescribiente cuente con un título insuficiente emanado del propietario”. Tal postura, basada en la supuesta convencionalidad a la que apuntaría el art. 2119, conllevaría

a descartar también para la prescripción breve la adquisición *a non domino*; sin visualizarse razón alguna para el tratamiento diferente respecto a los otros derechos principales, alcanzados por los arts. 2565, 1897 y 1899 Cód. Civ. y Com. Vale recordar que el Proyecto de 1998, tal como se dijo, ninguna disposición especial contenía respecto a la prescripción adquisitiva existiendo propiedad superficiaria.

C. Con relación a la prescripción adquisitiva en materia de servidumbre postulamos: “Las servidumbres positivas pueden adquirirse por prescripción adquisitiva larga o breve, trátase de cualquiera de las clasificaciones con que se las identificaba en el Código Civil (continuas/discontinuas, aparentes/ no aparentes)”.

Sin adentrarse en las variantes de servidumbre de esas clasificaciones no receptadas por el actual ordenamiento (arts. 2975 y 2976 del Cód. Civil), los Dres. Ignacio E. Alterini y Francisco J. Alterini propusieron “La servidumbre positiva, en tanto se ejerce por la posesión, es también un derecho real prescriptible”.

Por su parte la Dra. Lidia D. Lasagna decía en su ponencia “No son necesarias normas específicas que se refieran a la adquisición por prescripción de las servidumbres positivas, basta con aplicar las normas de ese instituto, esto es, posesión continua y ostensible durante el tiempo que prevé la ley. La continuidad consiste en la realización de actos posesorios que exterioricen el efectivo ejercicio de la relación posesoria existente. En presencia de actos de mera tolerancia tal vez no sea fácil diferenciar unos de otros, serán las situaciones de hecho las que lo determinen. La prueba que demuestre los actos posesorios deberá revelar de manera contundente la exclusión del poseedor mediante la debida publicidad para que el excluido tenga la posibilidad de oponerse”.

(22) COSSARI, Nelson, en BUERES, Alberto - HIGHTON, Elena, Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Normas Complementarias, Ed. Hammurabi, t. 9 B, p. 183.

(23) JOSSERAND, Louis, “Derecho Civil”, Ed. Bosch, t. I, vol. III, “La propiedad y los otros derechos reales y principales”, nro. 1827, p. 361 destacaba la importancia de la prescripción adquisitiva corta en los casos de título emanado de un non dominus y de la larga en los supuestos de posesión de parte de lo existente en la superficie.

En una ponencia presentada fuera de término y por ende no publicada en la página (24) el Dr. Pablo E. Bressan señalaba “*De lege lata*: 1) El titular de derecho real de servidumbre ejerce actos posesorios porque es un poseedor en los términos del art. 1909 Cód. Civ. y Com. 2) Las servidumbres positivas de cualquier clase son prescriptibles (arts. 1897,2565 y ccds. Cód. Civ. y Com.) tanto por prescripción adquisitiva breve como larga. 3) La interpretación literal del art. 1891 del Cód. Civ. y Com. además de disvaliosa, es contraria al modo de interpretación coherente e integral exigido por el art. 2º del Cód. Civ. y Com.”. En el mismo sentido expresaba el Dr. José Luis Caliri en la suya “Es acertado el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en cuanto no recepta las clasificaciones de la servidumbre en continua— discontinua y aparente—no aparente; pues a los efectos prescriptivos importa analizar la índole de los actos posesorios a la luz de los criterios sentados por el régimen general instaurado en el art. 1900 y concordantes. No interesa a los fines de calibrar la usucapibilidad de la servidumbre atender a su clase, sino que lo continuo y ostensible debe predicarse siempre —y únicamente— acerca de los actos posesorios que exteriorizan la servidumbre positiva”.

En sentido contrario, afirmando lo que luego sería parcialmente (25) receptado por

(24) Ver <https://www.fcjs.unl.edu.ar/sitios/jndc.Pages.showSubcategoria?id=1008>.

(25) Digo parcialmente por cuanto el Despacho de minoría no llegó a sostener la necesidad de justo título. Como expuse en nota 23 de mi aporte “La usucapión en el nuevo Código”, RCCyC 2016 (marzo), 19 Cita Online: AR/DOC/566/2016 la Dra. Puerta de Chacón sostenía que en el régimen anterior era necesaria siempre la existencia de un título (justo porque si fuera suficiente la prescripción es innecesaria), lo que constituía una aislada interpretación de las previsiones de los arts. 3017 y 4015

la minoría, las Dras. Alicia Puerta de Chacón-Sofía Belén Méndez Masa expusieron “a) *de lege lata*... 2. La continuidad en materia de servidumbres se entiende como continuidad de uso por sí misma sin el hecho actual del hombre (conf. art. 2975 del Cód. Civil y su nota), b) *de lege ferenda*: Se postula parara la prescripción larga una norma análoga a la del art. 4015 del Cód. Civil derogado que requiera un justo título” e Irene Pujol Zizzias “... *De lege ferenda*: Se debería aclarar que las servidumbres positivas aparentes y continuas, con base en algún título formal insuficiente, pueden adquirirse por prescripción”.

La Comisión produjo dos Despachos: El primero por unanimidad sentó que “Los actos de buena voluntad o mera tolerancia no son útiles para la prescripción adquisitiva de ningún derecho real”.

En el segundo es donde las diferencias se ponen de resalto: Por mayoría (26) se dijo: Las servidumbres positivas se ejercen por la posesión, no debiendo interpretarse el art. 1891 en un sentido literal. En virtud de los arts. 1897 y 2565 del Cód. Civ. y Com. todas las servidumbres positivas son susceptibles de ser adquiridas por prescripción breve o larga. La derogada clasificación del Código de Vélez en continuas y discontinuas, aparentes y no aparentes, no tiene in-

del Código velezano que no resultaba de la letra de dichos preceptos, en que el segundo simplemente se limitaba a excluir de este modo de adquisición aquellas servidumbres (las discontinuas o no aparentes) que no se podían adquirir según el primero sino por título.

(26) Conformada por Franchini, Lasagna, Zuivilia, Urbaneja, Pérez, Farina, Fernández, Garay, Cossari L., Zenckiz, Navarro De Zavalía, Ventura, Villanustre, Krekcza, De Rosa D., Chaves, Alterini, Cura Grassi, Cossari N., Guardiola, Dallaglio, Zelaya.

cidencia al respecto. La minoría (27) en cambio consideró que solo las servidumbres positivas que sean continuas y aparentes pueden adquirirse por prescripción, de conformidad con lo dispuesto por el art. 1900. Por ello, las servidumbres de tránsito o paso quedan excluidas de esta posibilidad.

Los dos despachos parten en sus conclusiones de dar por superada la confusa redacción del art. 1891 del Cód. Civ. y Com. que siguiendo a Gatti dispone que las servidumbres positivas “se ejercen por actos posesorios concretos y determinados sin que su titular ostente la posesión”. Aunque es harina de otro costal, vale señalar que esta es otra consecuencia de la imprecisión que en materia de relaciones reales (hoy llamadas de poder) genera la adopción de una clasificación simplista que prescindió de una categoría tan útil como la cuasiposesión, que conjugada con la yuxtaposición predial permite solucionar sin contradicciones lógicas (actos posesorios de quien se reputa no poseedor) el contenido y funcionamiento de las mismas (28). Teniendo en cuenta el concepto de posesión que trae el art. 1909, y la previsión del arts. 2565 al hacer alusión a “derechos reales principales”, resulta lógico interpretar que pueden ser adquiridas por prescripción (art. 1897).

También hubo consenso en que los actos de buena voluntad o mera tolerancia no son útiles para la prescripción adquisitiva de este como para cualquier otro derecho real. El fundamento que se ha querido encontrar en la exclusión de las servidumbres

discontinuas y/o no aparentes que contenía el art. 3017 del Código derogado (con el mismo criterio que legislaciones de otros países) en el propósito de impedir que un estado de mera precariedad, una simple tolerancia de actos realizados sin derecho o mera condescendencia de buena vecindad pueda transformarse en un estado permanente y de derecho, no resiste el análisis. Como bien explica Ángel Luis Rebolledo Varela en su magnífica obra (29) ello “implica recurrir de manera absoluta a una circunstancia, la tolerancia a título de precario, que ciertamente no suele existir en la práctica, lo que tiene el mismo fundamento que hacerlo para impedir la usucapión de las servidumbres continuas y aparentes o incluso la propiedad y otros derechos reales limitados”. En el mismo sentido Planiol (30) dice que “esta explicación no vale más que la otra; tiene en efecto, el error de erigir en presunción absoluta una circunstancia, la tolerancia a título de precario, que en muchos casos no existe: algunos propietarios ejercen, en la práctica, servidumbres de este género, no por tolerancia, sino por la pretensión de tener un verdadero derecho. Para ellos no tiene ningún valor la presunción que pretende atribuirse a la ley”. Categórico es Espín Canovas: “en favor de la prohibición legal de la usucapión de servidumbres discontinuas o no aparentes se alega que se trata de evitar que actos de mera tolerancia o buena vecindad puedan transformarse en un estado permanente y de derecho (Ruggiero) Pero este argumento no es convincente, porque dicho peligro no

(27) Palomanes, Noriega, Pujol, De Rosa C., Abreut, Flah, Puerta, Sureda, Árraga Penido, Lovece, Daguerre.

(28) Ver mi trabajo “Cuasiposesión. Su existencia en el derecho civil”, ADLA 2016-3, 201; DJ del 15/06/2016, 1; Cita Online: AR/DOC/4066/2015.

(29) “Tratado de servidumbres”, Ed. Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007, 2ª ed., ps. 196-197.

(30) PLANIOL, Marcel, “Traité Élémentaire de Droit Civil”, revisado y complementado por Georges Ripert, Ed. LGDJ, París, 1946, 3ª ed., trad. Leonel Pereznieta Castro, Ed. Harla, México, 1997, vol. 3, p. 543.

existiría, ya que los actos de mera tolerancia no afectan la posesión” (31). Por cierto, la divisoria entre los mismos y los que sean posesorios (arts. 1928 Cód. Civ. y Com. y 2384 Cód. Civil) pasará por una cuestión de prueba no solo de la materialidad de su ejercicio sino particularmente de la posición anímica (*el animus rem sibi habendi*) en cuanto al carácter autónomo, directo y exclusivo con que el mismo se realizó, como se trata de todos los actos *ad usucapionem*.

La divergencia se produjo en cuanto a si las derogadas clasificaciones legales de los arts. 2975 y 2976 del Cód. Civil, que el Cód. Civ. y Com., siguiendo al Proyecto de 1998, no incluyó y que entre otras implicancias (servidumbre del padre de familia y servidumbre que revive; modos de constitución que desaparecen por su “clandestinismo”) eran tomadas en cuenta a los fines de la prescripción adquisitiva por el art. 3017 Cod. Civ (32). seguidor —al igual que el Cod. Español (arts. 537 y 539) y el Código italiano de 1865 entre tantos— del art. 690, Código francés, conservan su utilidad en la materia y determina la inviabilidad de que algunas de ellas puedan adquirirse por este medio.

Sabido es que los autores del Código francés adoptaron un sistema intermedio entre el que provenía de la Costumbre de París que negaba la prescripción a toda clase de servidumbres y las de Artois, Auvergne, Boulenois y Ponthieu que las admitían

(31) ESPÍN CANOVAS, Diego, “Manual de Derecho Civil Español”, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1960, vol. II, Derechos Reales, p. 309.

(32) Que descarta para las no aparentes o discontinuas incluso la posesión inmemorial para su adquisición, cuando la ley 15 Ti. 31 Partida 3 la hacía procedente cuando la hubieran usado “tanto tiempo que non se puedan acordar los homes quanto ha que la comenzaron a usar”.

para todas. Ello no sorprende, ya que como nos ilustra Allende (33) la clasificación de continuas y discontinuas se desarrolló en la Edad Media y de allí paso al Código de Napoleón en tanto la de aparentes y no aparentes nació en Francia algo después del siglo XVI ya que el gran jurista Bertrand D’Argente, fallecido en 1590 no la conocía. La aparente justificación de la solución estaría dada porque en las servidumbres discontinuas faltaría una posesión ininterrumpida ya que usada a intervalos más o menos largos y dependiendo de actos del hombre, la posesión no puede ser continua (34) y en que el requisito de la posesión pública está en relación directa con un signo exterior que revele la existencia de la servidumbre, por lo que en su defecto cabe considerarla como clandestina a efectos de usucapión.

De estos reparos se hacen eco quienes con el nuevo Código con base en la exigencia del art. 1900 del carácter “ostensible y continua” de la posesión prescriptiva o usucapitiva para considerar que tal exclusión de especies de categorías legales no vigentes, no obstante pervive.

En cuanto a la condición de continuidad explicaba también Planiol “¿Qué es una posesión continua? La que supone actos de ejercicio bastante próximos para que los intervalos que los separan no se tomen como lagunas, en comparación con el estado normal. Se puede considerar que quien ejerce regularmente una servidumbre de paso o de sacar agua de un pozo, tan frecuentemente como lo exigen sus necesidades, tie-

(33) ALLENDE, Guillermo L., “Tratado de las servidumbres”, Ed. Abeledo Perrot, 1963, ps. 301-303.

(34) Este requisito se atribuye a Bartolo, cuya regula infallibis confunde la causa perpetua como requisito esencial de todas las servidumbres prediales con la causa continua.

ne la posesión continua de esa servidumbre, aunque en otro sentido de la palabra la misma servidumbre sea discontinua. Los autores modernos admiten así la posibilidad de una posesión continua, en un caso en que los antiguos la consideraban imposible. La concepción moderna es más justa que la antigua. Por ello se prescindió de su exigencia en el Cód. Civil italiano de 1942 (art. 1061) y lo mismo propuso Allende (35) para nuestro país. En el mismo sentido se expiden De la Mata Pizaña-Garzón Jiménez (36) respecto al art. 1114 del Cod. Civil federal mexicano— similar al derogado 3017— al decir que la ley comete ese yerro “confundiendo esta característica del derecho con aquella cualidad de la usucapión. En efecto, son servidumbres discontinuas aquellas cuyo uso requiere del hecho del hombre y la continuidad en la posesión está referida a la no interrupción del derecho por alguna de las causas previstas en art. 1168” A su vez Biondi (37) estableciendo la relación entre la posesión continuada y las servidumbres continuas/discontinuas pregona que la noción misma de aquella está vinculada al ejercicio del derecho, lo que en el caso significa que “la servidumbre sea ejercitada todas las veces en las que su ejercicio es útil para las necesidades del fundo”, aunque ello signifique intervalos, ya que la continuidad en la posesión del derecho, su permanencia, no es lo mismo que un ejercicio incesante; y refuerza Rebolledo Varela (38) este argumento con relación a la de paso de la siguiente manera “la continuidad de la posesión no implica que no haya en ella una solución de

continuidad material, sino solo el goce normal de un derecho según su naturaleza y las circunstancias que lo acompañan” Piénsese sino en cómo se ejercita la posesión en el caso de usos alternados en el Tiempo Compartido, o en un predio de alta montaña al que solo se accede ocasionalmente cuando las condiciones climáticas lo permiten.

Respecto a la apariencia (en cuanto signos exteriores que hacen a una situación de hecho y no de la naturaleza de la servidumbre), como han dicho Butera y Scaevola, está en relación con la publicidad de la posesión. Sin embargo, pueden no existir obras para su ejercicio y los actos de posesión (v.gr. sacar agua o paso) ser perfectamente visibles y cumplirse ostensiblemente, sin que se pueda predicar que sean realizados clandestinamente (39). “La falta de signos visibles y permanentes que cualifican las servidumbres no aparentes puede hacer difícil la prueba de la posesión, que implica ejercicio de hecho de la servidumbre; pero la dificultad no es una buena razón para excluir apriorísticamente, como absurdo jurídico y práctico, la posesión de tales servidumbres” (40).

Correcta ha sido entonces la solución legal, en dejar librado a cada caso concreto determinar si se encuentran reunidos los requisitos para la adquisición por prescripción de la servidumbre sin aquella atadura clasificatoria (41), que doctrinariamente puede conservarse y ser de utilidad proba-

(35) ALLENDE, ob. cit., p. 333.

(36) “Bienes y Derechos reales”, Ed. Porrúa, México, 2013, 6ª ed., p. 376, nota 29.

(37) BIONDI, Biondo, “Las servidumbres”, trad. de González Porras, Ed. Comares, Granada, 2001, ps. 619-620.

(38) *Ibidem*, p. 195.

(39) Sobre esto ver LACRUZ BERDEJO, José L., “Estudios de Derecho Civil”, Ed. Bosch, Barcelona, 1958, “Usucapión de las servidumbres discontinuas o no aparentes”, ps. 37-97.

(40) BIONDI, Biondo, ob. cit., nro. 270, ps. 1170 y ss.

(41) En este sentido también se habían expedido GARRIDO, Roque - ANDORNO, Luis, “Código Civil Anotado. Libro III Derechos Reales”, t. IV, p. 128.

toriamente, pero desprovista de los efectos legales de otrora. Se han excluido en cambio a las servidumbres negativas, cuando con respecto a las mismas buena parte de la doctrina extranjera propone la prescripción adquisitiva saneatoria, es decir la breve con justo título y buena fe. Con relación a las anteriormente imprescriptibles (discontinuas o no aparentes) el plazo debe computarse desde la entrada en vigencia del nuevo código. Serán aplicables las dos variantes de prescripción: la larga y la breve con los requisitos inherentes a cada una de ellas (42).

D. En la última de nuestras ponencias, con el Dr. Urbaneja, señalábamos “1) El art. 2459 Cód. Civ. y Com., bajo la denominación de prescripción adquisitiva, en realidad incorpora un supuesto de plazo resolutorio respecto de la acción de reducción, en consonancia con las previsiones de los arts. 1965 y 1972. Es evidente que la posesión es considerada exclusivamente con relación al punto de inicio de ese plazo y a la continuidad de la relación real con la cosa donada (art. 1901 al que remite el propio art. 2459)... 2) La buena fe... no queda afectada con el conocimiento de que en los antecedentes exista una donación... Si no fuera así, el artículo sería inaplicable, puesto que quien adquiera del donatario sería siempre de mala fe, al conocer el título de su transmitente (art. 23 ley 17.801) 3) Tampoco se da el otro requisito de la prescripción corta o saneatoria: el justo título. La donación es lisa y llanamente un título suficiente. 4) Como resultado de ello, y aun considerándola un supuesto especialísimo de prescripción adquisitiva, no será de aplicación la dispensa prevista por el art. 2550 ni el régimen de derecho transitorio establecido por el art. 2537. Por lo tanto, el cómputo del plazo desde la ad-

quisición de la posesión se aplica, aunque la adquisición sea anterior a la vigencia del Cód. Civ. y Com., si el donante falleció con posterioridad”.

Más allá de las críticas que nos merece el tratamiento legal de la acción de reducción (43), sin desconocer que existe otra postura (Kiper, Alterini) (44) —que en la Comisión fue mantenida en la ponencia de la Dra. Mariana C. Zuvilia— que con pie en el encabezado del art. 2459 y la remisión al art. 1901 afirma que se trata de un caso especialísimo de prescripción, reafirmamos el criterio ya sostenido (45) de que estamos frente a un plazo resolutorio, posición que con algunas diferencias conceptuales en cuanto a la naturaleza jurídica [Casaba (46):

(43) GUARDIOLA, Juan José, “La necesidad de reformar los alcances de la acción de reducción” y Adenda “Una mala solución al problema de las donaciones”, *Revista del Notariado*, 932 (abr.-jun. 2018); URBANEJA, Marcelo E., “La acción de reducción y los títulos provenientes de donaciones inmobiliarias en el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012”, *ED* 249, ps. 628-636.

(44) KIPER, Claudio M., “Naturaleza del plazo para sanear una donación”, *Revista del Notariado*, 928, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, 2017, quien cita en aval su postura el supuesto del art. 1899, último párrafo, del Cód. Civ. y Com., siendo de señalar que, previsto para registraciones constitutivas, no habría allí una adquisición del dominio. ALTERINI, Jorge H. - ALTERINI, Ignacio E. - ALTERINI, María Eugenia, “Tratado de los derechos reales”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2018, t. I, ps. 242-244.

(45) En este sentido mi trabajo “La usucapión en el nuevo Código”.

(46) CASABÉ, Eleonora R., “¿Prescripción adquisitiva, caducidad o plazo resolutorio?”, Ed. Colegio de Escribanos de la Capital Federal, 2016, nro. 924, y en *Anuario de la Revista del Notariado*, 3 (2016), Ed. Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2017.

(42) Conceptos expresados en trabajo “La Usucapión...” ya citado.

caducidad; Martí(47): inoponibilidad o restricción de ejercicio; ponencia en la Comisión de Coria-Méndez Maza: condición resolutoria legal] permite afirmar que el dominio por el donatario y subadquirentes ya se adquirió con base en un título suficiente y enerva bajo el prisma de la seguridad en el tráfico entrar en especulaciones que los defensores a ultranza de la legítima postulan respecto a la buena fe y sobre causales interruptivas o suspensivas propias de aquel instituto(48).

La conclusión sexta de la Comisión —que solo contó con la abstención de la Dra. Zuvilia— si bien no se pronuncia sobre la naturaleza de dicho plazo (“Se trate el plazo que contempla el art. 2459 de un evento resolutorio de la acción de reducción o de una prescripción adquisitiva especialísima”) da una respuesta concreta a esas dos importantes cuestiones: “no es de aplicación la dispensa prevista por el art. 2550 por fallecimiento del donante, ni el régimen de derecho transitorio establecido por el art. 2537”.

Correcta me parece la aclaración de que la dispensa no puede tener como fundamento el fallecimiento del causante ya que eventualmente podría darse una imposibilidad de hecho o maniobras posteriores a su deceso que justificasen su aplicación, pero no que la imposibilidad jurídica de accionar por reducción en vida del donante pueda llegar por esta vía a resucitar un plazo extinguido con anterioridad.

(47) MARTÍ, Diego M., “Donación a herederos legitimarios. Aplicación del Código Civil y Comercial. Acción de reducción. Plazo”, Ed. Colegio de Escribanos de la Capital Federal, 2015, nro. 919.

(48) Véase las conclusiones 6 y 7 de la Comisión 9 de las XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil La Plata 2017.

En cuanto a la aplicación temporal del instituto queda descartado que el cómputo de la posesión para las donaciones anteriores a la vigencia del Cód. Civ. y Com. deba efectuarse a partir de su entrada en vigencia(49). Considero correcta la posición de Kemelmajer de Carlucci(50) al afirmar que el art. 2459 resulta aplicable a todas las donaciones cualquiera sea su fecha en tanto el donante haya fallecido con posterioridad a su vigencia, ya que el momento del deceso determinará la ley aplicable en materia de legítima y sus acciones. Otra postura, que lo extiende incluso a supuestos de donaciones en que el fallecimiento del donante hubiese acaecido con anterioridad a su vigencia, me parece que conlleva una aplicación retroactiva del régimen de la legítima(51).

## II. Breve comentario sobre las otras conclusiones

II.1. Los dos despachos respecto a la Conclusión 2 sobre vicios de la posesión(52), a mi modo de ver solo en apariencia resultan opuestos.

Existieron dos ponencias que dieron lugar a su abordaje. Por un lado, la de la Dra. Miryan A. Farina que apuntaba “... que siendo la posesión viciosa una de las especies

(49) FERRER, Francisco, comentario a dicho artículo, en Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2016, 2ª ed., t. XI, pz. 633 y ss.

(50) KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, “La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, p. 169.

(51) ALTERINI y otros, op. y loc. cit.

(52) Mayoría: Mientras se mantenga el estado de violencia, no comienza a correr el plazo de la prescripción. Minoría: El plazo de prescripción se computa desde el inicio de la posesión o del desamparamiento del anterior poseedor.

de la posesión de mala fe y no existiendo ninguna norma correlativa al art. 3959 del Cód. Civil que imponga la purga del vicio, *de lege data* corresponde interpretar que, aun tratándose de una posesión viciosa en su origen, el plazo prescriptivo comienza a correr desde el momento mismo en que se produjo el despojo y se extinguió la relación de poder del anterior poseedor” (es lo que recepta la “supuesta minoría”). Por el otro el de los Dres. Carlos A. De Rosa— María E. Torres Lastra y Mariano A. De Rosa que decía “Debe consagrarse expresamente que mientras subsista el vicio de violencia en la posesión, resulta inhábil el curso de la prescripción” (dictamen de la mayoría).

El tema de los vicios de la posesión y la desaparición del plazo de purga de los mismos ya fue por mi tratado en una publicación anterior ya citada. Sin embargo, conviene insistir en el limitado alcance (hasta por la relatividad de aquellos y por el hecho de que se aprecian únicamente al tiempo de la adquisición de la relación real, arts. 1920 y 1921 Cód. Civ. y Com.) del asunto. Máxime porque como señalaron el maestro Jorge H. Alterini e hijos (53), solo colorean fugazmente la relación real, por un lapso de tiempo que presumiblemente será muy breve. Ello así, mientras los actos violentos para su adquisición se desarrollen, no habrá todavía privación de la relación del anterior titular (art. 1931 inc. b Cód. Civ. y Com.) como para decirse que haya ingresado a su “ámbito de custodia” (art. 1922 inc. b) y por ende es de toda lógica que no se compute el plazo prescriptivo. Distinto será el caso de la clandestinidad que impide la prescripción porque ella elude el requisito de ostensibilidad. Si operó el desapoderamiento, es decir ya instalada la nueva relación de

poder, el perjudicado tendrá la acción posesoria o real correspondiente para lograr la interrupción de una posesión ya en curso y hábil para prescribir.

II.2. Respecto a los plazos de prescripción, muy interesante fueron las ponencias de las Dras. Cristina Krekca y Liliana E. Abreut de Begher, que analizan el derecho comparado y postulaban la reducción general de los mismos y una del Dr. Diego De Rosa con idéntico criterio para el caso de inmueble destinado a vivienda única y permanente.

Elas dieron lugar a un despacho en minoría que se expidió de *lege ferenda* por: Reducir los plazos en la prescripción breve a cinco años y en la prescripción larga inmobiliaria de diez o quince.

Mientras otro de los despachos también en minoría propuso: Mantener los plazos actuales, la mayoría, en opinión a la que adscribí, entendió que era conveniente solo encarar el análisis para su eventual reducción, de modo general o para supuestos especiales; como pusieron de resalto algunos en el caso de la vivienda única, aunque también puede citarse el de los automotores o para armonizar la correspondiente a alguna variante de justo título con la prescripción liberatoria de la acción impugnativa.

II.3. Con relación a la unión de posesiones, por unanimidad se dijo que es posible tanto para la prescripción breve como para la larga, dejándose aclarado que la redacción del art. 1901 del Cód. Civ. y Com. no puede llevar a interpretar que el vínculo jurídico es únicamente exigible para la prescripción breve. La derivación de la posesión en caso de sucesores particulares requiere ese vínculo de voluntaria transmisión que permite su anexión en ambos casos y para todos los efectos prescriptivos, cualquiera

(53) Cito solamente su “Tratado”, t. I, Parte General, nro. 204 y ps. 475-487.

sea la naturaleza de ese acto con la necesaria acreditación.

II.4. Referido a la mediación previa obligatoria en los procesos de usucapión, que no figura como un supuesto de excepción en las leyes nacionales 24.573 y 26.589 ni en la de la Pcia. de Bs. As. 13.951 (54), la Comisión siguiendo la orientación de parte importante de la doctrina (55) y muchos precedentes jurisprudenciales (56), y considerando que es una materia indisponible, en la que rige el orden público, cuyos requi-

(54) En Córdoba la ley 10.543 (art. 6° inc. 6°) determina la exclusión de la mediación como etapa obligatoria, aunque puede ser optativa o voluntariamente establecida.

(55) GALIMBERTI, Héctor R., "Usucapión. Sentencia homologatoria y mediación", Cita Online AR/DOC/7262/2010; SABENE, Sebastián E., "La usucapión inmobiliaria. Su análisis procesal a la luz del Código Civil y Comercial de la Nación", Cita Online: AR/DOC/5004/2016; ALONGHI, Juan Carlos, "La mediación previa obligatoria y el proceso de usucapión", LLBA 2017 (marzo), 1; CAUSSE, Federico, "La transacción, la mediación y la transmisión de derechos reales", Rev. de Derecho Procesal 2010-2, ps. 201-212.

(56) CCiv. y Com., La Matanza, sala I, 03/06/2014, "Markovsky Adriana Marcela c. Bruneliere Juan y ot. s/ materia a categorizar", Cita Online: AR/JUR/42372/2014; CCiv. y Com., Lomas de Zamora, sala 3, 7182 106, S 31/05/2016, "Cieurca Mario Alberto c. Garbin SACIIFC s/ Materia a categorizar", Base JUBA B3751144; C2ª Civ. y Com., La Plata, sala 2, 121765 224, S 09/11/2017, "Rebon Lorena c. Bernal Diego y ot. s/ prescripción adquisitiva Larga - en etapa de mediación", JUBA B5032099; CCiv. y Com., San Martín, sala 3, 75939 I-270/2019, I 05/11/2019, "Palacios, Elda Carlota c. Larramendy, Ana María y ot. S/ prescripción adquisitiva", JUBA B3652260; CCiv. y Com., San Isidro, sala 1, 09/04/2015, "L. J. C. c. C. A. de T. de N. L. s/ diligencias preliminares", RCJ 2562/15; CCiv. y Com., Necochea, 11/09/2013, "Del Hoyo Enrique Cruz c. Club Deportivo y Social Huracán s/ homologación mediación", Cita Online: AR/JUR/68821/2013.

sitos exigen acreditación en un proceso que debe ser contencioso (arts. 1884 y 1905 Cód. Civ. y Com.), amén de que retarda el ejercicio de la acción, entorpeciendo el acceso a la justicia y generando gastos innecesarios a los justiciables, afirmó —receptando la ponencia de la Dra. Nina Norma Noriega— su improcedencia.

El despacho tuvo la única disidencia de la Dra. Cecilia A. Villanustre, quien con anterioridad (57) expuso su opinión favorable a la procedencia y hasta utilidad de que la prescripción adquisitiva transite ese procedimiento de solución alternativa, en criterio que comparte otra doctrina (58) y la mayoría de la jurisprudencia capitalina (59).

II.5. En lo que hace a la anotación de litis prevista en el tercer párrafo del art. 1905 Cód. Civ. y Com., se presentaron varias e importantes ponencias respecto a su naturaleza jurídica (las de los Dres. Gabriel A. Fuster y Navarro de Zavalía por un lado que la aproximan a una medida cautelar clásica —con las derivaciones consiguientes en materia de verosimilitud del derecho y caducidad— por un lado, y la de los Dres. Leandro R. Cossari y Carolina Vanesa Rosas que destacando su función publicitaria sus-

(57) VILLANUSTRE, "Usucapión ¿Una materia mediable?", DJ del 04/12/2013, 1.

(58) TESTA, Graciela M., "Los requerimientos de usucapión en mediación. ¿Mediables o no mediables?", LLBA 2015 (agosto), 721; DUPUIS, Juan Carlos, "Mediación y Conciliación", Ed. Abeledo Perrot, 1997, p. 125.

(59) CNCiv., sala E, 18/11/1999, "Mazzitelli Ilda c. Colangelo de Gallirioti María L.", LA LEY 2000-D, 14; *idem*, 06/03/2008, "Naccarato, Norberto S. c. Sokaluk, Miguel y otros", Cita Online: 35022489; CNCiv., sala I, 15/08/2002, "La Torre, Alfredo H. c. Singerman, Jacobo y otro", Cita Online: AR/JUR/2652/2002; CNCiv., sala "L", 19/02/1999, "Bruno de Longaver, M. c. Sucesores de Stolar, Carlos", JA 2001-I-635).

traen al instituto de la caducidad del art. 37 de la ley 17.801 por el otro).

Sobre la cuestión **(60)** ya me expedí en el trabajo mencionado, por lo que suscribí ambos despachos de la mayoría de lege lata: 1) no es una medida cautelar prevista en los ordenamientos procesales, sino que se trata de una medida preventiva de daños que el juez está constreñido a ordenar por expresa disposición legal y 2) Su anotación no está sujeta a la caducidad prevista por la ley registral.

Considero que por su carácter obligatorio y procedencia de oficio está exenta de los recaudos de las medidas cautelares (verosimilitud del derecho, peligro en la demora y contracautela) **(61)** ni corresponde la caducidad del art. 37 de la ley 17.801. En el conflicto entre el perjuicio a terceros y la posibilidad de que dicha medida turbe u obstaculice el derecho de disposición del titular registral, me parece razonable el dispositivo legal, teniendo el último frente a una aventura judicial la posibilidad de reclamar posteriormente la correspondiente indemnización por los daños que se le hubiese ocasionado. Repárese que los efectos que tiene la sentencia declarativa (al comienzo de la posesión en la prescripción breve y al momento en que se cumplió el plazo prescriptivo en la larga arts. 1903 y 1905 Cód. Civ. y Com.), al menos desde que se inició el proceso judicial los terceros tienen — además de la situación posesoria — un medio de cono-

cimiento registral de la situación existente y de la pretensión del actor, lo que tiene gran relevancia frente a acreedores embargantes e hipotecarios **(62)**. Por ello estimo aconsejable que los códigos procesales dispongan su inscripción y mantenimiento durante todo el proceso sin las exigencias de las medidas cautelares y sin plazo de caducidad. La DTR 5/2019 RPI Capital Federal acertadamente dispuso “No será de aplicación el plazo de caducidad al que hacen referencia los arts. 207 del Cód. Proc. Civ. y Com. y 37, inc. b), de la ley 17.801, a los supuestos en que la “anotación de la Litis” hubiera sido dispuesta en los procesos de expropiación regulados en la ley nacional 21.499 o en la ley 238 de CABA, como tampoco, en los juicios de prescripción adquisitiva (art. 1905 Cód. Civ. y Com.).

Es más, no solo entiendo que debe mantenerse, tal como concluyó la Mayoría de la Comisión *de lege ferenda*, sino que debe complementarse con una efectiva publicidad física, como han dispuesto ordenamientos procesales o acordadas judiciales en distintas provincias, ordenando la colocación de carteles **(63)**.

**(62)** Ver mi trabajo “Los efectos de la prescripción adquisitiva y algunas cuestiones procesales del nuevo Código”, RCCyC 2015 (octubre), 189.

**(63)** Así: el Código Procesal Civil y Comercial de San Luis ley VI-0150-2013, art. 916: Cartel Indicativo. Se ordenará la colocación, con actuación de un Oficial de Justicia o Juez de Paz del lugar, de un cartel indicativo con una medida de un metro cuadrado (1 m<sup>2</sup>) como mínimo, con las referencias necesarias acerca de la existencia del juicio y en un lugar del inmueble visible desde el principal camino de acceso. Su mantenimiento estará a cargo del actor durante toda la tramitación del juicio bajo apercibimiento, en caso de constatarse el incumplimiento, de suspender la tramitación del proceso y de aplicación de una multa de Pesos Un Mil (\$1.000) a Pesos Cien Mil (\$100.000), hasta tanto se acredite en un plazo máximo de treinta [30] días la ejecución de

**(60)** Puede consultarse también: SABENE, Sebastián E., “La anotación de litis del art. 1905 del Cód. Civ. y Com.”, LLBA 2015 (diciembre), 1200; y LOUTAYF RANEA, Roberto G., “Anotación de litis en el proceso de prescripción adquisitiva según el Código Civil y Comercial”, Revista de Derecho Procesal 2017-1, ps. 211-264.

**(61)** En el mismo sentido ALTERINI y ot., “Tratado I”, nro. 231, p. 228.

## II.6. Finalmente en el conflictivo tema de los efectos de la sentencia declarativa de

la medida ordenada al respecto. Los montos antes referidos serán actualizados por el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia. También dispone la publicidad de la sentencia por este medio (art. 921): "La sentencia definitiva firme que declare adquirido el dominio por Usucapión se publicará en su parte pertinente en la página web del Poder Judicial y en un cartel indicativo colocado por el Oficial de Justicia o Juez de Paz en un lugar visible del inmueble durante treinta [30] días". Jujuy, Código Procesal Civil, art. 536.— Cartel Indicativo. Se ordenará la colocación, con actuación de un oficial de justicia o del juez de paz del lugar, de un cartel indicativo con las referencias necesarias acerca de la existencia del juicio, en lugar del inmueble visible desde el principal camino de acceso, y su mantenimiento a cargo del actor durante toda la tramitación del juicio. El cartel no podrá ser inferior a dos metros de ancho por un metro cincuenta centímetros de alto, pudiendo ser esta medida ampliada por el Tribunal cuando lo estime conveniente, sin posibilidad de recurso alguno contra la providencia que así lo disponga. El actor deberá acompañar fotografías certificadas por escribano público o juez de paz del cumplimiento de la presente obligación las cuales serán agregadas en el expediente. Córdoba. Precursoramente la ley 5445 Usucapión de Inmuebles y Saneamiento de Títulos, art. 9º.— Asimismo se dispondrá, a costa del actor, con la intervención del Oficial de Justicia o del Juzgado de Paz, según correspondiera, la instalación y mantenimiento en el inmueble, durante todo el tiempo de tramitación del juicio en primera instancia y en un lugar visible desde el principal camino de acceso, de un cartel indicativo con las referencias necesarias acerca de la existencia del pleito. Y ahora en el Código Procesal ley 8465: Cartel indicativo art. 786.— Se ordenará la colocación, con actuación de un oficial de justicia o del juez de paz del lugar, de un cartel indicativo con las referencias necesarias acerca de la existencia del juicio, en el lugar del inmueble visible desde el principal camino de acceso, y su mantenimiento a cargo del actor durante toda la tramitación del juicio. Tucumán, Acordada CSJ 381/16. Establecer que los señores Magistrados intervinientes en los juicios de adquisición de dominio por prescripción adquisitiva, impongan a cargo del actor la instalación y mantenimiento en el inmueble, de un cartel

indicativo, con la intervención del Oficial de Justicia o del Juzgado de Paz, según corresponda, durante todo el tiempo que dure el juicio y en un lugar visible, atento a lo considerado. Disponer que el cartel no podrá ser inferior a 2 m de ancho por 1,5 de alto y deberá contener todas las referencias necesarias acerca de la existencia del pleito, conforme a lo considerado. Catamarca, CS Acordada 4221 de fecha 16 de octubre del 2012. Exhortar a los Sres. Magistrados a establecer como práctica judicial conveniente, que en todo juicio de usucapión, y en la iniciación de la acción de prescripción, se establezca la disposición de colocar, en la entrada del inmueble sujeto a prescripción, con actuación de un oficial de justicia y/o subrogante, o Juez de paz del lugar, un cartel de un metro de largo por un metro de ancho, indicativo de la mayor cantidad de datos representativos de la existencia del juicio, indicadores del número de expediente, año, juzgado a cargo y dirección del mismo, carátula impresa, nombre de las partes del proceso y/o cualquier otro dato que a criterio del tribunal que intervenga resulta relevante, la ubicación del cartel deberá resultar en un lugar del inmueble absolutamente visible, a los efectos de identificar correctamente el mismo, sin perjuicio de que en el caso de tener un camino de acceso, dicho cartel además deberá ser colocado también en la entrada del mismo. La colocación del cartel, su mantenimiento y la obligación de su correspondiente ubicación a los efectos de una publicidad adecuada se encontrará exclusivamente a cargo del actor y durante toda la tramitación del juicio. Salta, Acordada 11859 del 16/06/2015, *idem* disponiendo como medidas mínimas del cartel 2 metros de ancho por un 1,50 de alto, y "que en el caso de tener un camino de acceso, otro cartel idéntico deberá ser colocado en su entrada". Incorpora una disposición similar el actual Código de Mendoza (art. 209 II inc. d. La colocación de un cartel indicativo con las referencias necesarias acerca de la existencia del juicio, en especial número y carátula, juzgado de radicación, nombre del pretendiente y del titular registral y en su caso superficie pretendida. El cartel deberá ser colocado en el lugar del inmueble que sea visible desde el principal camino de acceso y su mantenimiento estará a cargo del actor durante toda la tramitación del juicio. Las medidas del cartel serán fijadas prudencialmente por el Tribunal con

prescripción adquisitiva larga, la Comisión arribó a una propuesta *de lege ferenda* que haciéndola retroactiva al tiempo de comienzo de la posesión, al dejar a salvo “los derechos de terceros interesados de buena fe” contó con mi adhesión. Ello por cuanto de esa forma se enrolaba en la propuesta del Proyecto

---

el objeto de garantizar la efectiva visibilidad del mismo. El actor deberá acreditar el cumplimiento de esta disposición mediante fotografía certificada por escribano público o constatación de oficial de justicia). Y también el proyecto bonaerense (art. 630 inc. 6°. Se instalará en el inmueble, una vez trabada la litis, un cartel que ventile los datos del proceso) y el tucumano (art. 477 inc. 3°... la instalación y mantenimiento en el inmueble objeto del proceso de un cartel indicativo con la intervención del Oficial de Justicia o del Juzgado de Paz, según corresponda, durante todo el tiempo que dure el juicio y en un lugar visible. El cartel no podrá ser inferior a dos [2] metros de ancho por un metro y medio (1,59 de alto, y deberá contener todas las referencias necesarias acerca de la existencia del pleito, a saber: carátula, número de expediente, radicación, juez y secretaria actuante).

de 1998 art. 1840 (que debía entenderse conjugado con la aclaración del art. 1843 último párrafo) y del Proyecto de 1993 de la Comisión designada por dec. 468/1992 que reformaba el art. 3983). Si bien con el texto actual se arriba a soluciones similares y es hasta más exacto conceptualmente (64), teniendo en cuenta la doctrina mayoritaria proclive a la retroactividad y algunas interpretaciones erradas que consideran que los efectos se producen con la sentencia y no con la fecha en que se cumplió el plazo prescriptivo, no advierto inconvenientes en el despacho aprobado.

Doy así por finalizada esta breve exposición de lo acontecido en ese importante simposio y de nuestro aporte.

---

(64) La cuestión fue tratada con más detalle en mi trabajo “Los efectos de la prescripción adquisitiva y algunas cuestiones procesales del nuevo Código”, RCCyC 2015 (octubre), 189, Cita Online: AR/DOC/3001/2015.

Thomson Reuters

# En camino hacia el acusatorio: Implementación del principio de oportunidad reglada

Daniel E. Adler (\*)

**SUMARIO:** I. El sistema procesal penal constitucional.— II. El código acusatorio sancionado, programado y suspendido.— III. Reformas al procedimiento y al nuevo código.— IV. El valioso aporte de la comisión. El comienzo en Salta y Jujuy.— V. Las normas de aplicación inmediata dispuestas por la Comisión Bicameral.— VI. La resolución de la Procuración General de la Nación 97/2019.— VII. Hacia el acusatorio pleno.

## I. El sistema procesal penal constitucional

Ya ninguna duda cabe acerca de la situación infraconstitucional que implicaba que un juez investigue y juzgue al mismo tiempo. La Corte Suprema de Justicia de la Nación estableció la ausencia de garantía de juez imparcial en estas situaciones (1).

Esa doctrina, hoy aceptada en la práctica judicial, desnudó otra conculcación similar: el juez nacional o federal que investiga también decide la prisión preventiva del imputado. Se ha dicho hace más de treinta

años que “quien tiene al juez como fiscal necesita a Dios como abogado defensor”.

El progreso del derecho hace que situaciones que antes se naturalizaban hoy se encuentren deslegitimadas; eso sucederá, en breve, con el actual sistema procesal penal vigente en el ámbito federal y nacional que permite aún la situación antes descrita.

No caben dudas que el sistema acusatorio, al establecer una clara diferencia entre las funciones de investigación y decisión, es el conceptualmente compatible con el estándar de imparcialidad del juzgador establecido en las normas convencionales.

No está de más recordar que el único ordenamiento en el territorio de la Nación

(\*) Profesor regular adjunto Derecho Penal, en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata.

(1) CS *in re* “Llerena”.

Argentina que no contempla el sistema acusatorio es paradójicamente el que debe aplicarse a los casos de competencia en que es parte el Estado Nacional a través del Poder Judicial de la Nación, pues las provincias han adaptado su procedimiento al sistema acusatorio.

Pese a los esfuerzos realizados desde fines de los años 80 por el Consejo de Consolidación de la Democracia y la Comisión de Reforma presidida por el Profesor Julio B. Maier, acompañado entonces por el profesor Alberto Binder, el acusatorio sigue siendo un camino (2), a recorrer y la introducción del principio de oportunidad reglada para todo el país constituye sin dudas un auspicioso inicio.

Sin embargo, el trayecto al acusatorio en estos últimos treinta años ha sido sinuoso, con avances y retrocesos que no hacen sino revelar distintas tensiones que han incidido en la demora de su implementación. Veamos.

## II. El código acusatorio sancionado, programado y suspendido

En el año 2014 se sancionó la ley 27.063 que adoptó el sistema acusatorio para el orden nacional y federal.

Una de las discusiones más relevantes acerca de la implementación del código quizás haya sido el modo de su puesta en vigencia, esto es, si debía hacerse parcial o totalmente. La ley optó por una aplicación gradual en dos sentidos, en primer lugar, desde el territorio, en segundo lugar, res-

pecto de los aspectos normativos. Efectivamente, un año después de su sanción, en Junio de 2015, la Ley 27.150 estableció que el nuevo Código Procesal Penal de la Nación entraría en vigencia: "a) En el ámbito de la Justicia Nacional, a partir del 1º de marzo de 2016; b) En el ámbito de la Justicia Federal, de conformidad con el cronograma de implementación progresiva que establezca la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del Nuevo Código Procesal Penal de la Nación que funciona en el ámbito del Honorable Congreso de la Nación".

Pero ni la ley 27.063 ni la 27150 tuvieron el destino que deben tener las leyes: ser derogadas solo por otras leyes o declaradas inconstitucionales por un juez. Así a catorce días de asumir el gobierno asumido en el año 2015 modificó por un decreto de necesidad y urgencia (3) la ley 27.150, dejando sin efecto la entrada en vigencia del código para el orden nacional y supeditando su aplicación al orden federal al cronograma de progresiva que establezca la Comisión Bicameral de Monitoreo, pero la condicionó a la previa consulta con el ministerio de justicia y derechos humanos y al consejo de la magistratura de la nación. Las razones manifiestas alegadas en el decreto fueron que "... no se encuentran reunidas las condiciones básicas para asegurar la implementación proyectada en el plazo oportunamente establecido" y que "la implementación en las actuales condiciones pondría en grave riesgo la correcta administración de justicia...". Sin embargo, no se enumeraban ninguna de las condiciones que llevarían a poner en riesgo la administración de justicia.

(2) MAIER, Julio B., "A treinta años del proyecto de reforma de 1986 del Código Procesal Penal de la Nación" en <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/numero-extraordinario>.

(3) Dec. 257/2015 del 24/12/2015.

Ello generó la sospecha de razones soterradas *ad hominem* (4) y, por cierto, no tan ocultas: el acusatorio, que implicaba traspasar la investigación a los fiscales, no podía comenzar para el nuevo gobierno con una Jefa de Fiscales que había sido designada por la administración anterior (5).

(4) En el caso deberían ser *ad feminam*. La cuestión admite varias interpretaciones. No se puede excluir la tradición que viene del sistema americano en el cual abreva nuestra Constitución Nacional y que lleva a que cada gobierno quiera tener su Jefe de Fiscales. Nuestro actual sistema indica que el Procurador General de la Nación tiene estabilidad aún con el cambio de gobierno (art. 120, CN). Los ataques a la Procuradora erosionaron la institucionalidad, generándose sospechas infundadas plasmadas en agravios de toda laya, lo cual motivó un pedido de explicaciones al gobierno argentino de parte del relator especial de Naciones Unidas sobre la Independencia de Magistrados y Abogados, Dr. Diego García Sayán.

(5) Un comunicado del Ministerio de Justicia informaba que “En un sistema acusatorio, en el que los fiscales asumen la responsabilidad de la imputación penal, el Ministerio Público requiere mecanismos para garantizar la independencia de los fiscales inferiores, y en el sistema actual se dieron al Procurador General facultades que no reconocen estos frenos y contrapesos”. A la par el Ministro de Justicia manifestaba a un medio de comunicación que “Con la procuradora tenemos diferencias —señaló Garavano—, las hemos expresado y nosotros pensamos que lo mejor es que la procuradora dé un paso al costado. Eso sería lo más sano. Mientras tanto tenemos una buena relación institucional, hemos estado hablando. La semana que viene postergaremos la puesta en marcha del nuevo Código Procesal Penal, en acuerdo con todos los sectores, porque estaba previsto para el 1º de marzo, pero era imposible llegar... es una Procuración que acumuló, por circunstancias políticas, mucho poder y la idea es que el sistema acusatorio ya da mucho poder, de manera que son decisivos los contrapesos. Efectivamente lo que pensamos es en la duración del mandato, el peso en la designación de fiscales, en la remoción, es decir ponerle un montón de límites a la actuación del procurador general. Yo lo fui en la Ciudad de

La decisión fue de dudosa constitucionalidad por lo siguiente:

1. Un decreto de necesidad y urgencia del presidente no puede suspender una ley que regule cuestiones de materia penal (art. 99, inc. 3º, CN). Tan evidente era esto que el mismo decreto tuvo que aclarar que “El presente no implica modificación alguna de normas de carácter penal, sino que proyecta sus efectos sobre la organización, el funcionamiento y aspectos presupuestarios del Ministerio Público” (CN). Es claro Roxin al establecer que el Derecho de la organización judicial penal integra el Derecho Procesal Penal, y que este es complementario del Derecho Penal material (6).

2. No soporta el *test* de racionalidad un decreto del Poder Ejecutivo que suspende una ley penal por no tener un Procurador o una Procuradora afín. La mejor evidencia de ello fue que al poco tiempo de presentar su renuncia la Procuradora se materializó un avance sustancial y el acusatorio se puso efectivamente en marcha en Salta y Jujuy, sin modificarse las atribuciones del Procurador General de la Nación. Por el contrario, la reforma de la ley 27.482 dispuso en el art. 88 quater amplias facultades para los fiscales coadyuvantes que pueden ser designados por el Procurador General de la Nación.

### III. Reformas al procedimiento y al nuevo código

Pese a la suspensión de vigencia del nuevo código el gobierno (2015/2019) procuró

Buenos Aires durante siete años. Tenía un montón de restricciones y me parecían razonables”.

(6) ROXIN, Claus, “Derecho Procesal Penal”, Ed. Del Puerto, año 2000.

impulsar varias reformas significativas de claro contenido acusatorio, a saber:

– Sanción de la ley 27.272 de Flagrancia (publ. en el BO 01/12/2016), que otorga la instrucción exclusiva del caso al fiscal cuando este declara que debe seguirse el procedimiento de flagrancia. Incluye la realización de una audiencia de intimación del caso, en la cual las partes pueden acordar una alternativa al juicio oral y público (suspensión de juicio, juicio abreviado, etc.);

– Ley 27.372 de Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos, sancionada el 21 de junio de 2017, por ella la víctima puede participar del proceso aun cuando no se presente como querellante, exigir medidas mientras dure la investigación y continuar el caso como querellante cuando el fiscal decida no seguir con la persecución penal. Ello nos lleva a un acusatorio material, donde la discusión del conflicto se desarrolla entre víctima y victimario;

– Modificación del Código de Procedimiento Penal, ley 27.482 (Boletín Oficial del 07/01/2019), con incorporación de técnicas especiales de investigación, que en realidad son instrumentos premiales y que pueden constituir, utilizados con las debidas garantías, instrumentos relevantes para la desarticulación de las organizaciones criminales (acuerdos de investigación con arrepentidos, informantes, reservas de identidad, agente revelador y encubierto). Incorpora a su vez la posibilidad de las investigaciones conjuntas entre los Ministerios Públicos Fiscales de diversas jurisdicciones, lo cual resulta de suma utilidad. El nuevo código pasó a llamarse Código Procesal Penal Federal.

#### **IV. El valioso aporte de la comisión. El comienzo en Salta y Jujuy**

Ante esta situación, la Comisión Bicameral de seguimiento fue un instrumento de suma utilidad frente a los vaivenes de las políticas partidarias que, lamentablemente, por veces, se capitalizarán en los casos judiciales.

Frente al discurso acerca de la inutilidad de las comisiones y la necesidad de crearlas para que nada cambie, la pluralidad en su conformación, las metas claras y la lucidez de muchos de sus integrantes hizo que la Comisión Bicameral de Implementación se convirtiera en un eficaz instrumento para mantener el rumbo hacia el acusatorio.

A ello se sumó el valioso aporte de jueces, fiscales, defensores y funcionarios de la Procuración General de la Nación (7) que pese a las serias limitaciones en el presupuesto continuaron insistiendo en la necesidad de hacer cumplir la Constitución Nacional y las leyes que habían establecido el sistema de enjuiciamiento derogado por decreto. Fue así como pudo ponerse en ejecución el código al menos en el distrito de Salta/Jujuy (8).

(7) Una de las primeras resoluciones generales del Procurador General de la Nación interino, Dr. Eduardo Ezequiel Casal, fue la de impulsar la implementación del acusatorio a través de una Unidad de Implementación Estratégica del Código Procesal Penal y dictó para ello la PGN 16/2018, designando a los Dres. Casanovas, Olima Espel y Goransky a tales fines.

(8) Resolución 1/2019 dictada por el presidente de la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del Nuevo Código Procesal Penal Federal por la Ley 27.150 y su modificatoria Ley 27.482, senador Rodolfo Urtubey.

Al poco tiempo la Comisión advirtió una serie “planteos judiciales en diversas jurisdicciones del país, tendientes a la aplicación a los procesos en trámite bajo la Ley 23.984 de diversos institutos previstos en el Código Procesal Penal Federal, que permiten un mayor resguardo de las garantías constitucionales que protegen los derechos de los justiciables en el marco del proceso penal” (9).

A fines de evitar situaciones desiguales en relación con el goce de las garantías constitucionales, la comisión bicameral de monitoreo e implementación del nuevo Código Procesal Penal Federal inició un proceso de implementación normativa de institutos procesales y/o artículos previstos en el Código Procesal Penal Federal “que no resulten incompatibles con el sistema procesal establecido en la Ley 23.984, y que permiten un mayor goce de las garantías constitucionales para todos los justiciables de manera uniforme en todo el territorio nacional”. Esto es, sin tocarse la organización judicial se tornaron de aplicación inmediata normas que implican un cambio de paradigma en el sistema de enjuiciamiento penal, lo que nos inserta aún más en el camino hacia el acusatorio.

En ese complejo marco político institucional, la Comisión Bicameral puso en vigencia el principio de oportunidad y la Procuración General de la Nación debió reglamentarlo ante la ausencia de normas operativas que así lo dispusiesen.

## V. Las normas de aplicación inmediata dispuestas por la Comisión Bicameral

### V.1. Finalidad del proceso penal

Una de las normas fundamentales que marca un cambio de paradigma en el nuevo ordenamiento es el art. 22 que prevé “Solución de conflictos. Los jueces y los representantes del Ministerio Público procurarán resolver el conflicto surgido a consecuencia del hecho punible, dando preferencia a las soluciones que mejor se adecuen al restablecimiento de la armonía entre sus protagonistas y a la paz social”.

Este artículo resulta fundamental por varias razones.

En primer lugar, define el objeto del proceso penal como los *actos en procura de resolver un conflicto surgido a partir de un hecho*.

No es poco.

Ya no se trata solo de la averiguación de la verdad material o formal o procesal como objeto de la investigación. Esa búsqueda de la verdad que antes prácticamente definía uno de los objetos del proceso no se agota ya en el Hexámetro de Quintiliano(10), sino que la actuación del fiscal debe tener un sentido final y es el de toda acción de Justicia: la búsqueda de la paz social.

El verbo es *resolver*; en las antípodas de tramitar expedientes de nunca acabar.

Tan importante como el modo verbal es el sustantivo sobre el cual recaen los actos procesales: un *conflicto*. Ello implica una

(9) Resolución de la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del Nuevo Código Procesal Penal Federal por la Ley 27.150 y su modificatoria Ley 27.482.

(10) *Quis* (quién); *quid* (qué); *ubi* (dónde); *quibus auxiliis* (con qué medios o ayudas); *quo* (por qué); *quomodo* (cómo); *quando* (cuándo).

disputa y razones de uno y otro lado que deben resolverse. No se trata de una verdad sustancial inmaterial que se busca más allá de las partes para aplicar o no una pena. Sino de una divergencia acerca de cómo debe interpretarse un hecho, lo que lleva a un conflicto y a una necesidad de resolverlo.

Esos conflictos no tienen una solución única producto de una verdad única, sino que el legislador ha utilizado el plural, y ha entendido que deben buscarse las mejores *soluciones*, lo que implica la admisión de alternativas al proceso y a la pena.

La *solución del conflicto* se dará cuando pueda restablecerse la armonía entre sus protagonistas o cuando ella guíe a la paz social, lo que puede ocurrir con o sin la pena estatal.

Los protagonistas del conflicto se humanizan y no solo aparece el imputado, sino también la víctima, de quien se dijo tuvo su conflicto expropiado o confiscado por el Estado durante siglos. El código prevé múltiples intervenciones y posibilidades de solucionar el conflicto, en armonía con la modificación impuesta por ley 27.147 al art. 59 del Cód. Penal.

## V.2. *El principio de oportunidad reglada*

Se ha dejado la estricta legalidad procesal en el ejercicio de la acción penal pública y se ha adoptado el principio de oportunidad reglado (art. 31 del Cód. Proc. Penal Federal). No se trata de la libre disponibilidad de la acción penal de parte del fiscal como sucede, p. ej., en los Estados Unidos, donde el fiscal puede libremente negociar los cargos con la defensa. Aquí se fijan, como en Alemania y como en todas las provincias de la Argentina, en qué casos específicos le está permitido al fiscal aplicar criterios de oportu-

nidad y no promover o ejercer la acción penal de la cual es titular.

El argumento de su implementación inmediata, por cierto oportuna porque los jueces de instrucción han delegado gran parte de las investigaciones en los fiscales ya con el sistema anterior, ha sido fundado en posibilitar al "... ministerio público fiscal una gestión de la carga de trabajo de forma más efectiva, que posibilite orientar mayores esfuerzos de investigación a los casos complejos, corresponde disponer también la implementación de las normas que le permiten a ese organismo disponer de la acción penal en los casos en que la ley lo autoriza" (11). Se trata de un criterio de utilidad que apunta a racionalizar el uso de los recursos.

Detrás del principio de oportunidad se encuentra una concepción de la pena que se aparta de posiciones absolutas y que toma las ideas de prevención general y especial. La pena pierde sentido si se aplica solo al último habitante de una isla (12). El punitivismo extremo mantuvo con jactancia e hipocresía los principios de oficialidad, indivisibilidad e irrevocabilidad de la acción penal pública hasta nuestros días mientras

(11) Idem nota 8, fundamentos de la resolución.

(12) "Aun cuando se disolviera la sociedad civil con el consentimiento de todos sus miembros (p. ej., si el pueblo que habita en una isla decidiera disgregarse y diseminarse por todo el mundo) antes tendría que ser ejecutado hasta el último asesino que se encuentra en la cárcel, para que cada cual reciba lo que de valor hay en sus actos y el homicidio no recaiga sobre el pueblo que no ha exigido este castigo, porque puede considerarse como partícipe de esta violación pública de la justicia". KANT, Imanuel, "Metafísica de la Costumbres"; BLANCO, Luis, "Algunas precisiones acerca del pensamiento jurídico de Kant en materia penal". En [www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2019/07/doc-trina47896.pdf](http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2019/07/doc-trina47896.pdf).

se colapsaban los tribunales. Para el retribucionismo puro resulta inaceptable la posibilidad de una conciliación entre imputado y víctima que retome el conflicto entre sus protagonistas (art. 34, Cód. Proc. Penal Federal).

La ley en los casos específicamente previstos en el código autoriza al fiscal a prescindir del ejercicio de la acción penal pública total o parcialmente; puede ocurrir que un caso contenga muchos hechos y que no haya prueba para todos (v.gr., múltiples defraudaciones imputadas a un grupo económico respecto del cual se tiene posibilidad de acreditar en juicio uno o dos hechos). La norma permite prescindir de la persecución de todos los intervinientes, es decir se pasa de un sistema de acción penal pública indivisible a otro divisible (esto se adapta a los sistemas de colaboración y acuerdo de arrepentidos).

El art. 31 del Cód. Proc. Penal Federal reglamenta los supuestos en los cuales podrá ser aplicado el criterio de oportunidad, que se encuentra contemplado como una causal de extinción de la acción penal en el Código Penal (art. 59, inc. 5º). Veamos.

*a. Si se tratara de un hecho que por su insignificancia no afectara gravemente el interés público.*

Se trata de conductas de bagatela donde el bien jurídico protegido no se encuentra dañado o lo es mínimamente, o no ha corrido peligro (v.gr., tentativas de hurtos en supermercados; agresiones y lesiones recíprocas de grupos sin mayor trascendencia; amenazas que son producto de un momento de discusión; lesiones culposas; etc.).

El fiscal debe leer el interés público y comunicarlo en su decisión. Así cualquier conducta que puede parecer objetivamente

trivial podría no serlo cuando se afecta gravemente el interés público (v.gr., en los mismos ejemplos antes expuestos, si el autor del hurto en el supermercado es el Intendente de la ciudad; o las agresiones tienen un contexto de discriminación; o si las amenazas se producen en un contexto de violencia de género; si las lesiones culposas son producto de la imprudencia del manejo de quien habitualmente transporta personas).

Este criterio de oportunidad exige una adecuada lectura comunicativa entre el fiscal y la sociedad a la que representa.

*b. Si la intervención del imputado se estimara de menor relevancia, y pudiera corresponder pena de multa, inhabilitación o condena condicional;*

Esta situación resulta útil cuando en el hecho intervienen una pluralidad de personas. La intervención en el crimen en estos casos puede resultar de diversa intensidad, situación prevista en nuestro ordenamiento legal que distingue entre autor y partícipe, y entre estos últimos entre cómplices primarios y secundarios (arts. 45-47, Cód. Penal). Es más, en algunas situaciones puede ocurrir que en rigor no haya participación en el crimen sino una situación de encubrimiento.

Este supuesto de aplicación del principio de oportunidad permite dar salida del proceso a colaboradores eficaces, quienes una vez aceptados pueden tener una reducción de la pena similar a la de la tentativa (art. 41 ter, Cód. Penal incorporado por ley 27.304). En las figuras premiales el legislador ha apuntado al crimen organizado internacional. En esto han jugado criterios de política criminal ligados a compromisos internacionales asumidos por nuestro país para ser eficaces en la persecución. Así en los delitos contra la corrupción pública, la Convención Interamericana contra la Corrupción (art. 41

ter, inc. h del Cód. Penal), o en el caso del delito de lavado los compromisos con el GAFI (art. 41 ter, inc. i del Cód. Penal), o en los casos de Trata el Protocolo de Palermo (art. 41 ter, inc. d del Cód. Penal), sucede algo similar con el Tráfico ilegal de estupefacientes (art. 41 ter, inc. a del Cód. Penal). No hay motivo válido para que en otros delitos que provocan un grave daño social no pueda aplicarse la figura. Piénsese en un homicidio por encargo o en las bandas de asaltantes fuertemente armados.

*c. Si el imputado hubiera sufrido a consecuencia del hecho un daño físico o moral grave que tornara innecesaria y desproporcionada la aplicación de una pena;*

Se trata de la “pena natural”, aquella que sufre la persona por las circunstancias de los hechos de la vida y para quienes la pena ya no tiene sentido aflictivo alguno. Quien tiene la desgracia de matar a sus hijos en un accidente automovilístico y sobrevive; quien ha perdido todo luego de un incendio, etcétera. Hay casos de muertes inducidas a partir de la voluntad del paciente cometidos por familiares que sufren junto a él, y realizan actos tendientes a evitar una prolongación de la vida.

*d. Si la pena que pudiera imponerse por el hecho careciera de importancia en consideración a la sanción ya impuesta, o a la que deba esperarse por los restantes hechos investigados en el mismo u otro proceso, o a la que se impuso o se le impondría en un procedimiento tramitado en el extranjero.*

Pareciera razonable que el Estado cese en la persecución penal en casos que la persona imputada ha sido condenada a las penas máximas. Ocurre en casos de estafas reiteradas o delitos continuados. Una vez que las penas resultan significativas la existencia de

un hecho más prácticamente no incide en la pena total.

Esto supone la ausencia de factores jurídicos que exijan, en atención a los delitos imputados, que esa decisión no afecte la paz social. Así, pese las reiteradas condenas a prisión perpetua impuesta a varias personas encausadas por delitos de lesa humanidad, no hay aún consenso en que la persecución deba cesar en los casos de nueva asignación de hechos que han consistido en asesinatos o torturas, ello en la inteligencia que cada víctima debe ser reparada a través de la determinación de responsabilidad de quienes intervinieron en el delito. La cuestión es discutible: si los delitos contra la humanidad afectan al conjunto de las personas, la reparación a una podría entenderse como la de todas cuando se impuso al autor el máximo de la pena.

### V.3. La conciliación (13)

La comisión también ha puesto en vigencia el art. 34 del Cód. Proc. Penal Federal que prevé el modo de llevar adelante la conciliación o reparación integral del perjuicio prevista en el Cód. Penal (art. 59, inc. 6º).

Se trata de acuerdos conciliatorios entre quienes han protagonizado el conflicto, esto es el imputado y la víctima. Este modo de resolución del conflicto resucita a las personas que pasan a tener un rol fundamental. Es habitual observar en delitos contra la propiedad (v.gr. defraudaciones y estafas) pese al intento de reparar el daño cómo nuestra ley no ofrecía solución práctica para estos porque el principio de legalidad pro-

---

(13) V. LEDESMA, Ángela, “Sobre las formas alternativas de solución de los conflictos penales” en [/www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/13](http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/13).

cesal lo impedía(14). La flexibilidad hacia un régimen de acción penal que se rige por el principio de oportunidad reglada permite dar por extinguida la acción penal también en este supuesto.

Estos acuerdos deben pasar el tamiz impuesto de los lineamientos previstos en el art. 22 del Cód. Penal como lo establece el art. 34 en su primera parte, lo que implica que no solo debe contarse con el acuerdo de imputado y víctima sino con el del fiscal y la homologación del juez.

Además de ellos se exigen los siguientes requisitos, a saber:

1. Solo se aceptan en los delitos dolosos de contenido patrimonial en que no haya habido grave violencia sobre las personas (no podría suceder en un robo dónde la víctima fue herida);

2. En el caso de delitos culposos que no haya lesiones gravísimas o se haya producido la muerte.

La acreditación del cumplimiento del acuerdo extingue la acción penal (art. 59, inc. 6º, Cód. Penal).

Hasta tanto no se acredite dicho cumplimiento, el legajo debe ser reservado y frente al incumplimiento de lo acordado, la víctima o el representante del ministerio público fiscal pueden solicitar la reapertura de la investigación.

(14) La cuestión resulta clara cuando se trata de una defraudación entre particulares, pero cuando el sujeto pasivo es un bien jurídico colectivo o de interés público la cuestión es discutible.

## VI. La resolución de la Procuración General de la Nación 97/2019

La Comisión Bicameral puso en vigencia el principio de oportunidad, pero no los arts. 251/2 del Cód. Proc. Penal Federal que indican cómo se debe proceder en estos casos.

Por esa razón el Procurador General de la Nación interino, Dr. Eduardo Casal, debió realizar la adaptación procesal, toda vez que la Comisión puso no solo en vigencia el principio de oportunidad, sino el art. 80 que en el inc. j prevé el derecho de la víctima de requerir la revisión del criterio de oportunidad solicitado por el representante del ministerio público fiscal, aun si no hubiera intervenido en el procedimiento como querellante.

La resolución PGN 97/2019 se fundamentó en la necesidad de contar con un “sistema de revisión interno que asegure los derechos de las víctimas (arts. 80 y 81 del Cód. Proc. Penal Federal) y robustezca la posición institucional, en virtud de la autonomía funcional concebida en el art. 120 de la CN y, particularmente, del principio de unidad de actuación que caracteriza al Ministerio Público Fiscal de la Nación, expresamente consagrado en sus sucesivas leyes orgánicas, y en la facultad de dictar instrucciones generales (arts. 1º y 33, inc. 11, de la ley 24.946 y 9º y 12, inc. h, de la Ley 27.148)”.

Frente a esta situación había dos posibilidades: se copiaba y repetía la dinámica del Cód. Proc. Penal Federal prevista en los arts. 251-252 o se establecía una regla análoga adaptada a la organización judicial y al sistema procesal penal vigente. Se optó por esta última, realizando un ponderable equilibrio entre las normas puestas en funcionamiento por la Comisión Bicameral, la vigencia de Ley 27.372 de Derechos y Ga-

rantías de las Personas Víctimas de Delitos y las normas del sistema procesal establecido en la Ley 23.984, que es el que aún rige.

De acuerdo con esta resolución general, la víctima tiene derecho a que un fiscal superior revise la decisión del fiscal de grado cuando este declara que prescindirá de la persecución penal pública. En el esquema actual de organización del Ministerio Público Fiscal es el Fiscal ante la Cámara. La víctima tiene un plazo de tres días para requerir la intervención del fiscal superior luego de notificada. El plazo parece exiguo teniendo en cuenta no solo lo novedoso del instituto sino la dificultad de acceso a la justicia de una diversidad de víctimas vulnerables.

La resolución no establece qué ocurre en caso que el Fiscal superior, pese a la opinión divergente de la víctima, mantiene el criterio de oportunidad. Y está bien que no lo haga porque la Comisión omitió poner en vigencia el art. 33 que en estos casos prevé la conversión de la acción penal pública en privada. Por otra parte, siempre está la posibilidad que la víctima se constituya en querellante y tenga autonomía de gestión procesal (15).

Si el caso no tiene víctimas o las mismas no han intervenido ante el fiscal superior, este de todos modos interviene. En caso de no ratificar el criterio dispondrá la continuidad de la investigación. Por el contrario, si el fiscal superior confirma la aplicación del criterio de oportunidad, o si no fue cuestionado por parte de la víctima, la causa deberá ser remitida al órgano jurisdiccional para que

disponga lo que corresponda dentro de su ámbito de competencia. Esta remisión al órgano jurisdiccional resulta un trámite más, innecesario a la luz el principio acusatorio y del antecedente “Quiroga” (16). El llamado acuerdo de fiscales, opinión conjunta de dos órganos del MPF— que es lo que sucede en estos casos—, debería cerrar la posibilidad de intervención jurisdiccional. Así sucedía en el código Jofré de la provincia de Buenos Aires (1915) (17). Por otra parte, el mismo código sancionado, pero no aplicado no prevé la remisión al órgano jurisdiccional (arts. 251/2, Cód. Proc. Penal Federal). Cabe preguntarse qué pasaría si un juez con espíritu inquisitivo no estuviese de acuerdo con los dos fiscales.

## VII. Hacia el acusatorio pleno

Las idas y vueltas para la puesta en funcionamiento del sistema acusatorio en el orden nacional y federal ha sido una constante de las últimas décadas.

Sin embargo, lateralmente, el esfuerzo continuado de los miembros de la Comisión Bicameral, de jueces y miembros de los Ministerios Públicos, han permitido avanzar en sus prácticas, afianzar la institucionalidad y progresivamente coadyuvar a la instalación del acusatorio. La normativa cuya aplicación ha dispuesto la vigencia del principio de oportunidad y la reglamentación

(16) CS *in re* “Quiroga, Edgardo O. s/ causa 4302.Q. 162. XXXVIII”, 23/12/2004, CS, Fallos: 327:5863.

(17) Un código que claramente fue un avance para todo el país y que previó de pique la posibilidad de que el imputado fuese juzgado oralmente en delitos graves (art. 221 del Código Jofré). Se evitaba así que el juez de la instrucción fuese el juez del juicio pues en este intervenía la Cámara de Apelaciones. Así fue juzgado Carlos Monzón, juicio oral que pese a su trascendencia duró por su concentración y continuidad tan solo una semana.

(15) Un completo estudio sobre el punto en RAMOS, María Ángeles, “La posibilidad del querellante de ejercer la acción penal en soledad” Tesina de la Universidad de Belgrano de la especialización en derecho penal.

complementaria de la PGN 97/2019 van en ese sentido.

El acusatorio requerirá una especial capacitación de los fiscales, defensores y jueces. La intermediación y la oralidad que lo impregnan requiere respuestas inmediatas y para ello se necesita no solo conocimiento de las soluciones prácticas que brinda la dogmáti-

ca penal hoy día, sino un serio compromiso con la democracia y los DD.HH. de parte de magistrados y funcionarios de reconocida decencia, lo cual resulta un antídoto eficaz para evitar la compra de operaciones de baja estofa.

Sin el acusatorio no se puede, pero solo con el acusatorio no alcanza.

Thomson Reuters

# JURISPRUDENCIA



Thomson Reuters

Thomson Reuters

## DAÑOS POR DETENCIÓN DE PERSONA

### Rechazo arbitrario de la pretensión - Cuestión Federal - Oportunidad para introducirla - Obligaciones internacionales del Estado

El rechazo de la demanda de daños sufridos como consecuencia de una detención en el marco de una causa penal es arbitraria, pues, al resolver la cuestión con un estricto apego a las limitaciones que surgirían del ordenamiento adjetivo local, el superior tribunal de la causa omitió examinar y resolver las cuestiones federales sometidas a su consideración, entra las que cabe destacar la que se funda en el art. 9º, inc. 5º del PIDCyP, norma que dispone que “toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa tendrá el derecho efectivo a obtener reparación” y fue expresamente invocada por los actores en apoyo de su pretensión.

**CS, 27/02/2020 - Echenique, Jorge y otro/a c. Provincia de Buenos Aires y otro/a s/ daños y perjuicios.**

Buenos Aires, febrero 27 de 2020.

*Considerando:*

1º) Que la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires rechazó, por insuficiencia de fundamentación, los recursos locales de nulidad y de inaplicabilidad de ley interpuestos por los actores contra la sentencia de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Lomas de Zamora que había rechazado su pretensión de que se indemnizaran los daños y perjuicios que habrían sufrido como consecuencia de su detención en el marco de una causa penal que se les iniciara.

Para así decidir, la máxima instancia jurisdiccional provincial sostuvo que eran de tal

manera, distintas las fuentes de los medios de impugnación a los que habían recurrido los actores que ello hacía totalmente inadmisibles la posibilidad de fundarlos en los mismos argumentos o entrelazarlos. En razón de ello, consideró que los agravios sometidos a su consideración debían ser desestimados debido a que su “promiscuidad argumental genera una confusión en la que no es posible desentrañar dónde comienza o finaliza uno u otro”, sin que constituyera función del tribunal suplir tales deficiencias.

Contra esta decisión, los demandantes interpusieron el recurso extraordinario federal que fue concedido por el *a quo* a fs. 471/473 vta.

2º) Que los agravios expresados con sustento en la doctrina de la arbitrariedad suscitan cuestión federal suficiente para su tratamiento en esta instancia. Ello por cuanto si bien, en principio, es facultad privativa de los jueces de la causa determinar si los recursos locales ante ellos planteados están debidamente fundados, debe dejarse de lado esa regla cuando el examen de los recaudos pertinentes ha sido efectuado con un injustificado rigor formal, que conduce a la frustración del derecho invocado, con evidente menoscabo de la garantía de la defensa en juicio (Fallos: 310:572; 315:1939; 321:1592; entre muchos otros).

3º) Que esta circunstancia se verifica en el *sub examine* pues, al resolver la cuestión con un estricto apego a las limitaciones que surgirían del ordenamiento adjetivo local, el superior tribunal de la causa omitió examinar y resolver las cuestiones federales sometidas a su consideración.

Entre tales cuestiones federales, cabe destacar la que se funda en el artículo 9, inciso 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Dicha norma dispone que “toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa tendrá el derecho efectivo a obtener reparación” y fue expresamente invocada por los actores en apoyo de su pretensión (fs. 401

vta.). Por lo tanto el *a quo* debió examinar su aplicación a las concretas circunstancias de la causa.

4º) Que, en las condiciones expuestas, se advierte en el caso una relación directa e inmediata entre la decisión objeto de recurso y las garantías constitucionales que se invocan como vulneradas, razón por la cual corresponde descalificar el pronunciamiento con arreglo a la doctrina de esta Corte sobre arbitrariedad de sentencias.

Por ello, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Con costas. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Notifíquese y devuélvase. — *Carlos F. Rosenkrantz.* — *Ricardo L. Lorenzetti.* — *Elena I. Highton de Nolasco.* — *Horacio Rosatti.*

## EXCARCELACIÓN

### Recurso de casación - Agravio federal - Inadmisibilidad - Peligro de fuga - Entorpecimiento de la investigación

1.— El recurso de casación contra la resolución que denegó la excarcelación del imputado es inadmisibile, pues si bien tal tipo de resolución restringe la libertad del imputado con anterioridad al fallo final de la causa, y resulta equiparable a una sentencia definitiva, ya que puede ocasionar un perjuicio de imposible reparación ulterior al afectar un derecho que exige tutela judicial inmediata, lo cierto es que en el *sub judice* la defensa no ha logrado demostrar la existencia de un agravio federal debidamente fundado que habilite la jurisdicción de esta Cámara Federal de Casación Penal.

- 2.— El Tribunal ha fundado el rechazo de la excarcelación en la necesidad del mantenimiento de la medida de coerción cuestionada, basándose en el peligro de fuga y el entorpecimiento de la investigación que presenta el caso.
- 3.— A la Cámara Federal de Casación Penal compete la intervención en las resoluciones denegatorias de la excarcelación, ello con el fin de que se garantice el derecho al recurso, y evaluar el mantenimiento de la medida excepcional de coerción cuestionada por el recurrente en los términos de los arts. 210, inc. k), 221 y 222 del Cód. Proc. Penal Federal. (Del voto en disidencia del Dr. Hornos).

**CFCasación Penal, sala IV, 19/02/2020 - Juan Fernando Colona Risco.**

**2ª Instancia.-** Buenos Aires, febrero 19 de 2020.

El doctor *Borinsky* dijo:

En primer lugar, habré de considerar que las resoluciones que deniegan la excarcelación, en tanto restringen la libertad del imputado con anterioridad al fallo final de la causa, resultan equiparables a sentencias definitivas, ya que pueden ocasionar un perjuicio de imposible reparación ulterior al afectar un derecho que exige tutela judicial inmediata (Fallos: 280:297; 290:393; 307:359; 308:1631; 310:1835; 310:2245; 311:358; 314:791; 316:1934, entre otros).

Sin embargo, en el *sub judice* la defensa no ha logrado demostrar la existencia de un agravio federal debidamente fundado que habilite la jurisdicción de esta Cámara Federal de Casación Penal conforme la doctrina sentada en los precedentes “Di Nunzio”, “Durán Sáenz” y “Piñeiro” (Fallos: 328:1108; 328:4551; 333:677, respectivamente), sino que se ha limitado a cuestionar una fundamentación que no se comparte sin efectuar una crítica concreta y ra-

zonada de los argumentos dados por el Tribunal *a quo* en el pronunciamiento que rechazó la excarcelación solicitada en favor de J. F. C. R.

En este sentido se advierte que el Tribunal ha fundado su decisión en la necesidad del mantenimiento de la medida de coerción cuestionada, en línea con lo argumentado por el Ministerio Público Fiscal (fs. 142/143 vta.), en base al peligro de fuga y al entorpecimiento de la investigación que presenta el caso (en este mismo sentido cfr. lo establecido en los arts. 210, inciso k, 221 y 222 del CPPF, implementado en este punto por el art. 1 de la Resolución 2/19 de la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del Código Procesal Penal Federal, BO 13/11/2019).

En efecto, ha sido evaluado "... una eventual liberación del imputado podría perjudicar la investigación que se viene desarrollando en sede instructora, en la cual aún se encuentra pendiente la detención de otros miembros vinculados a los ilícitos en cuestión" (fs. 145 vta.).

Asimismo, el sentenciante consideró que: "... atendiendo a los parámetros establecidos en el artículo 221 del CPPF, encuentro razones que me permiten suponer que, de obtener su libertad, C. R. intentará eludir la acción de la justicia. En efecto, las discordancias existentes entre las entradas y salidas del país que registra el nombrado, según surge de la planilla migratoria agregada a fs. 4, conducen a sospechar que cuenta con ciertas facilidades para abandonar este territorio, a lo que se suma, como se dijo, el elevado monto de la pena en expectativa según la imputación que se le dirigió, extremos que, en conjunto, resultan contrarios a las pautas establecidas en los incisos a) y b) de la normativa citada." (fs. 147).

A su vez, se ponderó: "En cuanto al tiempo que lleva el nombrado privado de su libertad, si bien es cierto que no puede estipularse una fecha exacta de finalización del debate oral y público, es dable destacar que, desde el 14 de junio del año en curso, se está llevando a cabo el

juicio en relación a la presente causa, por lo que, dentro de un plazo razonable, se contará con una resolución al respecto." (fs. 147/147 vta.).

Finalmente, corresponde recordar que el juicio sobre la admisibilidad formal del recurso en examen que efectuara el tribunal *a quo* es de carácter provisorio, ya que el juicio definitivo sobre dicho extremo corresponde a esta Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal (ad quem) y puede ser emitido por esta alzada sin pronunciarse sobre el fondo (cfr., en lo pertinente y aplicable, lo resuelto por esta Sala IV, por unanimidad, en la causa N° 1178/2013, "Alsogaray, María J. s/ recurso de casación", reg. N° 641/14, rta. el 23/04/2014; causa CFP 1738/2000/TO1/2/CFC1, "Bignoli, Santiago M. y otro s/ incidente de prescripción de acción penal", reg. N° 1312/14, rta. el 27/06/2014; causa FSA 74000069/2007/TO1/CFC1, "Ojeda Villanueva, Néstor A. s/ recurso de casación", reg. N° 1111/15., rta. el 09/06/2015; causa FSA 74000032/2012/TO1/12/1/CFC3 "Amante, Martín Esteban s/ recurso de casación", reg. N° 1128/16, rta. el 12/09/2016; causa CFP 5772/2013/TO1/7/CFC10, "Masine, Daniel H. s/ recurso de casación", reg. N° 700/17, rta. el 13/06/2017; causa FTU 400696/2006/TO1/2/CFC3, "Peluffo, Silvio José s/ recurso de casación", reg. N° 1498/18, rta. el 24/10/18, causa FLP 24271/2016/CFC1, "Rodríguez, Omar C. y otra s/ recurso de casación", reg. N° 951/19.4, rta. el 16/05/2019 y causa FLP 50488/2017/TO1/134/CFC11, "MIÑO, Natalia S. s/ recurso de casación", reg. N° 53/20.4, rta. 12/02/2020, entre muchas otras).

Por ello, en estos términos, corresponde declarar inadmisibile el recurso de casación, interpuesto por la defensa de J. F. C. R., con costas (CPPN, arts. 444, segundo párrafo, 530 y 531).

El doctor *Carbajo* dijo:

Habida cuenta las particulares circunstancias del caso, relatadas en la ponencia del distinguido colega que me precede, por compartir sustancialmente las consideraciones allí expuestas, adhiero a la solución a la que arriba.

El doctor *Hornos* dijo:

Sellada como se encuentra la suerte de la impugnación traída a estudio en base a la opinión concordante de los distinguidos colegas de Sala, dejo a salvo mi opinión disidente en cuanto a que a esta Cámara Federal de Casación Penal compete la intervención en cuestiones como la aquí planteada, (Cfr. en lo pertinente y aplicable, causa N° 1317/2013 “Cornudella, Jorge R. s/ recurso de casación —Reg. N° 1908/13, rta. el 03/10/2013—; entre muchas otras, con cita de la doctrina sentada por la CSJN en los precedentes “Girolodi” —Fallos: 318:514— y “Di Nunzio” —Fallos: 328:1108—).

Ello con el fin de que se garantice el derecho al recurso (arts. 8.2.h de la CADH y 21 del CPPF, implementado en este punto, por el art. 1 de la Resolución 2/2019 de la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del Código Procesal Penal Federal BO 13/11/2019) y de que se evalúe en esta instancia el mantenimiento de la medida excepcional de coerción cuestionada por el recurrente en los términos de los arts. 210, inciso K, 221 y 222 del citado código ritual.

Por lo expuesto, sin que esto importe abrir juicio sobre el fondo del asunto, entiendo que corresponde continuar con el trámite del presente incidente.

En mérito del acuerdo que antecede, el Tribunal, por mayoría resuelve: I. Declarar inadmisibles el recurso de casación interpuesto a fs. 157/158 por la defensa de J. F. C. R., con costas en la instancia (arts. 444, segundo párrafo, 530 y 531 del CPPN). II. Tener presente la reserva del caso federal. Regístrese, notifíquese, comuníquese (Acordada N° 5/19 de la CSJN) y remítanse las actuaciones al Tribunal de origen, sirviendo la presente de muy atenta nota de envío. — *Mariano H. Borinsky*. — *Javier Carbajo*. — *Gustavo M. Hornos*.

## HABILITACIÓN DE FERIA EN AMPARO DE SALUD

### Amparista que pertenece al grupo de riesgo del COVID-19 - Procedencia del pedido

En atención a la edad avanzada del amparista, sus patologías, la prestación requerida, que pertenece al grupo de riesgo del COVID-19 y que aún se encuentra pendiente de resolver sobre la competencia y que el actor solicitó la habilitación de la feria judicial únicamente al efecto de que se otorgase la medida cautelar solicitada, el Tribunal considera que, en este caso concreto por sus especiales características, cabe exceptuar al presente proceso de la feria judicial. En consecuencia, corresponde hacer lugar al pedido del actor admitiendo su recurso.

**CNFed. Civ. y Com., sala de feria, 01/04/2020 - Spirito, Rómulo Augusto c. Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados y otro s/ Amparo de salud.**

**2ª Instancia.-** Buenos Aires, abril 1 de 2020.

*Considerando:*

1. El actor promovió la presente acción de amparo contra el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados y contra el Instituto de Rehabilitación Psicofísica —dependiente del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires— con el objeto de que aquellas le garanticen en forma conjunta el ingreso y la correspondiente cobertura al 100% del régimen de internación de tercer nivel en el IREP, a fin de continuar con la rehabilitación kinésica y soporte nutricional necesarios para su cuadro clínico.

Luego de que fueran devueltas las actuaciones por el Sr. Fiscal Federal —quién dictaminó que las actuaciones debían tramitar ante

la Justicia en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— (conf. fs. 23/24), el señor juez rechazó el pedido de habilitación de feria formulado por el accionante (conf. fs. 28 y vta.).

Dicha decisión se encuentra recurrida por el peticionario, quién —en lo sustancial— sostiene que se trata de una persona de más de 70 años, discapacitada y que debe ser objeto de privilegiada protección por el grado de vulnerabilidad (conf. fs. 29/31). Asimismo, en su presentación de fs. 26/27, resalta que —por su edad y sus patologías— se encuentra comprendido dentro del grupo de riesgo en relación a los efectos del COVID-19.

El recurso fue concedido en fs. 33 y la causa fue elevada a este Tribunal.

2. En primer lugar, se debe tener en cuenta que, el Tribunal de Feria procede solo en forma excepcional para asuntos que no admiten demora (art. 4° del Reglamento para la Justicia Nacional) y cuando la falta de resguardo o de una medida especial pudiese causar un mal irreparable al solicitante de la habilitación por el transcurso del tiempo hasta la reanudación de la actividad judicial ordinaria (conf. esta Cámara, Sala de Feria, causas N° 4362/14 del 30/01/2015, N° 3373/16 del 13/01/2017 y N° 2667/2017 del 30/01/2019, entre otras). Ese grado de excepcionalidad aludido en el precepto se ve acentuado en la actualidad por las restricciones impuestas por las normas destinadas a combatir la pandemia del coronavirus COVID-19 (conf. decretos 260/2020 y 297/2020 y Acordada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación 6/2020, art. 3°).

3. Ante todo, cabe destacar que el señor R. A. S. —de 73 años de edad— padece de “múltiples enfermedades y trastornos que le imposibilitan su autonomía e independencia”, por lo cual le fue otorgado el correspondiente Certificado de Discapacidad obrante a fs. 9. En virtud de ello, se le recomendó la internación en tercer nivel con rehabilitación kinésica y so-

porte nutricional, a los fines de su tratamiento (conf. fs. 4 y 7/8).

Así las cosas, en atención a las circunstancias señaladas —su edad avanzada, sus patologías, la prestación requerida, que pertenece al grupo de riesgo del COVID-19 y que aún se encuentra pendiente de resolver sobre la competencia— y que el actor solicitó la habilitación de la feria judicial únicamente al efecto de que se otorgase la medida cautelar solicitada, el Tribunal considera que, en este caso concreto por sus especiales características, cabe exceptuar al presente proceso de la feria judicial. En consecuencia, corresponde hacer lugar al pedido del actor admitiendo su recurso.

Por ello se resuelve: Revocar la resolución de fs. 28 y devolver las actuaciones al Juez de Turno a fin de que se expida de inmediato sobre la competencia y, en caso de corresponder, sobre la pretensión cautelar del demandante. El Dr. Ricardo Gustavo Recondo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (conf. Decretos 260 y 297/20 del PEN y normas complementarias). Regístrese, notifíquese y devuélvase. — *Alfredo S. Gusman.* — *Eduardo D. Gottardi.*

## HABILITACIÓN DE LA FERIA JUDICIAL

**Proceso sucesorio - Cuenta judicial - Transferencias de sumas de dinero - Contexto de pandemia por coronavirus COVID-19**

Dado que la petición introducida en el presente caso encuadra dentro de las previsiones de la res. 346/2020 del Tribunal de Superintendencia de esta Cámara de Apelaciones y de la acord. 6/2020 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, habrá de admitirse el recurso de apelación y revocarse lo decidido. En

consecuencia, quedará habilitada la feria judicial a fin de que, por intermedio del juzgado de turno, se de intervención al juez de la causa para que decida acerca de la procedencia de la transferencia de las sumas de dinero depositadas en la cuenta judicial abierta a nombre del proceso sucesorio.

**CNCiv., sala C, 03/04/2020 - Sanabria, Ana Marcela s/ sucesión ab-intestato.**

**2ª Instancia.-** Buenos Aires, abril 3 de 2020.

*Vistos:*

I. Las herederas M. V. P., C. P. y C. P. apelaron subsidiariamente la resolución del día 20 de marzo —mantenida mediante decisión del día 1 de abril— por la que el juez de primera instancia desestimó el pedido de habilitación de feria introducido a fin de obtener la transferencia de las sumas de dinero depositadas en la cuenta judicial abierta a nombre del proceso sucesorio.

II. La Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho reiteradamente que los pronunciamientos judiciales deben adecuarse a las circunstancias existentes al momento en que se dictan (conf. CSJN, “Recurso de hecho deducido por A. M. M. en la causa G. C., S. c. M. M., A. s/ restitución internacional de niños” del 29/05/2018, sentencia publicada en Fallos: 341:590 y su cita a Fallos: 311:787 y 330:642).

En tal contexto, resulta trascendente que en el día de ayer el Tribunal de Superintendencia de esta Cámara de Apelaciones dictó la resolución número 346/2020 por la que —con especial consideración de los efectos económicos derivados del aislamiento social preventivo y obligatorio— estableció un procedimiento específico destinado a atender los pedidos vinculados a giros judiciales a través de la interacción entre el juez de turno y el magistrado natural de la causa.

Así las cosas, dado que la petición introducida en el presente caso encuadra dentro de las previsiones de la referida resolución y de la acordada 6/2020 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, habrá de admitirse el recurso de apelación y revocarse lo decidido. En consecuencia, quedará habilitada la feria judicial a fin de que, por intermedio del juzgado de turno, se de intervención al juez de la causa para que decida acerca de la procedencia de la transferencia requerida.

Por lo expuesto, se resuelve: Admitir el recurso de apelación interpuesto, revocar lo decidido y habilitar la feria judicial en las presentes actuaciones para que, por intermedio del juzgado de turno, se dé intervención al juez natural de la causa para decidir acerca de la procedencia de la transferencia requerida en los términos de la resolución número 346/2020 del Tribunal de Superintendencia de esta Excma. Cámara. El doctor Díaz Solimine no interviene por hallarse en uso de licencia (acordada 4/20220 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación). Regístrese, notifíquese en forma electrónica, comuníquese al Centro de Información Judicial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (acordadas 15/2013 y 24/2013) y devuélvase. — *Gastón M. Polo Olivera.* — *Marcela Pérez Pardo.*

## HABILITACIÓN DE FERIA EN CONTEXTO DE PANDEMIA

**Feriado judicial - Analogía - Prórroga cautelar de medidas de protección - Interés superior del niño - Prudencia**

1.— Los lineamientos que determinan la habilitación de un feriado judicial se aplican analógicamente en la oportunidad como consecuencia de las medidas adoptadas por la CSJN mediante Acor-

dada 4/2020 a raíz de la pandemia de público conocimiento.

- 2.— Dada las particularidades del caso en torno a la cuestión debatida, corresponde disponer la habilitación horaria en un expediente de violencia familiar en el contexto de pandemia de público conocimiento al solo efecto de cumplimentar la orden de prorrogar cautelarmente las medidas dispuestas, teniendo en cuenta la proximidad del vencimiento y por razones de prudencia, sumado a la necesidad de preservar el interés superior del menor de edad.

**CNCiv., sala K, 19/03/2020 - B., M. S. c. H., N. I. y otros/ denuncia por violencia familiar.**

**2ª Instancia.-** Buenos Aires, marzo 19 de 2020.

*Vistos:*

Llegan las presentes a este Tribunal con motivo del recurso de apelación interpuesto a fojas 22 por la Defensora de Menores de Grado, siendo mantenido el recurso por la Sra. Defensora de Menores de Cámara.

Las razones de urgencia que determinan la habilitación de un feriado judicial son aquellas que entrañan para los litigantes riesgo serio e inminente de ver alterados sus derechos para cuya tutela se requiere protección jurisdiccional. Por lo tanto, la intervención de los tribunales de feria tiende, en principio, a asegurar únicamente el futuro ejercicio de un derecho o el cumplimiento de medidas ya decretadas, motivo por el cual, para que proceda aquella habilitación, deben concurrir estrictamente los supuestos contemplados por el art. 153 del Código Procesal, que —como se sabe— son de excepción (conf. CNCiv., Sala de Feria, “M., V. c. C., G. L. s/ incidente de familia”, del 31/07/2015, y sus citas, entre muchos otros. En igual sentido: Palacio, Lino E., Derecho Procesal Civil, 3ª edición, cuarta reimpresión, Buenos Aires,

Abeledo-Perrot, 1992, T. IV, ps. 65 y ss.; Fassi, Santiago C. - Yáñez César D., Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y demás normas procesales vigentes. Comentado, anotado y concordado, 3ª edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, Astrea, 1988, T. 1, ps. 743 y ss.; Highton, Elena I - Areán, Beatriz A. (dirección), Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Concordado con los códigos provinciales. Análisis doctrinal y jurisprudencial, 1ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2005, v. 1, ps. 304 y ss.).

Así pues, las circunstancias excepcionales y de urgencia deben ser reales y objetivas, emanadas de la propia naturaleza de la cuestión y no de la premura que un asunto pueda tener para el interés particular del litigante, ni de la sola demora que trae aparejada la paralización de la actividad judicial. En suma, debe existir la posibilidad objetiva de que el retardo frustre un derecho o una necesidad impostergable o produzca un daño irreparable, todo lo cual debe valorarse con criterio objetivo y restrictivo en los términos del ya citado art. 153 (conf. CNCiv., Sala de Feria, “Castro del Carril, Olga M. y otros s/ sucesión ab intestato”, del 19/01/2005).

Por fin, no debe olvidarse que la finalidad última de esta medida radica —en definitiva— en garantizar durante el receso judicial la tutela judicial efectiva que exige la garantía del debido proceso a partir del derecho constitucional y convencional (art. 18 de la Constitución Nacional, art. XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes Humanos, art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 8 y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, incorporados en el art. 75 inc. 22 de la Carta Magna).

Tales lineamientos cabe aplicar analógicamente en la oportunidad como consecuencia de las medidas adoptadas por la CSJN mediante Acordada 4/2020 a raíz de la pandemia de público conocimiento.

Ello así, dada las particularidades del caso en torno a la cuestión debatida, corresponde disponer la habilitación horaria en este expediente al solo efecto de cumplimentar la orden que "infra" se ha de impartir (cfr. art. 153 del Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Aclarado ello debemos señalar que a fin de resolver la cuestión se hace necesario sustanciar el recurso con los interesados lo que todavía no ha ocurrido como consecuencia de ser recibido este expediente en el día de la fecha.

Se advierte, también, en la oportunidad, la proximidad del vencimiento de las medidas decretadas (23/03/2020) y los eventuales efectos que, en su caso, pudieren derivar de no mediar una decisión jurisdiccional al respecto.

Ello así, razones de prudencia y la necesidad de preservar el interés superior de la menor de edad (cfr. art. 3° CDNNA) nos llevan a prorrogar cautelarmente las medidas dispuestas en los obrados hasta tanto medie pronunciamiento de esta Sala respecto al mérito de lo planteado.

Difiérese la sustanciación del recurso para una vez vencida las restricciones impuestas por el superior tribunal.

Se encomienda cumplir con las notificaciones y/o comunicaciones de estilo a la instancia de grado.

Lo que así, se resuelve. Con costas por su orden atento las particularidades del caso, y forma en que se decide la cuestión (cfr. arts. 68, 69 y 161 del Código adjetivo). Regístrese de conformidad con lo establecido con el art. 1° de la ley 26.856, art. 1° de su Decreto Reglamentario 894/2013, y arts. 1, 2, y Anexo de la Acordada 24/13 de la CSJN; Notifíquese a la Sra. Defensora de Menores de Cámara en su Público Despacho. Cumplido, devuélvanse las actuaciones a la instancia de grado. Se deja constancia que la difusión de la presente resolución se encuentra sometida a lo dispuesto por el art. 164, segundo párrafo del Cód. Proc. Civ. y Comercial y

art. 64 del RJN. En caso de su publicación, quien la efectúe, asumirá la responsabilidad por la difusión de su contenido. — *Silvia P. Bermejo.* — *Oscar J. Ameal.* — *Oswaldo O. Álvarez.*

## CUESTIÓN ABSTRACTA POR SITUACIÓN DE EMERGENCIA SANITARIA

### Viaje de los hijos de Roma hacia Buenos Aires - Pago de los pasajes - Emergencia sanitaria - Inexistencia de un caso o controversia

El progenitor centra sus críticas en torno a que se intente a su contraria abonar los pasajes aéreos para que sus hijos viajen desde Roma hacia Buenos Aires en la fecha más próxima, regresando luego a su lugar de residencia. En atención a las fechas señaladas, y teniendo en cuenta la reciente normativa emergente respecto a la situación de emergencia sanitaria actual tanto a nivel nacional como internacional, no cabe más que concluir que el tratamiento de la cuestión ha devenido abstracto.

**CNCiv., sala J, 17/03/2020 - T. c. V. s/ Autorización.**

**2ª Instancia.-** Buenos Aires, marzo 17 de 2020.

*Considerando:*

Vienen las presentes actuaciones a conocimiento de esta Sala con motivo del recurso de apelación interpuesto a fs. 159 (concedido a fs. 160) por el demandado contra la resolución de fs. 155/157. A fs. 161/164 vta. obra el memorial de agravios. Corrido el traslado de ley pertinente, el mismo fue evacuado a fs. 168/169 vta.

A fs. 176/177 emitió su dictamen la Sra. Defensora de Menores e Incapaces de Cámara.

I. En primer lugar, cabe remarcar que el artículo 652 del Cód. Civ. y Com. de la Nación consagra el derecho y deber de comunicación de los padres con sus hijos el establecer que: *“En el supuesto de cuidado atribuido a uno de los progenitores, el otro tiene el derecho y el deber de fluida comunicación con el hijo”*.

Consideramos que la comunicación con el hijo es esencial para el cumplimiento de los deberes de cuidado, educación, orientación y dirección (art. 646) que corresponden a los padres siempre que estén en ejercicio de la responsabilidad parental, con independencia de la convivencia con el hijo.

En cuanto a la naturaleza, el progenitor que no convive con su hijo menor goza de un derecho a mantener fluida comunicación. Se trata de una atribución propia de su calidad de progenitor, titular de la responsabilidad parental aun cuando no la ejerza, que constituye a la vez un deber respecto de su hijo menor de edad, cuyo cumplimiento puede ser exigido en beneficio del niño o adolescente para favorecer su pleno desarrollo. En definitiva, el derecho que se le reconoce se encuentra estrechamente vinculado con sus deberes como progenitor. Tal contacto es necesario pues su mejor formación depende en gran medida del mantenimiento de las figuras paterna y materna.

En cuanto a su contenido, un adecuado contacto entre el progenitor no conviviente y su hijo es el medio indispensable para que aquel cumpla con su función de padre/madre en plenitud; la comunicación constituye una manifestación de su responsabilidad parental y brinda la ocasión para fomentar la relación personal, limitada por la falta de convivencia cotidiana. Ese contacto permite conocer acerca de la salud, educación, progresos y dificultades que el hijo presenta en su desarrollo; frente a esto, el progenitor no conviviente tiene el deber de asumir conductas activas de asistencia espiritual y material, y puede demandarlas

del otro progenitor conviviente. (Ver Alterini, Jorge H., *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético*. 2da. Edición actualizada y aumentada. T. III. Art. 652. Ps. 880/82. Ed. LA LEY. Bs. As. 2016).

II. En el caso concreto de autos, se agravia el demandado argumentando que se ha efectuado una errónea interpretación del acuerdo oportunamente arribado ante esta Alzada, y del que da cuenta el acta de fs. 112/113 vta. En primer lugar, centra sus críticas en torno a que se intime a su contraria a abonar los pasajes aéreos para que sus hijos viajen desde Roma hacia Buenos Aires en la fecha más próxima al 26/12/2019 y regresando a su lugar de residencia en la primera quincena del mes de enero de 2020.

La parte actora replica que ya ha abonado los tres pasajes aéreos a los que se comprometió en el convenio suscripto entre las partes.

En torno a esta cuestión, en atención a las fechas señaladas, y teniendo en cuenta la reciente normativa emergente respecto a la situación de emergencia sanitaria actual tanto a nivel nacional como internacional, no cabe más que concluir que el tratamiento de la cuestión ha devenido abstracto.

En efecto, en este estadio del proceso no existe ahora “un caso o controversia” que permita la comprobación del gravamen que aduce el apelante o el perjuicio sufrido a raíz de decisión que impugna.

Se torna aplicable al caso la doctrina emanada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, según la cual el tribunal debe atender a las circunstancias existentes al momento de la decisión, aunque sean sobrevinientes, merced a que solo puede conocer en juicio ejerciendo sus atribuciones jurisdiccionales cuando se somete a su consideración un caso concreto, y no se reduzca a una cuestión abstracta, como sería la que pudiera plantear quien ya carece de interés económico o jurídico susceptible de ser

eficazmente tutelado por el pronunciamiento a dictarse (CSJN. Fallos: 216:147; 243:145; 244:298; 259:76; 267:499; 308:1087; 318:2438; 318:2040, entre muchos).

Por lo que corresponde concluir que el tratamiento de la cuestión ha devenido abstracto.

III. Por otra parte, se agravia el progenitor demandado por entender que el cómputo para el pago de los pasajes aéreos por parte de la madre debe regirse por el año calendario y no por el año escolar de los menores.

En cuanto a este punto, habremos de coincidir con lo expuesto por la Sra. Jueza "a quo" en su decisorio, y con lo dictaminado a fs. 176/177 (pto. IV) por la Sra. Defensora de Menores e Incapaces de Cámara.

En efecto, de la lectura e interpretación de las cláusulas del acuerdo obrante a fs. 112/113 vta. surge que el año a tener en cuenta, para el cumplimiento de la obligación de la madre respecto al pago de los viajes, es el año escolar europeo, ya que el régimen de comunicación se regula en base al receso escolar de los menores.

Esta interpretación efectuada en el decisorio en crisis es la que mejor preserva el interés de los jóvenes.

Cuando se trata de resguardar el interés superior del niño atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia y la naturaleza de las pretensiones, encausar los trámites por las vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con particular tutela jurisdiccional (CSJN, "Guckenheimer, Carolina I. y otros c. Kleiman, Enrique y otro", del 06/02/2001, Fallos: 324:122; id. 323:2021; 324:908).

Por lo que corresponde desestimar la queja vertida sobre el punto.

IV. Por otra parte, se agravia el demandado por la imposición de costas a su parte (ver fs. 164 pto. 3).

Como se ha resuelto reiteradamente, las costas son erogaciones que necesariamente deben hacer los sujetos del proceso, para obtener la actuación de la ley mediante la resolución judicial que pretenden (Podetti, Tratado de los Actos Procesales, p. 111), siendo principio general en la materia que el objetivamente derrotado debe resarcir íntegramente las mismas al vencedor (conf. Morello, Cód. Proc. Comentado y Anotado, T. II, p. 363, ed. Abeledo Perrot").

En el caso de marras, no encontrando mérito para apartarnos de dicho principio, corresponde la confirmación del fallo sobre el particular.

V. Tocante a las costas generadas en alzada, esta Sala ha sostenido la aplicación del criterio corrientemente admitido por la jurisprudencia y la doctrina, que sostiene la distribución de los gastos causídicos en el orden causado en los casos en que un incidente concluya como consecuencia de haberse tornado abstracta la cuestión litigiosa sobre la que versaba. Ello así, pues ante estos supuestos, como el de autos, donde el "ad quem" no ha llegado a decidir en lo concerniente al derecho que el apelante dice conculcado, carece, por ende, de elementos de juicio para ponderar cabalmente la responsabilidad que le toca a cada una de las partes en lo atinente a los gastos causídicos.

Es decir, al haber quedado finiquitada la cuestión litigiosa en virtud de un acto procesal o circunstancia sobreviniente, acaecido tiempo antes de conocer de la apelación, que tornó abstracta la cuestión debatida y, a consecuencia de ello, no se dicta pronunciamiento sobre el punto, las costas no pueden seguir el criterio objetivo de la derrota pues, en rigor, no cabe considerar vencida a ninguna de las partes, ya que ninguna de ellas ha triunfado totalmente en su pretensión (cfr. esta Sala, Expte. N°

44.598/2001, "YPF SA c. Larta SA s/ Ejecución Hipotecaria", R. 402338, del 14/09/2004).

VI. Como último punto, y tal como lo ha expresado la Sra. Defensora de Menores e Incapaces de Cámara en su dictamen, cabe exhortar a las partes para que aúnen sus esfuerzos a fin de garantizar el régimen de comunicación acordado, teniendo en cuenta el deber de colaboración e información que debe primar entre las partes (conf. arts. 653 *in fine*, 654 y 655 del Cód. Civ. y Com. de la Nación) y priorizando el interés superior de los menores.

VII. Por todo ello, por las consideraciones precedentemente mencionadas, y oída que fuera la Sra. Defensora de Menores e Incapaces de Cámara, el Tribunal resuelve: 1) Declarar abstracta la cuestión materia del recurso de apelación concedido a fs. 160 y, en consecuencia, inoficioso expedirse a su respecto. 2) Confirmar la resolución de fs. 155/157 en lo demás que decide. 3) Imponer las costas de Alzada en el orden causado (arts. 68 y 69 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). 3) Con respecto a los honorarios, difiérase el tratamiento del recurso de apelación interpuesto a fs. 170, para una vez que se encuentre concedido el recurso de apelación deducido a fs. 164 pto. 3) contra la regulación de honorarios de fs. 157 pto. 2).

Regístrese, notifíquese a la Sra. Defensora de Menores e Incapaces de Cámara en su despacho, comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Acordada N° 15/13 art. 4°) y oportunamente devuélvase. — *Beatriz A. Verón.* — *Gabriela M. Scolarici.* — *Patricia Barbieri.*

## RESPONSABILIDAD DEL EMPLEADOR

**Incumplimiento en el pago del seguro de retiro complementario - Aportes patronales**

### - Convenio entre una entidad sindical y las Cámaras del sector

Si los aportes al seguro de retiro complementario no se constatan cumplidos, corresponde que sea el ex empleador quien soporte las consecuencias del perjuicio ocasionado, pues en virtud del convenio celebrado entre la Federación de Empleados de Comercio y las cámaras patronales representativas existía la obligación patronal de la contratación de ese seguro, mediante un aporte en las remuneraciones del trabajador, con el cual se constituye un fondo que debe estar disponible en su favor al cese de la relación laboral.

**CNTrab., sala X, 05/02/2020 - Sales, Marisa Marisol c. Walmart Argentina S.R.L. s/ despido.**

**2ª Instancia.-** Buenos Aires, 5 de febrero de 2020.

El doctor *Corach* dijo:

I. Llegan los autos a conocimiento de esta Alzada a propósito de los agravios que contra la sentencia de fs. 161/164 interpuso la parte actora a tenor del memorial de fs. 167 y vta. sin merecer réplica de su adversaria. Apela asimismo el perito contador por considerar exiguos los estipendios regulados (fs. 165/166).

II. La actora se agravia por la decisión de la Sra. Juez *a quo* en cuanto tuvo por no acreditado la falta de pago del seguro complementario destinado a la compañía aseguradora "La Estrella" en base a lo informado por el perito contador interviniente en autos a fs. 153.

La recurrente afirma que la sola manifestación del perito contador sin que se agregue la documentación respaldatoria no resulta suficiente para tener por cumplimentado el aporte con destino al seguro de retiro obligatorio para el personal de comercio. Señala además que al

momento de contestar la demanda la accionada tampoco aportó los instrumentos que den cuenta de la satisfacción de dicha obligación.

En lo que aquí interesa, la actora reclamó en la demanda una suma “preventiva” y “provisoria” en concepto de “reintegro salarial del Seguro La Estrella CCT 130/75” y subsidiariamente, para el caso de que no se receptara la primitiva solicitud efectuó el reclamo como cancelación de daños y perjuicios ocasionados como consecuencia del incumplimiento de la demandada (ver fs. 7 apartados B4, B1a y B2.b. del escrito inaugural). Por su parte, la accionada negó en su responde el incumplimiento sin acompañar la documental que diera cuenta de ello y omitiendo ofrecer prueba oficiaría a la aseguradora La Estrella Compañía de Seguros de Retiro SA con el objeto de que informe respecto de la observancia del pago de aportes a la que se hallaba obligada.

En ese contexto asiste razón a la actora en cuanto critica el valor acordado por la magistrada que me precede a la manifestación efectuada por el perito contador a fs. 153.

En efecto, el responde del perito contador expresado en los siguientes términos: *“informo que, habiendo finalmente puesto la demanda a mi disposición los comprobantes de pago que posee en relación a los aportes patronales al seguro La Estrella, se ha podido observar que la empresa efectúa los aportes a dicho seguro de retiro complementario, al menos a la fecha en la cual la actora se encontraba trabajando”* se aprecia al menos incompleto desde que no precisa en concreto que los aportes que afirma efectuaba la empresa, fueran aquellos que correspondían a la accionante. Máxime cuando la empleadora omitió officiar a la entidad aseguradora para acreditar su cumplimiento, siendo que era el medio más adecuado y objetivo para dar cuenta de ello.

De allí, que la manifestación genérica del perito contador basada en la exhibición de constancias

de carácter unilateral aportadas por la empresa no resulta suficiente para dar cuenta del cumplimiento de pago de aportes reclamado en concepto de daños y perjuicios por falta de aportes al seguro “La Estrella” respecto de la actora.

En esos términos, por convenio colectivo celebrado entre la Federación de Empleados de Comercio y las cámaras patronales representativas (el cual fue homologado por el Ministerio de Trabajo mediante la disposición DNRT N° 5883/91 del 14/10/1991) existía la obligación patronal de la contratación de un seguro de retiro complementario al régimen de previsión social, mediante un aporte a cargo de la patronal del 3,5% de las remuneraciones del trabajador, incluido el sueldo anual complementario, con el cual se constituyó un fondo que debía estar disponible para el trabajador al cese de la relación, con un límite de rescate equivalente al 50% de dicho aporte. En consecuencia, si dichos aportes no se constatan cumplidos, corresponde que sea el ex empleador quien soporte las consecuencias del perjuicio ocasionado (conf. arts. 902 y 1071, 2° párr., Cód. Civil; en igual sentido, SD 16.811 del 18/08/2009 en los autos “Céspedes, Rosa G. c. Est SA s/ despido” del registro de esta Sala).

Sobre tal base, y dado que el reclamo formulado en el escrito de inicio no estuvo encaminado al cobro de los aportes patronales no efectuados, sino a la obtención de un resarcimiento por el daño derivado de dicha omisión, estimo que la suma de \$40.459,89 que surge de la siguiente fórmula:  $\$17.784,57$  - mejor remuneración normal y habitual más SAC x 103 meses de relación laboral x 3,5% x 50% debido al límite de rescate, resulta adecuada.

En definitiva, de prosperar la solución propiciada corresponde modificar la sentencia de grado e incrementar el importe total de la condena a la suma de \$42.383,70 ( $\$1.923,81 + \$40.459,89 = \$42.383,70$ ). Dicha cifra devengará intereses desde la fecha dispuesta en el pronunciamiento de grado.

La nueva solución que propongo, impone dejar sin efecto lo decidido en grado en materia de costas y honorarios y adecuarlos al presente pronunciamiento (art. 279 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación) deviniendo abstracto el tratamiento de las apelaciones formulas al respecto.

En función de ello, sugiero imponer las costas en un 70% a la actora y en un 30% a la demandada (art. 68, segundo párrafo y art. 71 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación) y regular los honorarios de la representación y patrocinio letrado de la parte actora y de la parte demandada y perito contador en las respectivas sumas de \$10.500, \$12.200 y \$7.900 respectivamente determinadas a la fecha del presente pronunciamiento.

Las costas de esta alzada se imponen en el orden causado atento la naturaleza de la cuestión debatida (arts. 68, segundo párrafo del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación) y los honorarios de la representación letrada por su actuación ante esta instancia se fijan en el 30% de lo que le corresponde percibir por las tareas desarrolladas en la etapa anterior (art. 38 de la LO y conc. ley arancelaria).

Voto, en consecuencia, por: 1) Modificar la sentencia de primera instancia e incrementar el monto total de la condena a la suma de \$42.383,70 (*pesos cuarenta y dos mil trescientos ochenta y tres con setenta centavos*), cifra a la que se le aditarán intereses según lo dispuesto en grado. 2) Imponer las costas de alzada en el orden causado. 3) Regular los honorarios de la representación letrada de la parte actora por su intervención en esta instancia en el 30% de lo que le corresponde percibir por las tareas desarrolladas en la etapa anterior.

El doctor *Stortini* dijo:

Por compartir los fundamentos, adhiero al voto que antecede.

El Dr. Leonardo J. Ambesi no vota (art. 125 LO).

Por lo que resulta del acuerdo que antecede, el Tribunal resuelve: 1) Modificar la sentencia de primera instancia e incrementar el monto total de la condena a la suma de \$42.383,70 (*pesos cuarenta y dos mil trescientos ochenta y tres con setenta centavos*), cifra a la que se le aditarán intereses según lo dispuesto en grado. 2) Imponer las costas de alzada en el orden causado. 3) Regular los honorarios de la representación letrada de la parte actora por su intervención en esta instancia en el 30% de lo que le corresponde percibir por las tareas desarrolladas en la etapa anterior. Cópiese, regístrese, notifíquese, oportunamente, cúmplase con lo dispuesto en el art. 1° de la ley 26.856 y con la acordada de la CSJN N° 15/2013 y devuélvase. — *Gregorio Corach*. — *Daniel E. Stortini*.

## PRISIÓN PREVENTIVA

### Excarcelación - Fundamento en la pandemia - Denegación del beneficio

No debe concederse la excarcelación del imputado, pues en lo que respecta a la única circunstancia novedosa introducida por la defensa, concerniente a la emergencia sanitaria declarada en razón de la pandemia ocasionada por el COVID-19, corresponde indicar que ello no comprende ninguno de los supuestos que posibilitan el otorgamiento automático de la excarcelación ni la parte lo encuadró normativamente.

### Toral Crim. Fed. Nro. 4, 18/03/2020 - Báez, Martín Antonio y otros s/ av. de delito.

Buenos Aires, 18 de marzo de 2020.

*Considerando:*

I. Solicitud de excarcelación de L. A. B.

A fs. 119/143 la abogada defensora de L. A. B. solicitó la excarcelación de su asistido, rea-

lizando primeramente referencia a diversos argumentos que habrían sido utilizados para mantener su prisión preventiva, considerándolos ajenos a un Estado de Derecho.

Asimismo, expuso que más allá de sostener la ausencia de riesgos procesales, el límite temporal a la duración de la prisión preventiva supone una garantía independiente que pone tope a la facultad estatal de aplicar un encierro sin condena.

De tal modo, indicó que el intento de diferenciar el expediente N° 3017/2013 del N° 9630/2016, ha buscado pretorianamente y contra reo legitimar la teoría según la cual la prisión preventiva que viene sufriendo su pupilo en forma ininterrumpida desde el 5 de abril de 2016 en la primera de aquellas causas no sería la misma que la ordenada en su desprendimiento. Refirió que ello, además de evidenciar un interés espurio, era contrario a una aplicación justa y razonable de la ley y garantías que limitan el accionar del Estado en materia de encarcelamientos preventivos.

Seguidamente, se refirió a la situación patrimonial de su asistido como riesgo procesal, expresando que la mayor o menor fortuna de una persona no podía ser un indicador de peligro procesal, porque se constituiría una presunción *iure et de iure* vulnerándose el principio de igualdad. Por ello, puntualizó que si la situación de su defendido implicaba algún impedimento, se podía establecer una caución pertinente.

Por otro lado, hizo referencia a la implementación parcial del Código Procesal Penal Federal dispuesta por la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación, indicando que acentuaba el carácter excepcional, necesario y limitado de la prisión preventiva, en tanto se debía demostrar que ninguna de las restantes medidas de coerción, aún combinadas, resultasen suficientes.

Además, con mención al informe realizado por el Comité de Derechos Humanos de la ONU respecto de la aplicación de la prisión preventiva en el país y de las condiciones de las Unidades de detención, destacó la situación de la pandemia mundial declarada por la Organización Mundial de la Salud en relación con el COVID-19, indicando que en Complejo Penitenciario Federal de Ezeiza (donde se encuentra su cliente) actualmente se están analizando episodios de contagio. Así, destacó que a partir del grave panorama expuesto por la Cámara Federal de Casación Penal (acordada 3/20) era posible que se tomen determinaciones concretas respecto de la posibilidad de ingreso y realización de encuentros periódicos con los internos, lo que afectaba el derecho de defensa y el principio de igualdad de armas.

En este sentido, destacó que L. B. es una persona de 64 años que padece hipertensión arterial, arritmia cardíaca y diabetes tipo 2, lo que era especialmente riesgoso ante un posible contagio de COVID-19. Por ello, expresó que las patologías de su cliente y la situación de encierro en un establecimiento hacinado y superpoblado, lo hacían especialmente vulnerable al contagio, poniendo en riesgo su integridad física y su vida; circunstancia excepcional que debía tenerse especialmente en cuenta por ser un grave riesgo a la vida.

También, manifestó que la privación preventiva de la libertad de su asistido, limitaba el ejercicio eficaz de su defensa, teniendo especialmente en consideración la situación mundial de la pandemia del COVID-19 que dificultaba a esa letrada a reunirse con su cliente, en espacios hacinados y poniendo en riesgo su propia salud, sobre todo por cuanto nos encontrábamos en la discusión final del juicio oral y público de la causa N° 3017/2013/TO2 y la consecuente preparación de su alegato.

Por otro lado, indicó que si la caución juratoria no fuera suficiente, su cliente se ofrecía a ingresar al "Programa Personas bajo Vigilancia

Electrónica”, fijando domicilio cerca de la jurisdicción del Tribunal y aceptando la posibilidad de una custodia o de presentaciones semanales. Además, la letrada defensora se ofreció como garante personal de su cumplimiento.

Posteriormente, citó variada jurisprudencia relacionada con su presentación y solicitó subsidiariamente que, en caso de rechazarse la excarcelación, se morigerase su condición de detención mediante una prisión domiciliaria, sobre todo durante el transcurso del invierno y en relación con el posible aumento de la pandemia aludida.

Finalmente, hizo reserva de casación y del caso federal.

## II. Opinión del Sr. Fiscal General.

Corrida que fuera la vista al Sr. Fiscal General, a fojas 145/151, consideró que debía rechazarse la solicitud efectuada por la defensa.

Así, expuso que era el tercer planteo en el mismo sentido que formulaba esa parte en los últimos cuatro meses, por lo que bastaría remitirse a todo lo ya dictaminado y analizado por las diversas instancias judiciales; sin perjuicio de lo cual, hizo referencia a los argumentos que ya había expuesto, concluyendo que no se habían ofrecido razones que conmovieran su posición ni que explicasen de qué modo otra medida podría equipararse en sus efectos a la que se encuentra vigente.

Por su parte, agregó que el único elemento nuevo de valoración era la identificación del detenido como integrante de un grupo poblacional de riesgo frente a la emergencia sanitaria, pero consideró que, frente a los riesgos procesales objetivos verificados en la causa, esa consideración en abstracto no era razón suficiente para conceder la libertad solicitada, más aún cuando no se contaba por el momento con información sobre casos sospechosos o confirmados en el ámbito carcelario.

Sin embargo, indicó que en razón de las disposiciones de prevención emitidas por el Poder Ejecutivo y Judicial, resultaba pertinente ordenar al Complejo Penitenciario Federal I que informasen de inmediato todas las medidas sanitarias adoptadas respecto del encausado.

III. Análisis de la situación de L. A. B. en estos autos.

A. Antecedentes de las presentes actuaciones.

El día 16 de diciembre de 2019 el Juez instructor dispuso la elevación parcial a juicio de estas actuaciones, habiéndose recibido en este Tribunal en fecha 17 del mismo mes y año.

La presente causa cuenta con 14 personas procesadas, habiéndose dispuesto con relación a una de ellas —L. A. B.—, la medida de cautela personal que prevé el art. 312 del CPPN.

La presente causa es conexas con los autos 3017/2013, en el marco de la cual el mencionado imputado también se encuentra procesado con prisión preventiva en lo que respecta al tramo de la maniobra que continúa en instrucción, relativo a la adquisición de la Estancia “El Entrevero”; pronunciamiento que fue confirmado por la Sala II de la Cámara de Apelaciones del fuero, con fecha 19 de febrero del corriente año.

En lo que a esta investigación concierne, se le imputa a L. B. el “haber puesto en circulación en el mercado dinero negro proveniente de hechos ilícitos cuyo monto ascendería a una suma superior a los \$127.624.184, mediante distintas transferencias bancarias y operaciones simuladas que habrían tenido lugar entre el mes de diciembre de 2015 hasta el mes de julio del año 2016, con el objeto de convertirlo e integrarlo al circuito económico formal bajo apariencia de legalidad y cortar todo lazo con los ilícitos que lo generaron” —cfr. requerimiento de Elevación a Juicio del Representante

tante del Ministerio Público Fiscal obrante a fs. 7011/54 de los autos principales—.

Así las cosas, al momento de elevar a juicio estas actuaciones, y en línea con lo requerido por el Sr. Fiscal, el Juez de instrucción consideró que L. B. resulta coautor de delito de lavado de activos, agravado por realizar hechos con habitualidad (art. 303 incs. 1 y 2 del CP).

#### B. Situación vigente de L. A. B.

Actualmente el nombrado está siendo juzgado en el marco de la causa 3017/2013 en un debate oral y público que se encuentra en pleno desarrollo, en el que se ventilan importantes maniobras presuntamente perpetradas por numerosos imputados —veintisiete (27) personas se encuentran sometidas a juicio— en distintos países y continentes, a través de sospechadas estructuras organizadas y entramados empresariales y financieros de carácter transnacional, en el cual se investiga un perjuicio económico de inusitada magnitud, circunstancia que surge de los requerimientos de elevación a juicio donde se describen los hechos que en concreto forman la imputación que se le atribuye —cfr. fs. 35.781/36.034, 36.299/36.518, 36.526/36.651 y 36.844/36.902 de tales autos—, todo lo cual encuentra significación jurídica con el delito de lavado de activos, agravado por realizar hechos con habitualidad y como miembro de una banda formada para la comisión continuada de hechos de dicha naturaleza (art. 303, incisos 1 y 2 “a”, del CP).

En dichos autos, el día 12 del corriente mes y año, la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal resolvió no homologar la prórroga de la prisión preventiva que había sido dispuesta por este tribunal con otra integración —cfr. incidente N° CFP 3017/2013/TO2/3—.

Por esa razón, en la misma fecha se dispuso allí el cese de la prisión preventiva del encartado junto con una serie de medidas de coerción, en los términos de la nueva normativa

aplicable a la materia (art. 210 incisos b, c, d, e, i del CPPF).

Cabe destacar que dicho cese no se hizo efectivo por continuar el imputado detenido a disposición del Juzgado N° 7 del fuero tanto por el tramo de la maniobra vinculado con la adquisición de la estancia “El Entrevero” —por el que, conforme se reseñara previamente, fue procesado y confirmado por la Sala II de la Cámara de Apelaciones del fuero— como por esta causa N° 9630/2016, elevada a juicio el día 16 de diciembre de 2019 y por la que el encartado se encuentra, ahora, a disposición de este Tribunal Oral.

A su vez, en estos autos N° 9630/2016, el Juzgado de instrucción no hizo lugar al planteo de excarcelación del imputado —fs. 18/22—, pronunciamiento que fue confirmado por la Sala II de la Cámara de Apelaciones del fuero, con fecha 20 de diciembre de 2019 —cfr. fs. 43/45—.

En dicho trámite, la defensa postuló la aplicación extensiva de lo resuelto por la Cámara de Federal de Casación Penal al disponer la no homologación de la prórroga de prisión preventiva en la causa 3017/2013.

Sin embargo, el Tribunal de Apelaciones rechazó esa exégesis sobre la base de que “las sentencias son soluciones de jurisdicción para el caso concreto y que, la situación analizada al momento de resolver la causa N° 3017/13, difiere enormemente de la que aquí nos ocupa”, por cuanto en estas actuaciones “el nombrado se encuentra detenido desde el 14 de junio pasado, oportunidad en que se dictó su procesamiento con prisión preventiva, tiempo que no luce excesivo ni desproporcionado atento a la complejidad de la investigación, además de que la causa fue recientemente elevada al Tribunal Oral Federal N° 4”.

Por todo ello, consideró que “el conjunto de condiciones objetivas y particulares del imputado vislumbran un riesgo procesal suficiente que justifica la necesidad de mantener

la medida restrictiva de la libertad oportunamente dispuesta a su respecto, a los efectos de asegurar la debida concreción del proceso judicial y que no puede ser neutralizado —de momento— por medios menos lesivos (art. 319 del CPPN y 210 del ya citado CPPF)” —cfr. resolutorio obrante a fs. 43/45—.

Por su parte, con fecha 27 de diciembre de 2019, la defensa de L. B. solicitó nuevamente su excarcelación, esta vez ante este Tribunal (fs. 49/59), la que fue rechazada ese mismo día (fs. 66/70).

Para así decidir, se indicó que esa parte solo se había limitado a reeditar los argumentos que ya habían sido valorados por la Cámara de Apelaciones del fuero, por lo que no le correspondía a este Tribunal revisar aquella decisión.

En este sentido, debe destacarse que el rechazo de la excarcelación decidido por esta judicatura, fue confirmado por la Cámara Federal de Casación Penal, con fecha 30 de enero de 2020 (fs. 109/115), en donde por mayoría se entendió que no se habían introducido argumentos novedosos a analizar.

#### C.- Análisis del planteo.

Ahora bien, llegado el momento de resolver, se advierte que la defensa ha reeditado todos los argumentos que ya fueran valorados por las distintas instancias por la que ha pasado la presente incidencia (Juzgado instructor —fs. 18/22—, por la Sala II de la Cámara de Apelaciones del fuero —fs. 42/45—, por este Tribunal —fs. 66/70—, y por la Cámara Federal de Casación Penal —109/115—).

De este modo, respecto de los argumentos que ya fueran bastamente analizados, no se desprende ninguna situación novedosa que imponga una nueva evaluación sumado al escaso tiempo desde las mismas, por lo que habrá de estarse a lo oportunamente decidido, con expresa remisión a lo resuelto por esta judicatura el día 27 de diciembre de 2019 (en donde se rechazó la solicitud de excarcelación,

como así también, su morigeración mediante alguna otra medida de coerción) y confirmado por la Cámara Federal de Casación Penal, con fecha 30 de enero de 2020.

Por su parte, respecto a lo alegado en relación con una posible afectación del derecho de defensa a partir de hipotéticas restricciones a las visitas de los internos, cabe destacar que ello fue argüido en virtud de encontrarse preparando su alegato en el marco del juicio oral y público que se viene llevando a cabo en la causa N° 3017/2013/TO2. Es por ello, que no corresponde expedirse al respecto en la presente incidencia, sino que, en caso de que se insista se habrá de disponer lo necesario en aquel expediente tendiente a garantizar debidamente la defensa material del encausado tal como se viene realizando.

Ahora bien, en lo que respecta a la única circunstancia novedosa introducida por la defensa, concerniente a la emergencia sanitaria declarada en razón de la pandemia ocasionada por el COVID-19, corresponde en primer lugar indicar que ello no comprende ninguno de los supuestos que posibilitan el otorgamiento automático de la excarcelación ni la parte lo encuadró normativamente.

Sin embargo, en virtud de las circunstancias alegadas por la defensa y del pedido subsidiario de prisión domiciliaria formulado, resulta pertinente la formación de la incidencia correspondiente, a los efectos de poder tramitar debidamente dicho pedido con las comprobaciones que el caso amerite.

En conclusión, toda vez que el pedido de excarcelación formulado por la defensa de L. B. es una reedición de aquel que ya fuera resuelto por este Tribunal y confirmado por la Cámara Federal de Casación Penal en las presentes actuaciones, no habiéndose aportado elementos novedosos que impongan la necesidad de un nuevo análisis, el escaso tiempo transcurrido desde aquellas decisiones y en atención a los argumentos expuestos por el Sr. Fiscal en

su dictamen, el mantenimiento de la medida atacada resulta, de momento, la opción más ajustada a derecho a efectos de evitar los riesgos procesales que se mantienen con respecto al encartado. En tanto, con relación al planteo subsidiario efectuado, habrá de formarse el correspondiente incidente y se proveerá allí cuanto corresponda.

Por todo lo expuesto, de conformidad con lo dictaminado por el Sr. Fiscal, el Tribunal resuelve: I. No hacer lugar a la excarcelación de L. A. B., solicitada a fojas 119/143, bajo ningún tipo de caución ni medida alternativa (conforme artículos 319 y 366 del CPPN y 210, 221 y 222 del CPPF). II. Tener presentes las reservas formuladas. III. Formar incidente de arresto domiciliario, en virtud del planteo subsidiario formulado a fojas 119/143, conjuntamente con la presentación realizada por la Dra. Elizabeth Gasaro en el día de la fecha y proveer allí cuanto corresponda. Regístrese en el sistema Lex 100, publíquese y notifíquese a las partes con carácter de urgente. A tal fin, líbrense cédulas electrónicas y envíese correo electrónico a la unidad de detención donde se encuentra alojado el imputado. — *Néstor G. Costabel.* — *Jorge L. Gorini.* — *Daniel H. Obligado.*

## PRISIÓN PREVENTIVA

**Excarcelación - Grupo etario de riesgo - Imputado por delitos de lesa humanidad - Evaluación de las condiciones de detención - Aislamiento obligatorio**

1.— La excarcelación de un detenido que integra el grupo de riesgo etario de contagio de la Pandemia causada por el Coronavirus COVID-19 debe ser denegada, pues la situación de encierro no agrava su situación de riesgo, sino que profundiza la posibilidad de evitar el contagio; máxime cuando se encuentra alojado

en el pabellón residencial para adultos mayores (Lesa Humanidad) donde los internos no se encuentran hacinados y donde, ante cualquier eventual urgencia, su salud se ve resguardada, ya que el imputado dispone de personal médico idóneo dentro de la unidad, tanto para su control, seguimiento e inmediata atención, en caso de que así lo requiera.

2.— Corresponde denegar la excarcelación en virtud de las medidas de protección que tomadas por las autoridades nacionales, provinciales y municipales tendientes a evitar la propagación de la pandemia declarada por la OMS en relación al Coronavirus COVID-19 que no es una amenaza para el detenido. Al día de la fecha no se han detectado casos de contagio en las unidades carcelarias, de modo que la población penitenciaria, por su propia condición de encierro, de momento, permanece aislada y ajena de todo contagio, en cumplimiento de la principal medida dispuesta por las autoridades gubernamentales.

**TOral Crim. Fed. Nro. 4, San Martín, 18/03/2020 - Marcelo Cinto Courtaux.**

San Martín, marzo 18 de 2020.

*Resulta:*

I. Que a fs. 38/44 del presente incidente luce agregada la solicitud de excarcelación efectuada por el Dr. Lisandro Sevillano en favor de su defendido Marcelo Cinto Courtaux, en virtud de la pandemia declarada por la aparición del Coronavirus (denominado COVID 19) y de la acordada 3/20 de la Cámara Federal de Casación Penal del 13 de marzo, conforme lo establecido en los artículos 210, 221, 222 del Código Procesal Penal Federal. A su vez solicitó en forma subsidiaria la morigeración de la prisión preventiva carcelaria prevista en el artículo 210 inc. "J" del CPPF, mediante la implementación

de Vigilancia Electrónica a través del “Programa de Asistencia de Personas Bajo Vigilancia Electrónica”.

Fundamentó el planteo exclusivamente en base a que su defendido se encuentra dentro del grupo de factor de riesgo, por ser un adulto mayor de 65 años de edad y ser hipertenso.

Sostuvo asimismo que “en virtud de la pandemia declarada por la aparición del Coronavirus 2019-n Cov (denominado COVID 2019), la prisión preventiva está sujeta a su permanente revisión, resultando un deber de los jueces su periódico contralor, en tanto su prolongación lleva ínsita la degradación de la dignidad humana y el estado de inocencia, lo que amerita la supervisión judicial permanente de su necesidad y legalidad...”.

Indicó que “...a los fines de no vulnerar el principio de igualdad ante la ley, por homine, inocencia y mínima intervención, no debe considerarse solamente el tipo de delito imputado, la calificación legal y pena en expectativa que pesa sobre el justiciable para el tratamiento de la razonabilidad de la detención cautelar, en este caso ya superior al término del artículo 1ro. de la ley 24.390— y, los peligros procesales, ello a fin de no vulnerar la posibilidad que mi defendido permanezca asilado del resto de la población por peligro de contagio del COVID-19, en su domicilio en libertad vigilada o, con una medida de sujeción al proceso menos lesiva que la prisión preventiva carcelaria el tiempo que subsista su estado de inocencia.”

Enfatizó la “especial situación en virtud de la pandemia declarada por la aparición del Coronavirus 2019-nCov (denominado COVID 2019) y en virtud de la acordada 3/20 de la Cámara Federal de Casación Penal del 13 de marzo.” Y afirmó que “actualmente el estado no puede garantizar que mi defendido, quien se encuentra dentro de uno de los factores de riesgo, no contraiga la enfermedad del COVID-19. Ello, teniendo en cuenta que al no existir ningún protocolo que garantice a él, el aislamiento que se

recomienda para toda persona mayor de 65 años de edad”.

En abono de su pedido citó vasta jurisprudencia y tratados internacionales que entendió aplicables al caso, puntualizando la solución por él pretendida. Hizo reserva del caso federal.

II. Cursada la vista pertinente a la señora Auxiliar Fiscal, Dra. Gabriela Sosti hizo hincapié en las medidas preventivas que se han comenzado a instrumentar a fin de evitar la propagación de la pandemia del Coronavirus. Menciona las resoluciones internas de la Dirección Nacional del Servicio Penitenciario Federal y de la Dirección General de Régimen Correccional, resaltando que “de la correcta lectura tanto de la Acordada de la Cámara como de la DNSPF, se advierte que las medidas apuntan controlar la situación previo a que se determine cuál es efectivamente la situación sanitaria y de riesgo al presente a efectos de tomar las medidas adecuadas.

Remarco que “por otra parte la Dirección Penitenciaria ha dispuesto la creación del Comité de Crisis, que aún no se ha manifestado, por lo cual salvo la detección concreta de una persona infestada debería estarse a la espera de lo que evalúe el comité.”

Enfatizó que “no corresponde el pedido, no tiene asidero y mucho menos fundamento en las razones de la pandemia que nos asola” y que “por otro lado sería en sí misma más riesgosa esa liberación porque se expondría “exponencialmente” al imputado al riesgo de contagio al circular libremente. El estado está extremando todos los recaudos para que la población en general —que no tiene comprometida su libertad ambulatoria— se constriña en ese derecho en beneficio de toda la población, apelando a la solidaridad y compromiso social. Por eso resulta un desatino el aprovechamiento de este contexto para intentar la liberación. Más allá de estas consideraciones el argumento de la pandemia en sí mismo no es

válido para remover una medida cautelar que responde a las características del crimen que se investiga.

III. Posteriormente se le concedió a las querrelas la posibilidad de expedirse en relación a la procedencia de la excarcelación peticionada.

En esa oportunidad, a fs. 56/58 el Dr. Pablo Llonto hizo su presentación manifestando su rechazo a la petición en favor del imputado Cinto Courtaux, argumentando que “es falsa la argumentación de que no hay medida especial por la situación de hipótesis de riesgo para internos del SPF con edades mayores a 65 años”, hizo referencia al memorándum elaborado por la Dirección Nacional del SPF respecto a las medidas para enfrentar la emergencia.

Enfatizó respecto de la Unidad 31 donde se encuentra alojado el imputado que “lejos están de un posible hacinamiento o situación de emergencia. Es un espacio con enfermería permanente y medico de guarida, buenas condiciones de salubridad, bien aireado, amplias zonas abiertas de aire libre y arbolado...” y que “La unidad 31 mantiene condiciones de higiene general, posibilidad de lavado de manos con agua y jabón, espacio para mantener la distancia entre la personas allí alojadas. No hay hasta la fecha coronavirus en ninguna cárcel, ni caos sospechosos”

El resto de los querellantes no hicieron presentación alguna.

IV. Finalmente, a fs. 59 se notificó a las víctimas de autos de conformidad con lo establecido en el art. 5° inc. “k” de la ley 27.372 para que, se expidan en relación a la concesión del beneficio que diera origen a la presente incidencia. A tales fines, se libró oficio al Programa “Verdad y Justicia” del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

V. Resulta a esta altura pertinente señalar que conforme surge del requerimiento de elevación a juicio, Marcelo Cinto Courtaux se desempeñó desde el 7 de marzo de 1979 hasta el

17 de noviembre de 1980 como Jefe de la Sección Primera de Ejecución del Destacamento 201 de Inteligencia del Comando de Institutos Militares de Campo de Mayo, se le atribuye su participación en los hechos que damnificaron a Carlos Servando Píccoli, Armando Molina y Raquel Noemí Cattaneo, Angélica Alicia Salamone Zárate, Susana Haydee Solimano y Martín Mendizábal, Norma Beatriz Valentinuzzi, Regino Adolfo González Saldaña y María Consuelo Castaño Blanco, Jorge Osvaldo Quiroga, Ricardo Daniel Santilli, Daniel Crosta, Jesús María Lujan Vich, María o Marta Inés Franzosi, Margarita Vich y María José Lujan, Alfredo José Berliner, Diana Schatz, Julio Everto Suarez, Armando Daniel Croatto y Horacio Mendizábal, José Dalmaso López, Adriana Amalia Lesgart, María Antonia Berger, Bernardo Daniel Tolchinsky y Ana Dora Wiesen, Adriana Teresita Riveiro, Sabina Miriam Gofin, Sabina Emilia Uriarte de Gofin, Rodolfo Omar Gofin, Héctor Rafael Fernández, Elena Kristal, Verónica Seisededos, Diego Mendizábal Zermoglio, Benjamín Ávila, Manuel Fernández, Sara Ernesta Zermoglio, Alicia Esther Mateos, Guillermo Amarilla, Sara Isabel Ponti y Jorge Alberto Pared, Rubén Darío Amarilla y Marcela Esther Molfino, Luis Alberto Lera, Patricia Susana Ronco, Carmen Graciela Rivero, Enrique Pecoraro, Ángel Carabajal, Julio César Genoud, María Verónica Cabilla, Mariana Guangioli, Matilda Adela Rodríguez, Miriam Antonio Frerichs, Ernesto Emilio Ferre Cardozo, Raúl Milberg, Marta Elina Libenson, Ricardo Marcos Zucker, Mónica Susana Pinus, Horacio Domingo Campiglia, Jorge Oscar Benítez Rey, Ángel Servando Benítez, Ángel Horacio García, Salvatore Priviteria, Tony Agatina Motta, Federico Guillermo Frías Alberga, Gastón Dillon, Mirta Beatriz Simonetti, Antonio Luis Tovo, María Inés Raverta, Noemí Esther Gianetti de Molfino, Julio César Ramírez, Arturo Fidel Dean, María Luisa Bregant, Jorge Omar Adur, Lorenzo Ismael Viñas, Juan Carlos Silva, Alfredo Ángel Lires, Graciela Isabel Álvarez, Nora Inés Hilb, Daniel Vicente Cabezas, Martín Gervasio Guadix, Edith Aixa Bona, María de Lourdes

Martínez Aranda, Francisco Luis Goya, Carlos Rubén Marcón, Silvia Noemí Tolchinsky, Nora Alicia Larrubia, Carlos Segismundo Karis, Héctor Amílcar Archetti, Luis Alberto Fleitas, Hugo Rogelio Vocouber, Alicia Enriqueta Machi.

Las imputaciones respectivas fueron calificadas - en calidad de autor— como privación ilegal de la libertad doblemente agravada por haber sido cometida por abuso funcional y con violencia y amenazas, reiterada en ochenta y ocho (88) hechos; setenta y nueve (79) de ellos agravados por haber transcurrido más de un mes e imposición de tormentos, reiterado en ochenta y ocho (88) ocasiones, allanamiento ilegal nueve (9) hechos, abuso deshonesto tres hechos (3) y homicidio agravado por haber sido cometido con alevosía y con el concurso premeditado de dos o más personas ochenta y dos (82) hechos, todos los cuales, concurren realmente entre sí (Arts. 45, 55, 77, 144 bis inciso 1° y último párrafo —ley 14.616—, en función del art. 142 incisos 1° y ss. —ley 20.642— y art. 144 ter, primer párrafo —ley 14.616—, art. 127 —ley 11.179— y art. 80, incisos 2 y 6 —ley 23.077— todos del CP), conforme fs. 531/686 causa FSM 27004012/2003/TO26 RI 3623.

En consecuencia, el imputado Cinto Courtaux se encuentra cumpliendo prisión preventiva desde el 06 de mayo de 2017 hasta la actualidad.

*Considerando:*

Ahora bien, puesto a expedirnos sobre la pretensión promovida a favor de Marcelo Cinto Courtaux, entiendo que no corresponde darle acogida favorable por los fundamentos que a continuación se expondrán.

En cuanto a lo argumentado por el señor defensor, en relación a la pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud del virus identificado como COVID-2019 y de cómo esta amenaza la salud de su defendido, lo cierto es que, no solo las autoridades nacionales, pro-

vinciales y municipales se encuentran dictando medidas preventivas de público conocimiento tendientes a evitar su propagación —en ese sentido también se ha expresado la CSJN, mediante la acordada 4/20—, sino que, al día de la fecha no se han detectado casos de contagio en las unidades carcelarias, de modo que la población penitenciaria, por su propia condición de encierro, de momento, permanece aislada y ajena de todo contagio, en cumplimiento de la principal medida dispuesta por las autoridades gubernamentales.

No resulta ajeno que, en virtud del informe médico obrante a fs. 54 vta., el imputado integra el grupo de riesgo solamente en virtud de su edad, pero el riesgo al que hace referencia el informe de la unidad es el riesgo inherente a cualquier ciudadano, que encontrándose en dicha franja etaria, representa ante el contagio del coronavirus. La situación de encierro no agrava su situación de riesgo ante la pandemia, sino que profundiza la posibilidad de evitar el contagio.

No se encuentra justificado que ese riesgo no se vea incrementado por encontrarse en una unidad carcelaria, sino que por el contrario, en virtud de que el mismo se encuentra alojado en el pabellón 5 del anexo residencial para adultos mayores (Lesá Humanidad) donde los internos no se encuentran hacinados y donde, ante cualquier eventual urgencia, su salud se ve resguardada, ya que el imputado dispone de personal médico idóneo dentro de la unidad, tanto para su control, seguimiento e inmediata atención, en caso de que así lo requiera.

Sin perjuicio de ello, entendemos que en este caso resulta prudente adoptar parte de los criterios preventivos propuestos por la Cámara Federal de Casación Penal en la acordada 3/20 (13/03/2020), razón por la cual la autoridad penitenciaria deberá, de conformidad con las medidas de emergencia dispuestas mediante el Decreto PEN N° 260/2020:

a) Extremar los cuidados sanitarios respecto de Marcelo Cinto Courtaux, debiendo intensificar y reforzar el área de salud, a fin de controlar su estado físico general y asistirlo en forma exhaustiva en caso de así requerirlo.

Asimismo, deberá aclarar en forma expresa y fundada, mediante informe de las áreas correspondientes, si bajo su actual contexto de encierro, no resulta posible garantizar su derecho a la salud e integridad física y determinar el establecimiento penitenciario que se adecue a sus circunstancias particulares y perfil criminológico.

b) Extremar los controles preventivos de propagación del virus sobre todo el personal que ingrese en el establecimiento penitenciario, sugiriendo la adopción de medidas restrictivas a esos efectos.

Por todo lo expuesto, el Tribunal resuelve: I. Denegar la excarcelación de Marcelo Cinto Corutaux, bajo ningún tipo de caución (artículos 210, 221 y 222 a contrario sensu del Código Procesal Penal Federal). II. Poner en conocimiento del Director del Complejo Penitenciario Federal I de Ezeiza, su deber de adoptar las siguientes medidas: a) intensificar y reforzar el área sanitaria, a fin de controlar y asistir en forma exhaustiva al interno Marcelo Cinto Courtaux poniendo en funcionamiento de manera inmediata un protocolo específico de prevención y protección de Coronavirus COVID-19 en contexto de encierro; debiendo aclarar en forma expresa y fundada si bajo el actual contexto de encierro sanitario, adecuación de espacios, provisiones medicas, etc. no es posible su derecho a la salud e integridad física, en caso de permanecer en la institución carcelaria. Es ese supuesto, resultará imprescindible la adjunción del correspondiente informe de las áreas correspondientes a fin de determinar el establecimiento penitenciario adecuado para su alojamiento, acorde al estado de salud y perfil criminológico del condenado. b) extremar los controles preventivos y de protección sobre

todo el personal del SPF y de aquellas personas que a otros fines ingresan a diario en las instituciones carcelarias, sugiriendo la adopción de medidas restrictivas a esos efectos. III. Disponer la formación del legajo de prisión domiciliaria en favor del nombrado y proveer allí lo que corresponda. Regístrese, notifíquese y publíquese (Acordada 15/2013 CSJN). — *María Claudia Morgese Martín*. — *Matías A. Mancini*. — *Esteban C. Rodríguez Eggers*.

## AUTORIZACIÓN DE TRASLADO EN CONTEXTO DE PANDEMIA

**Hábeas corpus - Autorización para trasladarse en el país - Decreto de Necesidad y Urgencia 297/2020 - Prevención fundada en la Salud Pública - Aislamiento obligatorio**

- 1.— La acción de hábeas corpus destinada a obtener autorización para trasladarse a la costa atlántica en un vehículo propio de los accionantes estando vigente el aislamiento obligatorio dispuesto por el DNU 297/2020 debe rechazarse, pues no existe un acto u omisión de la autoridad pública de los contemplados en el artículo 3 de la ley 23.098 que admita su procedencia.
- 2.— La finalidad del DNU 297/2020 es prevenir la circulación social del COVID-19 y la consiguiente afectación a la salud pública, con impacto fundamental en el derecho a la vida y a la integridad física, sin que puedan admitirse otras excepciones a las previstas en esa norma o en aquellas relacionadas que fueron emitidas con posterioridad.

**CPenal, Contravencional y de Faltas, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 22/03/2020 - D. S., M. s/ hábeas corpus.**

**2ª Instancia.-** Buenos Aires, marzo 22 de 2020.

*Considerando:*

Tal como se desprende claramente del artículo 2 del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 297/2020 del Poder Ejecutivo Nacional, dictado el pasado jueves 19 del corriente, todos los ciudadanos “deberán permanecer en sus residencias habituales o en la residencia en que se encuentren a las 00:00 horas del día 20 de marzo de 2020, momento de inicio de la media dispuesta”.

En virtud de ello, siendo la finalidad de la medida de excepción la de prevenir la circulación social del COVID-19 y la consiguiente afectación a la salud pública, con impacto fundamental en el derecho a la vida y a la integridad física, no pueden admitirse otras excepciones a las previstas en la propia norma o en aquellas relacionadas que fueron emitidas con posterioridad.

Las particulares circunstancias invocadas encuentran solución en el texto cuestionado, que por otra parte no lo está por su legitimidad o adecuación al orden jurídico vigente, reconocido por los propios accionantes, sino solamente por las consecuencias sobre esas especiales circunstancias que explican en su presentación.

Adviértase que al momento de ser declarado como una pandemia, con fecha 11 del corriente, el coronavirus había provocado 118.554 infectados y 4281 muertos, y se había extendido por 110 países. Mientras que al día de dictarse la presente resolución, el número de infectados se ha casi triplicado y el de fallecidos se ha casi cuatriplicado. Ello, por si solo demuestra, la velocidad de su propagación.

Al mismo tiempo, debe considerarse que la única medida cuya eficacia ha quedado demostrada para reducir el impacto de la pandemia es el aislamiento preventivo, que en

distintos países se ha implementado tardíamente con las consecuencias que se conocen. La anticipación de esta restricción por parte del Estado Argentino hace suponer, y así es de desear, que el número de personas afectadas se reduzca o, cuanto menos, se ralentice de forma tal de evitar un colapso del sistema sanitario y así poder salvar mayor cantidad de enfermos que requieran de asistencia crítica.

Si con la severa medida adoptada se pretende reducir al máximo la circulación de personas, para protección propia y de terceros, estableciendo claramente dónde deben permanecer los ciudadanos hasta el cese de la misma, no pueden admitirse excepciones más allá de las expresamente previstas, de modo que la acción intentada por los accionantes no resulta la idónea para atender a sus necesidades personales, tal como señala con acierto el Magistrado interviniente.

Por todo lo expuesto, no existiendo un acto u omisión de la autoridad pública de los contemplados en el artículo 3 de la Ley 23.098 que admita su procedencia, corresponde confirmar la resolución de la primera instancia en cuanto rechaza la acción intentada.

Por ello, el Tribunal resuelve: Confirmar el pronunciamiento del día de hoy que rechaza la acción de habeas corpus interpuesta por D. S. y M. D. S. Tómese razón y notifíquese a la casilla de correo xxx@xxx.xxx — *Fernando Bosch.* — *Elizabeth Marum.* — *Marcelo Vázquez.*

## VIOLENCIA DE GÉNERO

**Medidas urgentes de carácter provisorio - Circunstancias excepcionales con relación al COVID-19 - Insuficiencia del botón antipánico y consigna policial - Tratados internacionales**

1.— Teniendo en cuenta, la necesidad de protección de la mujer, lo avanzado de

la hora, que es el último día hábil de la semana, sumado a las excepcionales circunstancias que se están viviendo en relación al COVID-19, corresponde resolver la urgencia, de manera provisoria, para luego proseguir los trámites que correspondan.

- 2.— La entrega de botón antipánico y consigna policial podrían resultar insuficientes para garantizar la protección integral de la víctima, teniendo en cuenta que el denunciado pertenece a las fuerzas de seguridad y por ello tiene acceso a armas de fuego.
- 3.— La prueba con la que cuenta la Fiscalía, en el momento inicial de la investigación, cumple con los requisitos necesarios para disponer medidas de protección a la mujer, ya que es una necesidad comunitaria y una obligación ineludible para el Estado argentino, debido a los compromisos internacionales asumidos, principalmente la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres de “Belem do Pará”, reglamentados por la ley 26.485 y 4203 de la Ciudad de Buenos Aires.

**JContravencional Penal y de Faltas Nro. 10, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 27/03/2020 - XXX s/ 92 - Agravantes (conductas descriptas en los artículos 89 / 90 y 91).**

**1ª Instancia.-** Buenos Aires, marzo 27 de 2020.

*Antecedentes*

En el día de la fecha el Fiscal Adrián Dávila, solicitó con carácter de medida de protección, la exclusión de ... DNI N° ... del hogar de la calle ... de esta ciudad, así como también la prohibición de acercamiento a dicho domicilio y de contacto, por cualquier medio y forma, a ...

Fundamentó su pedido en distintos elementos de prueba y en lo dispuesto por los arts. 37 inc. c) CPPCABA y del art. 26 de la Ley 26.485.

Relató que el pasado 26 de marzo, aproximadamente a las 21 hs, en el interior de la vivienda sita en ... de esta ciudad, ..., había golpeado y lesionado a la víctima de las presentes actuaciones.

Indicó que en el marco de una discusión, el acusado le dijo que era una “negra de mierda” y que ante ello, ella le dijo que se fuera de la casa, a partir de lo cual el acusado revoleó varios frascos de vidrio por el departamento.

Que luego la sujetó, la tiró al piso, la arrastró por la casa y le dio varios golpes de puño en su cabeza. Ella pedía auxilio a gritos a su hermana que vive en el piso de abajo, quien apareció en el lugar y le pidió al acusado que abandonara el domicilio. Como resultado de las agresiones la víctima sufrió lesiones corporales en su cabeza y en ambas rodillas.

Por otra parte, la Fiscalía, también manifestó que se trata de un caso de violencia de género, conforme lo previsto por la Ley Nacional N° 26.485, toda vez que de los relatos de la víctima surge que son actos de violencia basados en el género y se dan en una relación desigual de poder entre víctima y victimario.

Los hechos descriptos fueron calificados, en principio, en el delito de lesiones leves agravadas por el contexto de violencia contra la mujer, previsto y reprimido en los arts. 89 y 92 del CP (en adelante CP).

Se agregó como prueba las declaraciones de la víctima ante la Comisaría y la Oficina de Violencia Doméstica de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante OVD), y un informe efectuado por personal de la fiscalía interviniente a raíz de una comunicación telefónica mantenida con la denunciante, todas del día 27 de marzo, en las que relató los hechos sufridos.

El informe de situación de riesgo realizado por la OVD, que concluyó que se trata de un caso de riesgo moderado, pero que podría agudizarse si la víctima y el imputado retoman el contacto.

Los informes médicos elaborados por la Dra. ..., Médica Legista del Cuerpo de Investigaciones Judiciales y ..., médico de la OVD, quienes constataron la existencia de distintos hematomas producto del choque, golpe, presión, con o contra un elemento duro, que tenían de 6 a 24 horas de evolución aproximadamente, y que imposibilitan laboralmente a la víctima por tiempo menor a un mes.

#### Argumentos

La prueba con la que cuenta la Fiscalía, en este momento inicial de la investigación, me convence de que se dan los requisitos necesarios para disponer medidas de protección a la mujer.

El caso, por sus características, es analizado con perspectiva de género. Estoy convencido de que es una necesidad comunitaria y no hay dudas de que es una obligación ineludible para el Estado argentino, debido a los compromisos internacionales asumidos, principalmente la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres de "Belem do Pará", reglamentados por las leyes —Nacional— N° 26.485 y —CABA— N° 4203.

Es importante establecer que, con la certeza que se requiere para actuar en este estado del proceso, el contexto de violencia de género se encuentra corroborado por las distintas declaraciones de la víctima y por la propia letra de la Ley Nacional N° 26.485, donde se define que es la violencia contra las mujeres.

La prueba presentada por la Fiscalía permite tener por acreditado que los hechos descriptos se habrían desarrollado bajo la modalidad de violencia doméstica, expresada con el ejercicio

de violencia física y psicológica sobre la víctima.

Es por ello que la medida que se ordena se hace en el marco del art. 26 inc. a.1 y b.2 de la Ley Nacional N° 26.485, los cuales establecen que "Durante cualquier etapa del proceso el/la juez/a interviniente podrá, de oficio o a petición de parte, ordenar una o más de las siguientes medidas preventivas de acuerdo a los tipos y modalidades de violencia contra las mujeres (...):

a. 1. Ordenar la prohibición de acercamiento del presunto agresor al lugar de residencia, trabajo, estudio, esparcimiento o a los lugares de habitual concurrencia de la mujer que padece violencia" y, "b.2. Ordenar la exclusión de la parte agresora de la residencia común, independientemente de la titularidad de la misma".

Tal como lo sostuve en otras oportunidades, entiendo que la procedencia de estas medidas previstas por la Ley Nacional N° 26.485 en casos de violencia doméstica debe ser examinada, en principio y por especialidad, por la justicia con competencia en materia civil.

Esto, en virtud de lo dispuesto por el art. 1 de la Ley 24.417, que expresamente prevé que "Toda persona que sufriese lesiones o maltrato físico o psíquico por parte de alguno de los integrantes del grupo familiar podrá denunciar estos hechos en forma verbal o escrita ante el juez con competencia en asuntos de familia y solicitar medidas cautelares conexas (...)".

Ahora bien, teniendo en cuenta, la necesidad de protección de la mujer, lo avanzado de la hora, que es el último día hábil de la semana, sumado a las excepcionales circunstancias de público conocimiento que se están viviendo en relación al COVID-19, entiendo que debo resolver la urgencia, de manera provisoria, para luego proseguir los trámites que correspondan.

Las manifestaciones efectuadas por la víctima tanto en la Comisaría, como en la OVD, dan

cuenta de la grave situación de violencia en la que se ve inmersa la mujer que resulta suficiente para activar una respuesta estatal que salvaguarde sus derechos de modo efectivo.

En ese sentido, comparto las consideraciones efectuadas por el Fiscal en cuanto a que las medidas de seguridad por él dispuestas —entrega de botón antipánico y consigna policial— podrían resultar insuficientes para garantizar la protección integral de la víctima, más aún, teniendo en cuenta que el denunciado pertenece a las fuerzas de seguridad y por ello tiene acceso a armas de fuego.

No puedo dejar de considerar que la víctima, en todo momento manifestó como pedido de ayuda en su declaración ante la OVD, que quería que ... no se acercara más a ella, ni a su domicilio y quiero hacer notar que fue justamente ese pedido el que según su relato, dio origen a los hechos que hoy están bajo mi análisis para decidir esta medida y que la Fiscalía tiene como hipótesis delictiva contra el acusado.

Además en cuanto a la proporcionalidad de la medida tengo en cuenta que las partes involucradas no tienen hijos en común, que el domicilio indicado es de la denunciante y que el señor ... tiene un domicilio propio en la localidad de ... donde deberá estar cumpliendo, como todas las personas de este país con el aislamiento social preventivo y obligatorio.

Por último cabe recordar que la medida la ordeno, con carácter excepcional, en el marco de las previsiones de las leyes que concretamente establecen que durante cualquier etapa del proceso, y en particular en los casos con modalidad de violencia doméstica contra las mujeres, el juez podrá ordenar la prohibición de acercamiento del presunto agresor al lugar de residencia, trabajo, estudio, esparcimiento o a los lugares de habitual concurrencia de la mujer que padece violencia y ordenar la exclusión de la parte agresora de la residencia común (art. 26 inc. a.1 y b.2 de la Ley Nacional N° 26.485, a la que adhirió la CABA por Ley 4203).

Como ya adelanté, entiendo que la competencia natural para examinar la viabilidad de estas medidas corresponde a la Justicia Civil, por lo que voy a supeditar la vigencia de esta medida hasta tanto tome intervención en el presente caso el Juzgado Civil que corresponda. Por lo que deberá librarse un oficio con carácter muy urgente, el próximo lunes 30 de marzo al que deberá adjuntarse copia de esta resolución y de las actuaciones acompañadas por la Fiscalía como fundamento de su requerimiento.

La notificación de la medida y de las implicancias del incumplimiento al ... y a la víctima quedará a cargo de la Fiscalía, para lo cual se habilitan días y horas inhábiles, conforme fuera requerido, en atención a lo avanzado de la hora y a las particulares circunstancias que rodean el caso, antes descritas.

Por lo expuesto, dispongo: 1. La exclusión de ..., DNI N° ..., del domicilio ubicado en la calle ..., de esta ciudad. 2. La Prohibición de acercamiento de ..., DNI ..., a Menos de 400 metros del inmueble ubicado en la calle ... de esta ciudad. 3. La Prohibición de acercamiento de ..., DNI N° ..., a Menos de 400 metros de la estación de servicio ... ubicada en la ..., lugar de trabajo de la señora ..., DNI N° ... 4. La Prohibición de contacto, por cualquier medio y forma, de ..., DNI..., con ..., DNI N° ... Todo ello, bajo apercibimiento de que el incumplimiento de la medida dispuesta implique la comisión del delito de desobediencia a la autoridad, previsto por el art. 239 CP. 5. Quedará a cargo del señor Fiscal la notificación de la medida dispuesta a la víctima, y de las implicancias de cualquier incumplimiento al señor XXX, para lo cual se habilitan días y horas para llevar a cabo los actos procesales pertinentes, a cuyo fin librese correo electrónico con copia del oficio respectivo. 6. Las medidas dispuestas tendrán vigencia hasta tanto tome intervención la Justicia Civil, a cuyo fin librese oficio de carácter Muy Urgente, el próximo día lunes 30 de marzo, al que deberá adjuntarse copia de esta resolución y de las

actuaciones acompañadas por el señor Fiscal como fundamento de su requerimiento. 7. Notifíquese a la Fiscalía por medios electrónicos. En la misma fecha se libró correo electrónico con la presente resolución y la orden librada, dirigido a la Fiscalía N° 36 del fuero. Se libró oficio a la Justicia Civil, con copias de las actuaciones y de la presente resolución. — *Pablo Casas*.

## TRASLADOS DE NIÑOS EN LA PANDEMIA COVID-19

### Cumplimiento de medidas de aislamiento - Preservación de la salud y el superior interés del niño - Alimentos

- 1.— El hijo de las partes deberá permanecer en el hogar que habita en la actualidad, sin ser expuesto a traslados de ninguna naturaleza que no tengan un carácter terapéutico o de urgencia médica, hasta tanto se reviertan las circunstancias actuales derivadas de la pandemia originada por el COVID-19, ello con la finalidad de fortalecer la prevención y la salud como bien fundamental de la comunidad y en pos del interés superior de aquel, y sin perjuicio de ser claras las normas dictadas hasta el presente en cuanto a la obligación de la población de efectuar un aislamiento social obligatorio, dictadas con el propósito de lograr la permanencia de los niños en sus hogares, evitando todo tipo de traslado (DNU 297/2020, como así también normas citadas en el mismo, y Resolución 394 del Ministerio de Salud de la Provincia de Bs. As., entre otras) las que tornarían innecesario el dictado de la presente cautelar.
- 2.— Si bien el planteo se refiere a cuestiones tratadas en el expediente cuyo objeto es el ejercicio de la responsabilidad parental —causa que se encuentra para-

lizada— pero fue efectuado dentro de la causa que por Alimentos vincula a las mismas partes, que se encuentra en pleno trámite, el cuestionamiento que pudiera merecer el introducir cuestiones que no hacen al objeto procesal expreso de esta causa, rápidamente se ve atenuado por las razones de excepcionalidad que vivimos en estos días, esto es la Pandemia provocada por el COVID-19.

Juz. Familia N° 4, San Isidro, 26/03/2020 - S. L. E. c. Z. D. J. C. S. s/ Incidente de alimentos.

San Isidro, marzo 26 de 2020.

I. La actora solicita la habilitación del asueto judicial a los fines del dictado de una medida tendiente a garantizar que el menor permanezca en su hogar y evite traslados, en virtud de situaciones de salud que tornarían aconsejable tal solución, que resultan de prueba documental que acompaña a su pedido.

El planteo —debo señalar— se refiere a cuestiones tratadas el expediente “S. c. Z. s/ Ejercicio de la Responsabilidad parental”, (ver fs. 9 de autos) —causa que al presente se encuentra paralizada— pero efectuado dentro de la causa que por Alimentos vincula a las mismas partes que se encuentra en pleno trámite. El cuestionamiento que pudiera merecer el introducir cuestiones que no hacen al objeto procesal expreso de esta causa, entiendo que rápidamente se ve atenuado por las razones de excepcionalidad que vivimos en estos días.

En efecto, ya con fecha 11 de marzo de 2020, la Organización Mundial de la Salud (OMS), había declarado el brote del nuevo coronavirus como una pandemia, luego de que el número de personas infectadas por COVID-19 a nivel global llegara a 118.554, y el número de muertes a 4281, cifras estas que al presente han crecido en forma alarmante.

La velocidad en el agravamiento de la situación epidemiológica a escala internacio-

nal, que ha merecido en el país y en nuestra provincia el dictado de sucesivas medidas gubernamentales tendientes a paliar del modo más efectivo posible la propagación del virus requiere la adopción de medidas en todos los ámbitos, no excluyéndose de los mismos al Poder Judicial y a las decisiones que deban tomarse en cuestiones que de modo directo o indirecto estén vinculadas a la materia.

Ya la Resolución 10/2020 dictada por la SCJBA había establecido la necesidad de contar con pautas de gestión excepcionales a los fines de lograr una respuesta razonable y eficaz por parte del Órgano Jurisdiccional en todo el territorio provincial. Al punto tal alcanza esta excepcionalidad que por Resolución 12/2020 se prorrogaron automáticamente todas las medidas cautelares y de protección judicial decretadas por Violencia Familiar, y que la Resolución 13/2020 (también de la SCJBA) prevé que decisiones urgentes de la Cámara de Apelación puedan ser tomadas en forma unipersonal por su Presidente.

Es decir, es clara la postura tomada por nuestro Más Alto Tribunal Provincial, en cuanto a que debe privilegiarse abocarse a las cuestiones sustanciales que requieren urgente determinación, más que a las cuestiones formales que implicarían —a veces— llegar tarde con las medidas necesarias.

La situación que se vive en la actualidad, nos muestra la velocidad en el agravamiento de la situación epidemiológica a escala internacional, extremo este que requiere por parte de todos los órganos del Estado —incluyendo por supuesto al Poder Judicial— la adopción de medidas inmediatas tendientes a la resolución de las distintas cuestiones que se planteen que sean consecuencia directa o indirecta de ella.

En tal sentido estimo trascendente recordar lo vertido por el Dr. De Lazzari en su voto en la causa 99.273 del 21 de mayo de 2008, al expresar que “sin dejar de lado el efectivo respeto de

las reglas del debido proceso y la inviolabilidad de la defensa en juicio de sus partícipes, es menester que procesos como el que nos ocupa reciban —en atención a sus particulares circunstancias— suficiente adecuación procesal de modo que sea pasible lograr la tutela judicial continua y efectiva que permita que las cuestiones sean resueltas útilmente (conf. art. 15, Const. provincial).

No puede el proceso erigirse en un ápice frustratorio de la tutela requerida, ni —por el contrario— es aceptable concebir que con el objeto de evitar que esto ocurra, la decisión del caso deba ceñirse a pautas que —en aras del especial interés superior del menor (art. 3, 1° párrafo, Convención sobre los Derechos del Niño)— hayan perdido ya su actualidad o entidad. A tales fines los Magistrados deberían potenciar sus facultades ordenatorias e instructorias (arts. 34 y 36, Cód. Proc. Civ. y Comercial) sin mengua de la defensa y la igualdad de las partes, y estas, efectuar a su vez los planteos con la necesaria antelación que permita la observancia de tales reglas y principios procesales constitucionalmente tutelados (conf. arts. 18, Const. nacional; 15, Const. provincial y 8, CADH).

Asimismo propender los partícipes de tales procedimientos a adoptar las medidas que compatibilicen sus intereses con los referidos estándares de eficacia que deben observar las decisiones jurisdiccionales (arg. art. 157, 2° párr. Cód. Proc. Civ. y Comercial), hallándose los Magistrados facultados para disponer las que aceleren el trámite cuando se ponderara que el curso normal señalado por el rito, incluso por vía de las eventuales impugnaciones contra sus decisiones, podría llegar a frustrarse, tales como por ejemplo la abreviación de plazos, la habilitación de días y horas inhábiles, la concentración de actos procesales, etc. (art. 34 inc. 5°, aps. ‘a’ y ‘e’).

En el caso que nos ocupa, teniendo en cuenta los argumentos puestos de manifiesto, más

allá de tratarse de cuestiones ajenas a las expresamente tratadas en este proceso, las mismas resultan ser propias de las partes que en él litigan, y las circunstancias actuales —de público y notorio conocimiento y a las que me refiriera precedentemente— como así también el carácter cautelar de la pretensión requerida, torna procedente habilitar el asueto judicial en las mismas para dilucidar el pedido formulado (Arg. Art. 153 Cód. Proc.).

Máxime, que los antecedentes obrantes en la causa (ver fs. 9), denotan que el menor convive con su progenitora, en un domicilio perteneciente a la jurisdicción (ver fs. 46 de este expte., no cuestionado por la contraparte al contestar dicha presentación inicial), elemento que torna indubitable —además— la competencia territorial para decidir en la causa.

Asimismo —y tal como lo señalara en estos días en reiterados pronunciamientos— entiendo que cabe recordar que es de público y notorio que la rápida propagación a nivel mundial del nuevo Coronavirus (COVID-19) ha motivado la declaración de la Organización Mundial de la Salud (OMS) de una emergencia de salud pública de importancia internacional (ESPII) en el marco del Reglamento Sanitario Internacional.

Que corresponde en la emergencia evitar condiciones de contagio del virus, debiendo contribuirse a la prevención como herramienta útil en beneficio de la Sociedad. Estas medidas de prevención, deben tener por objeto reducir la circulación del virus, a fin de resguardar la salud de la población, y en tal sentido se han encaminado las distintas decisiones que tanto a nivel nacional como provincial se han ido adoptando, afectando incluso el normal funcionamiento de la justicia y la asistencia a clases de los niños. En tal sentido, el Ministerio de Salud de la provincia de Bs. As. ha dispuesto mediante resolución N° 394 inc. q la recomendación de permanecer en el domicilio y no

concurrir a lugares públicos durante el plazo de 14 días.

El país se encuentra en estado de alerta para sensibilizar la vigilancia epidemiológica y la respuesta integrada, la situación actual de fase de contención, tiende a reducir el riesgo de diseminación de la infección en la población.

Medida esta que frente al riesgo que genera el avance a nivel mundial de la enfermedad resulta adecuada para direccionar el esfuerzo sanitario y neutralizar la propagación de la enfermedad.

Ello así, entiendo que con la finalidad de fortalecer la prevención y la salud como bien fundamental de la comunidad, y sin perjuicio de ser claras las normas dictadas hasta el presente en cuanto a la obligación de la población de efectuar un aislamiento social obligatorio, dictadas con el propósito de lograr la permanencia de los niños en sus hogares, evitando todo tipo de traslado de los mismos (decreto de necesidad y urgencia 297/2020, como así también normas citadas en el mismo, y Resolución 394 del Ministerio de Salud de la Provincia de Bs. As., entre otras) las que tornarían innecesario el dictado de la presente cautelar, en virtud de las circunstancias alegadas, y en pos de propender al Interés Superior del Niño en juego, estimo pertinente dictar un pronunciamiento expreso al respecto, razón por la cual resuelvo:

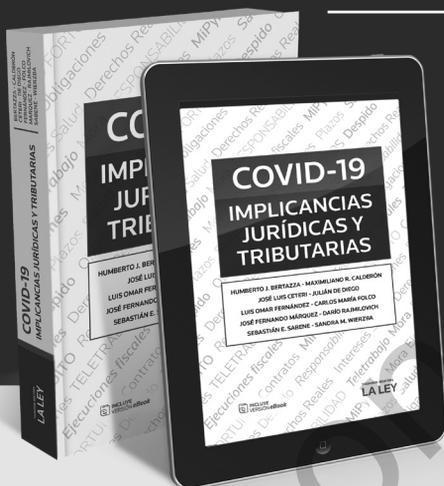
Hacer lugar al pedido efectuado por el actor, disponiendo la habilitación de asueto judicial en estos actuados (arg. Art. 153 Cód. Proc.) y disponer que el menor V. Z. deberá permanecer en el hogar que habita en la actualidad, sin ser expuesto a traslados de ninguna naturaleza que no tengan un carácter terapéutico o de urgencia médica, hasta tanto se reviertan las circunstancias actuales derivadas de la pandemia en cuestión (CDN, Decreto Nacional 297/2020, Resol. Ministerio Salud de la Pcia. Bs. As. N° 394/2020). Regístrese. Notifíquese por Secretaría a los domicilios electrónicos de las partes. — *Gustavo Halbide*.

Nota editorial: El presente PDF es parte de los servicios de Thomson Reuters y reemplazará la versión impresa en los plazos dispuestos para el aislamiento social, preventivo y obligatorio establecido por el dec. 297/2020.

# LANZAMIENTO

# COVID-19

## IMPLICANCIAS JURÍDICAS Y TRIBUTARIAS



Humberto J. **Bertazza** •  
Maximiliano R. **Calderón** •  
José Luis **Ceteri** • Julián **De Diego** • Luis Omar **Fernández**  
• Carlos María **Folco** • José  
Fernando **Márquez** • Darío  
**Rajmilovich** • Sebastián E.  
**Sabene** • Sandra M. **Wierzba**



1 tomo + eBook

En el contexto actual se ha desarrollado esta obra colectiva de insuperable actualidad, donde algunos de nuestros principales y reconocidos autores, cada uno en su materia, han abordado los temas que tocan las distintas áreas del derecho público y privado vinculados con la declaración de la pandemia, decretada por la OMS, lo cual generó Decretos de Necesidad y Urgencia y otras resoluciones y disposiciones administrativas que impactan en el ejercicio de los derechos de todos los ciudadanos.

Esta publicación aborda las cuestiones jurídicas, tributarias y económicas a tener en cuenta como efecto provocado por el COVID-19. Ante esta situación extraordinaria, en muchos casos habrá que incurrir a herramientas novedosas y, en otros, a las tradicionales y clásicas pero con un nuevo sentido y fin.

La obra cuenta con un **anexo exclusivo para la versión Proview** que contiene un listado completo de las normas publicadas en el B.O. desde el 12 de marzo a la fecha de publicación de esta obra.

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



the answer company™  
**THOMSON REUTERS®**

Síguenos en:  ThomsonReutersLaLey •  @TRLaLey •  ThomsonReutersLatam

www.thomsonreuters.com.ar



info!  
TR

En todo  
momento  
y lugar



Thomsonreuterslaley



TRLaLey



linkedin.com/  
showcase/thomson-reuters-argentina-legal/



thomsonreuters.com.ar/es/  
soluciones-legales/blog-legal.html



Escanee  
el código  
QR

www.tiendatr.com.ar

CONSULTE Y ADQUIERA TODO NUESTRO CATÁLOGO



the answer company™  
THOMSON REUTERS®

CENTRO DE ATENCIÓN AL CLIENTE:  
0810-222-5253